## SENTENCIAS E AUTOS

REVISTA GALEGA DE DERECHO SOCIAL

3231 **Recurso nº 2.628/2001**

**S.S.** EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE DO TRABALLADOR. TRATAMENTO VEXATORIO, VERBAL E FÍSICO. DESESTIMACIÓN DO RECURSO INTERPOSTO POLA EMPRESA.

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

A Coruña, a cuatro de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.628/2001 interpuesto por "S.1994, S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.P.C. en reclamación de RESCISIÓN DE CONTRATO siendo demandado "S.1994, S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 72/2001 sentencia con fecha 6 de marzo de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- La actora, C.P.C., viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 29.06.65, con la categoría profesional de dependiente y salario mensual de 159.000 ptas. con la prorrata de pagas extras./ II.- El día 15.07.00 en el centro de prestación de servicios, sito en la C/..., el empresario Sr. C., gritó a la actora llamándole "hija de puta, ya me encargaré yo de ti, y le dio varios empujones"./ III.- El 12.07.00 en este mismo Juzgado se celebró un juicio por rescisión contractual, a instancias también de la ahora actora, Sra. P., frente a la empresa demandada, en el que recayó sentencia desestimatoria el 13.07.00, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia./ IV.- La actora percibió la paga de Navidad el 27.12.00./ V.- La actora permaneció de baja por incapacidad temporal desde el 17.08.00 hasta el 24.02.01./ VI.- La actora no es ni ha sido representante de los trabajadores./ VII.- Se ha intentado conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Con estimación de la demanda interpuesta, declaro que con esta fecha quedan extinguidas las relaciones laborales que mediaron entre C.P.C. y "S.1994, S.L.", teniendo derecho la actora a percibir como indemnización la cantidad de 6.678.000, a cuyo pago condeno a la demandada "S. 1994, S.L.".

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.- "S. 1994, S.L." recurre la sentencia de instancia, que estimó la rescisión contractual a instancia de la trabajadora demandante, y solicita revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene aquella resolución.

SEGUNDO.- Antes de estudiar y decidir los motivos de recurso y en aplicación del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), declaramos admisible el documento que la empresa demandada-recurrente acompaña a su suplicación por cumplir los requisitos del artículo 270.1.1º (antes, 506) de la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque, al tiempo, destacamos su intrascendencia respecto del signo del fallo, toda vez que: a) Se trata de un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 4 de Vigo de 02.03.2001 en juicio de faltas nº 75/2000, mientras que la incorporada a las actuaciones es la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 5 de la misma Ciudad de 14.12.2000, en juicio de faltas entre los litigantes nº 1.197/2000. b) Los hechos enjuiciados en este último proceso no coinciden exactamente con los que son propios de la presente rescisión contractual. c) La diversidad de órdenes jurisdiccionales competentes para resolver uno y otro.

TERCERO.- En el ámbito histórico, solicita: A) Completar el apartado 1º de la sentencia recurrida con: "La actora prestó servicios para la empresa "A., S.A." del Sr. M. hasta el año 1994 y desde entonces para "S. 1994, S.L."; se basa en la confesión judicial de la actora. La pretensión no se acepta, porque el medio de prueba invocado no figura entre los legalmente permitidos por los artículos 191.b) y 194.3 LPL para acreditar el error judicial fáctico. B) Añadir como hechos probados nuevos: "La paga de beneficios de 1999 fue cobrada el 19.04.00, que el salario de mayo lo fue el 13.06.00"; se basa en los folios 34 y 35. "La Sta. V. es compañera de la actora"; se basa en los folios 67 y 77. La pretensión no se acepta: a) Lo concerniente a las retribuciones carece de relevancia respecto de la decisión a adoptar, ya que no denuncia normativa o jurisprudencia sobre el particular y, además, puede entenderse comprendida en el hecho probado 3º sobre las resoluciones judiciales desestimatorias de la anterior rescisión contractual por impago de salarios. b) La segunda no está relacionada con la cuestión litigiosa, porque no se menciona en la sentencia recurrida y la persona indicada no compareció a juicio.

CUARTO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 24.1 de la Constitución en relación con los artículos 4.2.a), b), e), h), 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, 3.2, 7.1 y 1.214 del Código Civil.

QUINTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1) La actora trabaja para la demandada con antigüedad de 29.06.65 y salario de 159.000 pesetas. 2) El 12.07.2000 se celebró juicio entre las partes por demanda -anterior- de rescisión contractual -por impago de salarios-, que fue desestimada. 3) El 15.07.2000, el empresario Sr. Ch. se dirigió a gritos a la demandante, llamándole "hija de puta, ya me encargaré de ti" y dándole varios empujones; también manifestó que "tenía suficiente dinero para quitarla de en medio". 4) La actora permaneció en incapacidad temporal en el período 17.08.2000/24.02.2001.

SEXTO.- Los datos objetivos expuestos llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- Según la jurisprudencia (s. 17.12.85), para que prospere la rescisión del contrato de trabajo por aplicación del artículo 50.1 ET es imprescindible que la dignidad y formación profesional del trabajador hayan sido conculcadas por el empresario a consecuencia de un grave y voluntario incumplimiento de sus obligaciones. 2ª.- La naturaleza y circunstancias que informan la descrita conducta verbal y de hecho del empleador traspasa el lícito ejercicio de las facultades directivas y de organización que le atribuyen los artículos 5.c) y 20 ET y, al tiempo, encaja en los términos prohibidos por el artículo 50.1.c) del mismo código, al identificarse con un atentado al respeto de la trabajadora que le reconoce el artículo 4 ET, en

forma de menosprecio o trato enojoso y vejatorio realizado de forma deliberada y consciente, quizá con origen en la causa judicial inmediatamente anterior entre los litigantes; por otra parte, la doctrina de suplicación tradicional (TCT ss. 4-3, 03.08.84) afirma que las violencias físicas son causa de rescisión del contrato de trabajo. 3ª.- Lo que dejamos consignado no se desvirtúa por las consideraciones que la recurrente realiza de nuevo sobre algunas de las pruebas practicadas, ni por la valoración judicial penal de su conducta de acuerdo con los apartados b) y c) de nuestro fundamento primero.

SÉPTIMO.- Conforme al artículo 202 LPL, 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 "S. 1994, S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 6 de marzo de 2001 en autos nº 72/2001, que confirmamos. Dése el destino legal al depósito para recurrir y al aseguramiento de la cantidad objeto de condena.

## 3232 Recurso nº 2.775/01

**S.S.** DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO. TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL. UTILIZACIÓN DO TELÉFONO POR VIXIANTE DE SEGURIDADE DURANTE A SÚA XORNADA PARA FINS PARTICULARES.

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

A Coruña, a cinco de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.775/01 interpuesto por A.F.C.R. y "S.V.S., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por A.F.C.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "S.V.S., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 662/00 sentencia con fecha trece de diciembre de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante viene prestando sus servicios laborales en la empresa demandada, desde julio de 1997, con destino en el Campus Universitario de Esteiro, en Ferrol, ostentando la categoría de vigilante de seguridad con arma, y con un salario mensual de 92.118 ptas. con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias./ SEGUNDO.- El día 17 de octubre de 2000 el actor recibe carta de despido, fechada el día 13 del mismo mes, del siguiente tenor: "Muy Sr. Mío: La Dirección de esta empresa ha tenido conocimiento de los siguientes hechos: La Gerencia de la Universidad de A Coruña mediante carta de fecha 12 de septiembre de 2000 comunica a esta empresa el hecho de que desde teléfonos de la Universidad, en concreto desde la extensión…, correspondiente al Edificio de Usos Administrativos Lerd, del campus de Ferrol, se han realizado en fecha 11 de mayo de 2000 diversas llamadas a líneas 906 "linea premier". Dichas llamadas fueron realizadas en la madrugada del día indicado, encontrándose Vd. de servicio en dichas dependencias. Mediante carta de esta empresa de fecha 21 de septiembre, se le solicita a Vd. información sobre estos hechos, contestando a la misma mediante carta o escrito de fecha 26 de septiembre, en la que niega cualquier relación con estos hechos. Con posterioridad la Dirección ha constatado que fue Ud. quien realizó dichas llamadas. Su conducta, amas del daño pecuniario causado, puesto que esta empresa debe indemnizar a la Universidad en el coste de las mismas, implica por su parte una desatención al servicio de protección que tiene encomendado, que pudo tener gravísimas consecuencias, dada la duración de la desatención al servicio, que va desde las 3 h a las 7 h de dicho día. Igualmente supone una gravísima pérdida de confianza en su persona, ante la deslealtad que supone poner en entredicho el nombre de esta empresa, y su actitud de negligencia en su actividad laboral, negando por otra parte y por escrito unos hechos que se han considerado como ciertos. Esta conducta se tipifica en el art. 57.4, 57.12 y 57.20 del vigente

Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad, como faltas muy graves, que esta empresa ha decidido sancionar con DESPIDO DISCIPLINARIO, con efectos desde la fecha de notificación de esta carta. Dado su carácter de afiliado a la UGT, se comunica esta sanción al delegado sindical de la misma./TERCERO.- El actor, en compañía del Sr. P.F., realizó el turno de noche el día 11 de mayo de 2000, turno que va desde las 12,00 hasta las 8,00 horas. Ese día le correspondía al Sr. P. realizar su ronda en la zona del LERD, mientras que al actor le tocó realizar su ronda por la zona de Enfermería. Las rondas se reparte según cuadrante; el que tiene el punto en el cuadrante se va para Enfermería, y el otro vigilante se queda en el LERD. Después de hacer las rondas se reúnen los vigilantes. Ese mismo día el actor realizó desde la extensión núm…, extensión fija del puesto de vigilantes que se encuentra en el Edificio de Usos Administrativos-Lerd, las siguientes llamadas a líneas premier:

| HORA | NÚMERO | DURACIÓN | IMPORTE |
|---|---|---|---|
| 3:03 | 906425542 | 0:00:03 | 39,80 ptas. |
| 3:05 | 906425542 | 0:02:02 | 263,00 ptas. |
| 3:08 | 906425542 | 0:01:46 | 232,00 ptas. |
| 3:26 | 906425542 | 0:01:29 | 201,00 ptas. |
| 3:27 | 906425542 | 0:00:02 | 39,80 ptas. |
| 3:29 | 906425542 | 0:01:43 | 225,80 ptas. |
| 4:56 | 906425542 | 0:01:42 | 225,80 ptas. |
| 4:57 | 906335555 | 0:00:11 | 46,00 ptas. |
| 6:58 | 906425542 | 0:01:33 | 207,20 ptas. |

CUARTO.- En fecha 10 de mayo de 2000 la empresa "S.S." emite unas normas sobre uso de los teléfonos que ha proporcionado a los vigilantes, en donde se les comunica que deberán de ser utilizados sólo para dar conocimientos de incidencias de importancia en caso de urgente necesidad en situaciones de emergencia, y que el incumplimiento de esas normas sería motivo de amonestación o sanción. La empresa comunicó dichas normas a sus trabajadores el día 16 de mayo de 2000./QUINTO.- En fecha 7 de septiembre de 2000 la Universidad de A Coruña pone en conocimiento de "S.S." que se han realizado llamadas telefónicas a líneas del 906. En fecha 12 de septiembre de 2000, la citada Universidad, envía un nuevo escrito a la demandada en donde se le remite el desglose de las llamadas realizadas desde la extensión… el día 11 de mayo de 2000. En fecha 21 de septiembre de 2000 "S." solicita al actor un informe sobre lo ocurrido el precitado día en su turno de guardia, petición a la que el Sr. C. da respuesta por escrito de fecha 26 de septiembre de 2000 (que remite el 2 de octubre) en la que niega haber realizado los hechos que se le imputan, y en todo caso, alega la prescripción de los mismos"./SEXTO.- "S.S., S.L." abonó a la Universidad de A Coruña 5.632 ptas. por las llamadas telefónicas realizadas a las líneas 906 desde la extensión…/ SÉPTIMO.- El actor anteriormente era trabajador de la empresa de seguridad "E.", habiéndose subrogado "S.S., S.L." en los derechos y obligaciones laborales de la anterior. La relación entre la dirección de "S." y los trabajadores subrogados de "E." es mala. Todos los trabajadores subrogados han sido despedidos, y actualmente sólo trabajan para "S." en el Campus de Esteiro el Sr. N.F. y el Sr. C.C., y ello en cumplimiento de sendas sentencias en donde, declarándose la nulidad del despido condenan a la demandada a la readmisión. El actor testificó a favor de los Sres. J.D.P.F. y don A.R. en el juicio de despido promovido por éstos y que fue celebrado el día 25 de octubre de 2000./OCTAVO.- Desde que "S.S., S.L." se ha hecho cargo de la vigilancia del Campus de Esteiro ha habido muchos problemas con las llaves, e incluso han aparecido en una oficina administrativa de la Universidad unas llaves que tenía que custodiar los empleados de la demandada./NOVENO.- El actor es secretario de la Sección Sindical de UGT en el centro de trabajo, sección que fue constituida el día 24 de mayo de 2000, si bien no consta correctamente registrada. En el acta de constitución consta que se designó como delegado sindical a don J.C.N.F. El despido del trabajador fue comunicado al sindicato./DÉCIMO.- El día 3 de noviembre de 2000 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el día 13 de octubre de 2000. Dicho acto concluyó intentado sin efecto."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por don A.F.C.R. contra la empresa de "S.S., S.L.", en su pedimento subsidiario, desestimándola en su principal, y en consecuencia declaro la improcedencia del despido efectuado y condeno a la empresa demandada a que, a su opción, readmita al trabajador despedido en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización de 456.173 ptas. (2.741,65 euros.) entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá la readmisión y, en todo caso, a que le abone los salarios dejados de percibir y que hasta la fecha de la presente sentencia alcanzan la cantidad de 178.095 ptas. (1.070,37 euros)."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se recurre por el trabajador la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido y que rechazó la existencia de nulidad, con pretensiones revisorias dirigidas a sustituir –ordinal tercero de los HDP– la indicación "...Ese mismo día el actor realizó..." por la frase "...Ese mismo día se realizaron..."; y a rectificar el noveno de los HDP, en el sentido de que conste que "El despido del trabajador, a pesar de conocer la empresa su afiliación sindical no fue comunicado al Sindicato UGT". La primera modificación se basa expresamente: (a) en la argumentación de que las llamadas pudieran haber sido hechas por cualquier otra persona que tuviera llaves de las dependencias, incluido su compañero de ronda el Sr. P.; (b) en el testimonio de este último, que admitió como mera hipótesis que él mismo podría haber efectuado las llamadas a la "línea premier"; y (c) en la afirmación de que es "demasiado precipitado" calificarle de autor por la autoinculpación que hizo ante el Gerente de la Universidad, dado que se hizo "con el único fin de no perjudicar a sus compañeros". Y para justificar la segunda rectificación fáctica se argumenta que no hay documento ni testimonio algunos que acrediten la contraria afirmación judicial. Pero con tal planteamiento revisorio se viene a desconocer –SSTSJ Galicia 20-abril-01 R. 2.851/95, 5-marzo-01 R. 277/01, 8-febrero-01 R. 5.959/00, 19-enero-01 R. 5.470/00, 10-enero-01 R. 2.952/98, 16-noviembre-00 R. 3.643/97, 3-noviembre-00 R. 2.886/97, 3-noviembre-00 R. 1.832/97, 20-octubre-00 R. 3.877/97, 13-octubre-00 R. 2.500/97, 13-julio-00 R. 3.217, 30-junio-00 R. 2.962/00, 17-abril-00 R. 359/97, 11-febrero-00 R. 2.066/98, 21-enero-00 AS 103– que el presente recurso no tiene la naturaleza de la apelación ni de segunda instancia, sino que resulta ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada en autos. Naturaleza que se plasma en el art. 191 LPL (STC 294/1993, de 18-octubre), cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 632 y 659 LEC, así como el art. 97.2 LPL.

De esta forma, pues, el Juez de instancia es el único competente para valorar en su integridad la prueba, por cuanto que conoce de la cuestión suscitada en instancia única, a través de un juicio regido por los principios de inmediación, oralidad y concentración, siendo así que la potestad jurisdiccional conlleva, al nivel fáctico y con carácter privativo, la admisión, pertinencia y práctica de los medios de prueba utilizables y la libre valoración de su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica (STC 17-octubre-94 Ar. 272), lo que implica que el Juzgador *a quo* pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, con la exclusiva limitación –ha de destacarse– de que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas (STC 15-febrero-85 Ar. 175), por cuanto –conforme a la STS 31-mayo-90 Ar. 4.524– la facultad de libre apreciación de la prueba otorgada al Juez de instancia no puede convertirse en instrumento que permita llegar a conclusiones fácticas inadmisibles o contrarias a la más elemental lógica jurídica, y que su libre apreciación sea además razonada para que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano judicial (STC 15-febrero-90 Ar. 24), en el que incluso cuenta como elemento de convicción la conducta de las partes en el proceso (SSTCT 4-abril-75 Ar. 1.660, 5-octubre-77 Ar. 4.607, y STS 12-junio-75 Ar. 2.709). Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado *a quo* es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente –supuesto de que se haya practicado la "mínima actividad probatoria" a que se refieren las SSTCT 12-junio-87 Ar. 13.090, TC 37/1985, de 8-marzo, TS 21-marzo-90 Ar. 2.204 y las citadas de este TSJ Galicia– para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez "a quo", sin que esté permitido acudir a hipótesis, conjeturas, especulaciones o razonamientos más o menos lógicos,

que siempre implican ausencia de lo evidente, o cuando los razonamientos que han llevado al Magistrado a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho –art. 97.2 LPL– carezcan de la más elemental lógica, por no haberse ajustado la valoración de la prueba a la sana crítica si es pericial (art. 632 LEC) o al sistema legal si se trata de prueba documental (arts. 1.228 y siguientes CC), tal como reiteradamente ha señalado la Jurisprudencia (SSTS 13-octubre-86 Ar. 5.456, 22-marzo-88 Ar. 2.345 y 27-julio-88 Ar. 6.208), de manera que –por regla general– las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida han de prevalecer sobre cualquier interpretación objetiva o interesada de la parte recurrente y de su pretensión de sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia por su personal e interesado criterio; y en todo caso esas conclusiones judiciales se imponen al censurable procedimiento –"cómodo expediente" y "obstrucción negativa" en usual expresión de la Jurisprudencia y doctrina– de alegar amparo negativo de prueba o insuficiencia de los instrumentos probatorios para configurar el relato fáctico (a título de ejemplo, las SSTS de 15-enero-90 Ar. 125, 31-mayo-90 Ar. 4.524, 28-noviembre-90 Ar. 8.614, 26-septiembre-1995 Ar. 6.894 y 26-marzo-1996 Ar. 2.495; y las SSTSJ Galicia ya referidas).

SEGUNDO.- En el apartado de examen del Derecho, el trabajador denuncia en primer término la infracción del art. 55.1 ET. 1.- La primera de las denuncias alude, como es obvio, al hecho de que constando a la empresa la afiliación del trabajador a un sindicato, "deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato". Pero se ha de poner de manifiesto que la demanda –ratificada en el acto de juicio– se limitaba a fundamentar la ilegitimidad de la medida empresarial "obedece a los testimonios ofrecidos por el actor en anteriores Juicios celebrados en los Juzgados de lo Social a instancia de otros compañeros y contra la misma empresa. Siendo en reiteradas ocasiones amenazado tanto con proceder a su despido como con agredirlo, por representantes de la empresa". De esta forma, es claro que la cuestión se presenta novedosa y de inaceptable examen por primera vez en este trámite extraordinario, limitado –aparte de cuestiones procesales y de orden público– al enjuiciamiento de materias planteadas en la instancia (a título de ejemplo, las SSTS 11-julio-89 Ar. 5.453, 22-diciembre-89 Ar. 9.261, 8-abril-91 Ar. 3.256, 29-enero-93 Ar. 384, 23-septiembre-97 Ar. 6.579 y 14-mayo-98 Ar. 4.651; y las SSTSJ Galicia –entre las más recientes– de 27-enero-00 R. 5.748/96, 2-marzo-00 R. 2.947/98, 12-mayo-00 R. 1.192/97, 12-mayo-00 R. 1.959/00, 16-mayo-00 R. 2.018/97, 28-junio-00 R. 1.974/97, 26-octubre-00 R. 4.397/00, 6-noviembre-00 R. 4.883/97, 6-noviembre-00 R. 4.283/00, 8-noviembre-00 R. 4.364/00, 22-noviembre-00 R. 4.868/00, 14-diciembre-00 R. 4.192/99, 19-enero-01 R. 5.288/00, 25-enero-01 R. 4.007/97, 8-febrero-01 R. 5.534/00 y 21-febrero-01 R. 5.503/99).

TERCERO.- Asimismo, con la misma cobertura del art. 190.c) LPL, el trabajador denuncia la vulneración de los arts. 54 y 59 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad. Y esta censura ha de ser examinada conjuntamente con el recurso de la empleadora demandada, que limita al aspecto normativo y a acusar infracción de los arts. 57 (apartados 4, 12 y 20) y 58 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, en relación con el art. 54.2.d) ET. 1.- Excluida –ya– en este trámite toda pretensión de atentado a derechos fundamentales, los hechos a enjuiciar son los declarados probados en la instancia: en turno de noche realizado a fecha 11-mayo-00 en el Edificio de Usos Administrativos Lerd del Campus de Ferrol, el actor efectuó desde la extensión número… las siguientes llamadas a líneas "premier":

| HORA | NÚMERO | DURACIÓN | IMPORTE |
|---|---|---|---|
| 3:03 | 906425542 | 0:00:03 | 39,80 ptas. |
| 3:05 | 906425542 | 0:02:02 | 263,00 ptas. |
| 3:08 | 906425542 | 0:01:46 | 232,00 ptas. |
| 3:26 | 906425542 | 0:01:29 | 201,00 ptas. |
| 3:27 | 906425542 | 0:00:02 | 39,80 ptas. |
| 3:29 | 906425542 | 0:01:43 | 225,80 ptas. |
| 4:56 | 906425542 | 0:01:42 | 225,80 ptas. |
| 4:57 | 906335555 | 0:00:11 | 46,00 ptas. |
| 6:58 | 906425542 | 0:01:33 | 207,20 ptas. |

Tales llamadas motivaron queja y reclamación económica por parte de la Universidad, a la que la Empresa demandada tuvo que abonar el importe de aquellas llamadas. 2.- Bien se comprende que la denuncia del actor, referida a la valoración de las infracciones y sanciones, únicamente tendría sentido si la decisión recurrida hubiese declarado procedente el despido, pero no cuando –como en instancia– la sentencia ha acogido la pretensión subsidiaria de la demanda y calificado de improcedente la medida sancionadora. Por ello necesariamente habremos de limitarnos al recurso de la empresa, y a su pretensión de que debe desestimarse en su

integridad la demanda, calificando de procedente el despido.

CUARTO.- 1.- La sentencia recurrida califica los hechos como no justificativos del despido, basándose en el principio de proporcionalidad y en la consideración de que el actor no había sido precedentemente sancionado, así como que la infracción se había limitado a un día, con escasa duración (10 minutos) e importe económico (1.480, 4 pesetas) de las llamadas. 2.- Por nuestra parte se ha de reiterar (así, SSTSJ Galicia 3-julio-97 R. 2.739/97, 25-noviembre-1998 R. 4.263/98, 17-diciembre-98 R. 4.717/98, 11-mayo-99 R. 1.522/99, 21-enero-00 AS 103 y R. 5.385/99, 15-abril-00 R.1.248/00 y 19-enero-01 R. 5.470/00) que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 4-marzo-91 Ar. 1.822 y 28-junio-88 Ar. 5.486), partiendo de la idea cardinal de que los "más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano" (STS de 21-marzo-88 Ar. 2.333), de tal forma que en la valoración de esta conducta no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción; pero ello partiendo de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencias los arts. 5.a y 20.2 ET (SSTS 31-octubre-84 Ar. 5.360, 18-diciembre-84 Ar. 6.408, 27-febrero-87 Ar. 1.133, 2-julio-87 Ar. 5.060, 16-marzo-88 Ar. 1.950, 21-marzo-88 Ar. 2.333, 18-julio-88 Ar. 6.171, 31-octubre-88 Ar. 8.189, 16-enero-90 Ar. 128, 28-febrero-90 Ar. 1.248, 6-abril-90 Ar. 3.121, 24-septiembre-90 Ar. 7.040, 21-febrero-91 Ar. 854, 4-marzo-91 Ar. 1.822, 16-mayo-91 Ar. 4.171, 2-abril-92 Ar. 2.590, 10-diciembre-92 Ar. 10.074…). 3.- Pero de todas formas se nos evidencia que esta propia doctrina gradualista no puede sino llevar a justificar la procedencia del despido en el caso de autos, siendo así que nos parece grave vulneración de la obligada buena fe e incumplimiento de los deberes básicos de un Vigilante de seguridad utilizar durante su jornada nocturna el teléfono de la entidad cuya vigilancia tiene encomendada, por un motivo tan frívolo como contactar con una línea 906, descuidando así su misión y causando un perjuicio económico a la contratante. Si la Universidad de A Coruña tiene contrato con una empresa de seguridad es para obtener vigilancia que la misma dice procurar, por lo que se defrauda doblemente a la entidad si el tiempo pactado de vigilancia se emplea –en mayor o menor medida– en actividades particulares e injustificadas del Vigilante, que por añadidura suponen un ilegítimo coste a la Universidad. Y muy diversamente a lo que la Magistrada entiende en su estudiada sentencia, la Sala considera que el hecho repercute –trasciende– negativamente a la empresa mucho más de lo que se deriva de la ínfima cuantía del gasto telefónico, pues no deja de desprestigiarla que uno de sus empleados no cumpla el cometido y cause un perjuicio –siquiera mínimo– a la contratante.

QUINTO.- 1.- De otra parte ha de tenerse en cuenta que los apartados que se han citado del art. 57 al que la censura alude consideran falta muy grave –respectivamente– "la falsedad, deslealtad, el fraude, el abuso de confianza" (apartado 4), "el abandono del trabajo en puestos de responsabilidad una vez tomado posesión de los mismos y la inhibición o pasividad en la prestación del mismo" (apartado 12), y "entregarse a juegos o distracciones graves, todo ello durante y dentro de la jornada de trabajo" (apartado 20). Y que el art. 58.3 establece como sanciones para las faltas muy graves –las del art. 57– la suspensión de empleo y sueldo de 16 días a dos meses, la inhabilitación para el ascenso durante tres años y el despido. 2.- Y ello necesariamente habría de llevar a estimar el recurso de la Empresa, por cuanto que es criterio reiterado de la jurisprudencia (SSTS 11-enero-00 Ar. 395 y 11-octubre-93 Ar. 9.065) y de la doctrina jurisprudencial (SSTSJ La Rioja 4-mayo-00 AS 2.205, Cataluña 1-febrero-00 AS 1.232, 27-enero-00 AS 872 y 4-octubre-99 AS 4.197, Málaga/Andalucía 21-mayo-99 AS 1.763, Murcia 10-marzo-99 AS 1.239, Extremadura 12-septiembre-95 AS 3.567 y Valladolid/Castilla y León 31-enero-95 AS 106) que corresponde al

empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones (art. 58 ET), y que impuesta la sanción de entre las posibles por el empresario, una vez entendido que no se produce infracción del derecho constitucional a la igualdad, aun cuando el Tribunal entendiere la conveniencia de una sanción menos grave no cabe reducirla por entenderla excesiva, puesto que los arts. 55.3 ET y 108.1 LPL establecen que el despido será procedente si se acreditan tales incumplimientos y en caso contrario será improcedente, sin que sea viable calificar de inadecuada la medida empresarial si la conducta en que la falta consiste coincide con las que la normativa sancionadora estime acreedoras de despido, aunque también contemple la posibilidad de otras sanciones alternativas. Y en el caso de autos, la conducta que se tiene por acreditada indudablemente supone deslealtad, abandono o pasividad en el trabajo y "distracción grave" durante el mismo. En consecuencia,

### Fallamos

Que con desestimación del recurso que ha sido interpuesto por don A.F.C.R. y favorable acogida de lo formulado por "S.V.S., S.L.", revocamos la sentencia que con fecha 13-diciembre-2000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Ferrol, y desestimando la demanda presentada declaramos procedente el despido por el que se accionaba y convalidamos la extinción del contrato, sin derecho a indemnización ni a salarios de trámite, absolviendo a la parte demandada. Asimismo acordamos la devolución del depósito y la cancelación del aval presentado.

## 3233 Recurso nº 2.601/01

**S.S.** SANCIÓN POR INFRACCIÓN MOI GRAVE. AUDIENCIA DO DELEGADO SINDICAL. NON CONSTA QUE A EMPRESA COÑECERA A AFILIACIÓN DO TRABALLADOR. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN. PROPORCIONALIDADE DA SANCIÓN.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López*

A Coruña, a seis de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.601/01 interpuesto por don R.L.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.L.G. en reclamación de SANCIÓN siendo demandada la empresa "G.C.A., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 109/01 sentencia con fecha treinta y uno de marzo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante don R.L.G., mayor de edad y con D.N.I..., viene prestando servicios para la empresa "G.C.A., S.L." desde el día 1 de diciembre de 1982, con la categoría profesional de oficial de 1ª y un salario mensual de 162.000 pesetas, incluido prorrateo de pagas extraordinarias./ SEGUNDO.- Por medio de carta de fecha 16 de enero de 2001 notificada al actor el mismo día, se le comunicó una sanción de 58 días de suspensión de empleo y sueldo a cumplir entre el 17 de enero y el 16 de marzo por la comisión de una falta muy grave en base a los siguientes hechos: *"Como usted bien conoce, el momento que atraviesa la Empresa, es sumamente grave y delicado, como consecuencia de la enfermedad que padece el propietario, el cual se encuentra de baja desde el 27.11.00, desconociéndose la fecha en que podrá reincorporarse a la misma. La actitud y el comportamiento que usted mantiene es inaceptable, tanto desde el punto de vista profesional, como y lo que es más grave, desde el personal. A raíz de estos comportamientos, en fecha 10.03.00, le fue comunicado por esta Empresa un apercibimiento por escrito y durante el mes de diciembre del mismo año, se le notificó una sanción de suspensión de empleo y sueldo, por unos hechos graves, creyendo esta dirección que con la imposición de dicha sanción su comportamiento y actitud serían normales. Pues bien, a*

*raíz de reincorporarse de nuevo a su puesto de trabajo, los hechos protagonizados por usted, que se detallan a continuación, reflejan una persistencia y con agravamiento en su forma de actuar inaceptable. Así, el día 09.01.01, usted, en las dependencias del taller, estando presentes sus compañeros de trabajo, y el director accidental de la misma, G.C., hijo del propietario, se dirigió a ellos y en tono insultante y amenazante, manifestó: Sois unos lame-cús, vendidos, mentirosos, maricóns, acompañado de gestos groseros y despectivos hacia todos ellos; que acusó, en presencia de sus compañeros, al empleado don F.R.A., de chivato, echándole la culpa de su sanción anterior, incitándole con frases como: "¿Qué, estaste poñendo forte ahora?, vouche ter que ter medo", "¿Me vas a pegar?, mira como tiemblo", "O único para o que vales e para facer quinielas", todo esto delante del resto de la plantilla de trabajadores. Que ante esta situación, don G.C., para calmar los ánimos, le pidió primero y le ordenó después durante 5 ocasiones, que se fuese para su puesto de trabajo y cesara en su actitud, a lo que usted no hizo ningún caso, y se quedó enfrente de F.R., provocándolo. Que por motivo de dichas actuaciones, la tensión que se creó en la empresa fue mucha, afectando al rendimiento de todos ellos, llegando incluso a comunicar alguno, que si seguía usted comportándose de esta manera, prefería irse de la empresa. Que el día 15.01.01, cuando don G.C. le preguntó porqué no había hecho el trabajo que se le encomendó, usted le contestó: "Usted y los demás son unos mentirosos", "Prepáreme otro papel, ande, que eso se le da muy bien"./* TERCERO.- De los hechos imputados al actor en la carta de sanción ha resultado acreditado: El día 9 de enero de este año, estando el actor con otros compañeros en el taller de la empresa cerca del reloj de fichar, sin provocación previa, se dirigió a sus compañeros, especialmente a don F.R.A., y les llamó lameculos, maricones y vendidos, reaccionando el citado don F. insultando también al actor y llegando unos compañeros a tener que ponerse entre los dos para evitar una posible pelea; don F., habló luego con la hija del jefe y dijo que si el actor seguía con esa actitud él se iría de la empresa; asimismo, el día 15 de enero el hijo del empresario, don G.C., le llamó la atención al actor varias veces por haber dejado la herramienta sin recoger; el demandante tiene una actitud de beligerancia y desavenencias con sus compañeros y jefes desde hace varios meses. El gerente presenta recidiva de tumor gangliar frontal izquierdo, oligodendroglioma anaplásico, habiendo sido ingresado en el Xeral-Cíes el día 30 de noviembre de 2000 y dado de alta el 21 de diciembre./ CUARTO.- El demandante, que padece una grave enfermedad de la sangre, ya fue sancionado mediante carta de fecha 21 de diciembre de 2000 por presuntos insultos y faltas de respeto a los hijos del gerente de la empresa y desidia en el trabajo, presentando papeleta de conciliación ante el SMAC el día 5 de enero, no constando el día en que se citó a la empresa y celebrándose el día 24 con resultado de sin avenencia, presentando luego demanda turnada a este Juzgado, que revocó la sanción mediante sentencia de fecha 3 de marzo por no considerar acreditados los hechos dado que la empresa trajo como únicos testigos a los dos hijos del gerente y no se estimó suficiente su declaración. El día 30 de enero el actor presentó demanda solicitando la rescisión de su contrato por presuntas coacciones y amenazas e insultos por parte de los hijos del empresario, demanda turnada al Juzgado de lo Social número 3 de esta ciudad, que señaló juicio para el día 6 de marzo, no constando su resultado./ QUINTO.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC, el día 24 de enero de este año, la misma tuvo lugar en fecha 9 de febrero con el resultado de sin avenencia./ SEXTO.- El demandante figura afiliado a Comisiones Obreras desde enero de 1996, circunstancia que no consta acreditado que la empresa conociese en el momento de imponerle la sanción impugnada en esta litis, no habiéndole dado audiencia al delegado sindical".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don R.L.G., debo confirmar y confirmo la sanción de 58 días de suspensión de empleo y sueldo que por falta muy grave le impuso mediante carta de fecha 16 de enero de 2001 la empresa "G.C.A., S.L.", a la que absuelvo del contenido 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.- Recurre el actor la sentencia de instancia que desestimó su demanda confirmando la sanción que, por falta muy grave, le había impuesto su empleador, solicitando la revocación de la misma, para lo cual

con amparo en el art. l91.c) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que el ordinal sexto reciba la siguiente redacción: "El demandante figura afiliado a CC.OO. desde enero de 1996, circunstancia que le consta acreditado a la empresa, por cuanto con fecha 05.01.01 se planteó la demanda contra la empresa y el acto de conciliación el 24.01.01, por lo tanto independientemente de que la empresa compareciese o no en el SMAC si que ya le consta la afiliación del trabajador demandante en la segunda sanción"; cita en apoyo de su propuesta los documentos obrantes a los folios 21 y 22 de las actuaciones.

No se admite la revisión que se pretende por cuanto de los documentos que se citan no cabe deducir la propuesta, pues tales documentos son una demanda conciliatoria dirigida al SMAC el 05.01.2001, sin que conste cuando fue emplazada la empresa por dicho Organismo, por lo que no puede entenderse que, con anterioridad a la carta de sanción que da lugar al presente litigio, dicha demandada tuviera conocimiento de la condición en el actor de afiliado a un sindicato; por otra parte la propuesta contiene expresiones claramente valorativas y que son una conclusión que la parte extrae de la valoración personal que efectúa de dicho documento, en consecuencia se mantiene el ordinal sexto en la versión judicial.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL, se denuncia infracción o aplicación inadecuada de los preceptos 115.2 LPL, art. 14 CE y 17 LET, arts. 25.1 CE y 58 LET y art. 20 CE, argumentando que la sanción es nula por cuánto la empresa conocía la condición de afiliación del actor al sindicato CC.OO. y por tanto debió haber notificado al órgano sindical la imposición de dicha sanción; además alega que la sanción resulta nula por discriminatoria ya que existió intercambio de insultos con otro trabajador sin que a éste se le halla sancionado y en último lugar invoca la desproporción existente entre la sanción impuesta y los hechos que se sancionan por lo que, en todo caso debería rebajarse la misma. Efectivamente, si la empresa tiene conocimiento de la condición de afiliado a un sindicato del trabajador al que va a sancionar por falta grave o muy grave viene obligada a dar audiencia a los delegados sindicales, así resulta de lo dispuesto en el art. 10.3.3º de la LOLS 1/85 que establece el derecho de los delegados sindicales a recibir esta intervención y cuya ausencia sanciona el art. 115.3 LPL con la nulidad de la sanción que haya omitido dicho trámite, no obstante para que tal derecho sea exigible del empleador, es preciso acreditar que este conocía la condición de afiliado al sindicato del trabajador objeto de sanción, y la carga de acreditar tal extremo corresponde al trabajador, conforme al antiguo art. 1.214 del Código Civil y el vigente art. 217.2 LEC 1/2000; y si bien pudiera presumirse en el empleador dicho conocimiento cuando descuenta al trabajador de su recibo de salarios la cuota sindical, este no es el caso, por lo que el actor tenía que haber acreditado fehacientemente que la demandada conocía tal dato y tal prueba no se ha aportado a los autos, sin que quepa tener por comunicado a la empresa tal extremo de la copia de demanda al SMAC que ni siquiera consta que la demandada la haya recibido y de ser así la fecha en que la recibió pues solo a partir de este momento vendría obligada a respetar la audiencia prevista, en consecuencia, inalterado el relato fáctico (hecho sexto de probados) según el cual la empresa no conocía la condición de afiliado al sindicato de CC.OO. del actor, no cabe declarar la nulidad de la sanción por no cumplir con el requisito de audiencia al delegado sindical (delegado que tampoco consta que exista en dicha empresa), por todo ello este primer motivo del recurso decae.

TERCERO.- Los dos siguientes argumentos, bajo un único motivo, del recurso se refieren: A) nulidad por discriminación, al entender que si el actor insulto a un compañero de trabajo y este le insultó a él, ambos deben ser sancionados en igual medida, y en el presente supuesto al Sr. R. no se le impuso sanción alguna. El motivo no puede ser atendido por cuanto la discriminación sólo existe cuando partiendo de dos situaciones iguales se tratan, injustificadamente, de modo diferente y en el presente caso no aparece tal igualdad de partida entre la conducta del actor y la del Sr. R., pues, como resulta del relato fáctico, (hecho probado 3º) "el actor..., sin provocación previa, se dirigió a sus compañeros – en especial al Sr. R. -, y les llamó..., reaccionando el Sr. R. insultando también al actor...", es decir que el demandante provoca la situación de contienda con el otro trabajador y pretende que aquel reciba la misma sanción que a él le ha sido impuesta, nada resultaría mas lejano de la justicia que deriva del principio de igualdad de trato que emana del art. 14 CE, que se denuncia, si se accediese a tal pretensión, pues, si bien es cierto que no cabe un derecho

a replicar al insulto (ius retorquendi), tampoco es exigible al agredido que permanezca impávido ante la agresión (estoicismo) so pena de sufrir a mayores de aquella una nueva sanción, en consecuencia el motivo tampoco puede ser atendido, el trato desigual entre el actor y el otro productor tiene plena justificación pues el actor ostenta la condición de agresor (verbal) y aquel la de agredido, por todo lo cual el motivo se rechaza.

B) La exigencia de proporcionalidad, que ha de presidir el poder disciplinario del empleador, exige, en su razonar, que no pueda imponerse la sanción máxima sino que se ha de adecuar la sanción a la gravedad de la infracción cometida, por lo que estima que debe rebajarse la sanción impuesta. Esta Sala – si bien en relación con sanción por despido-, tiene establecido (S.13.01.2000 - R. 5.366-99) que la doctrina gradualista exige que no todo incumplimiento contractual pueda calificarse como susceptible de justificar una sanción máxima, sino que los más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano (SSTS 21 marzo 1988 y 20 febrero 1991), de tal forma que han de 'ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, teniendo presente los antecedentes..., y las circunstancias coetáneas' así como la realidad social (STS 18 julio 1988 [RJ 1988\6.171]), mas la aplicación de tal doctrina conlleva la desestimación del recurso planteado ya que: 1º) Las expresiones vertidas por el actor, los aludidos insultos, son expresiones tan objetivamente ofensivas que no precisan demostración de ánimo injurioso alguno, independientemente de que la intención de ofender se presuma y la prueba en contrario corresponda al ofensor - Sentencia del Tribunal Supremo de 16 marzo 1981 (RJ 1981\1.373)-, por lo que la calificación de las mismas como infracción muy grave se ajusta a la realidad y a la tipificación convencional que vincula a las partes [art. 68.j) del convenio]; 2º) tal infracción, tiene prevista en el convenio como sanciones desde la amonestación por escrito, pasando por la suspensión de empleo y sueldo hasta sesenta días, hasta la sanción de despido, por lo que la patronal no le ha impuesto en el presente supuesto la sanción más grave de las convencionalmente previstas [art. 69.c) del convenio] como posibles; 3º) en una muy reiterada casuística jurisprudencial, la conducta atribuida al actor, justifica por sí misma la sanción máxima del despido, pues, la conducta del mismo atenta al deber esencial de cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe (art. 5 y 20 LET), consecuentemente la demandada ya aplicó las reglas de proporcionalidad en la fijación de la sanción, al no imponer la máxima que le permitía la norma convencional, por todo lo cual se desestima el motivo y el recurso planteado, confirmándose la resolución recurrida.

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

### Fallamos

Que desestimamos el recurso de Suplicación formulado por R.L.G. contra la sentencia dictada el 31.03.2001 por el Juzgado nº 1 de VIGO, en autos nº 109-2001, sobre sanción, seguidos a instancias del recurrente contra "G.C.A., S.L.", resolución que se mantiene en su integridad.

**3234** **Recurso nº 2.721/01**

**S.S.** CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO. SILENCIO NEGATIVO NA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA.

*Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros*

A Coruña, a nueve de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.721/01, interpuesto por don G.A.R.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don G.A.R.L. en reclamación de Despido, siendo demandado el

Servicio Galego de Saúde, la Escuela Universitaria de Enfermería y doña A.C.N., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 31/01 sentencia con fecha 19 de febrero de 2001, por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante don G.A.R., mayor de edad, ATS, vecino de..., con D.N.I..., inició la relación laboral con el SERGAS y en el Complejo Hospitalario Xeral Calde de Lugo el 04.07.1987, extendiéndose en el tiempo de forma variable y con interrupciones y con variada tipología de nombramientos: sustituto por vacaciones, sustituto por incapacidad temporal... El último período de tiempo no trabajado en el Xeral Calde corresponde del 12.05.1991 a 31.05.1991.- A partir del 01.06.91 hasta su cese el 06.11.2000, la relación del actor con el C. Hospitalario Xeral Calde de Lugo, se revela sin solución de continuidad.- Del 01.06.91 al 31.09.91 (4 meses), sustitución por vacaciones.- Del 01.10.91 al 10.01.92, mediante nombramiento como personal sanitario no facultativo eventual para sustituciones.- Del 11.01.92 presta sus servicios en virtud de nombramiento de personal sanitario no facultativo con carácter interino en plaza vacante.- SEGUNDO.- En el acta de la junta de la escuela de enfermería de 01.08.91 se acuerda que don G.A.R. actúe como secretario en funciones, mientras no se reciba la correspondiente aprobación del SERGAS.- El 01.10.91 el actor es destinado como secretario de la Escuela de Enfermería, según nota interior del SERGAS de 26.09.1991, por la reserva de plaza de doña C.G.R., en fecha 09.01.2000 existe un cambio de contrato del actor con el SERGAS, en fecha 10.01.1992 el actor causa baja en el contrato que estaba realizando (reserva de plaza en comisión de servicios) y con fecha 11.01.92 causa alta como ATS siendo contratado el actor para ocupar la vacante de C.G.R., con destino en la escuela universitaria.- TERCERO.- El SERGAS (Complejo Hospitalario Xeral Calde de Lugo) en fecha 22.09.2000 envía al actor un preaviso de cese que dice expresamente lo siguiente: "Pola presente, e co carácter de preaviso, lamentamos comunicarlle que, por mor do Remate de Concurso de traslados convocados por resolución da División de Recursos Humanos do Sergas de 25 de maio de 1999 e a pronta conclusión de proceso selectivo convocado por resolución da mesa División de data 28 de decembro de 1998, e, unha vez aplicados criterios de cese establecidos na resolución de 13 de xullo de 2000, conxunta da secretaría Xeral da Consellería de Sanidade e Servicios Sociais e da División de Recursos Humanos do Sergas, sobre criterios de incorporación e cesamento, correspóndelle a vostede cesar no desempeño do seu posto de traballo neste Complexo, por estricta aplicación dos devanditos criterios de cese e como consecuencia da incorporación de persoal propietario con destino definitivo neste Complexo no momento en que tal incorporación se produza.- Lugo, a 21 de setembro de 2000".- CUARTO.- El actor el 6 de noviembre de 2000 recibe comunicación del complejo Hospitalario Xeral Calde de Lugo en el que se dice expresamente: "Pola presente, e conforme ó no seu momento anticipado por medio do correspondente preaviso, lamentamos comunicarlle que, por mor do remate do concurso de traslados convocados por resolución da División de Recursos Humanos do Sergas de 25 de maio de 1999 e a conclusión do proceso selectivo convocado por resolución da División de R.R.H.H. do SERGAS de data 28 de decembro de 1998, e declarado rematado por Resolución da mesma División de 9 de outubro de 2000 (DOG do 18.10.00); e unha vez aplicados criterios de cese establecidos na resolución de 13 de xullo de 2000, conxunta de secretaria Xeral da Consellería de Sanidade e Servicios Sociais e da División de recursos humanos do SERGAS, sobre criterios de incorporación e cesamento. Correspóndelle a Vostede cesar no desempeño do seu posto de traballo neste Complexo, ó día da data, por estricta aplicación dos devanditos criterios de cesamento e como consecuencia da incorporación de personal propietario que obtivo destino definitivo neste Complexo".- QUINTO.- La Escuela Universitaria de Enfermería remitió al actor la siguiente notificación "Por medio de la presente pongo en su conocimiento que se ha recibido en esta Escuela con fecha 06.11.2000 escrito del Sr. Director Gerente del Complejo Hospitalario Xeral Calde, cuya copia le remito, en el que se me informa de su cese como secretario de estudios y como docente.- Debo expresarle mi gran disgusto por tal cese, así como mi gratitud por todos estos años de ayuda y comprensión con el mucho trabajo que fue preciso sacar adelante en momentos no fáciles para la escuela. Creo que deja usted una gran labor realizada entre los que en su día

fueron alumnos suyos. Así me han pedido que se lo manifieste. – Tenga la seguridad de que en esta escuela deja muchos amigos, entre los que puede contar con la que suscribe. Queda a su entera disposición para cuanto estime necesario.- Por la presente le comunicamos que, en lo que atañe al personal adscrito a esa escuela universitaria de enfermería, una vez concluido el Concurso de Traslados y proceso electivo convocado por resolución de la División de R.R.H.H. del SERGAS de 28 de diciembre de 1998, y declarado finalizado por resolución de la misma División de 9 de octubre de 2000 (DOG del 18.10.00); y una vez aplicados los criterios de cese establecidos en la resolución de 13 de junio de 2000, conjunta de la secretaría general de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais y de la División de Recursos Humanos del SERGAS, sobre criterios de incorporación y cese, han resultados cesados en su puesto de trabajo y en las siguientes fechas: doña C.A.G., a fecha 19.10.00, auxiliar administrativo adscrito a esa Escuela Universitaria.- Don G.A.R.L., a fecha 06.11.2000, ATS/DUE, Secretario de esa Escuela Universitaria.- Por lo que respecta a este último, don G.A.R.L., es necesario comunicar a esa Dirección que, a partir de la fecha de cese, 6 de noviembre de 2000, no podrá seguir desempeñando ni las funciones inherentes al puesto de trabajo de Secretario de la Escuela Universitaria de Lugo, ni podrá seguir desempeñando labor docente alguna en dicha institución, tal y como resulta del Reglamento Provisional del Régimen General de Escuelas Universitarias de Enfermería, y como resulta de comunicación del Ilmo. Sr. Secretario General de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, de fecha 18.10.2000, remitida por la Dirección Provincial del SERGAS de Lugo a este Complejo en fecha 24.10.2000".- SEXTO.- El actor no esta de acuerdo con su cese y presenta reclamación previa ante el SERGAS y la Escuela Universitaria de Enfermería el 24.11.2000, desestimadas por silencio administrativo.- SÉPTIMO.- En fecha 09.01.2001 el actor formula demanda de despido contra el SERGAS, la Escuela Universitaria de Enfermería y doña M.A. de la C.N., solicitando se declare que el despido fue improcedente o subsidiariamente nulo.- OCTAVO.- El demandante no ostenta, ni ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores.- NOVENO.- La Escuela Universitaria de Enfermería depende económicamente y administrativamente del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social.- DÉCIMO.- En el diario Oficial de Galicia nº 107 de 7 de junio de 1999 se publica la resolución de 25 de mayo de 1999 por la que se hace pública la convocatoria de Concurso Voluntario de traslados para la provisión de plazas de personal sanitario no facultativo y personal no sanitario de las I.S.S. dependientes del SERGAS.- Dicho concurso voluntario de traslados se resuelve definitivamente por resolución de 14 de febrero de 2000 (DOG) de 1 de marzo de 2000.- Se publican y abren los plazos de toma de posesión por resolución de 25 de septiembre de 2000 (DOG de 5 de octubre de 2000).- Como consecuencia del proceso del concurso de traslados obtienen destino definitivo en el Complejo Hospitalario Xeral Calde 18 personas.- Convocado por resolución de la División de Recursos Humanos del SERGAS de 28.12.1998 (DOG de 15.01.1999) y declarado finalizado por resolución de la misma división de RR.HH. del SERGAS de 9 de octubre de 2000 (DOG nº 202 de 18 de octubre) por medio de la cual se nombra a los seleccionados como personal estatutario fijo del SERGAS y se les adjudica el destino definitivo, como consecuencia del Concurso oposición, obtienen destino definitivo como personal estatutario fijo en el Complejo Hospitalario Xeral Calde 44 personas.- Como consecuencia de estos procesos de concurso de traslados y de concurso oposición, sólo resultaron cesados del Complejo Hospitalario Xeral Calde 5 ATS/Due entre ellos el actor, al tener 0 puntos.- UNDÉCIMO.- Las funciones propias del cargo de secretario de la Escuela de Enfermería, implica el ejercicio de la función pública de dación de fe, y por otra parte, el titular del cargo desempeñara actividad docente en la escuela, para cuyo desempeño se exige la previa vinculación con Institución sanitaria pública, en el contexto del desarrollo de labor asistencia en la misma".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por don G.A.R.L. frente al SERGAS, LA ESCUELA UNIVERSITARIA DE ENFERMERIA y doña A. de la C.N., debo absolver y absuelvo a los citados demandados de los pedimentos contenidos en la demanda, al apreciar la caducidad de la acción de despido".

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.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la sentencia de fecha 19-febrero-2001 del Juzgado Social nº 3 de Lugo, seguido a instancia de don G.A.R.L. contra el SERGAS y la Escuela Universitaria de Enfermería y doña A. de la C.N., por parte del propio actor, basándose el mismo, en primer lugar, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en infracción de normas o garantías procesales, concretamente, los arts. 69, 73 y 103.1 de la LPL, por considerar que la acción de despido no está caducada. Interesando, igualmente, revisión de hechos probados y alegando infracción de normas sustantivas al amparo del art. 191.b) y c) de la LPL. No obstante, es necesario analizar si la acción de despido se halla o no caducada a efectos de entrar en el fondo del asunto, y de la prueba practicada y que obra en autos se desprende lo siguiente: a) El SERGAS remite al actor preaviso de cese el 22.09.2000. b) El actor recibe con fecha 15-octubre-2000 comunicación del cese que tendrá lugar el 6-noviembre-2000 (Folio 85). c) Con fecha 6-noviembre-2000 se produce la baja en la prestación de servicios (Folio 36). d) La reclamación previa la interpone el actor el 24-noviembre-2000. e) Se interpone por el actor demanda ante el Juzgado Social por despido, con fecha 9-enero-2001. Consecuencia de lo cual, desde la notificación de cese hasta la reclamación previa han transcurrido 15 días del plazo de caducidad de la acción de despido que son 20 días (según los artículos que citan infringidos el recurrente).

Dicho plazo se suspende como consecuencia de la reclamación previa interpuesta el 24-noviembre-2000, pero transcurrido el plazo de un mes sin contestación de la misma se entiende, por silencio administrativo, denegado; continúa el plazo de caducidad que se había suspendido a partir del 24 de diciembre de 2000, con lo cual interpuesta la demanda el 9-enero-2001 ha transcurrido sobradamente el plazo de 5 días que restaba de los 20 para entender caducada la acción.

En consecuencia, se desestima el motivo del recurso interpuesto.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don G.A.R.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo, de fecha 19 de febrero de 2001, dictada en autos seguidos a instancia del actor frente al SERGAS y otros, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

## 3235 Recurso nº 2.803/01

**S.S.** CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADO. NECESIDADES PERMANENTES DA EMPRESA. CONTRATO EN FRAUDE DE LEI.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López*

A Coruña, a nueve de julio de dos mil uno.

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 2.803/01, interpuesto por doña J.R.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Lugo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 900/00 se presentó demanda por doña J.R.S. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandada la empresa "L.L. 97, S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 8 de febrero de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La actora, doña J.R.S., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, inició la prestación de servicios para la empresa demandada "L.L. 97, S.L.", el día 2 de marzo de 2000, con la categoría profesional de peón y con un salario que asciende al importe de 114.468 pesetas mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras./ SEGUNDO.- La actora no ostenta ni ostentó la representación (sic) de los trabajadores, en el año anterior a su despido./ TERCE-

RO.- Las partes suscribieron el 2 de mayo de 2000 contrato de trabajo que, figurando unido a la causa, se da por reproducido, bajo la modalidad de contrato de trabajo de duración determinada al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en el que figura como obra: "Consistente en la realización de los trabajos establecidos según contrato concertado con la empresa "S.L., S.A." de Santiago de Compostela"./ CUARTO.- El día 10 de noviembre J.M.L.F. Gerente de la empresa, entregó a la actora el documento de "Liquidación y Finiquito" que figura en la prueba de la actora y cuyo contenido se tiene por reproducido, manifestándole que cesaba en su contrato./ QUINTO.- El día 14 de noviembre de 2000 recibió la trabajadora un buro-fax con el contenido siguiente: "Muy Sra. nuestra:.- En fecha 10.11.2000 se le notifica por esta empresa la terminación del contrato de trabajo temporal establecido desde la fecha 02.03.00 al amparo del RD 2.720/1998 contrato para obra o servicio determinado, negándose usted al acuse de recibo de dicha notificación.- Por la presente le reiteramos que en la citada fecha causa usted baja en esta empresa por terminación del contrato, significándole que tiene a su disposición en los locales de esta empresa la liquidación que le corresponde, así como la documentación necesaria para cursar en su caso la prestación que pudiese corresponderle por desempleo, lo que ponemos en su conocimiento a los efectos legales oportunos.- Sin otro particular.- Atentamente.- POR LA EMPRESA"./ SEXTO.- Por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo, se emite Resolución el día 24 de mayo de 2000 elevando a definitiva la liquidación contenida en el acta número 84/2000 practicada a la empresa por diferencias de cotización, siendo la actora una de los trabajadores afectados./ SÉPTIMO.- El día 1 de noviembre de 2000 se remite a la Empresa demandada por el Grupo "S.A., S.A." una carta en la que se dice textualmente: "Estimado (s) Señor(es):.- Con fecha del día 1 de noviembre de 2000, les comunicamos que ponemos fin al acuerdo de ejecución de obra establecido con ustedes desde el día 01 de marzo de 2000, toda vez que han cumplido con el encargo solicitado en su día por esta empresa.- Esperamos poder seguir contando con sus servicios en futuras ocasiones.- Sin otro particular, les saludamos cordialmente"./ OCTAVO.- El día 14 de noviembre y ante dos testigos se produjo una conversación entre el Sr. L.F. y la actora en la que, tras ser instado el Sr. L., por la actora para que le dijera si estaba despedida éste contestó que no la despedía, sino que acababa su contrato. Ante la insistencia de la actora el Sr. L., dijo que "si quería que le dijera que estaba despedida, pues que sí"./ NOVENO.- Los trabajadores de la empresa realizan todo tipo de trabajos, en forma de cadena, sin discriminar para qué cliente son los objetos que en cada momento manufacturan./ DÉCIMO.- La demandante, que no ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores en la empresa, presentó papeleta de conciliación el día 21 de noviembre de 2000. El acto de conciliación tuvo lugar el siguiente día 4 de diciembre, con el resultado de "sin avenencia"./ UNDÉCIMO.- Figura en las actuaciones Convenio Colectivo aplicable, que se da por reproducido."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por doña J.R.S. contra la empresa "L.L. 97, S.L.", absolviendo a la demandada de los pedimentos contra ella dirigidos en la demanda."

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

## Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda sobre despido y contra dicha resolución se alza en Suplicación la demandante para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

En el primer motivo del recurso, bajo amparo procesal adecuado, se pretende la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: "Octavo.- La empresa demandada viene realizando trabajos para "A.S." al menos desde el año 1998". Pretensión que se acepta al encontrar apoyo en la documental de los folios 124 a 134 consistentes en fotocopias de distintos albaranes en el que consta como cliente la citada expresa, y que no han sido impugnados por la parte contraria.

En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción por aplicación errónea del artículo 15.1.a) del Real Decreto legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 6.4 del Código Civil, así como el mismo artículo 15 en su apartado 3, en relación con el 56.1 del E.T., alegando que el contrato fue celebrado en fraude de ley porque la empresa demandada ya venía reali-

zando trabajos para "A.S." desde antes de que la trabajadora demandante empezase a prestar servicios para la empresa demandada. También se denuncia la infracción por indebida aplicación de la Jurisprudencia que se cita en la resolución recurrida ya que las sentencias citadas se refieren todas a supuestos de contratación temporal de las Administraciones Públicas.

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes datos y circunstancias: a) la actora fue contratada por la empresa demandada, con la categoría profesional de peón, el día 2 de marzo de 2000, bajo la modalidad de contrato de trabajo de duración determinada al amparo del artículo 15 del E.T., en el que figura como obra o servicio determinado "consistente en la realización de los trabajos establecidos según contrato concertado con la empresa "A.S." de... "; b) la empresa demandada se dedica a la fabricación y venta de ventanas y persianas; c) que el día 1 de noviembre de 2000 la empresa "A.S.", remite a la empresa demandada una carta en la que le comunica que con esa misma fecha "pone fin al acuerdo de ejecución de obra establecida con ustedes desde el 1 de marzo de 2000, toda vez que han cumplido con el encargo solicitado en su día por esta empresa..." y d) con fecha 14 de noviembre se le comunica a la actora la terminación de su contrato.

La Juzgadora de instancia considera que aunque la realización de ventanas para un determinado cliente justificaría la celebración de contratos temporales por acumulación de tareas, excesos de pedidos etc., debe considerarse que la celebración del contrato bajo la modalidad de obra o servicio determinado pudo constituir un error en la elección del tipo contractual, pero al quedar demostrada la causa de la temporalidad no puede, de acuerdo con la doctrina que se proclama en las sentencias que se citan, considerarse que ha existido fraude de ley.

La Sala no comparte dicho criterio pues ha de tenerse en cuenta que la contratación temporal, que aparece como una posibilidad que puede ser utilizada por el empleador cuando concurran las circunstancias y causas que legitiman la modalidad de contratación temporal utilizada, exige que se respeten los requisitos que la regulan y, fundamentalmente, la causalidad que justifica el tipo contractual, por ser característico de esta forma de contratación debiendo venir condicionada a la existencia de una concreta y específica causa en la actividad empresarial que la habilita para hacer uso de aquella fórmula de contratación temporal que la contempla. Lo esencial en todo caso, es que el empleador haya respetado los requisitos que rigen para todas las modalidades de contratos temporales pues en caso contrario, de haberse infringido preceptos de carácter sustantivos, no meramente formales, habrá de considerarse formalizada en fraude de ley la relación laboral con la consecuencia prevista en el art. 15.3º Estatuto de los Trabajadores, esto es, la conversión en indefinido del contrato de trabajo. Siguiendo este criterio, el art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores establece los concretos supuestos en que pueden celebrarse contratos de duración determinada, entre los que menciona la realización de obra o servicio determinado. Esta modalidad contractual es desarrollada a los efectos de este proceso, por el Real Decreto 2.546/1994 de 29 de diciembre en cuyo artículo segundo se dice: "Este contrato tiene por objeto la realización de una obra o un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta". Por esta razón, el párrafo segundo del mismo precepto, exige que en los contratos se especifique con precisión y claridad el carácter de la contratación y se identifique suficientemente la obra o servicio que constituya su objeto. Exigencia que tiende al perfecto control de la contratación temporal, sirviendo al tiempo para determinar hasta qué punto las actividades realmente desempeñadas gozan de autonomía y sustantividad propia en relación con la habitual de la empresa y han coincidido con el motivo de la contratación expresado, al ser estos los datos que permiten determinar la causa de la contratación y el momento de extinción del contrato. Es decir, el contrato para obra o servicio se caracteriza esencialmente porque la actividad a realizar por la empresa consiste en la ejecución de una determinada actuación que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo y responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario. Únicamente puede acudirse a esta modalidad contractual cuando la obra o servicio a realizar tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pero no cuando se trate de la realización habitual y ordinaria de las tareas que constituyen la actividad empresarial.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso de autos, en el que la empresa utiliza los servicios de la trabajadora para atender necesidades permanentes y habituales de su proceso productivo, destinándola a realización de tareas propias de su actividad, y que si bien podía justificar otra modalidad de contrato temporal (acumulación de tareas, exceso de pedidos etc.) no justifican el específico contrato de obra o servicio determinado.

En consecuencia al no haberlo entendido así la sentencia de instancia, que aplicó una jurisprudencia referida exclusivamente a supuestos de contratación de las Administraciones Públicas que, por razones obvias, no puede hacerse extensiva a las contrataciones llevadas a cabo por la empresa privada, es procedente la estimación del recurso de Suplicación formulado y la revocación de la resolución recurrida.

### Fallamos

Que con estimación del recurso de Suplicación interpuesto por doña J.R.S. contra la sentencia de fecha 8 de febrero de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Lugo, en proceso seguido a instancia de la recurrente frente a la empresa "L.L. 97, S.L." sobre DESPIDO, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, y con estimación de la demanda deducida declaramos la improcedencia del despido condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a proceder a optar entre la inmediata readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o a indemnizarle en la cuantía de 45 días de salario por año de servicio, con abono, en todo caso, de los salarios de tramitación.

## 3236 Recurso nº 2.815/2001

**S.S.** EFICACIA DO RECIBO DE FINIQUITO E DE EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE DA TRABALLADORA. SOMETEMENTO ÁS REGRAS HERMENEUTICAS DO CÓDIGO CIVIL.

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

A Coruña, a nueve de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.815/001 interpuesto por doña D.T.R. 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 D.T.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "D.V., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 91/2001 sentencia con fecha treinta de marzo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Doña D.T.R., mayor de edad, DNI... fue contratada por la empresa "D.V., S.L" el día 02.05.84, prestando servicios en el momento de la extinción de la relación laboral, con la categoría profesional de dependienta mayor y con un salario mensual, incluido prorrateo de pagas extraordinarias de 144.000 pesetas. Ostentó la condición de Delegada de Personal de la empresa y consta afiliada al Sindicato UGT./ Segundo.- La trabajadora solicitó la baja voluntaria, firmando el recibo de finiquito en fecha 27.12.00/ Tercero.- Se intentó sin efecto la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por doña D.T.R. contra "D.V., S.L", absuelvo a esta demandada de todos los pedimentos de la demanda."

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

### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la actora en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda declarando

nulo o improcedente el despido que dice habido, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HDP en la forma que se dirá (motivo 1º), y denuncia infracción de los arts. 1.281, 1.282 y 1.283 C. Civil y SSTS de 10.02.86, 21.02.86 y 16.09.70 (motivo 2º) y (motivo 3º) de la doctrina del TC y de esta propia Sala, S. de 11.11.98, con cita también de STS de 06.04.97.

SEGUNDO.- Interesa la recurrente, invocando el documento del folio 81, que el HP 2º de la sentencia de instancia pase a declarar lo siguiente: "La trabajadora firmó un recibo de finiquito en formato igual o similar a una hoja de salario en fecha 27.12.00". Al folio 81 lo que obra es el "recibo de finiquito" firmado por la actora en fecha 27.12.00, como declara el HP 2º de la sentencia de instancia y refleja asimismo el texto que se propone para su revisión; el dicho documento se autotitula "documento de liquidación y finiquito", explícita como "datos del trabajador" el nombre de la actora y como motivo de la baja en la empresa el de "baja voluntaria", e indica que el trabajador "cesa en la prestación de servicios...". Si ello es así, lo que procede declarar probado es la firma por la actora del referido recibo de finiquito y a partir de ello y de su propio contenido, y en el contexto de los íntegros HDP, razonar y concluir ya en clave de argumentación jurídica su valor y eficacia de baja voluntaria en la empresa o su ineficacia al efecto. Por consiguiente, se mantiene el HDP 2º de la sentencia recurrida en sus propios términos, si bien la declaración relativa a la "baja voluntaria" se ha de considerar como algo consecuencial a la eficacia que en clave de argumentación jurídica se le reconozca definitivamente al recibo de finiquito firmado por la actora y como tal, sólo mantenible en tanto en cuanto el recibo tenga legalmente aquel valor, no resulte en este aspecto censurable vía examen del derecho aplicado, lo que significa trasladar la referencia fáctica de que se habla a términos de consideración -conclusión eminentemente jurídica.

Finalmente, no cabe introducir en el HP 2º nada relativo al formato del recibo de finiquito y a su similitud con las hojas de salarios, puesto que en su fundamento jurídico 3º la sentencia de instancia explícita, con su correspondiente valor fáctico, que aquel recibo "guarda una cierta semejanza con los recibos de salarios, pero no hasta el punto de llevar a confusión", es decir, y así se constata comparándolos, guardan cierta semejanza pero son diferenciables en y por si mismos.

TERCERO.- Interesa la recurrente la adición del siguiente hecho: durante el año 2000, "la trabajadora reclamó en varias ocasiones ante el Servicio de Mediación y Arbitraje, el abono de las pagas extraordinarias, siendo la única trabajadora que reclamó sus derechos salariales". Invocándose la documental de los folios 89 al 92 y 33 y 34, aparte de las alegaciones que entregó la representación de la empresa al juzgador en la instancia (folios 110 y SS), al margen de su definitiva trascendencia jurídica lo único que procede adicionar a los HDP son las reclamaciones salariales que efectuó la actora y que concluyeron con los actos de conciliación "con avenencia" que obran a los folios 34 y 92; documental esta apta para revisar HP en términos del art. 191.b) de la LPL. Es decir, procede declarar probado que la actora reclamó de la empresa la paga de beneficios de 1999, lográndose avenencia ante el SMAC en 16.02.00 para el abono de lo oportuno; e igualmente reclamó paga de beneficios y verano de 2000, lográndose avenencia ante el SMAC en 24.11.2000 para el abono de lo oportuno, sin que consten otras reclamaciones judiciales, de la actora y de otros trabajadores. En todo caso, las alegaciones contenidas a los folios 110 y ss habrían de tomarse en consideración en su integridad; y podrá así hacerse pero, por su intrínseca posible eficacia, no ya a los efectos de revisar HP cuanto de valorar éstos en el contexto integral de las alegaciones de juicio y del examen del derecho aplicado que impongan los motivos de recurso formulados vía art. 191.c) LPL.

CUARTO.- Pide también la recurrente la adición del siguiente hecho: "En fecha 26 de noviembre del año 1999, don G.A.R. en calidad de representante legal de la empresa "D.V.", pone de manifiesto ante la oficina pública de registro en la empresa sólo existen 5 trabajadores". Invocándose la documental obrante a los folios 46-50, en concreto folio 48, 3º punto, procede declarar probado la manifestación del representante de la empresa que se dice, recogida en el laudo arbitral dictado el 10.11.2000 resolviendo la reclamación de UGT y declarando nulo el proceso electoral llevado a cabo en la empresa. Al margen de su transcendencia jurídica y oportuna valoración, se declara lo precedente dada su acreditación en términos del art. 191.b) LPL.

QUINTO.- Interesa la recurrente la adición del siguiente hecho: "Con fecha 13 de septiembre el secretario general de la Federación de Alimentación de UGT-Pontevedra,

entregó en mano al gerente de confitería "D.V." convocatoria de horas sindicales para D.T.R. para el día 16 de septiembre del año 2000. Que en fecha posterior la administradora de la empresa solicitó que se justificase cumplidamente dónde y en qué función utilizó dicho día". Se invoca al efecto la documental obrante a los folios 93 y 35, que siendo apta y fehaciente para revisar justifica oportunamente tanto la entrega que se dice del 13.09.2000, como la solicitud posterior de la administradora de la empresa; a lo que también alude la sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo y en cuyo contexto ha de situarse el contenido de la adición. Así pues, al margen de su trascendencia y valoración correspondiente, la adición procede.

SEXTO.- Asimismo, pide la actora-recurrente la adición del siguiente hecho: "Que desde el 30 de abril de 1999, la que anteriormente fuera la empresa G.A.R., pasa a ser confitería "D.V., S.L.". Y en fecha 25 de septiembre de 2000, fueron preavisadas nuevas elecciones, señalándose como nombre de la empresa "P.D.V., S.L". Dichas elecciones fueron impugnadas por la UGT al entender que existía una subrogación empresarial, cuestión confirmada por laudo de 10 de noviembre de 2000".

Invocándose al efecto la documental de los folios 106 (libro de matricula) y 45 a 50, es lo cierto que con la del f.) 106 se acredita suficientemente el cambio en la empresa en 30.04.99; y en lo relativo a las elecciones, el laudo arbitral dictado el 10.11.2000 justifica la impugnación por UGT de las elecciones habidas en la empresa confitería "D.V., S.L." y la declaración de nulidad del proceso electoral derivado del preaviso 137/2000 "por non ter a delegada de persoal elixida renunciado o seu mandato, e tampouco terlle sido revocado", a lo cual y a los términos íntegros del laudo procede estar a la hora de declarar probada la impugnación de las elecciones. En tales términos se admite la revisión solicitada, a insertar y valorar en el contexto que al efecto también se contiene en el fundamento jurídico 2º de la sentencia de instancia; valoración que debe hacerse al examinar la infracción normativa que denuncia el recurso.

SÉPTIMO.- Invocando la documental de los folios 53 a 62, con excepción del 55, pide la parte la adición del siguiente hecho probado: "Que en fecha 28.12.2000 y con posterioridad a la rúbrica del documento de finiquito la trabajadora interpone papeleta de conciliación ante el SMAC, ejercitando acción de despido, y denuncia ante la autoridad laboral.". Se admite la misma, pues se acredita con aquella fehaciente documental su contenido. Cosa distinta es valorar su transcendencia jurídica.

OCTAVO.- Invocando la documental de los folios 51 y 52 y los partes de baja médica y confirmación, se interesa se adicione como HP que "en fecha 28.12.2000 la trabajadora es dada de baja médica por un trastorno depresivo provocado por su situación laboral según refiere facultativos del Sergas". Procede incorporar a los HDP que la actora es dada de baja en 28.12.00 con el diagnostico de "síndrome ansioso depresivo", pues así consta en el parte de baja y demás aportados. En cuanto a la causa del mismo, lo relativo a "la situación laboral" es algo que la actora "refiere" al facultativo (folio 51), siendo esto y lo que consta en los informes de los folios 51 y 52 lo que procede declarar y tener por adicionado a los HP.

NOVENO.- Finalmente, interesa la recurrente se adicione el siguiente hecho probado: "Que la trabajadora estando en situación de baja laboral dirigía los partes de confirmación a la empresa para el control de su baja médica". Dicha adición se fundamenta en las cartas certificadas remitidas a la empresa y que obran aportadas a autos, procediendo la misma, si bien con el añadido de que aparecen devueltos o rehusados.

DÉCIMO.- Como consecuencia de lo resuelto en los fundamentos precedentes, los HDP quedan definitivamente conformados en la forma expuesta, identificándose las adiciones admitidas en los precedentes fundamentos 3º a 9º de esta resolución como nuevos HDP 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º.

UNDÉCIMO.- Al hilo de denunciar en el motivo 2º del recurso la infracción normativa que se dejó dicha, la recurrente, tras argumentar entre otras cosas que "la actora afirma en sus alegaciones que fue objeto de engaño al no poder observar en el momento de la firma del documento la parte superior que constituía su declaración de voluntad...", que "...esta maniobra consistió en presentar ante la trabajadora un documento con formato de hoja de salario encubriendo una declaración de voluntad que ponía fin a la relación laboral sin que la trabajadora conociese en el momento la realidad de lo que firmaba...", concluye diciendo: "...y se tuviesen en cuenta los

hechos coetáneos, anteriores y posteriores, tendríamos como resultado que la acción realizada por la empresa tenía como único fin el deshacerse de la trabajadora y no tener que hacer frente así a las constantes reclamaciones salariales que venía ejercitando con regularidad, y teniendo en cuenta su condición de delegada de personal y el amparo legal que la ley otorga en estos casos, no se arriesgó a un despido disciplinario, sino que buscó fórmulas legales que pudiesen encubrir su intención de extinguir la relación laboral por decisión empresarial".

En forma similar argumenta la parte en el motivo 3º y último del recurso; concluyendo el mismo alegando: "Es evidente que se utilizó un medio presuntamente legal como es la firma de un documento liberatorio pero lo que es todavía más evidente es, que dicho documento liberatorio tiene el carácter de controvertido por no ser pacíficamente acatado por las partes y por ende ha de ser interpretado... lo que nos lleva a tener que interpretar la realidad material de la situación, y a valorar los indicios presentados por la trabajadora los cuales son: A) Reiteración de demandas salariales. (Reconocimiento expreso de la empresa). B) Fiscalización de horas sindicales (folios 35 y 93). C) Voluntad expresa de la empresa en que no fuese representante legal de los trabajadores. (folios del 45 al 50) (Laudo arbitral, hecho probado nº 3º). Estas cuestiones darían lugar a una inversión de la carga de la prueba que corroboraría entre otras causas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el de libertad sindical, siendo por tanto la actuación de la empresa un claro despido que lesiona derechos constitucionales."

DUODÉCIMO.- Cuestión fundamental en autos es la de la eficacia que ha de tener el recibo de finiquito que la actora firmó en fecha 27.12.00, obrante al folio 81 del proceso. En virtud del mismo, la empresa opuso, y opone, que la actora firmó el finiquito dicho por su voluntad, que no hubo engaño, que existió un cese voluntario y en modo alguno despido de cualquier clase. La sentencia dictada en la instancia considera asimismo que no hubo ningún despido sino que "la relación de trabajo (fundamento jurídico 3º) se extinguió por libre voluntad de la actora, reflejada a través del documento liberatorio de finiquito y liquidación".

DECIMOTERCERO.- Este Tribunal -SSTSJ Galicia de 5-noviembre-1996, 19-abril-99, 30-noviembre-00- ha venido considerando que el denominado en abstracto recibo de finiquito no es automática salvaguarda del empresario frente a las reclamaciones del trabajador, ni causa autónoma de extinción de obligaciones que como tal venga consagrada por norma alguna, sino que se limita a ser la expresión documentada y medio de prueba de un negocio jurídico relativo a la extinción de la obligación retributiva que corresponde al empresario y –según los casos- de la relación laboral; medio de prueba que no se halla privilegiado por fuerza probatoria plena y que ha de ser valorado como expresión de la voluntad, en sí mismo y en relación con la restante prueba que obrase en autos. Y por otra parte, señalábamos, como tal negocio jurídico – STS 30-septiembre-92 Ar. 6.830- ha de estar sujeto a las reglas que para la interpretación de los contratos establecen los arts. 1.281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados; y muy especialmente han de tenerse en cuenta las prevenciones de que la intención de los contratantes prima sobre las palabras empleadas (art. 1.281 CC) y de que no debe entenderse comprendidos en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron constatar (art. 1.283 CC). Y en ello abunda la más reciente doctrina jurisprudencial (SSTS 24- julio-00 Ar. 8.199 y muy especialmente la de 28-febrero-00 Ar. 2.785), al recordar – con cita pormenorizada de precedentes jurisprudenciales- que el finiquito es "remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas", y que "junto a su función como recibo en el que consta un pago, se incorpora también una declaración de voluntad que expresa la conformidad con la liquidación practicada y el compromiso de no reclamar por ese concepto, y, en ocasiones, se añade otra declaración reconociendo y aceptando la extinción del contrato". Y que si bien esta materia puede ser propicia al fraude, existen mecanismos de garantía como la intervención del Comité de Empresa (arts. 49.2 y 64.1 6º ET, teniendo incluso el derecho a "solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo de finiquito"; y el recibo suscrito por voluntad no viciada ni causa torpe no implica renuncia inhábil a los efectos del art. 3.5 ET, sino que es declaración expresiva del ejercicio de su libertad y autonomía individual en el sentido de extinguir el vínculo que le ligaba al

empleador y resolver las cuestiones económicas implícitas, hasta el punto de que la posición contraria vulneraría los arts. 49.1.a) y d) ET, y 1.256 CC.

Esa misma doctrina jurisprudencial insiste en que el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante- viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o en su caso transacción- en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (art. 1.261 CC), ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros. Y tal dependencia del caso concreto puede determinar que se excluya su eficacia liberatoria (a efectos retributivos y/o de extinción del vínculo), bien porque el documento no exterioriza inequívocamente una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes (supuesto de la STS 13-octubre-86 Ar. 5.447), bien porque la causa es ilícita (caso de la STS 14-junio-90), bien porque el objeto tomado como base no se ajusta o no se puede ajustar a la realidad, o bien porque median circunstancias desconocidas a la fecha de suscripción del documento.

DECIMOCUARTO.- En el caso presente, la actora firmó el recibo de finiquito obrante al folio 81. Y en él consta: que es "documento de liquidación y finiquito"; que el motivo de la baja –del trabajador que lo suscribe- es "baja voluntaria"; el texto siguiente: "el suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación... por lo que declara que nada más tiene que pedir ni reclamar"; el desglose de la liquidación, detallada cuantitativa y cualitativamente en sus conceptos; fecha y firma del trabajador, reconociéndose firmado por la actora en 27.12.00.

Sobre esta base, el contenido del documento resulta en si mismo inequívocamente expresivo y así lo reconoce la recurrente misma en sus alegaciones, si bien aduce engaño en la firma de un cese voluntario y definitivo del trabajador en la empresa, con voluntad liberatoria y extintiva de la relación laboral [art. 49.1.a), o incluso d), del E.T.] en él plasmado, siendo incompatible en sus términos y eficacia, salvo causas afectantes a su validez intrínseca, con el despido reclamado en demanda, al hilo de dejar la trabajadora de prestar servicios en la empresa por y a raíz de ello.

Se concluye definitivamente la eficacia propia dicha del recibo de finiquito, tomando en debida consideración la doctrina jurisprudencial que se dejó citada y quedando desvirtuadas las alegaciones de la parte actora-recurrente, por las siguientes consideraciones: A) La suscripción del recibo de finiquito de autos aparece efectuada por la actora libre y conscientemente, sin vicios o engaños de tipo alguno que consten. Los HDP reflejan la firma por parte de la actora, libre y conscientemente, del recibo de finiquito. Los términos y contenido del tal recibo son inequívocos. El documento es ilustrativo en sí mismo de que racionalmente no puede resultar confundible con un recibo de salarios. La actora era delegada de personal, lo que implica específicos conocimientos y cautelas ante la firma de recibos... Incluso en el fundamento jurídico 3º de la sentencia recurrida, la juzgadora de instancia, también en lo oportuno con su correspondiente valor fáctico, dice: "...no puede argumentarse, sin una prueba concluyente, que "el documento lo firmó sin saber que firmaba por cuanto se le presentó doblado", cuestión que no ha sido probada por cuanto, el documento no muestra ninguna señal de haber sido manipulado ni en ese sentido ni en otro, tal y como se presentó en el acto del juicio por la parte demandada, habiéndolo examinado detenidamente esta juzgadora... y terminando por la testifical que, por su congruencia, claridad y falta de contradicción, lleva a la juzgadora la total seguridad de que la actora leyó, con conocimiento profundo de su contenido, el documento de finiquito..." (obviamente, la testifical es prueba a valorar por el juzgador que la inmedió, cuyo imparcial criterio es el decisivo al efecto, no habiendo tachas conforme al art. 92.2 LPL). Y B) No incide en lo anterior lo adicionado a los HP vía suplicación ni los "indicios" a que alude el recurso para reclamar " una inversión de la carga de la prueba que corroboraría...", difícilmente armonizable esto último con una actuación propia de la demandante como la que aquí se trata de desvirtuar de suscripción de un recibo de finiquito que se reconoce fir-

mado y expresivo como tal de un cese voluntario: 1) Las reclamaciones salariales que la actora hizo a la empresa en nada valorable podían influir como pretende el recurso tratándose el acto discutido de un recibo de finiquito que se reconoce firmado por la actora en 27.12.00, poniendo de relieve en todo caso que ésta siempre supo y pudo defender sus derechos y que de hecho así lo hizo; por encima, la alegación de demanda relacionando firma del recibo de finiquito con el de salarios por el pago de las extras conciliadas en nov./2000 se desvanece, aparte otras razones, cuando no solo es que en tal conciliación se convino el pago de la extra de beneficios en 23.12.2000, (f. 92), sino que se ha aportado al proceso nómina independiente del recibo de finiquito con este pago y firmada por la actora con su contenido propio (folio 84), si bien con fecha no actualizada. 2) La anulación de las elecciones sindicales mediante el laudo arbitral de 10.11.00 y las vicisitudes que constan al hilo de ello lo único que evidencia es que UGT demandó al efecto, sin que se constate intervención relevante de la empresa, que ni se extrae del laudo y de los HDP y que la propia juzgadora de instancia destierra ("...y valorando el conjunto de la prueba practicada, no es tampoco indicativo de que la empresa hubiera intervenido en la misma con el objeto de evitar que la Sra. T. adquiriese la condición de Delegada de Personal, tal hecho se desprende por la testifical de la Sr. R.A. que manifestó "nadie le indujo al voto" (en relación a las elecciones impugnadas) así como que la empresa no intervino en las elecciones"; fundamento jurídico 2º de la sentencia de instancia). A partir de ello, nada acredita en otro sentido la comunicación empresarial del folio 35, las vicisitudes sobre el número de trabajadores de la empresa... 3) La conducta observada por la actora con posterioridad a la firma del recibo de finiquito que consta (instar conciliación por despido, denuncia a la inspección, baja médica...) en absoluto desvirtúa que la tal firma fue un acto libre y consciente al efecto y expresión de una baja voluntaria en la empresa, pues esto consta y se ha concluido en razón del hecho mismo de la firma, la claridad de los términos del recibo y demás circunstancias concurrentes que se dejaron explicitadas. Habiendo existido un recibo de finiquito firmado por la actora en la forma dicha y materializador en su fecha de una baja voluntaria en la empresa, su eficacia jurídica como tal no puede verse afectada por la conducta posterior protagonizada unilateralmente por la trabajadora, expresiva únicamente de un cambio de opinión ex post, de un intento de retractarse de un cese voluntario ya vinculante que la empresa en modo y momento alguno aceptó. y 4) En definitiva y como consecuencia de todo lo dicho y constatado, valorando vías directas o indiciarias y cargas probatorias, no ha habido conculcación de ningún derecho fundamental de la actora (lo que asimismo afirma la sentencia de instancia en su fundamento jurídico 2º). Solamente aparece una baja voluntaria de la actora en la empresa fruto de una voluntad definitiva, libre y consciente al efecto y que plasmada en el recibo de finiquito firmado, por su carácter firme e irrevocable y recepticio ya en 27.12.00 no admitía revocación o retractación unilateral.

DECIMOQUINTO.- Por las razones expuestas, la denuncia jurídica que al amparo del art. 191.c) LPL contiene el recurso en sus motivos 2º y 3º no resulta acogible. De esta manera, procede el rechazo del recurso en sí mismo y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda de despido interpuesta, ajustada a derecho.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña D.T.R. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Pontevedra de fecha 30.03.2001 en Autos 91/2001 seguidos a instancias de la recurrente frente a la empresa demandada "D.V., SL", confirmamos la sentencia recurrida.

## 3237 Recurso nº 2.162/01

**S.S.** INEXISTENCIA DE READMISIÓN IRREGULAR. ASIGNACIÓN DE QUENDAS ROTATORIAS NA EMPRESA.

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

A Coruña, a diez de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.162/01 interpuesto por don J.M.G.B. contra el auto del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por Auto de 18.01.2001, se declaraba que la readmisión del actor en su puesto de trabajo por la empresa "E.E., S.A.", no tiene carácter de irregular. Se presentó recurso de reposición contra el auto anteriormente citado por la representación de la parte actora J.M.G.B., dándose traslado a las demás partes a fin de que pudiesen impugnarlo dentro del término de tres días, presentando escrito por la demandada con fecha 14 de febrero de 2001, interesando la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Se resuelve el recurso de reposición por Auto de fecha 19 de febrero de 2001 cuya parte dispositiva dice: "Desestimar el recurso de reposición planteado contra la resolución de este juzgado de 18 de enero 2001, manteniéndola en sus propios términos."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado por la demandante. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora en los presentes autos, se interpone recurso de Suplicación contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social en fase de ejecución de sentencia, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior auto por el que se declaraba que la readmisión del actor don J.M.G.B. en su puesto de trabajo en la empresa "E.E., S.A." no tiene carácter de irregular. El presente recurso de Suplicación ha sido impugnado por la representación procesal de la empresa.

SEGUNDO.- Que por la representación de la parte actora se interpone recurso, articulado sobre dos motivos, el primero dedicado a revisión fáctica y denunciando en el segundo infracción jurídica. Que al amparo de lo establecido en el apartado b) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente, como primer motivo de recurso, pretende la revisión de los hechos declarados probados, en concreto pretende las siguientes revisiones: 1.- Modificar el hecho tercero por otro, con el siguiente tenor literal: "Llegado el día de la reincorporación, al actor le son abonados los salarios de tramitación y se le asigna a un puesto de trabajo en la actividad de mezcla de la empresa. Se le entrega carta por la empresa en la que se le acompaña relación de las actividades que se realizan en dicho puesto de trabajo, siendo la 1, 5 y 6, funciones propias de un peón." 2.- Modificar el hecho cuarto, y sustituirlo por otro con el siguiente tenor literal: "La empresa se dedica a la actividad de fabrica de pinturas con una plantilla de 9 trabajadores; el área de fabricación se organiza en tres departamentos, uno de mezcla, molienda y filtrado, otro de acabado y finalmente el de destilación. El actor antes del despido realizaba su trabajo en la fase de molienda y así mismo desarrollaba la función del encargado ante la dirección técnica."

En cuanto a la modificación pretendida en primer lugar, de modificación del hecho tercero, y que tiene su sustento procesal en la documental obrante al folio 64 de los autos; la misma no puede prosperar, por cuanto que sustancialmente coincide el texto propuesto con el que se pretende sustituir, pues ya consta la fecha de la reincorporación del actor y la asignación del nuevo puesto en el citado hecho, y la adición pretendida de las actividades propias del puesto, y si son funciones propias de una u otra categoría, no puede admitirse pues pretende incluir valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo.

Y en cuanto a la modificación pretendida en segundo lugar, de revisión del hecho cuarto, y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 64, 65, 66 y 67 de los autos, la misma no puede prosperar, porque en esencia ya consta en el hecho cuarto de la resultancia fáctica el contenido pretendido, y la adición que se pretende relativa a si el actor antes del despido realizaba o no funciones de encargado ante la dirección técnica, no puede prosperar al no desprenderse de la documentación señalada, y además los documentos en que se apoya la parte recurrente para tratar de modificar la versión judicial de los hechos, ya han sido valorados por el juez "a quo", el cual formó su convicción valorando los diversos datos y elementos que convergen en el proceso y la totalidad de las pruebas practicadas, y no es lícito sustituir la versión objetiva e imparcial del juzgador, por el criterio interesado de la recurrente.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del apartado c) del articulo 191 de la Ley de Proce-

dimiento Laboral la parte recurrente denuncia infracción de los artículos 277 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, al no haberse producido la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido; alegando en síntesis que ha quedado acreditado documentalmente que el trabajador, antes de producirse el despido, estaba asignado a la fase de molienda, y ejercía las funciones de responsable ante la dirección técnica, siendo incorporado con posterioridad a la fase de mezclado, atribuyéndole, a su vez, funciones inferiores a las correspondientes a su categoría profesional, como oficial de primera, indicando que además no se ha acreditado que el cambio del puesto de trabajo con respecto al actor responda a la movilidad funcional como manifestación del Ius variandi, al ser el único trabajador de la empresa que, al momento de producirse la readmisión, se le asigna otro puesto de trabajo.

Pues bien respecto de ello cabe decir, que el Auto impugnado no ha infringido el artículo 277, 279.2 a) y b) -en relación con el 239.1- ambos de la Ley de Procedimiento Laboral, pues no ha existido readmisión irregular, dado que el trabajador tenía -antes del despido- asignadas la realización de sus funciones en la fase de molienda, habiendo sido incorporado o readmitido en la actividad de mezcla de la empresa, sin que la circunstancia de que la empresa le asignase unas funciones en otra sección incida en la irregularidad de la readmisión, dado que -como se señala en el antecedente del hecho quinto - "la inspección de trabajo a instancias del propio trabajador, informa que no existe asignación de puestos de trabajo fijos en la empresa siendo todos rotatorios, habiéndose respetado los derechos profesionales y remuneración del trabajador, siendo además de señalar, como consta en el hecho 4 que en la fase de mezcla, como en la de molienda, esta cubierta fundamentalmente con oficiales de primera (categoría ostentada por el actor) y rotan todos los trabajadores en función de las necesidades o bajas, por consiguiente y como acertadamente señala el juez "a quo" la forma de prestar servicios por el actor, antes y después de la readmisión es sustancialmente similar, y en todo caso esta dentro de las facultades de organización del trabajo que la empresa ostenta. Que el actor ostenta la categoría de oficial de primera, y realiza las funciones en un área de la empresa común para todos los trabajadores de su categoría profesional, y como indica la propia inspección de trabajo, los trabajadores rotan en razón a las necesidades o bajas, lo que excluye cualquier actividad anómala de la patronal contra el despedido.

Lo expuesto avala el fracaso del recurso y la confirmación del auto impugnado.

### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don J.M.G.B. contra el auto del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña, de fecha dieciocho de enero de dos mil uno, dictado en autos núm. 616/00 seguidos a instancia del recurrente contra "E.E., S.A." sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

## 3238 Recurso nº 620/98

**S.S.** PERSOAL ESTATUTARIO Ó SERVICIO DO SERGAS. DEREITO Ó DESCANSO EN FINS DE SEMANA E DÍAS FESTIVOS. TEMPO DE LOCALIZACIÓN. NON EQUIVALE Á XORNADA EFECTIVA.

*Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Mª Rodríguez Rodríguez*

A Coruña, a doce de julio de dos mil uno.

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. 620/98 interpuesto por don F.C.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.C.P. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado el Servicio Galego de Saúde en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 326/97 sentencia con fecha veinte de noviembre 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 presta servicios para el SERGAS, como titular de la plaza de A.T.S.- Practicante de A.P.D. en la localidad de...(A Coruña), y viene desarrollando su jornada laboral y funciones, por una parte, mediante presencia física en el Centro de Salud de lunes a sábado inclusive, y, por otra parte, encontrándose en situación de guardia localizada el resto de su jornada diariamente, y durante todos los días del año, incluidos domingos y festivos, con la única excepción del mes en que el actor disfruta sus treinta días de vacaciones reglamentarias anuales./ SEGUNDO.- Que en el distrito de..., no existe servicio de urgencia, siendo el horario de consulta del actor en el ambulatorio de 10,30 horas todos los días laborales, siendo su sistema retributivo el de coeficiente, habiendo percibido una retribución íntegra en el año 1996 de 6.609.144 pesetas y en enero de 1997, 459.665 pesetas./ TERCERO.- Que en fecha 11.11.91 se alcanzó acuerdo sindical entre la Administración Autonómica y las organizaciones sindicales Comisiones Obreras y Confederación Estatal de Sindicatos Médicos en el que a los médicos y practicantes titulares de Cupo y Zona que, debido a las condiciones geográficas, no puedan realizar turnos de guardia con más de un compañero se le facilitará el acceso al tiempo libre mediante una contratación discontinua, con cargo a los créditos al personal eventual, de los efectos pasivos para realizar los siguientes refuerzos, entre otros, médicos y/o practicantes que no puedan organizarse en turnos de guardia, un fin de semana de cada dos y todos los festivos./ CUARTO.- Que en fecha 31.01.96 el demandante presentó solicitud ante la Dirección Provincial del SERGAS en A Coruña, para que en aplicación del acuerdo, antes referido, se procediera a la contratación de refuerzos de fin de semana y festivos para la zona en que presta sus servicios. Lo que no fue atendido por tal Organismo demandado por el momento./ QUINTO.- Que en fecha 23.01.97 interpuso el actor reclamación administrativa previa, exigiendo el cumplimiento del acuerdo de fecha 11.09.91, así como la retribución de los trabajos realizados en los días de descanso semanal y festivos, 84 días, como trabajos extraordinarios ascendiendo el total reclamado a la cantidad de 1.239.350 pesetas. Que fue desestimada por resolución de fecha 09.04.97./ SEXTO.- Que el actor reclama que la demandada en concepto de horas extraordinarias la cantidad de 914.748 pesetas, conforme a lo expuesto en el hecho cuarto de la demanda que se da aquí por reproducido".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don F.C.P., contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, 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 siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda por entender que el servicio de localización que presta el actor en fines de semana y festivos no tiene la consideración de horas ni servicios extraordinarios; frente a ella interpone el propio actor recurso de Suplicación y al amparo del art. 191.c) LPL denuncia la violación por inaplicación e interpretación indebida del punto II (atención continuada) de la resolución de 19 diciembre de 1991 de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade, por la que se dispone la publicación del acuerdo sindical alcanzado en la mesa sectorial de sanidad, entre la administración autonómica y las organizaciones sindicales. El actor en su demanda insta la declaración del derecho a no prestar servicios obligatoriamente y descansar un fin de semana de cada dos y los festivos anuales; y conforme a la citada resolución el actor tiene derecho a ello y por lo mismo la sentencia recurrida incurre en la infracción denunciada en este primer motivo del recurso de suplicación, porque tiene derecho a que se le facilite un sistema de guardias mediante la oportuna contratación discontinua de refuerzos.

SEGUNDO.- Como segundo motivo se alega violación del principio constitucional de igualdad ante la ley, artículo 14 Constitución Española, en relación con la Ley 4/83 de 29 junio, de jornada máxima, descanso semanal y vacaciones anuales mínimas, porque la situación que viene soportando es claramente discriminatoria y perjudicial para el mismo, particularmente en su ámbito personal y familiar, no solo profesional, y por razones obvias, ya que durante todo el año no puede verse desvinculado de su puesto de trabajo ni un solo minuto y descansar, no sólo de forma física sino también psíquica o

intelectualmente, y como corresponde a cualquier otro trabajador de cualquiera de los colectivos (laboral o funcionario) de nuestro Estado Español. De los hechos declarados probados resulta evidente que la situación del actor es diferente de la de otros profesionales del SERGAS, pero no existe discriminación (sent. T.S. 22.01.94) como se denuncia en el segundo motivo, máxime si se parte de la forma generalizada y global en que se articula el motivo, si dicho principio constitucional recogido en el art. 14 CE y 17 ET, de acuerdo con la doctrina de esta Sala Sent. 28 septiembre 1993, y la del TC que allí se relaciona, no implica que toda desigualdad constituya por sí misma discriminación sino que la "igualdad sólo se viola, si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable" y no, cuando dicha justificación se da en relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (STS 11 noviembre 1986) no prohibiéndose dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales (STS 16 febrero 1987) en el caso de autos la pretendida desigualdad es inexistente.

TERCERO.- Por último, se articulan por el cauce de la violación del artículo 99 del Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica, Orden de 26 de abril de 1973, los efectos económicos que, según el actor-recurrente, la estimación de los derechos deben conllevar, ya que si desde el año 1991 la Administración Sanitaria debió proveer los refuerzos necesarios para facilitar los descansos semanales en días festivos en la forma allí establecida, al no haberlo hecho así, el actor se haya visto obligado a realizar un trabajo que no le correspondía y teniendo en cuenta todos los días festivos y de descanso semanal que dejó de disfrutar entre el mes de enero de 1996 y el mes de enero 1997, se reclama la cantidad de 914.748 ptas. para retribuir el trabajo de carácter extraordinario del actor.

El art. 99 del Estatuto del Personal Sanitario establece, con carácter general, el derecho de este personal a obtener la remuneración correspondiente cuando se realice trabajo extraordinario, pero de los hechos declarados probados no resulta acreditado este trabajo extraordinario y ello porque, siguiendo la doctrina del T.S. dictada en unificación sent. 14.03.95, 19.10.93, 04.02.94, 01.03.94, y 04.10.94 en las que se señala: "En este lapso temporal los demandantes no se encuentran en el centro de trabajo (ambulatorio) ni desarrollan durante todo él la actividad laboral que les es propia. Se trata de un tiempo en que el sanitario ha de encontrarse en una situación que pueda ser fácilmente localizado por los Servicios correspondientes de la Entidad Gestora, par darle noticia de los avisos de asistencia domiciliaria que se hayan recibido; así mismo está obligado a atender esos avisos prestando la asistencia a domicilio solicitada. De esto se infiere que 1) Aquellos en los que el ATS o Practicante permanece a la expectativa, en espera de recibir los avisos que ha de cumplimentar. Es obvio que en estos lapsos de tiempo el mismo no desarrolla actividad ni trabajo alguno parar la S.S. en estos períodos puede estar atendiendo a su consulta privada o a sus clientes particulares, o efectuar actividades ajenas por completo a su profesión o permanecer simplemente a la espera de los avisos, o incluso descansar. Por ello es indiscutible que estos espacios no forman parte de la jornada de trabajo, pues en ellos falta el elemento esencial definidor de la misma: la realización del trabajo. Además tampoco el sanitario se encuentra, durante los mismos, en el centro de trabajo o ambulatorio al que pertenece. De lo que disponen los arts. 50, 51, 52 y 62 Estatuto del Personal Sanitario no facultativo de la S.S., los arts. 116 a 121 OM-7-julio-1972, que aprobó el Regl. General para el Régimen Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la S.S. y arts. 29 a 32 del D. 16-noviembre-1967, no se deduce de ninguna forma que la jornada de trabajo de todo este personal estatutario comprenda o incluya a estos ciclos temporales específicos a que ahora aludimos. 2) Aquellos otros espacios de tiempo durante los cuales el facultativo o sanitario lleva a efecto la asistencia domiciliaria pertinente, cumplimentando los avisos recibidos. No hay duda de que en este caso se desarrolla la actividad profesional correspondiente como personal estatutario de la S.S. y por ende, es obvio que estos períodos de tiempo sí forman parte de la jornada de trabajo de este personal. Partiendo de esta dualidad de situaciones que se producen dentro del período analizado es forzoso concluir que han de ser desestimadas las pretensiones de las demandas, habida cuenta que: a) si las consideraciones expresadas en el razonamiento jurídico precedente evidencian que buena parte del período de tiempo comentado no forma parte de la jornada de trabajo, quiebran las pretensiones de los actores, cuyo fundamento esencial es, como se ha dicho, que todo ese lapso temporal participa, sin exclusiones, de la naturaleza de la jornada laboral. b) Es cierto que si se incardinan en la jornada los espacios temporales en que el interesado llevó a cabo de modo efectivo la asistencia domiciliaria pero éste sólo dato no determina en absoluto, que sean extraordinarias las horas trabajadas en el ambulatorio. Para que se

pudiera entender tal cosa, habría sido de todo punto necesario que los demandantes hubiesen alegado y probado que ese trabajo efectivo de la asistencia domiciliaria les había ocupado prácticamente la totalidad de las horas transcurridas entre las 9 de la mañana y las 5 de la tarde en todos o la mayoría de sus días laborales, o cuando menos que el tiempo invertido en esa asistencia a domicilio, sumado al que se trabajó en el ambulatorio hubiese sobrepasado las ocho horas por día de lunes a viernes. Pero si en estas actuaciones ni se demostró nada en tal sentido, ni en la narración fáctica se declara probado extremo alguno referente a tal situación, es más los demandantes no alegan nada de esto en sus respectivas demandas. No es posible, por tanto, considerar que por esta causa se ha realizado por ellos alguna hora extraordinaria.

Conforme a ello, procede la desestimación de las cantidades reclamadas con la estimación parcial del recurso de Suplicación; en consecuencia,

### Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por don F.C.P., contra la sentencia de fecha 20.11.92, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, y con revocación de la misma, debemos estimar parcialmente la demanda interpuesta por el actor-recurrente reconociéndole el derecho al descanso de un fin de semana cada dos y los festivos anuales, condenando al SERGAS a estar y pagar por dicha declaración, con desestimación de la demanda en cuanto al resto de lo reclamado.

## 3239 Recurso nº 1.434/01

**S.S.** EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE DO TRABALLADOR. DIFERENCIAS SALARIAIS E NO SUBSIDIO DE INCAPACIDADE TEMPORAL. CONTÍAS CONTROVERTIDAS. NON PROCEDE A ESTIMACIÓN DA DEMANDA, MÁXIME SE AS CANTIDADES DEBATIDAS SON DE ESCASA CONTÍA.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel*

A Coruña, a doce de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.434/01, interpuesto por doña C.G.D. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 560/00 se presentó demanda por doña C.G.D. en reclamación sobre RESCISIÓN DE CONTRATO siendo demandadas las empresas "P.C., S.A." y "M.T., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 29 de noviembre de 2000 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Dª. M.C.G.D., mayor de edad, con D.N.I..., vino prestando servicios por cuenta de "P.C., S.A.", desde el 01.07.76 sin solución de continuidad, hasta que el 21.08.96 suscribió contrato de trabajo a domicilio con "M.T., S.L.", para la confección de prendas para "P.C., S.A.", como operaria de tercera, se suscribieron sucesivos contratos de iguales características hasta que el 30.09.99 se le comunicó la finalización del contrato; durante ellos, "P.C., S.A.", entregaba a la actora los materiales para elaborar el producto, modelo y talla y por la misma empresa se recepcionaban directamente./ II.- Con fecha 30.11.99 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, declarando improcedente el despido y condenando solidariamente a "M.T., S.L." y "P.C., S.A.", al abono de los salarios de trámite y correspondiente opción, que éstas ejercitaron a favor de la readmisión. Interpuesto recurso de Suplicación por las partes, la sentencia fue confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20.07.00, salvo en lo que se refiere al salario-módulo de las indemnizaciones./ III.- La actora está en situación de I. Temporal desde el 21.09.99, situación en la que continúa; solicitó el pago directo al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que le fue reconocido, sobre una base reguladora de 1.924 pesetas diarias./ IV.- El salario de una remalladora para el año 2000 asciende a 125.506.-ptas. mensuales, con prorrata; el salario de tal categoría en 1999 era de 122.064.-ptas./ V.- Solicitó la demandante la

diferencia entre la base reguladora de 4.069.-ptas. día que entendía le correspondía y aquella por la que le fue abonada la I. Temporal, dictándose sentencia por este Juzgado estimatoria de la pretensión, que no es firme, constando que "P.C., S.A.", anunció recurso de Suplicación contra la misma./ VI.- La demandante venía percibiendo un salario a destajo habiendo formulado demanda reclamando diferencias, de un período que no concreta, que cifra en 607.492.-ptas., demanda que fue turnada al Juzgado de lo Social nº uno de Vigo, habiendo sido citadas las partes para el próximo día 22.11.00./ VII.- Se intentó la conciliación ante el S.M.A.C., presentándose papeleta el 10.10.00."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que desestimando la demanda interpuesta por doña C.G.D. contra "P.C., S.A." y "M.T., S.L.", debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contenidas en la demanda."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados de las pretensiones contenidas en aquel escrito; y frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación letrada de la demandante, dedicando los tres primeros motivos de Suplicación a la revisión de hechos probados y, con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley de Procedimiento Laboral, formula las siguientes peticiones revisoras: A) Modificación del hecho probado primero, que quedaría redactado así: "Con fecha 30.11.99 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, declarando improcedente el despido y condenando solidariamente a "M.T., S.L." y "P.C., S.A.", al abono de los salarios de trámites y correspondiente opción, que éstas ejercitaron a favor de la readmisión, interpuesto recurso de Suplicación por las partes, la sentencia fue confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20.07.00 y que fue notificada a las partes en agosto de 2000 adquiriendo firmeza y en dicha sentencia se fijaba que el salario de la actora para el año 1999 era 122.064 ptas./mes por todos los conceptos./ La actora no llegó a percibir los salarios de trámite al estar en situación de I.T. por lo que instó ejecución el 07.09.00 (f. 325) ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo para que se le abonasen las prestaciones de I.T. devengadas durante la tramitación del despido, no siendo admitida dicha solicitud por entender la Juzgadora que esta reclamación tenía que realizarse específicamente en otro juicio a parte (f. 326)./ El 25.08.00 (f. 329) la empresa "M.T., S.L.", remite a la actora la siguiente carta:/ "En fecha 8 del presente mes de agosto, se nos comunicó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con respecto a la demanda de despido que Vd. interpuso a esta empresa./ Dado que, en su momento, esta empresa optó por su readmisión y así lo confirma la citada sentencia; y, puesto que hemos intentado ponernos en contacto con su abogado, Sr. B. en varias ocasiones, de manera infructuosa, le comunicamos que el próximo día 1 de septiembre deberá Vd. reincorporarse a su puesto de trabajo en esta empresa./ Sin otro particular, reciba un cordial saludo"/ El 29.08.00 (f. 330 a 332) la actora envía a las empresa "P.C., S.A." y "M.T., S.L." el siguiente telegrama:/ "En contestación a su carta de 25.08.00 y como bien sabe Vd. por los partes que le envío semanalmente, sigo de baja de I.T. por lo que de momento no podré (sic) reincorporarme al trabajo. Aprovecho ocasión para reiterarle que me abonen inmediatamente las diferencias económicas de I. Temporal"/ Con fecha 05.09.00 (f. 333 a 336) la actora vuelve a enviar telegrama a las empresas "P.C., S.A." y "M.T., S.L." que dice así:/ "Volvemos a reiterar que con carácter inmediato procedan a abonarme las diferencias en las prestaciones de I.T. desde 30.11.99 y a razón de la base reguladora declarada firme por el T.S.J. de Galicia en sentencia de 20.07.00/ Facilito nº de cuenta:…"/ A pesar de todas estas solicitudes, las codemandadas no procedieron a abonar a la actora las prestaciones de I.T." B) Modificación del hecho probado quinto, quedando redactado así: "La actora, a la vista de que no se atendían sus peticiones de pago de I.T., procedió a formular Reclamaciones Previas y demanda (f. 314 a 324), en concepto de Diferencias en prestaciones de I.T. desde 21.09.99 hasta 30.06.00 y en el suplico de la demanda solicitaba lo siguiente:/ "que admita el presente escrito y tras los trámites legales oportunos cite a las partes a conciliación y juicio y en su día dicte sentencia por la que declare mi derecho a que se me abonen las prestaciones de Incapacidad Temporal iniciada el 21.09.99, a razón de la base reguladora de 4.069 ptas./día, condenando a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración y a que me abonen en concepto de diferencias por atrasos en las prestaciones de

Incapacidad Temporal desde el 21.09.99 hasta 30.06.2000 la cantidad total de 455.347 ptas. y ello sin perjuicio de que se me sigan abonando las prestaciones mientras dure la situación de Incapacidad Temporal"/ siendo turnada la demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, el cual dictó sentencia de 02.11.2000 (f. 57 y 58) y en el último párrafo del segundo Fundamento de Derecho dice así:/ "en el caso de litis, se ha causado un evidente perjuicio a la trabajadora, al cotizarse por un salario inferior al que, según la sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (que tiene valor de cosa juzgada para las empresas demandadas), tenía derecho a percibir, infracotización que ha supuesto al pago por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de una prestación en cuantía inferior. Ahora bien, por aplicación del principio de proporcionalidad, la responsabilidad directa empresarial se ciñe a la diferencia entre la prestación abonada y la que debió abonarse"/ El fallo de dicha sentencia dice así:/ "Que estimando la demanda de doña. M.C.G.D., declaro su derecho al percibo de las prestaciones de Incapacidad Temporal iniciada el 21.09.99, calculadas sobre una base reguladora de 4.069 ptas. día, condenando solidariamente a "P.C., S.L." y "M.T., S.L.", como responsables directas de la diferencia con respecto a las calculadas sobre una base reguladora de 1.924 pesetas y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL como responsable subsidiaria y sin perjuicio de su obligación de anticipo, al pago de la cantidad de 455.347 pesetas como importe de las diferencias hasta el 30.06.00, así como a las diferencias posteriores y ello en tanto subsista la situación de Incapacidad Temporal. Se absuelve al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL"/ La empresa "P.C., S.A." procedió a recurrir dicha sentencia en los términos que constan en el Recurso cuya copia adjuntamos al presente escrito, siendo impugnada por la actora. Ambos escritos se tienen aquí por reproducidos./ Asimismo y por la Inspección de Trabajo se procedió a levantar Acta de Liquidación de Cuotas desde 22.12.94 a 30.10.2000, según consta en la documentación que también se adjunta al presente escrito." C) Modificación del hecho probado sexto, quedando su redacción así: "La demandante venía percibiendo un salario destajo y con fecha 20.12.99 interpuso ante el S.M.A.C. demanda de conciliación por salarios (f. 302 a 304) por la cuantía de 607.492 ptas. más el interés por mora, por diferencias salariales entre la cantidad reconocida en sentencia de despido y lo que realmente se le abonaba y por el período de 01.12.98 a 21.09.99./ Una vez firme la sentencia de despido, la actora, con fecha 10.10.2000, interpone la demanda de salarios por la citada cantidad y período (f. 60 y 61), siendo turnada la misma ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, siendo tramitada dicha demanda con el nº 365/00 (f. 59) y que, a la fecha de formalizar el presente recurso, está pendiente de que se dicte sentencia."

Las revisiones no proceden, ya que sólo si la rectificación y las adiciones solicitadas son susceptibles de producir consecuencias jurídicas que deban trascender al fallo pueden ser acogidas, pues, en caso contrario, por más que coincidan con lo probado, el motivo no será procedente. Y en el caso litigioso, las modificaciones que en el relato fáctico se pretenden introducir con las revisiones solicitadas no alteran, en lo esencial, como más adelante se observará, la descripción que por el juzgador de instancia se hace en el relato histórico de su resolución. Deben, pues, mantenerse, los hechos probados de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, se construye el cuarto, y último, de los motivos del recurso, en el que se denuncia infracción de los arts. 50.1, apartados b) y c) y 50.2 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 24.1 de la Constitución; por estimar, sustancialmente, después de manifestar su disconformidad con la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, que ésta no se ajusta a derecho por dos motivos; uno, porque no se puede decir que existan dudas razonables sobre si las codemandadas tienen que pagar a la actora los salarios y las diferencias por prestaciones de incapacidad temporal, reclamadas ante los Juzgados de lo Social, infringiendo el art. 50.1.b) y c) del citado Estatuto, por no abonar salarios que superan mas de cinco meses y por no abonar unas prestaciones que se sigue negando a abonar, que superan el millón de pesetas, infringiéndose, también el art. 50.2 del repetido Estatuto; citando las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 02.05.95 y 02.11.96; y otro, que la sentencia incurre en una grave arbitrariedad, por no ser consciente la juzgadora de la arbitrariedad de la empresa en cuanto al impago de prestaciones, de I.T. y salarios, no obedece a la existencia de una controversia razonable, sino que es por una represalia por haber reclamado sus derechos y por el daño que esta reclamación le ha supuesto a la codemandada "P.C., S.A.", y en este sentido se está ante la misma situación de

un despido nulo, entrando de pleno en una cuestión de derechos fundamentales del trabajador y el presente caso tiene una clara relevancia constitucional, viniendo el juzgador obligado a buscar la realidad material de los hechos, por lo que estima que la sentencia ha incurrido en infracción del art. 24.1 de la Constitución, como lo prueba la contundencia con que se expresa la juzgadora "a quo" en su sentencia sobre diferencias de las prestaciones de I.T., que se contradice moralmente con lo que dice ahora en la sentencia recurrida. Haciendo referencia a continuación a tres telegramas que evidencian la actitud de la empresa de hacerle la vida imposible a la demandante, con su intención de darle trabajo a destajo sin respetar el horario legal, la jornada de 40 horas y, con esta actitud obviarle pocas prendas y pagarle un salario ínfimo o, por el contrario, intentar enviarle una cantidad excesiva de prendas, con el fin de alegar que no cumple con su trabajo; por lo que estima es manifiesta la mala fe de la empresa y que la demanda debió ser estimada. Manifestando, finalmente que ese ejercicio unilateral abusivo y sin causa que lo justifique afecta a la libre organización de la vida de la trabajadora como ya era de prever.

La situación de hecho debatida, reflejada en el relato histórico de la suplicada, consiste en: A) La demandante vino prestando servicios por cuenta de la codemandada "P.C., S.A." desde el 01.07.76, sin solución de continuidad, hasta el 21.08.96, en que suscribió contrato de trabajo a domicilio con la también demandada "M.T., S.L.", para la confección de prendas para "P.C., S.A.", como operaria de tercera; se suscribieron sucesivos contratos de iguales características, hasta que el 30.09.99 se le comunicó la finalización del contrato; durante ellos, "P.C., S.A." entregaba a la actora los materiales para elaborar el producto, modelo y talla y por la misma empresa se recepcionaban directamente. B) Con fecha 30.11.99 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social número 4 de Vigo declarando improcedente el despido de la demandante y condenando solidariamente a las demandadas, antes nombradas, al abono de los salarios de trámite y correspondiente opción, que éstas ejercitaron en favor de la readmisión, e interpuesto recurso de Suplicación por las partes, la sentencia fue confirmada por la dictada por esta Sala el 20.07.00, salvo en lo que se refiere al salario módulo de las indemnizaciones. C) La demandante está en situación de incapacidad temporal desde el 21.09.99, situación en la que continúa; habiendo solicitado el pago directo al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que le fue reconocido sobre una base reguladora de 1.924 pesetas diarias. D) El salario de una remalladora para el año 2000 asciende a 125.506 pesetas mensuales, con prorrata, y el salario de dicha categoría en 1999 era de 122.064 pesetas. E) La demandante solicitó la diferencia entre la base reguladora de 4.069 ptas./día, que entendía le correspondía y aquélla por la que le fue abonada la incapacidad temporal; dictándose sentencia por el juzgado de instancia, estimatoria de la pretensión, que no es firme constando que "P.C., S.A.", anunció recurso de Suplicación contra la misma (que formalizó e impugnó la demandante). F) La actora venía percibiendo un salario a destajo; habiendo formulado demanda reclamando diferencias, de un periodo que no concreta, que cifra en 607.492 pesetas, que fue turnada al Juzgado de lo Social número uno de Vigo, habiendo sido citadas las partes para el día 22.11.00.

Establecida, del modo que queda indicado, la situación litigiosa, resta ahora determinar si la misma habrá de provocar el efecto jurídico pretendido por la parte recurrente, cual es el de declaración extintiva de la relación laboral que la une con la parte demandada, con las consecuencias legales a ello, inherentes; o si, por el contrario, la realidad contrastada en el proceso carece de eficacia extintiva, como se proclama en la sentencia recurrida. El dilema debe resolverse en favor de la tesis mantenida por el juzgador "a quo". De un lado, y fundamentalmente, porque la acción rescisoria que en la demanda se ejercita se pretende apoyar en la falta de pago de diferencias, de salarios y de prestaciones de incapacidad temporal; y ninguna de estas causas puede provocar el efecto rescisorio postulado. En cuanto a la primera de ellas, no solo por tratarse de diferencias salariales, ineficaces a los fines pretendidos en el debate, ya que sobre las diferencias retributivas, está pendiente de decisión el proceso iniciado por demanda a la que se remite el apartado F) del párrafo que precede, sino también porque tales diferencias, además de no concretarse en la demanda inicial de dicho proceso el periodo a que corresponden, necesariamente habrá de pertenecer a un momento anterior al 21 de septiembre de 1999, fecha en que la actora-recurrente pasó a la situación de incapacidad temporal, y al haber sido presentada la demanda rectora de la presente litis el día 13 de octubre de 2000, es evidente que la acción extintiva, en cuanto se funda en el impago de

salarios estará prescrita, como se razona por el juzgador de instancia en el tercero de los fundamentos de derecho de su pronunciamiento. Respecto al impago del subsidio por incapacidad temporal; de una parte, porque, al igual que acontece con los salarios, el impago va referido a diferencias, a las que se remite el apartado E) del párrafo anterior; estando pendiente de decisión el recurso de Suplicación interpuesto por la codemandada "P.C., S.A." contra la sentencia de instancia que lo decidió, no siendo, por tanto, firme esta resolución; y de otra, porque difícilmente pudo la parte demandada incumplir la obligación del abono del referido subsidio, al haber solicitado la demandante el pago directo del mismo al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que le fue reconocido. De otro, porque si bien es cierto que el trabajador puede solicitar la rescisión del contrato de trabajo en caso de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario o de la prestación por incapacidad temporal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.1.b) y c) del Estatuto de los Trabajadores, no lo es menos que dichos incumplimientos, como los demás tipificados en el citado precepto y número, habrán de reunir las notas de gravedad y culpabilidad, circunstancias éstas que no concurren en el caso litigioso, habida cuenta de las notas configuradoras del mismo. En todo caso, es de significar, respecto a los alegatos de la recurrente sobre la conducta de la empresa codemandada "P.C., S.A.", al cuestionar en los litigios a que antes se hizo referencia, las cuantías del salario y base reguladora del subsidio de incapacidad temporal, que tal comportamiento es perfectamente licito y no vulnera, en modo alguno, ni el precepto constitucional que la recurrente invoca ni ningún otro del ordenamiento legal.

TERCERO.- Por todo lo que queda expuesto, procede rechazar el reproche jurídico a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de doña "C.G.D., contra la sentencia de fecha veintinueve de noviembre de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Vigo, en proceso sobre rescisión de contrato, promovido por la recurrente frente a las empresas "P.C., S.A y M.T., S.L.", debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

## 3240 Recurso nº 624/01

**S.S.** ALTA INDEBIDA A INSTANCIA DA INSPECCIÓN MÉDICA. NECESIDADE DE ATENCIÓN SANITARIA E IMPOSIBILIDADE DE REALIZA-LAS FUNCIÓNS CORRESPONDENTES Á PROFESIÓN HABITUAL DA INTERESADA.

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

A Coruña, a catorce de julio de dos mil uno.

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. 624/01 interpuesto por doña M.C.L.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 M.C.L.C. en reclamación de IMPUGNACIÓN ALTA MÉDICA siendo demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Servicio Galego de Saúde en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 653/00 sentencia con fecha trece de noviembre por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La demandante doña M.C.L.C., mayor de edad, con D.N.I..., vecina de...(Lugo), es auxiliar de enfermería en el Hopital Xeral Calde de Lugo adscrita al servicio de urgencias./ SEGUNDO.- En fecha 21 de febrero del 2000, la actora sufrió un accidente laboral, permaneciendo en situación de I.T. desde el día 22.02.2000 hasta el día 03.07.2000, en que por la Inspección Médica se procedió a emitir el parte de alta médica siendo la causa de ese alta la mejoría que permite realizar el trabajo habitual./ TERCERO.- En fecha 06.07.2000 el servicio de medicina preventiva del Hospital Xeral Calde de Lugo emite un informe en el que indica que en el momento de alta la enferma presenta lumbalgias con síndrome radicular bilate-

ral, lo que al entender de dicho servicio no es constitutivo de alta médica y de reincorporación al trabajo./ CUARTO.- La actora no está de acuerdo con el alta extendida por la Inspección Médica el día 03.07.2000 al considerar que no es ajustada a derecho y en fecha 27.07.00 interpone reclamaciones previas frente al SERGAS y el I.N.S.S., que fueron expresamente desestimadas, en el caso del I.N.S.S. al declararse incompetente y en el caso del SERGAS por acuerdo de éste de fecha 11.08.00 manifestando lo siguiente: "Ha permanecido Vd. en situación de I.T. por una lumbalgia de esfuerzo más de 4 meses, con tratamiento antiinflamatorio y rehabilitación. Se considera este tiempo más que suficiente para recuperarse de una lumbalgia sin otras complicaciones mayores"./ QUINTO.- En fecha 13.09.2000 la actora interpone demanda frente al SERGAS y el I.N.S.S. impugnando el alta de fecha 03.07.2000, solicitando se declare que ésta fue indebida".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por doña M.C.L.C. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el SERGAS, sobre impugnación de alta médica, 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

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda absolviendo libremente de la misma a todos los demandados. Y contra este pronunciamiento recurre la demandante, quien articula un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la modificación del hecho probado tercero de la sentencia de instancia, en el sentido de adicionarle lo siguiente: "...no obstante se le aconseja que se reincorpore al mismo haciéndolo constar en esa Dirección. En el día de hoy, 6 de julio se recibe en dicho Servicio, notificación de la Inspección Médica, Dra. L.Q., en la que, y de acuerdo con la legislación vigente, se le indica que no puede emitir baja laboral por cualquier contingencia a esta trabajadora hasta que no se hayan cumplido seis meses desde esta alta médica. Por parte del Servicio se le informa de esta situación a la trabajadora, declinando cualquier responsabilidad que pueda derivarse de su continuidad en el puesto de trabajo, e insistiendo en la necesidad de adscripción de la trabajadora a un puesto de trabajo, acorde con su categoría profesional en el que se obvie la posibilidad de manipulación de cargos". La adición que se interesa no resulta acogible, pues la misma encierra un conjunto de valoraciones jurídicas que no son susceptibles de figurar en el relato de hechos probados.

SEGUNDO.- Con idéntica cita procesal interesa la demandante la inclusión de un nuevo hecho probado tercero con la siguiente redacción: "La actora es dada de alta en rehabilitación por haber sido alta laboral por Inspección Médica. En el momento del alta la paciente presenta lumbalgia con síndrome radicular bilateral". El motivo tampoco prospera, ya que su contenido fundamental ya figura en el hecho tercero de la resolución recurrida, sin que resulten admisibles modificaciones o adiciones accesorias o de matiz.

TERCERO.- En sede jurídica sustantiva, y al amparo del art. 191.c) de la LPL, denuncia la recurrente infracción, por aplicación indebida, del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 128.1.a) del mismo texto legal, ya que -a su juicio- del informe del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Xeral Calde y del Servicio de Rehabilitación, resulta que la actora no se encontraba en condiciones de volver a su ocupación habitual, al no estar curada ni capacitada para el trabajo. La censura jurídica que se denuncia debe prosperar, pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 128.1.a) de la vigente LGSS, ha de aceptarse que el alta dada a la actora por la Inspección Médica, con fecha 03.07.00, se produjo de forma indebida y no ajustada a derecho, pues del inalterado relato fáctico (hecho tercero) se desprende que, según informe del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Xeral Calde de Lugo, en el momento de dicha alta presentaba: "lumbalgias con síndrome radicular bilateral", lo que, sin duda, comportaba la necesidad de asistencia sanitaria impidiéndole la reincorporación al trabajo y el desempeño de sus labores habituales de auxiliar de enfermería, al padecer un sufrimiento radicular bilateral. Consecuentemente, de conformidad con el citado art. 128.1.a), en relación con el art. 131 bis, ambos de la LGSS, procede acoger el recurso, revocar el fallo impugnado y estimar substancialmente la demanda, en el sentido de declarar indebida el alta médica de fecha 3 de julio de 2000, dejándola sin efecto, y condenar al demandado Sergas a estar y pasar por tal

declaración, y al también demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, a abonar a la actora la prestación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con los efectos y cuantía que reglamentariamente le correspondan, durante el tiempo que permanezca en tal situación. En razón a lo expuesto,

### Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la actora doña M.C.L.C., contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y con estimación substancial de la demanda interpuesta por la referida actora, debemos declarar y declaramos indebida el alta médica de fecha 3 de julio de 2000, dejándola sin efecto. En consecuencia, condenamos al demandado Sergas a estar y pasar por tal declaración, y al también demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, a que le abone la prestación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con los efectos y cuantía que reglamentariamente le correspondan, durante el tiempo que permanezca en tal situación.

## 3241 Recurso nº 2.543/01

**S.S.** DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. CESAMENTO DO CONTRATO EVENTUAL DUN TRABALLADOR QUE, CUBRÍA UNHA VACANTE DO CADRO DE PERSOAL.

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

A Coruña, catorce de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.543/01 interpuesto por UNIVERSIDADE DA CORUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don B.F.P.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado UNIVERSIDADE DA CORUÑA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 39/01 sentencia con fecha nueve de marzo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante ha venido prestando sus servicios por orden y cuenta de la demandada como personal laboral con la categoría de auxiliar de servicios en la Escuela Universitaria de Diseño Industrial en el Campus de Esteiro (Ferrol) a medio de contrato eventual por circunstancias de la producción consistentes na realización das tarefas propias da súa categoría profesional de fecha 01.09.00 y tres meses de duración y salario de 180.152 ptas. incluido el prorrateo de pagas extras./ 2.- En fecha 10 de noviembre de 2000 recibió notificación de la Univesidad de A Coruña por la que se le comunicaba la finalización de su contrato de trabajo con efectos del día 30 de noviembre de 2000./ 3.- Por Resolución Rectoral de fecha 31 de mayo de 2000 se efectuó convocatoria para la contratación temporal de los auxiliares de Servicios para la Escuela Universitaria de Diseño Industrial en la que se especificaba que la convocatoria tenía por objeto la contratación con carácter temporal de dos auxiliares de servicio para la Escuela Universitaria de Diseño Industrial uno en turno de mañana y otro en turno de tarde y en cuanto al tipo de contrato que era eventual al amparo del R.D. 2.720/1998 de 18 de diciembre por el que se desarrolla el art. 15 del E.T. la duración del contrato será de tres meses prorrogables por otros tres./ 4.- La plantilla de auxiliares de servicios de la Escuela Universitaria de Diseño Industrial del Campus de Ferrol está compuesta por dos plazas que se encontraban vacantes según consta en la Relación de puestos de trabajo de personal laboral de la Universidad aprobada por la Junta de Gobierno de la misma en 21 de julio de 2000 y publicada en el D.O.G. de 07.09.2000./ 5.- La parte actora ha agotado la vía administrativa presentando Reclamación Previa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando la demanda formulada por el actor califico como improcedente el cese del actor y condeno a la Uni-

versidad de A Coruña a que readmita inmediatamente al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone al actor don B.F.P.F. la cantidad de 141.104 ptas. en concepto de indemnización".

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 que estimando la demanda interpuesta por la actora, declaró improcedente el cese del actor y condenó a la Universidad de A Coruña a que readmita inmediatamente al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone al actor don B.F.P.F. la cantidad de 141.104 pesetas, en concepto de indemnización, y en ambos casos con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución. Se alza en Suplicación la Universidad de A Coruña, interponiendo recurso, articulado sobre dos motivos, dedicado el primero a la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracción de jurisprudencia.

SEGUNDO.- que al amparo de lo establecido en el apartado b) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la parte recurrente la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que se haga constar en el HDP 1 de la sentencia recurrida lo siguiente: "Que el demandante comenzó a prestar servicios en la escuela Universitaria de Diseño Industrial del Campus de Ferrol a partir del 01.09.2000, cuando la actividad de este centro dejó de tener el carácter de mínimos, resultando en consecuencia a partir de entonces imprescindibles, por reanudación de la actividad académica, los servicios del actor". Adición/Modificación que tiene su apoyatura en la documental obrante a la página 18 del documento número 2 obrante en el ramo de prueba de esta universidad. Y dicha Adición/Modificación interesada con el sustento procesal antes indicado, no puede prosperar, al apoyarse en documento inhábil al efecto, a saber copia de un mensaje de telefax, remitido desde la escuela universitaria de Diseño Industrial, al edificio de Usos administrativos, y por tanto documento inhábil para sustentar una variación fáctica, siendo asimismo de señalar que, en todo caso del contenido del documento citado tampoco se desprende directamente el texto que se propone.

TERCERO.- Por el cauce procesal del apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte recurrente infracción de la jurisprudencia, por aplicación indebida de las sentencias del Tribunal Supremo de 22, 25, 27, y 29 de septiembre, 6 de octubre y 28 de noviembre de 1995 y 20 de enero, 3 de febrero, 12 de marzo y 3 de abril de 1998, todas ellas dictadas en casación para unificación de doctrina, jurisprudencia que nada tiene que ver con el supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia recurrida, que se refería a un contrato eventual por circunstancias de la producción, estipulado al amparo de lo dispuesto en el articulo 15.1.b) del ETT. Y como tercer motivo de recurso y con el mismo amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia también la Universidad recurrente, infracción de jurisprudencia por violación de la establecida por las sentencias del Tribunal Supremo de 30-4, 9-4 y 03.02.95, dictadas en casación para unificación de doctrina; señalando que en efecto en estas dos sentencias del TS se refieren a contratos eventuales por circunstancias de la producción suscritos por Administraciones Públicas, al igual que ocurre en el supuesto de hecho enjuiciado en estos autos.

Pues con respecto de ello cabe decir que es propio de los contratos eventuales que, conforme a la cláusula de temporalidad del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980\607 y ApNDL 3.006), admiten los artículos 1.b) y 3.1 del Real Decreto de 21 noviembre 1984 (RCL 1984\2.697 y ApNDL 3.021), es la acumulación de un contingente de mano de obra que, para proveer a un incremento ocasional de la demanda de bienes o servicios, se suma a la ocupada comúnmente en las actividades habituales y permanentes del ciclo productivo. La situación que surge entonces se caracteriza por la necesidad de reforzar el censo laboral y ajustar las disponibilidades del factor-trabajo a las exigencias de una producción cuyo volumen debe aumentar a causa de un circunstancial crecimiento del consumo. Los contratos de interinidad -concertados, a tenor del artículo 15.1.c) del texto estatutario, para cubrir la ausencia de trabajadores cuya reserva de empleo se ha de cohonestar con el mantenimiento del puesto que desempeñan en el todo de la organización productiva o la prestación del servicio público

[artículos 1.c) y 4.1 de la norma reglamentaria citada]- no implican engrosamiento ni adición del factor-trabajo y únicamente se proponen conservar la dosis que de él es precisa para que subsista el nivel normal de oferta a los usuarios o consumidores. Queda fuera de duda que, pese a la rotulación de contrato eventual, constituyen realmente un supuesto de contrato de interinidad, pues, en realidad La Universidad de A Coruña ha utilizado una modalidad de contrato temporal, en concreto un contrato eventual para cubrir un puesto de trabajo de su plantilla que figura vacante y así resulta acreditado en autos y se recoge en la sentencia impugnada; por lo tanto no se trata de un supuesto en que cubiertas las plazas existentes de auxiliares de servicios, se den determinadas circunstancias que justifiquen la contratación de otro u otros auxiliares de servicios por acumulación de tareas, exceso de pedidos u otras circunstancias de mercado, sino que la administración ha acudido a una modalidad de contratación temporal, en este caso eventual, para cubrir una plaza vacante.

La defectuosa tipificación de lo pactado determina que, habiéndose concluido el contrato en contravención de las normas de orden público rectoras del régimen de interinidad que debió observarse escrupulosamente, la relación individual de trabajo así formada no puede gobernarse por la disciplina de los contratos eventuales a que acudió la empresa para disfrazarla. Los contratos temporales de sustitución -subyacentes a la apariencia así constituida- valdrían como contratos de interinidad -que son en rigor- si, una vez exhumadas la realidad y verdaderas exigencias del servicio público atendido a través de semejante fórmula, hubiesen constado, de modo expreso o tácito, la identidad del trabajador sustituido y la causa específica de su reemplazo. La omisión de estos datos -que viene a conculcar lo dispuesto en el artículo 4.2.a) del Real Decreto de 21 noviembre 1984- da lugar a que, según los artículos 8.2 del Estatuto de los Trabajadores y 8.a) del texto reglamentario referido, entre en juego la presunción de que se ha contratado por tiempo indefinido. Efecto legal que es obligado constatar previamente al examen de los argumentos de forma y de fondo manejados para atacar el fallo que declara la improcedencia del despido impugnado y las consecuencias añadidas a dicha calificación por los artículos 56.1 del texto estatutario y 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1990\922 y 1049). Así las cosas, los argumentos que, al amparo del artículo 190.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, acumulan todos los motivos del recurso interpuesto por la universidad, chocan frontalmente con el que es ya criterio consolidado de la jurisprudencia social de casación para la unificación de doctrina (Sentencias de 18 octubre 1991 [RJ 1991\7.664], 26 octubre 1992 [RJ 1992\7.843] y 30 enero, 23 marzo, 25 mayo y 23 diciembre 1993 [RJ 1993\387, RJ 1993\2.201, RJ 1993\2.895, RJ 1993\4.124 y RJ 1993\10.003]). Dicha línea de pensamiento abunda en la tesis -correctora de la que, durante algún tiempo y en virtud de razones de peso, sostuvo la jurisprudencia social de este ámbito autonómico (Sentencias de 23 septiembre, 6 noviembre y 14 diciembre 1992 (AS 1992\4.218 y AS 1992\5.639), 9 marzo, 11, 27 y 28 mayo, 14 y 16 septiembre y 26 noviembre 1993 (AS 1993\2.195, AS 1993\4.130 y AS 1993\5.122) y 10 y 30 marzo 1994)- de que, aun cuando no haya precedido despido disciplinario, se ha de tratar como despido improcedente cualquier cese injustificado que, de conformidad con el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, se comunica al interesado mediante escrito que consigna la causa de esa decisión y el momento a partir del cual es efectiva. Requisitos que han intervenido al producirse la separación de la recurrente del círculo de empleo en que su actividad tenía lugar.

Síguese de ello que, lejos de infringirlos, la resolución impugnada aplica rectamente -en la medida que son un componente expreso o tácito de su razón de decidir- los artículos 15.1 y 7 del Estatuto de los Trabajadores, 3.2.a) y 4.2.a) del Real Decreto 21 noviembre 1984 y 6.2 y 3 y 1.275 del Código Civil. Su calificación -como despido improcedente - de la ruptura contractual -obra de la Administración Pública empleadora- es del todo atinada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por UNIVERSIDADE DA CORUÑA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de Ferrol, de fecha nueve de marzo de dos mil uno, dictada en autos núm. 39/01 seguidos a instancia de don B.F.P.F. contra UNIVERSIDADE DA CORUÑA sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Dese al depósito y a la consignación constituidos para recurrir el destino legal. Se condena al pago de las costas del Abogado de la parte contraria en la cuantía de 50.000 ptas.

**3242** **Recurso nº 3.084/2001**

**S.S.** EXISTENCIA DE DESPEDIMENTO. CORRESPÓNDELLE Ó TRABALLADOR ACREDITAR ESTA. DESESTIMENTO DA RELACIÓN LABORAL.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López*

A Coruña, a diecisiete de julio de dos mil uno.

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. 3.084/2001 interpuesto por M.J.R.L. y Otros y empresa "P.L.J." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.J.R.L. y Otro en reclamación de Despido siendo demandado "P.L.J." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 830/2000 sentencia con fecha 2 de enero de 2001 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Que doña M.J.R.L., prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "P.L.J.", con domicilio en... Noia (A Coruña), dedicada a la actividad de la hostelería en virtud de un contrato de duración a tiempo parcial eventual pro circunstancias de producción celebrado el uno de febrero de dos mil hasta el treinta y uno de enero de dos mil, con la categoría de camarera, percibiendo un salario mensual de setenta y ocho mil ciento ochenta y tres pesetas (78.183 ptas.). Siendo su centro de trabajo "C.B.L.N.", sito en... Noia. La actora estuvo trabajando para la parte demandada en el local "C.B.L.N." desde la fecha uno de julio de mil novecientos noventa y nueve, sin contrato de trabajo.- 2º) Que don A.M.O.M., trabaja sin ningún contrato para la parte demandada, siendo su centro de trabajo en "C.B.L.N." sito en... Noia, con la categoría de cocinero, percibiendo un salario mensual de cincuenta mil pesetas mensuales de media anual, con una antigüedad de veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, trabajando los fines de semana en invierno y todos los días en verano, desde el veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.- A.M.O.M. firmó los albaranes de mercancía de la empresa demandada en las siguientes fechas; dos de junio de dos mil, quince de junio de dos mil, veinte de junio de dos mil, veintitrés de junio de dos mil, dos de agosto de dos mil; veinticinco de agosto de dos mil; treinta y uno de agosto de dos mil, uno de septiembre de dos mil; quince de septiembre de dos mil; veintidós de septiembre de dos mil, trece de octubre de dos mil y veintiséis de octubre de dos mil.- 3º) Que los actores presentaron Conciliación para modificación de condiciones el dos de octubre de dos mil, celebrándose el acto de conciliación en fecha de once de octubre, con el resultado de "sin avenencia".- 4º) Que, a la actora, M.J.R.L., en fecha de trece de octubre de dos mil se le remitió telegrama, en los siguientes términos: "Sra. como Vd. bien sabe, el periodo de sus vacaciones, establecido de mutuo acuerdo, se inició el día cinco de septiembre de dos mil y ha finalizado el día cuatro de octubre de dos mil. Desde entonces no se ha reincorporado a su puesto de trabajo, por lo cual, debe justificar su falta de asistencia o, de lo contrario, procederé a tramitar su baja por no asistir al trabajo, sin más sobre el particular, atentamente le saluda "P.L.J.". Igualmente, con fecha veinte de octubre del mismo año, se le remitió burofax, con el contenido que sigue: "Sra., el pasado trece de octubre de dos mil, le ha sido remitida comunicación a fin de que justifique su ausencia ante la no reincorporación a su puesto de trabajo a la finalización de sus vacaciones. A pesar del tiempo transcurrido no se han recibido noticias suyas al respecto y dada la ausencia, entiendo que desiste de su relación laboral, por lo cual, procederé a tramitar su baja por abandono. Queda a su disposición la documentación y la correspondiente liquidación en los locales de esta empresa. Sin más sobre el particular, atentamente le saluda "P.L.J.". Produciéndose los efectos del despido, el día trece de octubre de dos mil.- 5º) Que el actor, don A.M.O.M., fue despedido verbalmente por la parte demandada, don "P.L.J.", el día catorce de octubre en el centro de trabajo, en el "C.B.L.N.".- 6º) Don A.M.O.M. cursa estudios de filología gallega en la Universidad de Santiago. En el curso de 1998-1999 recibió una beca de doscientas sesenta y seis mil pesetas (266.000 ptas.). En el curso 1999-2000 le fue denegada la beca, y en el curso 2000-2001 las solicitudes están en proceso.- 7º) Que la actora doña

M.J.R.L. no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni delegada sindical de la empresa.- 8º) Que el actor don A.M.O.M., no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni delegado sindical de la empresa.- 9º) Que en fecha de treinta y uno de octubre de dos mil, se celebró ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, acto de conciliación resultado de "celebrado sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo la demanda promovida por doña M.J.R.L. y don A.M.O.M. contra la empresa "P.L.J. debo declarar y declaro la improcedencia de los despidos de que fueron objeto los actores, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en el término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir a los actores en sus puestos de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenían antes del despido o abonarles las siguientes cantidades en concepto de indemnización por despido, a doña M.J.R.L. la cantidad de cincuenta y tres mil doce pesetas (53.012 ptas.) en concepto de indemnización por despido y a don A.M.O.M. la cantidad de ciento sesenta y nueve mil novecientas setenta y siete pesetas (169.977 ptas.), y a que les abonen, en cualquier caso las siguientes cantidades: a doña M.J.R.L. la de doscientas ocho mil cuatrocientas ochenta pesetas (208.480 ptas., en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de dos mil seiscientas seis pesetas (2.606 ptas.) desde este día a la fecha de notificación de la sentencia y, a don A.M.O.M., la cantidad de ciento treinta y cuatro mil trescientas pesetas (134.300 ptas.) en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de mil setecientas pesetas (1.700 ptas.) desde el día de la fecha de notificación de la sentencia."

CUARTO.- Que la referida resolución fue aclarada por Auto de fecha 29 de enero de 2001, del tenor literal siguiente: DIJO: Que debía aclarar y aclaraba la sentencia dictada en las presentes actuaciones, en los siguientes puntos: El fundamento jurídico segundo, debiendo decir: "…que declara que la actora trabaja desde el uno de julio de mil novecientos noventa y nueve".- El fundamento jurídico tercero en el sentido de que la trabajadora M.J.R.L. presta servicios desde el uno de julio de mil novecientos noventa y nueve, con una jornada de dieciocho horas semanales, como consta en el contrato, no acreditándose que prestase una jornada de cincuenta y ocho horas semanales. En cuanto al trabajador, A.M.O.M., presta servicios desde el veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, no quedando acreditada su jornada laboral, únicamente que durante el verano trabajaba todos los días y en invierno, los fines de semana.- El fallo en el sentido de que, la indemnización por despido que le corresponde a la trabajadora doña M.J.R.L. es de ciento cincuenta y tres mil doce pesetas (53.012 ptas.).- Se mantienen todos los demás pronunciamientos de la sentencia."

QUINTO.- Contra dichas resoluciones se interpuso recurso de Suplicación por ambas partes siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que acogió la demanda rectora de los autos, se alzan ambas partes solicitando la revocación y acogimiento de sus respectivas pretensiones para lo cual, ambas, con amparo en el art. 191.b) LPL, instan la revisión del relato fáctico, así: A) el demandado pretende, 1º) que en el ordinal cuarto se suprima y substituya el último inciso por la siguiente expresión "Produciéndose los efectos el día 23 de octubre de 2000"; cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrantes en autos a los folios 227, 228 y 148. Procede la modificación por cuanto los documentos en que se funda, si bien el primero ha sido elaborado por la parte proponente (certificado de empresa) no ha sido impugnado de contrario, y el parte de baja fue elaborado por un tercero para la Tesorería General de la Seguridad Social constando la recepción de este en dicho organismo publico, como resulta de la vida laboral de dicha demandante, por tanto los efectos del cese de la actora se producen el 23.10.2000 fecha en que fue baja ante la Tesorería General de la Seguridad Social, siendo el concepto despido, que ahora se suprime, un tema a resolver sobre su existencia, por todo ello se estima la modificación como mas ajustada a la realidad. 2º) Para que en el ordinal segundo se proceda a la supresión del segundo párrafo, citando, en aval de tal pretensión, los documentos obrantes a los folios 17 a 67 de los autos, así como la propia resolución. No se admite la supresión que se pretende por cuanto existe otra documental en autos (f. 134, 135

etc.), testifical y confesiones practicadas, cuya valoración en su conjunto corresponde al Juzgador de instancia, por lo que, siendo la propuesta modificativa la de supresión de unos datos, tal supresión no puede otorgarse en base a documentos de los que no resulta el error del juzgador en la valoración de la prueba, sino una valoración distinta por la parte recurrente, criterio que pretende imponer en esta alzada, en consecuencia, se rechaza el motivo, salvo en el extremo final de "26.10.2000" que se suprime al objeto de mantener la coherencia interna de la resolución entre este hecho y el ordinal quinto. 3º) Para que en el ordinal primero se adicione la siguiente "En el contrato suscrito entre la empresa y la trabajadora M.J.R.L., se establece que las vacaciones serán de treinta días naturales". Cita en apoyo de la propuesta los documentos obrantes a los folios 230 al 232 de los autos. No se admite la adición, pues si bien la propuesta así consta en la copia básica del contrato de trabajo, tal copia básica no aparece firmada por la demandante y en el contrato no consta tal extremo, por otra parte, la propuesta no es mas que el mandato legal establecido en el LET, habiéndose practicado prueba testifical en el aspecto relativo al disfrute de las vacaciones por tanto no procede la adición propuesta.

B) Igualmente los actores instan la revisión del relato fáctico proponiendo la adición de dos nuevos ordinales, 1º) el décimo, cuya redacción propone: "A traballadora presta servicios para a empresa demandada dende o 01.07.99, como se acredita polo feito de ter asinados albaráns de datas 01.10.99, 15.10.99 e 07.01.2000. A xornada de traballo, ante a ausencia de contrato escrito e a tempo completo xa que no se acreditaron as horas reclamadas pola traballadora a maiores da xornada legalmente establecida". Cita en apoyo de la propuesta los documentos obrantes en los autos a los folios 133 a 135. No se admite la adición por cuanto el primer inciso relativo a la antigüedad de la actora esta ya consta en el ordinal primero, y en cuanto a la jornada de trabajo de los documentos que se citan no resulta la propuesta que se efectúa, por otra parte, la propuesta es una conclusión que la parte recurrente extrae de su particular valoración de la prueba, por todo ello se desestima el motivo. 2º) El undécimo, "O traballador presta servicios para a empresa demandada dende o 25.09.98, como se acredita polas testemuñais depostas no acto de xuízo oral, e polo feito de se atopar traballando na empresa na data comprendida entre o 15.07.98 e o 31.08.98. A xornada de traballo, ante a ausencia de contrato escrito, é a tempo completo, en ausencia de acreditación das horas reclamadas polo traballador", cita en apoyo de la tesis los documentos obrantes en los folios 154 y 210 de los autos. No procede la adición por cuanto la antigüedad del actor ya aparece reflejada en el hecho probado segundo y en cuanto al resto de la propuesta, la prueba testifical es inhábil a los efectos revisorios y de los documentos que se cita por el recurrente, no resulta la propuesta que se efectúa por la parte que viene, incluso, a constituir una cuestión nueva en relación con el hecho cuarto de demanda.

SEGUNDO.- La parte demandada, con amparo el art. 191.c) LPL, efectúa dos denuncias normativas: A) por infracción de lo dispuesto en los arts. 55 LET, 1.214 Código Civil y 105 LPL, el motivo va dirigido frente a la acción de despido formulada por el actor Sr. O.M., y ello en el sentido de que si bien sobre los hechos imputados en la carta de despido, incumbe acreditar la realidad de los mismos al empresario, sin embargo los extremos relativos a la existencia o no de la relación laboral y sus circunstancias de antigüedad, categoría y salario son datos que debe aportar y acreditar el trabajador por lo que estima que la resolución recurrida infringe dichos preceptos al invertir la carga de la prueba sobre tales extremos.

El motivo no puede prosperar por cuanto el recurso se da frente a la parte dispositiva de la resolución judicial no frente a la fundamentación jurídica o razonamientos que llevan al juez a dictar su fallo, lo cual quiere decir que la parte demandada en este motivo ataca o critica el razonamiento del juzgador de instancia (fundamento de derecho 2º y 2º último inciso), mas no ataca en debida forma el presupuesto fáctico, esto es, proponer en forma [por el apartado b) del art. 191 LPL] la revisión del relato fáctico para dejar constancia de la antigüedad, categoría y salario del actor Sr. O., que el recurrente estime adecuado, por ello al permanecer intacto el hecho probado segundo en su primer párrafo donde se lee "…categoría de cocinero, percibiendo un salario mensual de 50.000 ptas., con una antigüedad de 25.09.98", párrafo que ni siquiera se intento modificar, la argumentación por la cual el juzgador llegó a extraer dicha afirmación fáctica, por muy errónea que sea, no permite alterar el hecho –salvo por el no utilizado y ya indicado cauce -, aún así de dichos extremos el único discutido es el relativo a la antigüedad pues en relación con él es con el que efectúa la indebida inversión probatoria, mas tampoco el recurrente extrae en sede jurídica la consecuencia adecuada – cual

sería la reducción de la correspondiente indemnización -, consecuentemente, tales deficiencias en el recurso conllevan que el motivo no puede prosperar, por muy acertada que sea la fundamentación del recurrente sobre la carga de la prueba en el despido, esto es, que al trabajador incumbe [conforme al art. 1.214 Código Civil] acreditar la existencia de la relación laboral y sus circunstancias de antigüedad, categoría, salario y el propio hecho del despido sin que sobre dichos extremos opere inversión alguna en la carga probatoria derivada del art. 55 LET ó art. 105 LPL, preceptos que sólo operan sobre el motivo o causa de despido invocada para tomar la decisión patronal, por todo lo expuesto el recurso decae en este aspecto.

B) Como segunda denuncia, se cita la infracción del art. 56 e inaplicación del art.49.1.d) LET, dirigido el motivo ahora frente a la pretensión de la actora Sra. R.L., argumentándose que la empresa recurrente no despidió a dicha actora sino que la requirió para que justificase las ausencias al trabajo o entendería que dimitía de su puesto y que ante la pasividad de la demandante se la tuvo por desistida, mas que en ningún momento se produjo un despido de la actora. El debate se centra en determinar si ha existido despido de la actora o por el contrario la empresa se ha limitado a darla de baja en la Seguridad Social ante su inasistencia al puesto de trabajo. Dicha cuestión debe resolverse siguiendo la doctrina reiterada que afirma que al actor corresponde acreditar la existencia de la relación laboral y sus circunstancias, así como el hecho mismo del despido por ser este constitutivo de su pretensión, sin perjuicio de aquellos casos en que ello se deduzca sin lugar a dudas de la existencia de hechos concluyentes en tal sentido, pues se trata de una mera aplicación del principio recogido en el art. 1.214 del Código Civil según el cual "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento..", (así STS de 25.07.1990 [RJ 1990\6.473], 25.02.1989 [RJ 1989\937], 26.07.1988 [RJ 1988\6.234], 13.04.1987 [RJ 1987\2.415] y 15.01.1987), y la resolución de tal debate obliga a atender a la conducta de las partes y así: a) el empleador, recurrente, remite un telegrama a la actora el 13.10.2000, en el que la requiere para que justifique su ausencia al trabajo desde el 04.10.2000, fecha en la que finalizaron sus vacaciones; b) tal requerimiento, no consta, que fuera atendido por la actora que sí lo recibió; c) siete días después, el 20.10.2000, el recurrente remite burofax por el cual se le indica que se estima que desiste de su relación laboral por lo que se tramitará su baja por abandono poniendo a su disposición la liquidación y documentación correspondiente; d) la baja en Tesorería General de la Seguridad Social se produce el 23.10.2000. Frente a dicha conducta empresarial la actora, no contesta ni verbalmente ni por escrito, ni de facto al empleador, cuando lo lógico, coherente y más sencillo sería ante la recepción del primer telegrama comparecer en la empresa, ponerse a disposición del patrono y reclamar, si lo estima oportuno, la correspondiente indemnización por los festivos no disfrutados o ejercitar las acciones que estimase oportunas, mas nada de ello se realiza, tampoco se acredita que no estuviera en condiciones de poder hacerlo (ausencia de la localidad, enfermedad, o cualquier otra circunstancia), limitándose a presentar la papeleta de conciliación al SMAC el día veinte de dicho mes, cuando es evidente que de dicho telegrama primero no puede deducirse en ningún caso la voluntad de despedir por parte de la empresa; ante el segundo comunicado (recibido el día veintiuno de octubre, véase folio 147 de los autos), tampoco se actúa ninguna medida de defensa siendo así que es el único documento de la patronal del que pudiera deducirse, interpretado ampliamente, una voluntad de prescindir de los servicios de la actora, sin embargo, de la lectura de dichas misivas no puede aceptarse que el empleador pretenda poner fin a la relación laboral con la actora en ningún momento sino que se limita a tenerla por desistida del contrato de trabajo que los vinculaba, y esta no acredita que al margen de dichas comunicaciones hayan existido otras u otros actos del empleador de los cuales pueda deducirse una voluntad, ya fuere tácita, de poner fin a la relación laboral con la misma, en consecuencia, cuando se ejercita acción por despido y el empresario demandado niega que el contrato de trabajo se haya extinguido por tal razón, sosteniendo que se debe a otra diferente, corresponda al demandante la carga de la prueba de que el despido fue la causa de la extinción contractual y, en el presente caso, no resulta acreditado por la actora que el demandado la haya despedido, sino que ante la conducta de la demandante debe entenderse que es ella la que desiste de la relación laboral, ninguna otra conclusión puede obtenerse de su pasividad, por todo ello incurre la resolución recurrida en el defecto que se le imputa al aplicar indebidamente el art. 56 LET, lo que implica acoger el motivo y con revocación parcial de la resolución recurrida se desestima la demanda formulada por M.J.R.L. por inexistencia de despido.

TERCERO.- Por los actores, en sede jurídica al amparo del art. 191.c) LPL, se denuncia la infracción del art. 8.2 LET, argu-

mentando que al haberse iniciado sus relaciones laborales sin contrato escrito ha de presumirse que la prestación de servicios es a tiempo completo e indefinida y que la jornada ha de ser de cuarenta horas semanales por lo que pretende que se estime la demanda rectora de la litis "segundo os termos reclamados e recurridos no presente escrito en suplicación". El recurso no puede ser atendido por cuanto: a) no ha prosperado la revisión fáctica propuesta por lo que su pretensión carece de apoyo; b) lo ahora pretendido, en todo caso, constituye una cuestión nueva, pues en cuanto a la jornada de trabajo del Sr. O., basta con examinar el hecho cuarto de la demanda para comprender que se está modificando su pretensión en vía de recurso, sin que en el acto de juicio se hubiera intentado siquiera discutir o proponer una alternativa; en cuanto a la actora Sra. R. en ningún momento discutió su contrato de trabajo temporal, lo cual permite, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.4 LET (versión anterior a RDL 5/2001 de marzo) considerar como horas extraordinarias todas las que excedan de la jornada pactada, consecuentemente, al no haberse discutido en autos otra posibilidad de jornada, no cabe en vía de recurso discutir tal extremo; c) por cuanto la pretensión que en vía de recurso se plantea, deviene deficiente ya que no se ataca el salario que se fija como probado para los actores en la resolución recurrida con lo que la eficacia del debate sobre jornada deviene intranscendente en esta litis, por todo ello se desestima el motivo.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 201.2 y 3 LPL, la estimación parcial del recurso implica la devolución del depósito constituido para recurrir, así como la devolución parcial de la consignación efectuada, en el exceso sobre la cantidad objeto de condena en relación con la parte que se acoge del recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL procede imponer las costas del recurso al demandado recurrente, en cuanto se le desestima el recurso en relación con el trabajador A.M.O.M. condenándolo al abono de 25.000 ptas. de honorarios del letrado impugnante del recurso.

## Fallamos

Que estimamos en parte el recurso de Suplicación formulado por "P.L.J." contra la sentencia dictada el 02.01.2001 por el Juzgado de lo social nº 1 de Santiago de Compostela, en autos nº 830-2000 sobre despido, seguidos a instancias de M.J.R.L. y A.M.O.M., contra el recurrente, y con revocación parcial de dicha resolución acordamos desestimar la demanda de despido formulada por M.J.R.L. por inexistencia de despido absolviendo al demandado de dicha pretensión, desestimamos en el resto el recurso de dicho demandado, y así mismo desestimamos íntegramente el recurso de Suplicación formulado por los actores, citados, frente a dicha resolución.Una vez firme esta resolución, devuélvase el deposito constituido para recurrir a dicho empleador y redúzcase la consignación efectuada en la cantidad correspondiente a la actora cuya demanda se desestima, manteniendo el resto de dicha consignación hasta que se cumpla la resolución recurrida o se le de, en ejecución de sentencia, el destino legal. Se imponen las costas del recurso a la parte demandada recurrente, en cuanto se le desestima el mismo en relación con el trabajador Sr. O.M., condenándola a que le abone la suma de 25.000 ptas. de honorarios de letrado impugnante del recurso.

## 3243 Recurso nº 2.953/01

**S.S.** CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO. EXISTENCIA DE CAUSA: ATENCIÓN DE PEDIMENTOS POR EMPRESA COMITENTE. SOLUCIÓN DE CONTINUIDADE ENTRE CONTRATOS DERIVADA DA SINATURA DE FINIQUITOS E PERCEPCIÓN DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO. INEXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL E DE SUCESIÓN DE EMPRESA POLO FEITO DE QUE UNHA EMPRESA USUARIA CONTRATE DIRECTAMENTE A UN TRABALLADOR ANTES CONTRATADO POR EMPRESA DE TRABALLO TEMPORAL.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio-Jesús Outeiriño Fuente*

En A Coruña, a veinte de julio de dos mil uno.

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 2.953/01 interpuesto por las demandadas "M.E.E.S." y "T.V., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, dictada en autos número 657/00.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don O.R.R. en reclamación de DESPIDO, contra las empresas "M.E.E.S." y "T.V., S.A.", y en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia de fecha 1 de febrero de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en dicha sentencia y como Hechos Probados se declararon los siguientes: 1°.- Don O.R.R., con D.N.I... suscribió con la Empresa "M.E.S.", domiciliada en Rúa... de Barcelona, contrato para obra o servicio de duración determinada, al amparo del artículo 2º del Real Decreto 2.546/94 y artículo 10 de la Ley 14/94 de 1 de junio de Estatuto de los Trabajadores y artículo 15, según redacción del Real Decreto Ley 8/67 en cuya cláusula 7ª se dice: El objeto del presente contrato es Fabricación de Armaduras de asientos para el Automóvil motivado por obra, servicio de atención al pedido de "C." del mes de junio. La Empresa usuaria es "T.V., S.A.", domiciliada en..., Vigo, la duración de contrato fue de 26 de junio a 30 de junio. El 30 de junio se comunica por la empresa al trabajador la finalización de contrato, y firma recibo de saldo y finiquito recibiendo 23.695 Ptas. 2°.- Con fecha 1 de julio de 1997, firma nuevo contrato, puesto a disposición, para realización de una obra o servicio determinado, con la misma Empresa de Trabajo Temporal y la misma usuaria, de duración determinada desde el 01.07.97 a estimadamente 31.07.97. Con el mismo objeto que el anterior, motivado por atención al pedido de "C." del mes de julio. El 31 de agosto firma recibo de saldo y finiquito, y se le notifica el 1 de agosto la finalización del contrato. 3°.- Durante los meses siguientes de septiembre, octubre y noviembre, suscribe contratos de la misma naturaleza y por la misma causa, y de duración determinada (de 1° a final de mes) y al terminar cada uno se le notifica la finalización y se firma saldo y finiquito. 4°.- En día l de diciembre de 1997, suscribe nuevo contrato, entre las mismas partes por los mismos motivos y causa y de duración de 01.12.97 a 19.12.97. El día 19 se le notifica la extinción del contrato y el 31 firma saldo y finiquito. 5°.- El 5 de enero de 1998, vuelve a suscribir contrato, puesta a disposición, entre las mismas empresas para realización de obra o servicio determinado, de duración determinada, al amparo del Real Decreto 2.546/94 y artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores según Real Decreto Ley 8/67, siendo el objeto: fabricación de armaduras de asiento para el automóvil motivado por atención al pedido de "C." del mes de enero. El 31 de enero se notifica finalización y firma saldo y finiquito. 6°.- Durante los siguientes meses hasta julio de 1998, suscribe contratos mensuales con las mismas empresas y por los mismos conceptos y causas que el anterior, (si bien se añade Ley 63/97), firmando los correspondientes saldos y finiquitos, notificándole da empresa la finalización de cada contrato. Durante el mes de agosto se suspendió el contrato. 7°.- El 31 de agosto de 1998, se vuelve a suscribir contrato, de duración de 31.08.98 a estimadamente 30.09.98, de las mismas características, condiciones y causas que los anteriores. El 30 de septiembre se notifica finalización y se firma saldo y finiquito. 8°.- En los meses sucesivos se firman nuevos contratos iguales que los anteriores, siendo el de diciembre de 01.12 a 23.12. Se firman saldos y finiquitos, con la notificación de finalización por la empresa. 9°.- El 4 de enero de 1999, nuevo contrato de la misma naturaleza, condiciones y causas, de duración de 04.01.99 a 31.01.99. Se notifica finalización y se firma saldo y finiquito. 10°.- Se siguen suscribiendo contratos mes a mes, con la misma naturaleza, requisitos, condiciones y causas, hasta el 31 de julio que se firma saldo y finiquito del suscrito con fecha 1 de julio, estando el trabajador en desempleo, cobrando prestaciones del 1 de agosto al 29 de agosto. 11°.- El 30 de agosto, nuevo contrato, de igual clase que los anteriores, hasta el 30 de septiembre. Se notifica finalización y se firma saldo y finiquito. Se siguen firmando contratos, saldos y finiquitos en los meses sucesivos, si bien en diciembre, el contrato es de 01.12.99 a 23.12.99. El 24 el trabajador cobra desempleo, hasta el 02.01.00. El día 3 se vuelve a suscribir contrato igual, que continua por meses hasta el 22.02.00. 12°.- El 23 de febrero de 2000, el trabajador suscribe contrato de duración determinada, al amparo del artículo 15 del E.T. según Ley 63/97, por eventuales circunstancias de la producción, con la empresa "T.V., S.A.", siendo la duración de la producción, siendo la duración de 6 meses, extendiéndose del 23.02.00 al 22.08.00 y el objeto, acumulación de tareas en el departamento de producción con motivo de la reingeniería del vehículo N…C.". El 23 de

agosto se prorroga el contrato por dos meses, hasta el 22.10.00. 13°.- El trabajador demandante percibió indemnización de 12 días de salario, por año de servicio, que ascendió a 165.869 Ptas. por fin de contrato. 14°.- Se intentó sin efecto acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación. El actor está afiliado al Sindicato CC.OO., no ostentando cargo de representación.

TERCERO.- La parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que rechazando la excepción de caducidad y estimando la demanda interpuesta por don O.R.R., contra "M.E.S." y "T.V., S.A.", debo declarar y declaro la existencia de despido improcedente realizado por ésta última al trabajador demandante, y en consecuencia, condeno a dicha empresa "T.V., S.A.", a que lo readmita en las mismas condiciones que existían antes del despido, o, a su elección, a que le abone las siguientes cantidades, de las que responderán solidariamente ambas empresas demandadas: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de UN MILLÓN CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESETAS (1.052.157). b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 7.043,73 ptas. diarias. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, en entiende que procede la primera".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de Suplicación por ambas empresas demandadas siendo impugnados de contrario. Elevados los autos a este Tribunal se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, declara improcedente su despido y condena a la empresa demandada "T.V., S.A.", a que opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que existían antes del despido, o a que, solidariamente con la también demandada "M.E.S.", le indemnicen en la cantidad de 1.052.157 ptas., con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de la referida sentencia, a razón del salario diario de 7.044 ptas. Y contra este pronunciamiento recurren ambas empresas demandadas articulando los siguientes motivos de suplicación:

A) La entidad "M.E.S.", al amparo del art. 191.c) de la LPL, formula dos motivos de suplicación en los que denuncia infracción de los arts. 44.2 ET y 16.3 de la LETT, por entender que en ningún párrafo de la sentencia se habla de subrogación, constando probado que la parte actora firmó unos contratos de trabajo a través de "M.E.S.", y posteriormente fue contratado directamente por la empresa usuaria "T.V., S.A.". No existe subrogación alguna, dado que no hay relación entre las dos codemandadas que pueda llevar a tal conclusión. Tanto la ETT como la empresa usuaria son entidades económicas organizadas de forma estable y nada en contrario se dice en la sentencia ahora recurrida para llegar a la conclusión jurídica que se plasma en el fallo de la sentencia. Además, en el art. 16.3 LETT se recoge uno de los supuestos de contratación permitidos a las ETT, que es el de obra o servicio, sin que a lo largo de todo el procedimiento se demuestre si los distintos contratos que firma la parte actora corresponden o no en realidad a una obra o servicio. En todo caso, "M." celebró los contratos de puesta a disposición que le solicita a la usuaria y, lo más importante, es que el último de ellos se celebra por la empresa usuaria directamente, sin que en el mismo intervenga "M.", que ya no tenía la decisión de poner fin a la relación laboral al no ser la empresaria del actor, no pudiendo, por tanto, aplicarse el art. 55.4 del ET al no poder hablarse de subrogación en ningún caso, ni de cesión ilegal de trabajadores. En el tercero de los motivos de suplicación denuncia infracción del articulo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo dispuesto en el art. 65.1 de la LPL, por no haberse estimado la caducidad de la acción frente a "M." que celebró con el actor el último contrato en 22 de febrero de 2000, añadiendo que la concatenación de contratos queda totalmente "rota" porque, según los

hechos probados, el trabajador disfrutó desempleo en dos ocasiones, y además, en todos los contratos el actor firmó saldo y finiquito con carácter liberatorio.

B) También al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia por la codemandada "T.V., S.A.", en el primero de sus motivos de suplicación, infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 44.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 16 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal de 1 de junio de 1994, pues con toda evidencia no concurre en este caso sucesión en la titularidad de una empresa, al tratarse aquí de unos contratos para obra o servicio determinado pactados entre el trabajador una Empresa de trabajo temporal; y luego, de la terminación de un contrato de trabajo establecido directamente entre ese trabajador y la empresa que había sido la usuaria de los servicios de la de trabajo temporal. Además, el art. 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal no prevé en supuestos ordinarios la responsabilidad solidaria, sino subsidiaria. Y en todo caso, la única responsabilidad — solidaria o subsidiaria — que cabría imponer en relación con posibles incumplimientos de la empresa de trabajo temporal sería la referida a las "obligaciones salariales o de seguridad social", cuestiones que no se han planteado ni discutido en este proceso. En el segundo motivo denuncia infracción del art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 2 del Real Decreto de 18 de diciembre de 1998, ya que, a su juicio, expresándose en cada uno de los distintos contratos para obra o servicio determinado que se pactaba para atender a un determinado pedido de un cliente (concretamente, "C.") no puede llegarse a la conclusión de que se trata de contratos en fraude de Ley, sin que se declare que no correspondieron los contratos a ese servicio determinado pactado en ellos. No hay, pues, infracción por parte de la ETT en sus contratos, y menos aún por parte de "T.V.", que, cuando terminó el último contrato del demandante con la empresa de trabajo temporal, y en virtud de compromisos adquiridos con los representantes de los trabajadores (compromisos que venían siendo paulatinamente cumplidos, aunque no al ritmo pretendido por ellos, tal como resulta del acta de conciliación obrante al folio 17 del ramo de prueba), procedió a absorber con carácter eventual a buena parte del personal que prestaba para ella sus servicios a través de ETTs, y así es como contrató al demandante directamente y de manera plenamente regular a medio de un contrato de trabajo eventual.

SEGUNDO.- La anterior exposición de los motivos de ambos recursos lleva a examinar, en primer término, el tercero de dichos motivos articulado por la empresa "M.E.S.", en el que reproduce la excepción de caducidad ya invocada en la instancia (art. 59.3 ET en relación con lo dispuesto en el art. 65.1 de la LPL), y que ha de ser desestimada, pues lo que se ventila en el presente juicio por despido es la existencia o no de una posible responsabilidad solidaria de ambas codemandadas por las obligaciones nacidas de la decisión extintiva empresarial en base a una eventual subrogación o cesión del trabajador. Por ello, el inicio de cómputo del plazo de caducidad ha de situarse en la fecha de cese o extinción del último contrato que el actor suscribió con la empresa "T.V., S.A.", esto es, el 22 de octubre de 2000, de modo que habiéndose presentado la papeleta de conciliación ante el SMAC el 30 de octubre siguiente, y celebrado dicho acto conciliatorio el 16 de noviembre de 2000, con presentación de la demanda en 21 de noviembre siguiente, es claro que no puede apreciarse la excepción de caducidad, ya que no habían transcurrido los 20 días hábiles que establece el art. 59.3 del ET. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y dada la íntima relación existente entre los restantes motivos de suplicación alegados por ambas codemandadas, procede examinarlos de forma conjunta. Al respecto, la censura jurídica que se denuncia por ambas empresas, en concreto, infracción de los arts. 44.2 del ET, en relación con el art. 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, e infracción del art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 2 del Real Decreto de 18 de diciembre de 1998, ha de ser acogida con fundamento en las siguientes consideraciones: 1.- Consta probado y así se desprende del inalterado relato fáctico, que los sucesivos contratos para obra o servicio determinado suscritos por el actor con la empresa de trabajo temporal "M.E.", domiciliada en la C/... de Barcelona, para prestar servicios como especialista en el centro de trabajo de la empresa usuaria, la también demandada "T.V., S.A.", domiciliada en..., Vigo, respondieron a una causa real y cierta cuyo objeto era la "fabricación de armaduras de asientos para el automóvil; obra o servicio consistente en atención a los pedidos de "C."

que se iban renovando mensualmente" (arts. 15.1.a) del ET, 2 del RD 2.720/1998, de 18 de diciembre y 6. 2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal). Así consta también en los referidos contratos temporales (la documental es la única prueba propuesta y practicada por ambas partes en el acto de juicio), sin que la circunstancia de su renovación mensual en función de los nuevos pedidos desnaturalice su carácter de contrato a término incierto, pues el plazo contractual fijado por las partes puede interpretarse como una simple previsión (STS de 28 de diciembre de 1993, Ar. 10.074) que no afecta a la temporalidad, máxime cuando el vínculo tenía una causa cierta y el trabajador nunca reclamó frente a las sucesivas altas y bajas, pese a producirse su prestación de servicios en una misma obra que todavía no había concluido. Por otro lado, desde el momento en que se constata como probado (hechos 10 y 11º) que el actor percibió prestación por desempleo en dos períodos, de 1/8 a 29.08.99 y de 24.12.99 a 02.01.00, practicándose por la empresa la correspondiente liquidación con saldo y finiquito aceptado por él, resulta evidente que los anteriores períodos de tiempo han perdido su virtualidad jurídica en el ámbito de que se trata, ya que no puede sostenerse -como hace la sentencia de instancia- una antigüedad por servicios prestados desde el inicio de la relación laboral cuando ésta se extinguió por fin de contrato en 23.12.99 [art. 49.1.c) del ET] y se reconoció al trabajador prestación por desempleo, cuyo percibo es incompatible con el trabajo por cuenta ajena (art. 221.1 LGSS y en el mismo sentido la STSJ de Valladolid Castilla-León de 06.05.1997, AS. 1.700, y la STSJ de Murcia de 15.07.1997, AS. 3.358). 2.- Sentado lo anterior, para la resolución del litigio ha de partirse del contrato para obra o servicio determinado suscrito por el actor con la empresa de trabajo temporal el 3 de enero de 2000, con puesta a disposición en el centro de trabajo de la usuaria "T.V., S.A.", y que continuó hasta el 22 de febrero siguiente, aun cuando "M.E." lo diera indebidamente por concluido el 31 de enero de 2000 con alta simultánea al día siguiente 1 de febrero. Dicho vínculo contractual, cuyo objeto era el mismo que los anteriores ("fabricación de armaduras de asientos para el automóvil; obra o servicio consistente en atención al pedido de "C." del mes de enero 2000"), se extinguió también en 22.02.00 por fin de contrato, sin que la circunstancia de que el actor fuese contratado directamente -al día siguiente- por la codemandada "T.V., S.A.", en la modalidad de contrato eventual por acumulación de tareas, permita llegar a la conclusión de que se está en presencia de una cesión ilegal del trabajador, con la responsabilidad solidaria prevista en el art. 43.2 del ET, ni mucho menos de la subrogación que contempla el art. 44. 2 del referido Estatuto y que cita la sentencia de instancia.

En efecto, del relato fáctico en absoluto se desprende que entre ambas empresas codemandadas exista algún tipo de vinculación -en especial directivo- que permita estimar acreditado, ni siquiera por vía de presunciones, esa "cesión ilegal" del trabajador de la empresa "M.E." a la usuaria. Igualmente, del relato de hechos tampoco resulta que el trabajador, al desvincularse de la empresa de trabajo temporal y ser contratado directamente por la codemandada, continuara prestando servicios en la obra para la que fue contratado en 1 de febrero de 2000, o siguiera realizando el mismo trabajo sin pasar a ejecutar el que constituía el objeto del contrato eventual para el que fue contratado por "T.V., S.A.", consistente en "acumulación de tareas en el departamento de producción con motivo de la reingeniería del vehículo N… de "C.". La única prueba practicada en el acto de juicio ha sido la documental, de la que resulta precisamente la finalización y desvinculación del trabajador de la empresa de trabajo temporal, y su posterior contratación directa por la usuaria como empresa distinta y sin vinculación alguna con la anterior, lo que -obviamente- también impide apreciar infracción del art. 16.3 de la Ley 14/94, de 1 de junio, en relación con su art. 6.2, y con mayor motivo la figura de la subrogación prevista en el art. 44.2 del ET, no sólo porque no existe ni el mas mínimo asomo de una cesión presuntamente delictiva, sino porque tal declaración habría de realizarse por la jurisdicción penal con pleno respeto a las garantías que integran el principio de legalidad, entre ellas, la garantía jurisdiccional penal (arts. 25.1 CE, 3 del C. Penal y 23 LOPJ).

La conclusión final, por tanto, ha de ser la aceptación de ambos recursos de suplicación, la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación íntegra de la demanda por inexistencia de despido, toda vez que el contrato eventual por acumulación de tareas, suscrito por el actor con la demandada "T.V., S.A.", reúne los requisitos de los arts. 15.1.b) del ET y 3 del RD 2.720/1998, de 18 de

diciembre, y su extinción se produjo por finalización, tras una duración de ocho meses -seis meses iniciales mas una prórroga de dos-, sin superar el máximo de trece meses y medio dentro de un período de 18 meses, previstos en el art. 4 del Convenio colectivo del Metal para la provincia de Pontevedra, con vigencia durante los años 2000 a 2002. En razón a lo expuesto,

### Fallamos

Que estimando los recursos de Suplicación interpuestos por las empresas demandadas "M.E.S." y "T.V., S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo con fecha 1 de febrero de 2001, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y con desestimación de la demanda interpuesta por el actor don O.R.R., debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a las referidas demandadas por inexistencia de tal despido. Dése a los depósitos y consignaciones constituidos el destino legal.

## 3244 Recurso nº 3.202/01

**S.S.** INCUMPRIMENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS E ESQUIROLAXE. A CONTRATACIÓN DE NOVOS TRABALLADORES PRODUCIUSE PARA SUBSTITUÍR A OUTROS COMO CONSECUENCIA DOS DESPEDIMENTOS EFECTUADOS. ILEGALIDADE DA FOLGA: NON SE ACREDITA. FIXACIÓN DA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL. CRITERIOS.

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

A Coruña, a veintitrés de julio de dos mil uno.

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. 3.202/01 interpuesto por la empresa "T.L.U., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Pontevedra.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.I.G. en representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) en reclamación de TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL siendo demandada la empresa "T.L.U., S.A.", don H.S.A., don C.M.F., don M.L.C., don J.C.P., don J.M.C.P., don H.G.F., don J.A.A.A., don L.S.J., don G.V.C., don M.A.D.A., don C.N.C., don A.C.A., don D.A.F., don J.A.R.D., don M.V.F., don D.C.P., don G.C.G., don F.F.B., don N.L.E., don O.P.C., don E.T.G., don M.T.R., don S.M.P., don F.M.V., don E.R.P., don E.L.P., don H.G.P., don J.C.G.R., don A.M.S.D., don J.V.G., don J.M.B., don A.M.C.M., don U.R.A., don J.F.M., don M.M.D.S., don P.C.C.S., don A.D.R.C., don M.F.D.A., don F.N.G., don M.E.L., don A.B.L. y don J.C.E.; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 202/01 sentencia con fecha veinte de abril de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- La empresa demandada, "T.L.U., S.A.", se dedica al transporte público regular de pasajeros./ II.- Don R.I.G., en representación de la central sindical (Confederación Intersideral Galega), en fecha 19.01.01, comunicó por medio de escrito de la misma fecha, a la Consellería de Xustiza, Interior e Relacions Laborais, así como, a la Subdelegación del Gobierno Civil de Pontevedra, la declaración de huelga legal en la empresa "T.L.U., S.A.". La huelga, que se convoca es indefinida y comenzó a llevarse a efecto a las 6 horas de la mañana del día 30 de enero de 2001. La citada huelga es seguida por casi la totalidad de la plantilla y a día de hoy sigue convocada./ III.- Por Orden de 26 de enero de 2001, de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda, se determinan los servicios mínimos que deberán de mantenerse durante la huelga convocada en la empresa de "T.L.U., S.A."./ IV.- Con fecha 09.02.01, se publica en el Diario Oficial de Galicia, por la Consellería de Presidencia e Administración Pública, el Decreto 28/2001 de 8 de febrero, polo que se dictan medidas urxentes e extraordinarias para garantir o funcionamento dos servicios mínimos esenciais na folga convocada na empresa "T.L.U., S.A.". En el citado Decreto en el art. 1

se dispone, "para os efectos de restablece-la efectividade dos servicios mínimos de transporte establecidos con motivo da folga declarada na empresa "T.L.U., S.A.", as Consellerías de Educación e Ordenación Universitaria e Política Territorial Obras Públicas e Vivenda, poderán adoptar con carácter excepcional as seguintes medidas: autorizar á empresa "T.L.U., S.A.", á subcontratación da prestación dos servicios de transporte regular de uso xeral e especial incluidos na relación de servicios mínimos determinada para a presente folga. As Consellerías referidas poderán habilitar, provisionalmente, a terceiras empresas para a prestación dos servicios mínimos de acordo coas especificacións da lexislación de contratos das administracións públicas e a normativa reguladora dos transportes públicos por estrada, o que implicará a suspensión da prestación contractual coa empresa "T.L.N., S.A.". A virtualidade desta habilitación terá sempre carácter extraordinario e estenderase ata o momento no que se garanta a prestación dos servicios mínimos ou ben remate a folga"./ V.- Por resolución de 13.02.01 da Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda, se autoriza á empresa de "T.L.U., S.A.", a subcontrata-los servicios mínimos de transporte regular permanente, dos que e concesionario a outra empresa mentres dure o conflicto de folga./ Con fecha de 08.03.01 se publica en el DOG, orden de 01.03.01 por la que se determinan los servicios mínimos que hay que mantener durante la huelga convocada en la empresa "T.L.U., S.A."./ VI.- El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, dictó auto de 12.03.01, en el cual acuerda la suspensión de la aplicación de la disposición ejecución del decreto 28/2001, de 8 de febrero y la resolución de 13 de febrero de 2001, de las Consellerías de Educación, Ordenación Universitaria, Política Territorial, Vivienda, Obras Públicas./ Con fecha 23.03.01, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo dicta auto por el cual suspende la ejecución del asunto impugnado de fecha 12 de marzo debiendo limitarse la posibilidad de subcontratación a la cobertura de los servicios mínimos./ VII.- La empresa demandada, "T.L.U., S.A.", procedió a la contratación de trabajadores ajenos a la empresa durante la convocatoria de huelga. Así con fecha 17.03.01 contrató a don H.S.A., con la categoría de conductor perceptor. En fecha 19.03.01, con la categoría de conductor perceptor contrató a los siguientes trabajadores, don C.M.F., don M.L.C., don J.C.P., don J.M.C.P., don H.G.F., don J.A.A.A., don L.S.J., don G.V.C., don M.A.D.A., don C.N.C., don A.C.A., don D.A.F., don J.A.R.D., don M.V.F., don D.C.P., don G.C.G., don F.F.B., don N.L.E., don O.P.C., don E.T.G., don M.T.R., don S.M.P., don F.M.V., don E.R.P., don M.D.L., don E.L.P., don H.G.P., don J.C.G.R., don A.M.S.D., don J.V.G../ En fecha 20.03.01 fue contratado don J.M.B., con la categoría de conductor perceptor. El 22.03.01 fueron contratados don A.M.C.M. y don U.R.A. Con fecha 27.03.01 fueron contratados como conductores, don J.F.M., don M.M.D.S., don P.C.C.S., don A.D.R.C., don M.F.D.A. El día 29.03.01 fue contratado don F.N.G. El 28.03.01 fue contratado don M.E.L., y el día 30.03.01 fueron contratados don A.B.L. y don J.C.E../ El total de trabajadores ajenos a la empresa contratados ascienden a 42, la huelga a día de hoy sigue convocada, llevando 81 días de huelga./ VIII.- La empresa procedió a remitir cartas de despido a los trabajadores despidiendo a un total de 30 trabajadores./ IX.- Ante dichas contrataciones el sindicato CIG procedió a poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo dichas contrataciones. Así con fecha 23.03.01 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, procedió a efectuar requerimiento a la empresa demandada "T.L.U., S.A.", del siguiente tenor literal: "De conformidad con lo señalado, se requiere a la empresa que en ningún caso se sustituyan a los trabajadores que se encuentran en el ejercicio del derecho de huelga por otros contratados con posterioridad a la comunicación del inicio de la misma. Se advierte a la empresa que el incumplimiento del presente requerimiento, sin perjuicio de las actuaciones inspectoras que procedan, y dado que afecta al ejercicio de derechos fundamentales, dará lugar al traslado del expediente al Ministerio Fiscal, a los efectos de posibles responsabilidades penales".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimar la demanda interpuesta por don R.I.G., representante legal de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) contra la empresa "T.L.U., S.A." y don H.S.A. y otros, declaro la existencia de la vulneración del derecho de huelga del artículo 28 de la Constitución, y así mismo: a- Declaro radicalmente nula la conducta de la empresa de contratar a 42 nuevos trabajadores, coincidiendo con la huelga convocada el 26.01.01. b- Ordeno el cese de la conducta patronal y la restauración de la situación al momento anterior a la violación, ordenando a la empresa a

la extinción de los contratos de trabajo de los 42 trabajadores celebrados entre el 17 al 30 de marzo de dos mil uno, declarándolos nulos. c- Condeno a la empresa "T.L.U., S.A." a que indemnice al sindicato actor en la cantidad de un millón de pesetas (1.000.000 ptas.) por el daño moral ocasionado".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada "T.L.U., S.A." no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por la representación legal del sindicato accionante Confederación Intersindical Galega, contra la empresa "T.L.U., S.A." y don H.S.A. y otros, declaro la existencia de vulneración del derecho de huelga del articulo 28 de la Constitución, y asimismo declaro radicalmente nula la conducta de la empresa de contratar a 42 nuevos trabajadores, coincidiendo con la huelga convocada el 26.01.01; ordenando el cese de la conducta patronal y la restauración de la situación al momento anterior a la violación, ordenando a la empresa a la extinción de los contratos de trabajo de los 42 trabajadores celebrados entre el 17 al 30 de marzo de dos mil uno, declarándolos nulos; y condenando a la empresa "T.L.U., S.A." a que indemnice al sindicato actor en la cantidad de un millón de pesetas (1.000.000 ptas.) por el daño moral ocasionado. Se alza en suplicación la empresa "T.L.U., S.A.", interponiendo recurso, articulado sobre dos motivos, dedicados los primeros a revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Que al amparo de lo establecido en el apartado b) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral,pretende la parte recurrente la revisión de los hechos declarados probados. Pretendiendo en concreto las siguientes revisiones: 1º.- A- Adicionar un nuevo HDP, que debería adicionarse a continuación del HDP 3 de la sentencia recurrida, con el siguiente texto: "No obstante, el día 1 y 2 de febrero de 2001 se estuvo negociando y discutiendo los servicios mínimos que había que hacer en la empresa, estando presentes determinados cargos de la Xunta de Galicia, el gerente de la empresa, los miembros del comité de huelga y también representantes del sindicato convocante de la huelga, la CIG concretamente, durante la tarde del día 1 de febrero del mismo año, don X.P., representante del sindicato convocante de la huelga, manifestó que tras la asamblea celebrada con los trabajadores, habían tomado la decisión de aceptar los mínimos establecidos a condición de que la empresa aceptase entablar una negociación respecto a las condiciones laborales que habían desencadenado el conflicto". 1º.-B- Adicionar otro nuevo HDP, con el siguiente tenor literal: "Con fecha 18 de abril de 2001 se dictó auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, notificado a la empresa el 20 de abril de 2001, y en todo caso, con posterioridad a que fuera celebrado el juicio oral, que se tiene por reproducido en su integridad y en el que finalmente se resuelve no suspender la impugnación de la Orden que establecía los servicios mínimos que habían de cumplirse durante la situación de huelga, suspensión cautelar que había sido solicitada ante dicho Tribunal por el propio sindicato CIG."

Adiciones ambas que se solicitan en base a la previa admisión de documentos obtenidos con posterioridad al acto de juicio y que por tanto pueden ser incorporados a los autos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 286 de la nueva LEC del año 2000 y con el articulo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral. La primera cuestión a resolver en el presente recurso, por la incidencia que su solución puede tener sobre el devenir del mismo, versa por tanto sobre la admisión o no de los documentos aportados por la parte recurrente en la fase del recurso, y que si bien no dio lugar a la tramitación del breve incidente establecido en el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, es lo cierto que la parte recurrente solicita la admisión de los documentos en el propio escrito de formalización de recurso, y como de este se dio traslado a la parte actora para impugnación, la cual pudo haber formulado las alegaciones que estimó pertinentes al respecto, por lo que se estima cumplido el trámite citado anteriormente. Es conforme a la naturaleza excepcional del recurso de casación –y de el de suplicación, que, en esta fase del recurso, no se admita la introducción de hechos nuevos -distintos de los alegados y debatidos en la instancia-, ni, tampoco, la proposición de ningún medio probatorio. Consecuentemente a este predicado, el artículo 231 LPL -enclavado dentro "de las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación"-, preceptúa que

"la Sala no admitirá a las partes documento alguno, ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos". Ahora bien, como excepción a este principio de carácter general -y sin duda, como concesión al "ius litigatoris"- seguidamente el precepto señala la salvedad referida a "algún documento de los comprendidos en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o escrito que contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental".

En el supuesto, que ahora se examina, la parte recurrente ha presentado, en el escrito de formalización del recurso, unos documentos, el primero emitido por la Xunta de Galicia y con registro de salida de fecha 17 de abril de 2001, notificado el día 18 de abril de 2001, y por tanto, con posterioridad a la celebración del juicio oral que tuvo lugar el día 17 de abril de 2001; y el segundo se trata de un documento que también al estar emitido con posterioridad al acto de juicio y dado que es un documento publico, a saber un auto de la Sala de lo Contenciosos-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Habrá de examinarse, pues, el carácter de los documentos aportados y si los mismos pueden incluirse en las excepciones del artículo 506 LECiv y, posteriormente, caso afirmativo, su valoración y posterior incidencia sobre la resolución del recurso.

Pues bien respecto de ello cabe decir que y en lo referente al primer problema y al primer documento debe partirse de una realidad evidente, cual es que el documento no se refiere a un hecho posterior, sino a un hecho anterior, el documento es un informe de servicio provincial de transportes de Pontevedra (de la Consellería de Política Territorial, Obras Publicas y Vivienda) y aun siendo de fecha posterior es obvio que va referido a hechos anteriores, por ello no puede incluirse en los documentos a que alude el articulo 506 de la LEC al no reunir los requisitos al efecto, por ello no encuentra debido encaje para su admisión en el artículo 506.3º LECiv, relativo a los documentos "que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación expresada en el párrafo segundo del artículo 504".

En cuanto al segundo documento, a saber auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha, 18 de abril de 2000, decir que, el documento, pues, de fecha posterior, y documento publico, reúne los condicionamientos precisos para su admisión e incorporación al mismo. También concurren los requisitos que hacen que el auto citado sea el documento a que se refiere el artículo 506 LECiv. Por tanto procede la admisión del citado documento y en base al mismo la adición pretendida como consecuencia derivada de lo anterior.

2º.- Adicionar al relato fáctico un nuevo HDP, con el siguiente texto: "Es un hecho notorio y no controvertido que los servicios mínimos esenciales establecidos por la administración en la presente huelga no han sido cumplidos en muchas ocasiones por algunos trabajadores huelguistas y se han producido enormes perjuicios a los ciudadanos. Del mismo modo, muchos escolares han perdido clase al no poder acudir al colegio en los autobuses de la empresa."

3º.- Modificar el HDP 6, segundo párrafo, por otro que diga lo siguiente: "la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia estableció inicialmente que el mero hecho de que no se cumplieran los servicios mínimos no justificaba sin mas la decisión adoptada por la administración de permitir la subcontratación de servicios para que se pudieran cumplir los servicios mínimos."

4º.- Adicionar al HDP 6 segundo párrafo el siguiente texto: "En dicho auto estimatorio del recurso de suplica, notificado a la CIG el día 27 de marzo de 2001 la Sala de lo Contencioso –Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia tuvo en cuenta las graves consecuencias que para el interés general se estaban derivando de la huelga convocada en la empresa demandada así como la trascendencia de la misma."

5º.- Adicionar un nuevo HDP con el siguiente texto: "con fecha 16 de marzo de 2001 se notificó a la empresa hoy demandada la resolución de 15 de marzo de 2001 de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria pola que se suspende a executividade das resolucions desta Consellería do 13 de febreiro e 1 de marzo de 2001 dictadas para garanti-la prestación dos servicios mínimos de transporte escolar dos que é adxudicataria a empresa "T.L.U., S.A.", mentres dure o conflicto da folga suscitado nesa empresa na que se dixo literalmente o seguinte :

RESOLVO: Suspender cautelarmente en aplicación do auto do 12 de marzo de 2001

do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no recurso 225/2001 a execución das resolucións da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria do 13 de febrero de 2001 e de marzo de 2001 dictadas en aplicación do decreto 28/2001 polo que corresponderá tanto á empresa "T.L.U., S.A." como ó comité de folga garantir o cumprimento dos servicios mínimos establecidos na Orde do 1 de marzo de 2001 da Consellería de Política Territorial Obras Públicas e Vivenda".

6º.-Adicionar un nuevo HDP, con el siguiente tenor literal: "El 9 de febrero de 2001 se publicó en el D.O.G el decreto 28/2001, de 8 de febrero de la Consejería de Presidencia y Administración Pública, por la que se dictan medidas urgentes y extraordinarias para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales fijados en la presente huelga, estableciéndose, una vez hecha la oportuna traducción al castellano: "desde el día 30 de enero de 2001 día de comienzo de la huelga, se ha producido un incumplimiento sistemático de los servicios mínimos decretados. La concurrencia de actos de sabotaje de los vehículos de la empresa "T.L.U., SA.", los ataques a los autobuses que prestaron servicios mínimos, la presencia de piquetes y la negativa de los trabajadores a realizar los servicios, se traduce en la practica, en la paralización completa de la empresa con grave afectación de los derechos a la educación, al trabajo, y a la libre circulación por el territorio nacional...". Asimismo, y a los solos efectos del presente proceso se tiene por reproducido el resto de la exposición de motivos del indicado decreto dictado por la Administración competente."

7º.- Adicionar un nuevo HDP, con el siguiente texto: "en primeiro lugar a imposibilidade de que a Administración abdique da súa responsabilidade como tutelante do sistema público de transportes ante situacións que afectan gravemente a servicios públicos esenciais e que causan prexuízos ilexítimos e desproporcionados ó interese xeral, por actuacións que polo seu carácter ilegal exceden da cobertura legal que recibe o dereito de folga."

8º.- Adicionar por último un nuevo HDP con el siguiente texto: "En la actualidad siguen produciéndose incumplimientos reiterados de los servicios mínimos establecidos por la Administración y que afectan en su gran mayoría al transporte escolar.". En cuanto a la modificación pretendida en segundo lugar. Tampoco podemos aceptar la adición propuesta, puesto que no puede considerarse como documento hábil a los efectos de la revisión de los hechos probados unos recortes de prensa, ejemplares de periódicos.

Por lo que respecta a las adiciones pretendidas en tercer y cuarto lugar, y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 121 y 122 de los autos, consistente en autos de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fechas 12 de marzo de 2001 y de fecha 23 de marzo de 2001, se pretende por la recurrente recoger en los nuevos hechos, solo en parte y fraccionadamente los Autos citados; y proceden las adiciones pretendidas, si bien se tienen por reproducidos en su integridad los autos citados, los que procede adicionar al relato fáctico, pero en su integridad.

En cuanto a las adiciones pretendidas en quinto, sexto y séptimo lugar, y que tienen su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 185, 186, 172 y 173 de los autos, consistentes en resolución de la Xunta de Galicia así como exposición de motivos del decreto 28/2001 publicado en el DOG, se pretende por la parte recurrente recoger en los nuevos hechos solo en parte y fraccionadamente la citada resolución y las exposiciones de motivos de los decretos citados, y para evitar parcelar los documentos se admiten las adiciones interesadas, si bien teniendo por reproducidos en su integridad los citados documentos, o sea teniendo por integrado al relato fáctico en su integridad los documentos indicados.

Por último, en cuanto a la adición interesada en octavo lugar, sin apoyatura documental alguna; decir que esta es pretensión inviable, puesto que no menciona la necesaria prueba documental o pericial para el éxito de su pretensión revisoria y cuyos medios probatorios son exigibles según los artículos 191.b) y 194.3º de la mencionada Ley rituaria; y además no le consta a la sala la alegada notoriedad.

TERCERO.- Por el cauce procesal del apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, invoca la parte recurrente tres motivos de censura jurídica, denunciando en primer lugar infracción del articulo 11.d) del Decreto 17/77 de 4 de marzo, alegando en esencia que en el supuesto de autos la actividad fundamentalmente implicada es el derecho a la libre circulación por el territorio nacional y el transporte escolar y solo se han realizado o intentado realizar los servicios mínimos esenciales de la comunidad sin que

se hayan logrado, dado que los servicios mínimos esenciales se han incumplido por muchos trabajadores aunque no por todos, y dado que los servicios mínimos esenciales no se han cumplido siendo este incumplimiento un hecho notorio y además se han sucedido en varios días piquetes coactivos que impedían cumplir los servicios mínimos, por lo tanto alega que la huelga es ilegal por abusiva al no cumplirse los servicios mínimos y al incumplirse lo dispuesto en el RD 17/77 de 4 de marzo, alegando asimismo que la jurisdicción social es incompetente para conocer del posible carácter abusivo de los servicios mínimos, y si la huelga es ilegal no se puede sancionar a la empresa por sustituir a los huelguistas.

En segundo lugar, como segundo motivo de recurso se denuncia infracción del artículo 6.7, 10.2 y 6.5 del Real Decreto Ley 17/77 de 4 de marzo; alegando en síntesis que dado que se incumplieron los servicios mínimos, sí se podrá sustituir a los huelguistas por otros trabajadores, ya fuera legal o ilegal la huelga, y las 42 nuevas contrataciones fueron realizadas con el único objetivo de cumplir los servicios mínimos que la Xunta de Galicia les obligaba a realizar, bajo la amenaza incluso de la retirada de la concesión, por consiguiente es claro que dichas contrataciones no fueron realizadas para sustituir a los huelguistas sino para que se cumplieran los servicios mínimos y se garantizaran los artículos 19 y 27 de la Constitución.

Y por último, como tercer motivo de recurso denuncia la parte recurrente infracción del articulo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que establece la obligación de fijar una indemnización si se estima vulnerado un derecho fundamental; alegando en síntesis que de forma subsidiaria, debe rebajarse la condena impuesta de 1 millón de pesetas, teniendo en cuenta que la empresa sólo contrató a los trabajadores, una vez que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó auto que impedía la subcontratación, por lo que, no podía de ninguna manera cumplir los mínimos, dado que los trabajadores huelguistas, al menos la mayoría de ellos, incumplían los mínimos y porque se había despedido a muchos trabajadores, lo que pone de manifiesto la buena fe de la empresa, que si no sirve para estimar totalmente el recurso debería servir para rebajar la indemnización a la que ha sido condenada, al faltar desde luego el ánimo de vulnerar un derecho fundamental.

Comenzando por el examen del segundo motivo de denuncia de infracción jurídica, teniendo en cuenta que a la sala le vinculan los motivos, pero no el orden de los mismos, decir que. La cuestión a debate en el presente motivo del recurso radica en determinar si la conducta de la empresa demandada, la cual contrató a 42 trabajadores entre el 17 y el 30 de marzo de 2001 después de tener conocimiento de la convocatoria de huelga que el sindicado demandante había efectuado para el día 30 de enero de 2001, debe considerarse como atentatoria al derecho de huelga de sus trabajadores.

El artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, establece, que en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma. Se prohibe, pues, el denominado "esquirolaje", esto es, la contratación de trabajadores que pasan a desempeñar las tareas dejadas de realizar por los huelguistas, lesionando de esa manera los efectos de la medida adoptada por aquéllos. El objeto de la prohibición legal es la llamada sustitución externa de los trabajadores en huelga, es decir, no vinculados jurídicamente a la empresa antes de la convocatoria de la huelga, pero no, "a sensu contrario", la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia plantilla que no secundan la huelga y aceptan cubrir los puestos de aquéllos (sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992 [RTC 1992\123]), siempre que tal "ius variandi" empresarial no resulte abusivo al utilizarse con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, que no son otros que los de colaborar a la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.

El citado artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, prohibe que durante una huelga, la empresa pueda sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la misma al tiempo de ser comunicada, pero el numero cuarto de ese artículo sin embargo permite que los trabajadores que no se sumen a la huelga puedan seguir ejerciendo su libertad de trabajo.

Pues bien, en el presente caso el sindicato demandante convocó una huelga para el día 30 de enero de 2001, teniendo la empresa conocimiento de dicha convocatoria con anterioridad, pues la citada central sindical en fecha 19.01.2001 comunicó por escrito a la Consellería de Xustiza, Interior e Relacions Laborais, así como a la Subdelegación del

Gobierno en Pontevedra, la declaración de huelga legal en la empresa y que se llevaría a efecto a partir del citado día 30 de enero de 2001, y la empresa, entre el 17-3 y el 30.03.2001 contrató a 42 trabajadores, que no formaban parte de la plantilla de la empresa. Que la empresa demandada alega sustancialmente que si es posible sustituir a los huelguistas, en el supuesto de autos, ante el incumplimiento sistemático y reiterado de los servicios mínimos y ello aunque se entendiera que la huelga no es ilegal; y que en el supuesto de autos las referidas 42 contrataciones fueron realizadas con el único objetivo de cumplir los servicios mínimos que la Xunta de Galicia les obligaba a prestar bajo la amenaza incluso de la retirada de la concesión, como reiteradamente fue señalado en el acto de juicio.por lo que alega que las citadas contrataciones no fueron realizadas para sustituir a los huelguistas, sino para que se cumplieran los servicios mínimos y se garantizasen los artículos 19 y 27 de la Constitución española.

La Sala no puede compartir dicha tesis, pues ha quedado plenamente probado, como acertadamente recoge la Juez "a quo", que la empresa contrató a 42 trabajadores para el refuerzo por los despidos efectuados, y de hecho esos nuevos empleados se convirtieron en sustitutos de los trabajadores huelguistas, no resultando comprensible que después de tener conocimiento la empresa de la convocatoria de huelga decida contratar trabajadores para reforzar la plantilla, ya que para que pueda hablarse propiamente de reforzamiento de plantilla, esa debe estar al completo, encontrándonos en caso contrario, ante una sustitución, por lo que resulta claro que la demandada ha violado la prohibición de sustitución externa de los trabajadores durante la huelga establecida en el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977. Ante la existencia de estos claros indicios de vulneración del derecho fundamental de huelga por parte de la empresa, correspondía a la misma la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, así como probar que las medidas adoptadas eran ajenas a todo propósito infractor del derecho. En el supuesto de autos, la empresa demandada no ha probado que las contrataciones efectuadas eran totalmente ajenas a la huelga convocada. Para dilucidar si nos encontramos o no, ante una violación del derecho a la huelga y, por ende, de la libertad sindical, no hay que prestar atención al hecho de que la empresa haya contratado más o menos trabajadores, sino que hay que valorar si se ha producido de hecho, una sustitución de los huelguistas en el desempeño de su trabajo, por los nuevos trabajadores, aunque hayan sido contratados como refuerzo. Como ya se ha razonado suficientemente en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, desde el momento en que los trabajadores nuevos realizan la labor propia de los trabajadores que se encuentran en huelga, ya no puede hablarse de refuerzo de la plantilla, sino de sustitución de trabajadores y de una violación del derecho de huelga de los trabajadores que lo han ejercido, en cuanto ven mermada el arma de presión por ellos utilizada. Y así como razona acertadamente la juez de instancia, si la huelga fue seguida por la casi totalidad de los trabajadores de la empresa, es lógico pensar que ante un seguimiento de tal envergadura, y por los despidos de mas de 30 trabajadores durante la huelga, la empresa no pueda atender debidamente el servicio de transporte de pasajeros, pero la empresa continuó realizando servicios como el transporte escolar y los mínimos; de hecho los nuevos empleados que la empresa contrató para el refuerzo por los trabajadores despedidos se convirtieron en sustitutos de los huelguistas. Y como corolario de todo lo razonado, no puede apreciarse la infracción denunciada en este segundo y principal motivo de recurso.

CUARTO.- Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia por la recurrente infracción del articulo 11.d) del R. Decreto 17/77, alegando en esencia que en el supuesto de autos la huelga es ilegal por abusiva al no cumplirse los servicios mínimos, servicios mínimos esenciales para la comunidad, (transporte publico y transporte escolar), y además los mínimos establecidos son realmente mínimos, y la jurisdicción competente para conocer el posible carácter abusivo de los mínimos no es la social; y por consiguiente al encontrarnos ante una huelga en la que no se han cumplido los servicios mínimos,no se han cumplido los requisitos legales establecidos en el decreto 17/77, por lo que debe considerarse como una huelga ilegal, pudiéndose por tanto sustituir a los huelguistas, y no habiéndose vulnerado el articulo 28 de la CE. Siendo la pretensión de declaración de huelga ilegal, el motivo de oposición a la declaración de la instancia de vulneración de derecho a la huelga, debe confirmarse el criterio de la instancia al desestimarse el motivo del recurso destinado a

tal fin, por lo anteriormente expuesto. No obstante, debe en sede de recurso reiterarse que, en atención a doctrina del Tribunal Constitucional, al limitarse la restricción que debe sufrir el derecho de huelga del artículo 28.2 de la CE, a la necesidad de asegurar el mantenimiento de los servicios públicos esenciales, de los que derivan prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, siendo preciso ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, tales como las necesidades del servicio, la naturaleza de derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales (SSTC 26/1981, de 17 de julio [RTC 1981\26], 148/1993, de 29 de abril [RTC 1993\148].

Es indispensable analizar la conducta empresarial juntamente con la de los huelguistas a fin de valorar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho de huelga, porque los deberes recíprocos de lealtad y buena fe entre empresa y trabajadores son también exigibles durante la huelga. Siendo de señalar al respecto, como recoge la sentencia de instancia, que en el supuesto de autos al no existir acuerdo entre las partes, respecto a los mínimos, y al tratarse de transporte de viajeros y escolar, la Xunta de Galicia por medio de Orden de 26.01.01 estableció los servicios mínimos a cumplir durante la huelga de "T.L.U., SA.", y es más, por decreto 28/2001 de 8 de febrero se estableció la posibilidad que tenía la empresa de subcontratar el servicio de transporte para el cumplimiento de los servicios mínimos, pero en ningún caso se autoriza, como no podía ser de otra manera la contratación de trabajadores ajenos a la empresa para sustituir a los huelguistas.Y sin que en principio pueda calificarse dicha huelga como ilegal, al cumplir la convocatoria de huelga los requisitos establecidos en el Real Decreto 17/77 y no habiéndose presentado por la empresa reclamación alguna de declaración de ilegalidad de la huelga. Y respecto de la alegación de que el incumplimiento de los mínimos convierte a la huelga en ilegal, decir que, por un lado y frente a la orden de 26 de enero de 2001 de la Consellería de Política Territorial, Obras Publicas y Vivienda de fijación de servicios mínimos durante la huelga convocada se interpuso por el sindicato hoy accionante recurso contencioso-administrativo, en el cual se han adoptado una serie de medidas cautelares, inicialmente suspendiendo la ejecución del acto impugnado, y posteriormente y estimando el recurso de suplica se acordó no haber lugar a la suspensión de la ejecución de los actos impugnados, sin que haya recaído resolución definitiva en el recurso en que impugnan los mínimos, y por otro lado, es de destacar, como ya señala la propia recurrente que esta jurisdicción social es incompetente para conocer el posible carácter abusivo de los servicios mínimos; y basada la declaración de huelga ilegal en el incumplimiento de los servicios mínimos y alegándose el carácter abusivo de los mínimos, e impugnándose los mínimos fijados por orden de la Xunta, ante la jurisdicción contencioso–administrativa, es obvio por las razones expuestas anteriormente que no pueden apreciarse en la sentencia de instancia las infracciones denunciadas en el motivo.

QUINTO.- Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la parte recurrente infracción del articulo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral que establece la obligación de fijar una indemnización si se estima vulnerado un derecho fundamental, alegando, de forma subsidiaria que debe rebajarse la condena impuesta de 1 millón de pesetas teniendo en cuenta que la empresa tan solo contrató a los trabajadores, una vez que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, dictó el auto de 12 de marzo que impedía la subcontratación, por lo que no podía de otra manera cumplir los mínimos dado que la mayoría de los trabajadores huelguistas incumplían los mínimos y por que se había despedido a muchos trabajadores, por lo que no existe el ánimo de vulnerar un derecho fundamental.

Que por lo que se refiere a la cuestión relativa a la indemnización, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 9 de junio de 1993 (RJ 1993\4.553), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, ha declarado que en el proceso de tutela de la libertad sindical, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental, se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente, sin necesidad de que el sujeto que haya sido víctima de la lesión pruebe que se le ha producido un perjuicio. La Sala entendía que esa interpretación era la adecuada, pues así se desprende del artículo 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que establece con carácter imperativo que el órgano judicial decretará el

cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación de sus consecuencias ilícitas, si entendiese probada la violación del derecho fundamental, criterio que se refuerza con el mandato del artículo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de reparar, en tal caso, las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que proceda. Ahora bien, la anterior doctrina –presunción del daño moral resarcible con motivo de la violación del derecho fundamental– no significa que la parte quede exonerada automáticamente del deber de alegar en su demanda los indicios o fundamentos que permitan apoyar su concreta pretensión indemnizatoria, justificando suficientemente que la compensación exigida procede en el específico supuesto de hecho, por ser razonable y proporcionada al perjuicio sufrido, atendidas las circunstancias caso y la gravedad de la lesión sufrida (en ese sentido, sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997 [RJ 1997\620] y 2 de febrero de 1998 [RJ 1998\1.251], dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina).

En el presente caso, la Sala considera ponderada y ajustada a derecho la indemnización fijada por la sentencia de instancia en favor del sindicato demandante pues resultando incuestionable la vulneración del derecho de huelga (no pudiendo admitirse la alegación efectuada por la empresa de que la contratación de los 42 nuevos trabajadores se produjo una vez que la Sala de lo contencioso-administrativo dicto auto impidiendo la subcontratación, por lo que alegan que no podían de otra manera cumplir los mínimos, y ello por cuanto que el citado auto no impedía la subcontratación sino que únicamente limitaba la posibilidad de la misma a la cobertura de los servicios mínimos, por lo tanto estos podían cubrirse sin necesidad de acudir a nuevas contrataciones) y atendiendo a la gravedad de la conducta empresarial de sustituir a los huelguistas y al daño moral que causa tanto en los trabajadores en huelga, como al propio sindicato dicha conducta empresarial, se estima que la indemnización de 1.000.000 de pesetas fijada en la sentencia de instancia no es excesiva sino ajustada y correcta, todo lo cual conduce a la desestimación del citado motivo del recurso, al no apreciarse las infracciones jurídicas denunciadas.

Por todo lo cual es procedente desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "T.L.U., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de Pontevedra, de fecha veinte de abril de dos mil uno, dictada en autos núm. 202/01 seguidos a instancia de don R.I.G. en representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) contra la empresa recurrente y otros, sobre TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se decreta la pérdida de depósitos y consignaciones efectuados para recurrir.

## 3245 Recurso nº 3.210/01

**S.S.** EXTINCIÓN DE CONTRATOS POR VONTADE DOS TRABALLADORES POR INCUMPRIMENTO DO EMPRESARIO. EXISTENCIA DE GRUPO DE EMPRESAS: CRITERIOS.

*Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros*

A Coruña, a veintitrés de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.210/01 interpuesto por las empresas "J.M.C., S.A.", "T.M.M., S.L." y "T.C.E., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Pontevedra.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 624/00 se presentó demanda por don C.E.E., don E.T.F., don J.B.A., don J.L.R.S., don M.C.M., don O.P.L., don P.F.F., don R.D.D., don A.R.I., don R.O.F., doña J.M.P., don L.P.P. y doña M.L.L.C., en reclamación de RESCISIÓN DE CONTRATO siendo demandado la empresa "O.D.I., S.L.", "J.M.C., S.A.", "A.N., S.L.", "T.M.M., S.L.", "T.C.E., S.L.", "M.P., S.L.", "S.C., S.L." y Fondo de Garantía Salarial, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sen-

tencia con fecha 5 de abril de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- 1.-Don C.E.E., con D.N.I... 2.- Don E.T.F., con D.N.I.../ 3.- Don J.B.A., con D.N.I... / 4.- Don J.L.R.S., con D.N.I.../ 5.- Don M.C.M., con D.N.I.../ 6.- Don O.P.L., con D.N.I.../ 7.- Don P.F.F., con D.N.I.../ 8.- Don R.D.D., con D.N.I.../ 9.- Don A.R.I., con D.N.I.../ 10.- Don R.O.F., con D.N.I.../ 11.- Doña J.M.P., con D.N.I.../ 12.- Don L.P.P., con D.N.I.../ 13.- Doña M.L.L.C., con D.N.I...- Todos ellos mayores de edad, prestan servicios para la empresa "O.D.I., S.L." (ODEIN), reconociéndoseles las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios mensuales, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, a saber:

| TRABAJADOR | ANTIGÜEDAD | CATEGORÍA | SALARIO |
|---|---|---|---|
| 1 | 06.11.1972 | Conductor | 211.412 pts. |
| 2 | 03.02.1975 | Pintor | 150.434 pts. |
| 3 | 20.08.1984 | Encargado de obra | 203.760 pts. |
| 4 | 11.11.1974 | Conductor | 160.251 pts. |
| 5 | 16.01.1984 | Capataz | 255.205 pts. |
| 6 | 03.09.1974 | Encargado obra | 195.700 pts. |
| 7 | 23.08.1974 | Capataz | 189.852 pts. |
| 8 | 04.04.1975 | Pintor | 189.852 pts. |
| 9 | 26.04.1976 | Conductor | 154.469 pts. |
| 10 | 13.02.1985 | Director Admnistrav. | 571.412 pts. |
| 11 | 14.11.1973 | Administrativo | 254.793 pts. |
| 12 | 15.11.1973 | Albañil | 159.629 pts. |
| 13 | 01.02.1976 | Administrativo | 284.334 pts. |

Ninguno de los trabajadores han ostentado ni ostentan la condición de delegados de personal.- II.- El Sr. B. y el Sr. C. estuvieron primero en la empresa "O.D.I., S.L." y luego pasaron a la empresa "M.", ambos posteriormente pasaron nuevamente a la primera empresa,.- La Sra. M. y el Sr. P., estuvieron primeramente en la empresa "M." y en el año 1985 pasaron para la empresa "O.D.I., SL."- III.- Al fallecimiento, en 1992 de don J.M.F. su segunda esposa doña T.P.M. y la hija común M.M.P., menor de edad, previa adquisición de las demás acciones, quedan como únicas socias de la "E.M.J.M.C., S.A.".- Se constituye con la finalidad de segregar de la empresa lo referente a maquinaria, la Entidad Mercantil "M.P., S.A." desde el 20 de noviembre de 1992 fecha de constitución, hasta el 27 de julio de 1995, la nueva empresa no tiene trabajadores.- IV.- La Sra. T.P.M. en nombre propio, y en el de su hija, como representante de las entidades mercantiles "J.M.C., S.A.", y "M.P., S.A." alcanzó a 1 de enero de 1995 un principio de acuerdo –elevado a 26 de septiembre de 1995 a escritura pública- con don J.S.M. como representante de la entidad mercantil "MAMG, S.A." (referente a maquinaria). Con el fin de integrar en una única sociedad ambos parques de maquinaria y facilitar con ello la transmisión y continuidad del negocio. Entre sus estipulaciones, son destacables las siguientes:- PRIMERA- Condiciones previas a la operación de compra.- Con objeto de sanear la situación patrimonial de "MAPONSA, S.L.", según balance cerrado a 31 de agosto de 1995 e incorporado como anexo II, la Junta General de dicha sociedad acordará, en fachas próximas, una previa reducción a cero del capital social de la sociedad. Simultáneamente "J.M.C., S.A." se compromete a aportar a "MAPONSA, S.L." en ejecución de un acuerdo de aumento de capital en esta última sociedad, los activos descritos en el anexo I, constitutivos de rama autónoma de actividad, suscribiendo a cambio la totalidad de los títulos representativos del capital social de dicha entidad, la aportación se realizará a los valores que constan en la relación incluida en el anexo I. Como consecuencia de la referida aportación "MAPONSA, S.L." será titular de los activos descritos en los anexo I y II. En cualquier momento previo a la compraventa de acciones, "MAPONSA, S.L." se reserva el derecho de transformar la sociedad en sociedad de responsabilidad limitada, con continuidad de su personalidad jurídica. Si llegado el día 31 de enero de 1996, no se hubiesen cumplido las anteriores condiciones, quedarán nulos y sin efecto los derechos y obligaciones asumidos por las partes al amparo del presente documento, sin perjuicio del reintegro del precio recibido por anticipado en los mismos términos previstos en el párrafo primero de la cláusula sexta.- SEGUNDA.- Compromiso de compraventa futura. En los términos y condiciones previstas en las cláusulas siguientes, y una vez cumplidas las condiciones previas referidas en la cláusula anterior doña T.P. se compromete a adoptar las medidas oportunas al objeto de transmitir a "MAMG, S.A." el 100% de las acciones o participaciones representativas del capital social de "MAPONSA, S.L.". Por su parte "MAMG, S.A." declara su firme intención de comprar las referidas acciones o participaciones en los términos seguidamente expuestos.- TERCERA.- Fecha prevista para la compraventa. La compraventa de las participaciones sociales de "MAPONSA, S.L."

se realizará el día 31 de enero de 1996, siempre y cuando "MAPONSA, S.L." haya acreditado el otorgamiento de la escritura de elevación a público del acuerdo de aumento de capital de "MAPONSA, S.L.", mediante la aportación de los activos descritos en el anexo I y su inscripción en el Registro Mercantil de Pontevedra.- CUARTA.- Precio y calendario de pagos.- El precio pactado por la compra de las acciones o participaciones de "MAPONSA, S.L." se fija en la cantidad de cincuenta y ocho millones doscientas noventa y cinco mil trescientas pesetas (58.295.307) que "MAMG, S.A." deberá satisfacer a "J.M.C., S.A." según el siguiente calendario de pagos:

| Fecha pago | Importe (ptas.) |
|---|---|
| 01.12.1995 | 5.000.000 |
| 01.02.1996 | 5.000.000 |
| 01.03.1996 | 5.000.000 |
| 01.04.1996 | 5.000.000 |
| 01.05.1996 | 5.000.000 |
| 01.06.1996 | 5.000.000 |
| 01.07.1996 | 5.000.000 |
| 01.08.1996 | 5.000.000 |
| 01.09.1996 | 5.000.000 |
| 01.10.1996 | 5.000.000 |
| 01.11.1996 | 3.295.307 |

En garantía del pago del precio "MAMG, S.A." emite a favor de "J.M.C., S.A." en este acto doce (12) pagarés por los importes y vencimientos expresados.- OCTAVA.- Continuidad de la actividad y administración y gestión de la sociedad.- A partir de la firma del presente contrato "MAPONSA, S.L." se compromete a no realizar ningún acto ni suscribir ningún contrato, excepción hecha de los que sean necesarios para la marcha ordinaria de la sociedad, que pudiera alterar la situación actual del negocio. Así mismo tanto "MAPONSA, S.L." como "J.M.C., S.A." se comprometen a no enajenar activos relacionados en los anexos I y II, salvo autorización expresa de "MAMG, S.A." Se entiende que el balance de "MAPONSA, S.L." a la fecha de transmisión de las acciones o participaciones, debe diferir con respecto al que se acompaña como anexo III, como consecuencia de la aportación realizada por "J.M.C., S.A." y la contabilización de operaciones derivadas de la gestión ordinaria de la sociedad, sin que ello suponga una variación en el precio fijado para la compra de las acciones o participaciones de "MAPONSA, S.L.". Hasta la fecha prevista en la cláusula tercera para la transmisión de las acciones o participaciones de "MAPONSA, S.L.". Doña T.P.M. continuará ostentando la condición de administrador único de la sociedad. Ello no obstante, se compromete a ceder la gestión empresarial de la compañía a la persona o personas designadas por "MAMG, S.A." otorgando a tal efecto, los poderes de gestión que sean oportunos. Hasta el 31 de agosto de 1996 "MAPONSA, S.L." podrá seguir utilizando las oficinas e instalaciones propiedad de "J.M.C., S.A." sin contraprestación y en los mismos términos y condiciones que lo vienen haciendo hasta la fecha. A partir del 1 de septiembre de 1996 tendrá derecho a prorrogar su utilización, por un periodo máximo de un año, debiéndose pactar una renta mensual a precios de mercado.- NOVENA.- Contrato de servicios. A partir de la firma del presente documento, y durante un periodo de dos años, "J.M.C., S.A." garantiza a "MAPONSA, S.L." la contratación de servicios con los siguientes volúmenes mínimos de facturación: -Durante los seis primeros meses (septiembre de 1995 a febrero de 1996) cuarenta millones de pesetas al mes. –Durante los seis meses siguientes (marzo de 1996 agosto de 1996) treinta y cinco millones de pesetas al mes. –Durante los seis meses siguientes (septiembre de 1996 a febrero de 1997) treinta millones de pesetas al mes. –Durante los últimos seis meses (marzo de 1997 a agosto de 1997) veinticinco millones de pesetas al mes.- Los servicios prestados por "MAPONSA, S.L." se valorarán los precios que, en cada momento, acuerde con "J.M.C., S.A.", tomando como referencia los precios de mercado aplicables en operaciones similares entre las partes independientes. El pago por la prestación de los servicios se realizará con periodicidad mensual, a cuyos efectos "MAPONSA, S.L." emitirá facturas comprensivas de los servicios prestados durante el mes anterior pagaderas a 150 días fecha factura. "J.M.C., S.A." podrá compensar las cantidades adeudadas a "MAPONSA, S.L." por los servicios previstos en la presente cláusula, con los importes que, a su vez, "MAPONSA, S.L." adeuda a "J.M.C., S.A." por la deuda contraida a que se hace referencia en la cláusula siguiente. La compensación requerirá, en todo caso, el vencimiento y la exigibilidad, tanto del crédito como de la deuda.- DÉCIMA.- Deuda contraída por "MAPONSA, S.L." con "J.M.C., S.A." A la fecha del presente contrato "MAPONSA.,S.L." tiene contraida con "J.M.C., S.A.", una deuda neta, a largo plazo, por importe de ciento cincuenta y ocho millones setecientas cuarenta mil treinta pesetas (158.746.030) "MAMG, S.A." reconoce la existencia de la referida deuda y aprueba el siguiente calendario de pagos:

| FECHA PAGO | IMPORTE PTAS. |
|---|---|
| 01.11.1996 | 1.704.693.- |
| 01.12.1996 | 5.000.000.- |
| 01.01.1997 | 5.000.000.- |
| 01.02.1997 | 5.000.000.- |
| 01.03.1997 | 5.000.000.- |
| 01.04.1997 | 5.000.000.- |
| 01.05.1997 | 5.000.000.- |
| 01.06.1997 | 5.000.000.- |
| 01.07.1997 | 5.000.000.- |
| 01.08.1997 | 5.000.000.- |
| 01.09.1997 | 5.000.000.- |
| 01.10.1997 | 5.000.000.- |
| 01.11.1997 | 5.000.000.- |
| 01.12.1997 | 5.000.000.- |
| 01.01.1998 | 5.000.000.- |
| 01.02.1998 | 5.000.000.- |
| 01.03.1998 | 5.000.000.- |
| 01.04.1998 | 5.000.000.- |
| 01.05.1998 | 5.000.000.- |
| 01.06.1998 | 5.000.000.- |
| 01.07.1998 | 5.000.000.- |
| 01.08.1998 | 5.000.000.- |
| 01.09.1998 | 5.000.000.- |
| 01.10.1998 | 5.000.000.- |
| 01.11.1998 | 5.000.000.- |
| 01.12.1998 | 5.000.000.- |
| 01.01.1999 | 5.000.000.- |
| 01.02.1999 | 5.000.000.- |
| 01.03.1999 | 5.000.000.- |
| 01.04.1999 | 5.000.000.- |
| 01.05.1999 | 5.000.000.- |
| 01.06.1999 | 5.000.000.- |
| 01.07.1999 | 2.041.337.- |

Con carácter simultáneo a la formalización de la compraventa de las acciones de "MAPONSA., S.L.", "MAMG, S.A." se compromete a que esta última sociedad emita a favor de "J.M.C., S.A". pagarés por los importes y vencimientos expresados. En todo caso, "MAMG, S.A." en el presente acto, avala con carácter solidario, a "MAPONSA., S.L." frente a "J.M.C., S.A." por la deuda contraida a la que se hace referencia en esta cláusula.- V- En cumplimiento de lo pactado, con fecha 07.11.95, la Junta General Universal de la entidad mercantil "MAPONSA., S.L.", acordó transformar la sociedad en limitada, reducir a cero el capital social de 10.000.000 ptas. y simultáneamente, incrementarlo en 163.216.000 ptas., mediante la creación de nuevas acciones, totalmente suscritas por la entidad mercantil "J.M.C., S.A.", siendo desembolsadas mediante la aportación en pago de diversa maquinaria valorada en ese dinero. A 22.12.95 se elevó a público este acuerdo.- VI- La entidad mercantil "J.M.C., S.A.", con la autorización de la entidad mercantil construcciones "CMAMG S.A", vendió a 13.02.96 a la entidad mercantil "U.C.G., S.A.", representada por su administrador único don E.H.C., las participaciones que aquélla tenía en la entidad mercantil "MAPONSA, S.L." El precio de compra se fijó en 58.295.307 ptas. del cual la vendedora confiesa haber recibido la cantidad de 15.000.000 ptas., y el resto según un calendario de pagos coincidentes desde la fecha, con el de la estipulación cuarta del principio de acuerdo firmado a 01.09.95 por la Sra. T.P. y el Sr. J.S.M.- VII- A 14.05.97 don S.S.C., en representación de la entidad mercantil "J.M.C., S.A.", con poder inscrito a 20.03.97, en el Registro de la Propiedad de Pontevedra, y don E.H.C., en representación de la entidad mercantil "MAPONSA, S.L.", firmaron el siguiente contrato:- Exponen:- 1- Con fecha 13.02.96 J.M.C., S.A." vende a don E.H.C. la sociedad "MAPONSA, S.L." estableciendo un precio de venta de 120 millones de pesetas, pagaderas a razón de cinco millones mensuales durante 42 meses./ 2- Una vez cedida la sociedad "MAPONSA, S.L." se compromete con "M." a una producción mínima y durante dos años según se especifica en el contrato inicial.

3.- Que por diversas razones nunca se ha llegado a alcanzar dicho mínimo exigido justificable en períodos invernales pero no así en las temporadas de primavera y verano./ 4- Que "M." ha venido abasteciendo de gasoil a todo el parque de maquinaria de "MAPONSA, S.L."- 5- Que "M." ha venido asistiendo en sus talleres al mantenimiento y reparación de la maquinaria de "MAPONSA, S.L."- 6- Que "M." ha venido satisfaciendo cantidades a cuenta que superan a los trabajos realizados por "MAPONSA, S.A."- 7- Que a 30 de diciembre de 1996, se ha efectuado una liquidación de los trabajos y prestaciones realizadas hasta la fecha que son por parte de "MAPONSA, S.L." todos los trabajos realizados sobre el perfil y por la administración en las diversas obras contratadas, y por parte de "M." los costes de los suministros de gasoil y mantenimiento y reparación mencionados, así como las mensualidades de 5 millones pactadas como consecuencia de la venta de la empresa, arrojando un saldo a favor de "M." de 268.879.346 ptas.- Acuerdan:- 1- A partir de 1 de enero de 1997 liquidar mensualmente los saldos que se vayan generando reservándose "M." el 50% de ellos para amortizar las deudas existentes. Este 50% no será inferior a 5 millones ni superior a 10 millones. Pasados tres meses desde la firma de este acuerdo las partes podrán reconsiderar los números pudiendo éstos ser aumentados o

disminuidos según la situación de la empresa en dicho momento.- 2- Del 50% restante, "MAPONSA, S.L." autoriza expresamente a "M." a pagar en su nombre prioritariamente la nómina de "MAPONSA, S.L." o alternativamente a los proveedores que se designen.- 3- Don E.H.C., mantendrá una reunión semanal, que tendrá lugar los viernes durante la mañana con el Director de Obra Civil de "M.", don J.H. para establecer el número mínimo de medios humanos y materiales necesarios para llevar a buen término la producción planificada por "M.".- 4- Dadas las incidencias con proveedores y siendo en este momento "M." la máxima acreedora de "MAPONSA, S.L." don E.H. autoriza una intervención contable y financiera de "MAPONSA, S.L." con el objeto de analizar los ingresos y gastos habidos desde su compra para asegurar su equilibrio patrimonial.- VIII- La entidad mercantil "O.D.E.I., S.L.", dio comienzo sus operaciones en el año 74, siendo su administrador don J.M.F., y su objeto social la realización de obras y construcciones de toda clase. En 1992 a la muerte de don J.M., su viuda doña T.P., es designada administradora única de "ODEIN, S.L." A fecha 26.08.99, se inscribe en el registro mercantil el cese de la administradora doña. T.P., siendo a partir de esa fecha el nuevo administrador don F.O.U. Con fecha 02.01.95 se constituyó una unión temporal de empresas entre "J.M.C. y ODEIN, S.L."- A partir de febrero de dos mil, la entidad mercantil "ODEIN, S.L." comenzó a atrasarse el pago de los salarios a sus trabajadores, retrasos constantes, que a fecha de presentación de la demanda judicial ascendían a las mensualidades de julio, agosto y septiembre de dos mil. Ha disminuido considerablemente la ocupación efectiva de los trabajadores, pasando por períodos sin ocupación plena.- IX- La entidad mercantil "T.C.E., S.L." y la mercantil "T.M.M., S.L.", están situados en el recinto de titularidad de "J.M.C., S.A.", socio único de ambas. La sede de la entidad "MAPONSA, S.L." se encuentra en el recinto titularidad de "J.M.C., S.A.", allí se encontraba hasta hace poco también la de la entidad "ODEIN, S.L." Cuando en una misma obra coincidían trabajadores de una o varias de estas empresas quedaban bajo las órdenes del encargado de obra designado por la empresa "J.M.C., S.A."- X- La entidad mercantil "A.D.N., S.L.", fue constituida el 30.07.96, por doña T.P. y "J.M.C., S.A.", al ser ésta última dueña de una rama autónoma de actividad correspondiente a fabricación de aglomerados, siendo administradora única doña T.P. Con fecha 19.07.97 la totalidad de las acciones fueron adquiridas por la entidad "S.C., S.L.", ante corredor de comercio inscribiéndose como sociedad unipersonal el 19.11.98.- XI- Se intentó, sin avenencia la conciliación ante el S.M.A.C."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don C.E.E., don E.T.F., don J.B.A., don J.L.R.S., don M.C.M., don O.P.L., don P.F.F., don R.D.D. don A.R.D.L.I., don R.O.F., doña J.M.P., don L.P.P. y doña M.L.L.C. contra la entidad mercantil "O.D.I., SL.", "J.M.C., S.A.", "A.D.N., SL.", "T.M.M., SL.", "T.C.E., SL.", "M.P., SL." y "S.C., SL.", declaro extinguido el contrato de trabajo existente entre las partes y en consecuencia, condeno solidariamente a las entidades mercantiles "O.D.I., SL.", "J.M.C., SA.", "T.M.M., SL.", "T.C.E., SL." y "M.P., SL.", a abonar de modo solidario, a los demandantes las cantidades en concepto de indemnización:

| | |
|---|---|
| 1.-Don C.E.E. | 9.016.577 ptas. |
| 2.- Don E.T.F. | 5.909.583 ptas. |
| 3.- Don J.B.A. | 5.085.348 ptas. |
| 4.- Don J.L.R.S. | 6.350.549 ptas. |
| 5.- Don M.C.M. | 6.596.875 ptas. |
| 6.- Don O.P.L. | 7.810.843 ptas. |
| 7.- Don P.F.F. | 7.586.018 ptas. |
| 8.- Don R.D.D. | 6.106.712 ptas. |
| 9.- Don A.R.D.L.I. | 5.783.710 ptas. |
| 10.- Don R.O.F. | 13.845.391 ptas. |
| 11.- Doña J.M.P. | 10.476.181 ptas. |
| 12.- Don L.P.P. | 6.562.720 ptas. |
| 13.- Doña M.L.L.C. | 10.745.488 ptas. |

Quedan absueltos de las pretensiones de la demanda las entidades mercantiles "A.D.N., S.L." y "S.C., S.L.",- Todo ello con la intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada "J.M.C., S.A.", siendo impugnado de contrario por la parte demandante y por "A.D.N., S.L." y "M.P., S.L.". 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 5 de abril de 2001 del Juzgado Social número dos de Pontevedra, seguido a instancia de don C.E.E. y otros contra la empresa "O.D.I., S.L.", "J.M.C., S.A.", "T.M.M., S.L.", "T.C.E., S.L.", "M.P., S.L.",

"M.P., S.A.", "A.D.N., S.L." "M.D.N., S.L." y "S.C., S.L.", por parte de las empresa "J.M.C., S.A.", "T.M.M., S.L." y "T.C.E., S.L." en base, en primer lugar al art. 191.b) de la LPL, en la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, para que se adicione a los mismos los ordinales XII y XIII con el siguiente contenido: "XII; Con fecha de 19 de junio de 1998 se suscribió en escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don J.R.-G.D., bajo el nº 3.010 de su protocolo, la compraventa de participaciones sociales que la mercantil "J.M.C., S.A." poseía de la mercantil "ODEIN, S.L." a favor de don A.R.F., don C.T.G., don F.O.U., la Sociedad "S.S., S.L." y la Sociedad "I.O., S.L." en base a la escritura obrante en los folios 1.026 y 1.035 de las actuaciones." Comprobado la veracidad de la escritura pública que se alega, se accede a añadir dicho hecho probado.

Igualmente pretende que se adicione el siguiente hecho probado: "XIII; Con fecha del 3 de febrero de 1999, se suscribió en documento privado, no impugnado por ninguna de las partes, un pacto que, entre otras estipulaciones, la señalada con el número cuarto, la venta mercantil "O.H., S.A.", las acciones nº 1 a 1 a 5.541; 10.580 a 14.601; 35.001 a 50.000; 7.779 a 9.953; 34.482 a 35.000; 5.542 a 7.778 y 33.481 a 34.190 de "J.M.C., S.A." que representan el 60,4% del capital social de "J.M.C., S.A.", siendo condición esencial de esta operación que las acciones adquiridas representan el mencionado porcentaje del capital social de "J.M.C., S.A", Dicha compra venta fue elevada a documento público mediante la escritura de compraventa de acciones realizada en Madrid, ante el Notario de esa capital el día 9 de enero de 2001 bajo el número treinta de su protocolo". En base a la prueba documental que cita, el documento privado y el documento público. Contrastado el documento privado de fecha 3 de febrero de 1999 y el documento público de fecha 9 de enero de 2001 referente sólo y exclusivamente este ultimo a la venta de acciones de la empresa "J.M.C., S.A." se comprueba que no hay una coincidencia del número de acciones vendidas y de su identidad con el porcentaje, ya que en el documento privado se dice las acciones nº "1 a la 5.541; 10.580 a 14.601; 35.001 a 50.000; 7.779 a 9.953; 34.482 a 35.000; 5.542 a 7.778; 33.481 a 34.190" que representan el "60,4% del capital social de "J.M.C., S.A.", y continua diciendo dicho documento que "el precio de transmisiones es de una peseta por acción". En tanto que el documento público se halla exclusivamente de la siguiente venta de acciones: "nº 1 a 5.541; 10.580 a 14.601 y 29.364 al 50.000 todos inclusive que representan el 60,4% del capital social". "Es precio de venta a la cantidad de tres mil trescientas doce pesetas por acción", no existiendo, por lo tanto, coincidencia entre ambos documentos, no se accede a la modificación pretendida. Amparado en el mismo motivo para que el hecho probado IX, el cual dice: "La entidad mercantil "T.C.E.. S.L." y la mercantil "T.M.M., SL." están situados en el recinto de titularidad de "J.M.C., SA.", socio único de ambas. La sede de la entidad "MAPONSA, SL." se encuentra en el recinto titularidad de "J.M.C., SA.", allí se encontraba hasta hace poco también la de la entidad "ODEIN, SL.". Cuando en una misma obra coincidían trabajadores de una o varias de estas empresas quedaban bajo las ordenes del encargado de obra designando por la empresa "J.M.C., SA." Para que se le dé la siguiente redacción: "La entidad mercantil "T.C.E., S.L." y la mercantil "T.M.M., S.L.", están situados en el recinto titularidad de "J.M.C., S.A." socio único de ambas. Desde la fecha 1 de junio de 1998, la sede de "ODEIN, S.L." está situada en la finca llamada "X.F." sita en el lugar de... parroquia de..., (Pontevedra) basándose para ello en el contrato de arrendamiento que figura en el folio 1.011 a 1.015. No se accede a dicha modificación ya que dicho contrato no acredita que la sede de "ODEIN, S.L." esté situada en dicho lugar; cuando además consta en las actuaciones que todas las citaciones efectuadas a dicha empresa se efectuaron en C/..., es decir, en la misma sede de "J.M.C., S.A.". Amparado en el mismo motivo procesal pretende la eliminación de los hechos probados tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno, así como los fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la sentencia por entender que son una copia literal de la sentencia del Juzgado Social nº 1 de Pontevedra (autos 610/98).

No se accede a dicha pretensión ya que para efectuar la revisión de hechos probados es imprescindible citar la prueba documental y/o pericial que acredite el error en la apreciación de la misma por parte del Magistrado de instancia, y el recurrente cita la sentencia en que se basó el mismo Juzgador pero no otra que la desvirtúe.

SEGUNDO.- Se alega por el recurrente al amparo del art. 191.c) de la LPL infracción del art. 50 del ET porque los incumplimientos con los trabajadores surgen entre "ODEIN, S.L." y los mismos, pero no con las

recurrentes con los que no existía ninguna vinculación. Se entiende que también se ha infringido el art. 56 en relación con el art. 50 del ET puesto que en el cálculo de indemnización de algunos trabajadores existe error en la cantidad concretamente en don C.E.E. que la cuantía es 8.879.304, don R.O.F. que son 12.071.078 y doña M.L.L. en 10.342.649 ptas.; y se alega finalmente la infracción del art. 4.2.a) respecto del art. 50 del ET porque por no quedar debidamente acreditada la falta de ocupación efectiva. En primer lugar es necesario dilucidar si existe o no, grupo de empresas y en consecuencia la responsabilidad solidaria que por las recurrentes se dice que no existe. Basándonos en reiterada doctrina jurisprudencial señalada al respecto (entre otras 26.01.98 T. Supremo) se constata en las actuaciones lo siguiente: A) Prestaciones laborales indiferenciadas "cuando en una misma obra coincidían trabajadores de una o varias de estas empresas quedaban bajo, las ordenes del encargado de obra designado por la empresa "J.M.C., S.A." (h.p. 9º). B) Confusión de patrimonios: La empresa "ODEIN" cuando comenzó sus operaciones en el año 1974 su administrador era don "J.M.F." a su muerte en 1992 le sucedió en el cargo su esposa doña T.P. y a partir de 26.08.99 lo es don F.O.U. El último administrador figura como comprador de las participaciones sociales que tenía la empresa "J.M.C., S.A." en la mercantil "ODEIN, S.L."

El único socio de las entidades mercantiles "T.C.E., S.L." y la mercantil "T.M., S.A." era "J.M.C., S.A." (h.p. 9º). Las únicas socias de la entidad Mercantil "J.M.C., S.A." son doña T.P. (viuda de don J.M. y su hija M.M.). Teniendo todas ellas el mismo domicilio ya que las citaciones se han efectuado para cada una de éstas en el domicilio C/... de (Pontevedra). Aparece un contrato de arrendamiento que alegan como cambio de sede de "ODEIN" respecto de las otras, don F.O.U. como representante de la entidad "J.M.C., S.A." (posteriormente representante de "ODEIN, S.L.") y doña T.P. como Administradora única de la entidad mercantil "ODEIN, S.L." (accionista principal de la empresa "M."); pero que ha quedado desvirtuado por la realización de notificaciones en un mismo lugar y en el folio 1.074 figura el logo de "ODEIN" con la sede social dicha. Existe, y así se acredita por la prueba documental aportada cesión de contratos de realización de obras de construcción de la empresa "J.M.", a favor de "ODEIN, S.L." (f. 1.144). Para intentar desvincular la empresa "J.M." de la empresa "ODEIN, S.L." se eleva a escritura pública la venta de las participaciones que "J.M." tenía en "ODEIN, S.L." pero según consta en el folio 1.034 la autorización de la venta se produce cuando era todavía administradora única de "ODEIN" doña T.P. (única socia junto con su hija de C.M.) y presidiendo la Junta General Extraordinaria de accionistas que autorizó tal venta don F.O.U.

Encontrándonos, en consecuencia siempre a las mismas personas que unas veces figuran como administradores, otras simplemente como socios pero que en el fondo genera en los trabajadores afectados la apariencia de una única empresa. En consecuencia ha quedado acreditado la existencia de tal grupo empresarial con lo cual no se produce la infracción jurídica que se cita. Por lo que se refiere al cálculo de las indemnizaciones que pretende el recurrente, la primera de ellas la del Sr. E.E. (salario 211.412 ptas. con la antigüedad 06.II.72) está perfectamente calculada, respecto del Sr. R.O.F. no se ha interesado la revisión del hecho primero de la sentencia, no procediendo en consecuencia a contabilizar la antigüedad que dice el recurrente (01.03.87) sino la que aparece en el h.p. 1º (13.02.85). Respecto de doña M.L.L.C. teniendo en cuenta el salario 284.334 ptas. y la antigüedad 01.02.76 la indemnización se encuentra perfectamente calculada. Por lo que se refiere a la última infracción que cita el recurrente de no quedar acreditado la falta de ocupación efectiva se trata de valoración de prueba efectuada por el Magistrado de instancia en base, a la testifical aportada en el acto de juicio que teniendo en cuenta el hecho probado 8º último párrafo, el cual no ha sido revisado se señala "A partir de febrero de dos mil la entidad mercantil "ODEIN, S.L." comenzó a atrasarse en el pago de los salarios a sus trabajadores, retrasos constantes, que a fecha de presentación de la demanda judicial ascendían a la mensualidad de julio, agosto y septiembre de dos mil. Ha disminuido considerablemente la ocupación efectiva de los trabajadores, pasando por periodos sin ocupación plena.". Con lo cual se acredita así no sólo los "constantes" retrasos y falta de pago del salario sino también la falta de ocupación efectiva de los trabajadores, con lo cual resulta un incumplimiento empresarial de sus obligaciones respecto de los trabajadores, con lo cual se resuelve la relación laboral quedando extinguida la misma. Por todo lo cual se desestima el motivo del recurso.

De conformidad con el art. 201 y 233 de LPL procede la pérdida del depósito y consignación, e imposición al recurrente de los honorarios del Letrado impugnante que se cifra en 25.000 pesetas.

### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "J.M.C., S.A.", "T.M.M., S.L." y "T.C.E., S.L." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Pontevedra de fecha 5 de abril de 2001, confirmándose dicha resolución

## 3246 Recurso nº 1.118/01

**S.S.** SUCESIÓN DE EMPRESA E CREBA. ENTIDADE ECONÓMICA QUE MANTÉN A SÚA IDENTIDADE. MESMA ACTIVIDADE E DOMICILIO SOCIAL E CONCLUSIÓN DUN ARRENDAMENTO DE INDUSTRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DE CEDENTE E CESIONARIO.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel*

A Coruña, a veintiséis de julio de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.118/01, interpuesto por Entidad Mercantil "B.A.O.D., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.P.M., M.F.D., L.F.M., J.S.G.B., J.R.R., A.P.G., A.E.P., C.D.V., R.S.C. y F.M.F., sobre sucesión de empresas, siendo demandado "B.A.D.O., D.L.", don M.V.P., don R.C.H. (Comisario de la quiebra), don J.L.G.D.L.F., don E.M.D.P., don R.R.V. (Síndicos de la quiebra) y (FOGASA) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 107/00 sentencia con fecha 19 de diciembre 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.- Probado que los demandantes prestaron sus servicios para la patronal "M.V.P.", con las categorías, antigüedades y salarios siguientes: F.P.M.: enólogo; 26.01.77; 392.700 ptas.; M.F.D.: oficial administrativo; 01.05.75; 261.000 ptas.; L.F.M.: chófer 07.09.81; 103.600 ptas.- J.S.G.B.: Auxiliar administrativo; 01.06.79; 246.000 ptas.- J.R.R.: chófer 13.03.89; 89.600 ptas.- A.P.G.: peón; 09.05.78; 103.600 ptas.- A.E.P.: peón 01.04.74; 112.200 ptas.- C.D.V.: peón; 18.10.82; 95.200 ptas.- R.S.C.: peón; 23.09.77, 112.000 ptas.- F.M.F.: peón; 29.08.95; 78.400 ptas.- SEGUNDO.- La patronal "M.V.P.", fue declarada, en situación de quiebra necesaria en virtud de Auto de fecha 26 de enero de 1998, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los Almendralejo, en autos seguidos bajo el nº 337/97.

Por medio de resolución de fecha 25 de marzo de 1998, la Delegación Provincial de Ourense de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais aprobó un expediente de extinción de contratos que afectaba a trece de sus trabajadores, entre los que se encontraban los actores, que pasaron a situación de desempleo al día siguiente, 26 de marzo.- Al tratarse de una empresa de menos de 25 trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonó a los trabajadores el 40% de la indemnización que, por la extinción, correspondía.- TERCERO.- Como la empresa demandada, "M.V.P.", adeudaba a los actores cantidades correspondientes a salarios y al 60% de la indemnización establecida para las extinciones contractuales, aquéllos promovieron la reclamación judicial oportuna que, turnada, fue conocida por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, Autos nº 251/98, el que por Sentencia de 8 de junio de 1998 condenó a dicha patronal al abono a los trabajadores de las cantidades y por los conceptos siguientes:

| 1.- F.P.M. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 375.000ptas. |
| Marzo 98: | 312.501 ptas |
| P.P. Julio 98: | 275.342 ptas |
| P.P. Navidad: | 86.301 ptas |
| P.P. vacaciones: | 86.301 ptas |
| 60% Indemnización: | 2.700.000 ptas |
| TOTAL: | 3.835.445 ptas |

| 2.- M.F.D. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 225.000 ptas |
| Marzo 98: | 187.500 ptas |
| P.P. Julio 98: | 165.205 ptas |
| P.P. Navidad: | 51.781 ptas |
| P.P. vacaciones: | 51.781 ptas |
| 60% Indemnización: | 1.879.200 ptas |
| TOTAL: | 2.560.200 ptas |

| 3.- L.F.M. | |
|---|---|
| Febrero 98: | |
| 88.906 ptas | |
| Marzo 98: | 79.380 ptas |
| P.P. Julio 98: | 69.941 ptas |
| P.P. Navidad: | 21.922 ptas |
| P.P. vacaciones: | 21.922 ptas |
| 60% Indemnización: | 685.567 ptas |
| TOTAL: | 967.668 ptas |

| 4.- J.S.G.B. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 210.000 ptas |
| Marzo 98: | 175.000 ptas |
| P.P. Julio 98: | 154.192 ptas |
| P.P. Navidad: | 48.329 ptas |
| P.P. vacaciones: | 48.329 ptas |
| 60% Indemnización: | 1.771.200 ptas |
| TOTAL: | 2.407.050 ptas |

| 5.- J.R.R. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 76.205 ptas |
| Marzo 98: | 68.040 ptas |
| P.P. Julio 98: | 59.950 ptas |
| P.P. Navidad: | 18.790 ptas |
| P.P. vacaciones: | 18.790 ptas |
| 60% Indemnización: | 645.120 ptas |
| TOTAL: | 886.895 ptas |

| 6.- A.P.G. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 88.906 ptas |
| Marzo 98: | 79.380 ptas |
| P.P. Julio 98: | 69,.941 ptas |
| P.P. Navidad: | 21.922 ptas |
| P.P. vacaciones: | 21.922 ptas |
| 60% Indemnización: | 745.920 ptas |
| TOTAL: | 1.027.991 ptas |

| 7.- A.E.P. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 95.256 ptas |
| Marzo 98: | 85.050 ptas |
| P.P. Julio 98: | 74.937 ptas |
| P.P. Navidad: | 23.488 ptas |
| P.P. vacaciones: | 23.488 ptas |
| 60% Indemnización: | 806.400 ptas |
| TOTAL: | 1.108.619 ptas |

| 8.- C.D.V. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 82.555 ptas |
| Marzo 98: | 73.710 ptas |
| P.P. Julio 98: | 64.946 ptas |
| P.P. Navidad: | 20.356 ptas |
| P.P. vacaciones: | 20.356 ptas |
| 60% Indemnización: | 587.726 ptas |
| TOTAL: | 849.649 ptas |

| 9.- R.S.C. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 95.256 ptas. |
| Marzo 98: | 85.050 ptas. |
| P.P. Julio 98: | 74.937 ptas. |
| P.P. Navidad: | 23.488 ptas. |
| P.P. vacaciones: | 23.488 ptas. |
| 60% Indemnización: | 806.400 ptas. |
| TOTAL: | 1.108.619 ptas. |

| 10.- F.J.M.F. | |
|---|---|
| Febrero 98: | 66.679 ptas. |
| Marzo 98: | 59.535 ptas. |
| P.P. Julio 98: | 52.456 ptas. |
| P.P. Navidad: | 16.441 ptas. |
| P.P. vacaciones: | 16.441 ptas. |
| 60% Indemnización: | 80.580 ptas. |
| TOTAL: | 292.132 ptas. |

CUARTO.-La Sociedad Mercantil "B.A.D.O., S.L." fue constituida en escritura pública, otorgada el día 30.10.97, ante el Notario de Ourense Sr. P.G., por F.V.I. y M.V.V., en los Estatutos de dicha Sociedad figura como domicilio social (Q.D.C.) sin número y como objeto social: 1.- a) la elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, b) fabricación de alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados. 2.- La Sociedad podrá asimismo desarrollar las actividades integrantes del objeto social total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades con objeto idéntico o análogo.- El capital social de esta Sociedad se fija en 1.000.000 ptas. (un millón de pesetas), dividido en cien participaciones sociales.- F.V.I., administrador de "B.A.D.O., S.L.", era el jefe de ventas de la empresa de la que era titular M.V.P..- QUINTO.- La Sociedad Mercantil "B.A.D.O., S.L." el día 1 de marzo de 1998 suscribió contrato de arrendamiento con R.R.V., éste en calidad de depositario de la Quiebra necesaria de "V.D.S., S.A." (VINISUR) y del comerciante individual M.V.P.; en dicho contrato se cede en arrendamiento a "B.A.D.O., S.L." el edificio e instalaciones denominado "B.A." sito en (Q.D.C.). En la cláusula séptima de este contrato se dice *"El edificio e instalaciones objeto del presente contrato serán destinados a local de negocio con uso para bodega dedicada a la elaboración, almacenaje y venta de vinos al por mayor, no pudiendo la arrendataria modificar el uso citado sin autorización expresa y escrita de la*

*arrendadora"*. Este contrato, cuyo contenido se da aquí por reproducido, fue aprobado por el Juzgado de 1º Instancia nº 2 de Almendralejo, de fecha 04.05.98, dictado en procedimiento de Quiebra nº 337/97, que se tramita en dicho Juzgado.- SEXTO.- El empresario individual, M.V.P., se dedicaba en su actividad empresarial a la elaboración, transformación y venta al por mayor de vinos, siendo declarado en situación de quiebra por autos de fecha 26 de enero de 1998, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Almendralejo en autos 337/97. El domicilio social de esta empresa estaba en... (Ourense), girando bajo el nombre comercial de "B.A.".- SÉPTIMO.- La Inspección de Trabajo remitió informe a este Juzgado el día 19.04.00 en el que consta que los actuales trabajadores de la empresa "B.A.D.O., S.L.", A.S.S., M.R.L, M.G.P., M.R.R., A.G.A., M.C.M.F., J.P.C., causaron baja en la empresa "M.V.P." el día 24.03.98 y fueron Alta en la empresa "B.A.D.O., S.L." el día 25.03.98.- OCTAVO.- La Sociedad Mercantil "V., S.L." fue constituida en escritura pública el día 18.08.98, otorgada ante el Notario de Ourense, E.A.R., por F.P.M., C.P.M., J.P.M. y R.S.C.; el domicilio social de esta empresa está situado en la carretera nacional..., nave 10, municipio de... Esta empresa tiene como objeto social, la elaboración y embotellado de vinos. F.P.M. y R.S.C. fueron trabajadores de la empresa de la que era titular M.V.P.- NOVENO.- Con fecha 17.12.99 se celebró, 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 formulada por F.P.M. Y OTROS contra M.V.P.; "B.A.D.O., S.L." y los órganos de la quiebra don R.C.H., comisario y los síndicos de la misma don J.L.G.D.L.F., don E.M.D.P. Y don R.R.V., debo declarar y declaro que existe sucesión empresarial entre las empresas M.V.P. y "B.A.D.O., S.L." y en consecuencia de tal declaración, debo declarar y declaro la responsabilidad solidaria y conjunta de ambas empresas (M.V.P. y "B.A.D.O., S.L.") en cuanto al pago de las cantidades y por los conceptos señalados en el hecho tercero de la demanda y que son: a F.P.M., 3.835.445 ptas.; a M.F.D., 2.560.467 ptas.; a L.F.M., 967.668 ptas.; a J.S.G.B.; 2.407.050 ptas.; a J.R.R., 886.895 ptas.; a A.P.G., 1.027.991 ptas.; a A.E.P., 1.108.619 ptas.; a C.D.V., 849.649 ptas.; a R.S.C., 1.108.619 ptas. y a F.J.M.F., 292.132 ptas.; cantidades que deberán ser incrementadas en el interés de mora del 10%; condenando asimismo a los órganos de la quiebra, comisario y síndicos, a estar y pasar por esta declaración".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada 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 -cuyo contenido literal se transcribe en los antecedentes de hecho de la presente resolución-, después de estimar la demanda, declara que existe sucesión empresarial entre las empresas "M.V.P." y "B.A.D.O., S.L." y, en consecuencia, declara la responsabilidad solidaria y conjunta de ambas empresas en cuanto al pago de las cantidades y por los conceptos señalados en el hecho tercero de la demanda, concretando la cantidad a satisfacer a cada uno de los demandantes, cuyas cantidades deberán ser incrementadas con el interés de mora del 10%, y condena, asimismo, a los órganos de la quiebra, comisario y síndicos, a estar y pasar por tal declaración. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal de la empresa codemandada "B.A.D.O., S.L.", la que construye el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, interesando la revisión de hechos probados y formulando, al efecto, dos peticiones revisoras: A) La primera, con el objeto de que se adicione el siguiente hecho probado: "Décimo: Que por auto de fecha 8 de junio de 1999, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ourense, en Procedimiento del Artículo 131 de la Ley Hipotecaria número 332/98, que es firme, promovido por "B.P., S.A.", contra don "M.V.P." y otra, se aprobó el remate y adjudicación a favor de "B.P." de la finca hipotecada y subastada, es decir, el edificio e instalaciones denominado "B.A.", sito en..., que está arrendado a la entidad "B.A.D.O., S.L.". B) La segunda, solicitando la modificación del párrafo primero del segundo de los hechos probados de la sentencia, de forma que quede redactado de la siguiente forma: "La patronal "M.V.P." fue declarada en situación de quiebra necesaria en virtud de Auto de fecha 26 de enero de 1998, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Almendralejo, en autos seguidos bajo el nº 337/97. Previo acuerdo alcanzado entre el Depositario de la quiebra y el delegado de personal de la patronal "M.V.P.", obrante a los

folios 60 y 61 de autos, cuyo contenido se da por reproducido, por medio de Resolución de fecha 25 de marzo de 1998, la Delegación Provincial de Ourense de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais aprobó un expediente de extinción de contratos que afectaba a trece de sus trabajadores, entre los que se encontraban los actores, que pasaron a situación de desempleo al día siguiente, 26 de marzo".

A la vista de los medios de prueba invocados por la recurrente, se accede a las revisiones que postula.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, se articula el segundo de los motivos del recurso, en el que se denuncia infracción del art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, que adapta a nuestro Ordenamiento la Directiva 77/187 CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1999, así como de la jurisprudencia y resoluciones de los Tribunales que los interpretan; argumentando que el debate se limita a determinar si los hechos probados son constitutivos de una sucesión de empresa, regulada en citado precepto legal y en la Directiva, así bien mencionada; haciendo una exposición sobre el concepto de sucesión de empresa y sobre la situación de quiebra y su compatibilidad con el concepto de sucesión de empresa, y referencia al contrato de arrendamiento que la recurrente hace a los órganos de la quiebra; con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo, una de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y varias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Manifestando, asimismo, que los contratos de los actores se extinguieron en virtud de un expediente de regulación de empleo, estando precedida la resolución administrativa autorizándolos de un acuerdo entre las partes implicadas -depositario de la quiebra y representante de los trabajadores-; siendo numerosas, aduce la recurrente, las resoluciones judiciales que sostienen que el mecanismo de la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, respecto a los derechos de los trabajadores en el supuesto de que se produzca una novación subjetiva en la persona del empleador no puede operar si con anterioridad a la transmisión de los elementos materiales ha existido una válida extinción del contrato de trabajo, en base a, una causa prevista en la ley -cita diversas sentencias de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, del Tribunal Supremo y de TJCE-. Manifestando, así bien, que la pretensión de los actores carece del amparo del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, haciendo una interpretación del precepto, del que transcribe parte de su contenido. Argumentando sobre otra realidad, que dice resulta contradictoria con el concepto de sucesión de empresa, cual es la de que los actores primero perciben del Fondo de Garantía Salarial parte del importe de las indemnizaciones y luego pretenden que se declare la responsabilidad solidaria del tan citado art. 44; y el hecho de que la recurrente desempeñe su actividad en la nave e instalaciones de la quebrada, de que se dedique a la misma actividad, de que su administrador haya sido jefe de ventas y de que sus trabajadores también lo hubieran sido de la empresa "M.V.P.", no es suficiente para sostener la existencia de sucesión de empresa; siendo lógico que unas personas que trabajaron para una empresa que quebró aprovechen su experiencia para poner en funcionamiento una nueva -invoca y transcribe en parte sus razonamientos, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio 1988 y 16 de diciembre de 1998. Haciendo mención especial a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 17 de febrero de 1998, citada en la recurrida, existiendo entre los supuestos de una y otra importantes diferencia, aduce la recurrente; citando la sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1995. Termina haciendo un resumen de sus particulares apreciaciones y valoraciones de la situación litigiosa.

La situación de hecho sometida a debate, extraída del relato histórico de la sentencia recurrida y revisiones a que se refiere el fundamento de derecho que antecede, consiste en: A) Los demandantes prestaron servicios para la patronal "M.V.P.", con las categorías, antigüedades y salarios que ser señalan en el hecho primero de la sentencia recurrida. B) La nombrada patronal fue declarada en situación de quiebra necesaria en virtud de Auto de fecha 26 de enero de 1998, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Almendralejo, en autos seguidos bajo el nº 337/97. Previo acuerdo alcanzado entre el Depositario de la quiebra y el delegado de personal de la patronal "M.V.P." obrante a los folios 60 y 61 de autos, cuyo contenido se da por reproducido, por medio de Resolución de fecha 25 de marzo de 1998, la Delegación Provincial de Ourense de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais aprobó un expediente de extinción de contratos que afectaba a trece de sus trabajadores, entre los

que se encontraban los actores, que pasaron a situación de desempleo al día siguiente, 26 de marzo. – Al tratarse de una empresa de menos de 25 trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonó a los trabajadores el 40% de la indemnización que, por la extinción, correspondía.- C) La empresa codemandada "M.V.P." adeudaba a los actores cantidades correspondientes a salarios y al 60% de la indemnización establecida para las extinciones contractuales, promoviendo los demandantes la oportuna reclamación judicial, tramitada por el Juzgado de lo Social número tres de Ourense, que dictó sentencia con fecha 8 de junio de 1998, condenando a la empresa al abono de las cantidades y por los conceptos que se indican en el hecho probado tercero.- D) La sociedad mercantil "B.A.D.O., S.L." fue constituida en escritura pública, otorgada el día 30.10.97, ante el notario de Ourense Sr. P.G., por F.V.I. y M.V.V., en los Estatutos de dicha Sociedad figura como domicilio social (Q.D.C.) sin número y como objeto social: 1.- a) la elaboración, crianza y comercialización de vinos en general, b) fabricación de alcoholes, mostos, concentrados, mistelas y derivados. 2.- La Sociedad podrá asimismo desarrollar las actividades integrantes del objeto social total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades con objeto idéntico o análogo.- El capital social de esta Sociedad se fija en 1.000.000 ptas. (un millón de pesetas), dividido en cien participaciones sociales.- F.V.I., administrador de "B.A.D.O., S.L.", era el jefe de ventas de la empresa de la que era titular M.V.P.- E) La sociedad mercantil nombrada en el epígrafe que precede, el día 1 de marzo de 1998 suscribió contrato de arrendamiento con R.R.V., éste en calidad de depositario de la Quiebra necesaria de "V.D.S., S.A." (VINISUR) y del comerciante individual "M.V.P.", en dicho contrato se cede en arrendamiento a "B.A., S.L." el edificio e instalaciones denominado "B.A.", sito en (Q.D.C.). En la cláusula séptima de este contrato se dice *"El edificio e instalaciones objeto del presente contrato serán destinados a local de negocio con uso para bodega dedicada a la elaboración, almacenaje y venta de vinos al por mayor, no pudiendo la arrendataria modificar el uso citado sin autorización expresa y escrita de la arrendadora"*. Este contrato, cuyo contenido se da aquí por reproducido, fue aprobado por el Juzgado de 1º Instancia nº 2 de Almendralejo, de fecha 04.05.98, dictado en procedimiento de Quiebra nº 337/97, que se tramita en dicho Juzgado.- F) El empresario codemandado, "M.V.P.", se dedicaba en su actividad empresarial a la elaboración, transformación y venta al por mayor de vinos, siendo declarado en situación de quiebra por autos de fecha 26 de enero de 1998, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Almendralejo en autos 337/97. El domicilio social de esta empresa estaba en... (Ourense), girando bajo el nombre comercial de "B.A.".- G) La Inspección de Trabajo remitió informe al Juzgado de instancia el día 19.04.00 en el que consta que los actuales trabajadores de la empresa "B.A.D.O., S.L.", A.S.S., M.R.L., M.G.P., M.R.R., A.G.A., M.C.M.F., J.P.C., causaron baja en la empresa "M.V.P." el día 24.03.98 y fueron Alta en la empresa "BA.D.O., S.L." el día 25.03.98.- H) La sociedad mercantil "V., S.L." fue constituida en escritura pública el día 18.08.98, otorgada ante el notario de Ourense, E.A.R., por F.P.M., C.P.M., J.P.M. y R.S.C.; el domicilio social de esta empresa está situado en la carretera nacional... municipio de...; esta empresa, tiene como objeto social, la elaboración y embotellado de vinos. F.P.M. y R.S.C. fueron trabajadores de la empresa de la que era titular M.V.P.- I) Por auto de fecha 8 de junio de 1999, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ourense, en procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria número 332/98, que es firme, promovido por el "B.P., S.A.", contra don "M.V.P." y otra, se aprobó el remate y adjudicación a favor del "B.P." de la finca hipotecada y subastada, es decir, el edificio e instalaciones denominado "B.A.", sito en..., que está arrendado a la entidad "B.A.D.O., S.L.".

Fijada, en los términos que quedan expuestos, la situación fáctica sometida a debate, resta ahora determinar si la misma debe ser productora del efecto jurídico proclamado en la sentencia recurrida, cual es el de existencia de sucesión empresarial entre el codemandado M.V.P. y la también demandada "B.A.D.O., S.L." y, en consecuencia, ambos demandados son responsables solidarios y conjuntos: o, si, por el contrario no se ha producido dicha sucesión, ni, por tanto, procede la responsabilidad solidaria, como sostiene la parte recurrente. La disyuntiva debe resolverse en favor de la tesis mantenida por el juzgador "a quo", por las siguientes consideraciones:

1ª.- La adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone, en nuestro ordenamiento jurídico, un concepto objeti-

vo 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 garantizados por el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, de tal manera que mientras subsista la empresa como tal, el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial, de lo que es reflejo fiel el citado art. 44 que prevé la continuidad de la relación laboral en el caso de novación subjetiva de la persona del empleador, abarcando con su amplia expresión "cambio e titularidad", cualquier tipo de transmisión, ya sea "inter vivos" o "mortis causa" (sentencias de esta Sala de 28 de septiembre de 1995 y 13 de marzo de 1997).

2ª.- La Directiva 77/187/CEE, 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 disponía en su art. 1.1 que 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; habiendo sido modificada -en su artículos 1 a 7- por la Directiva 98/50/CEE, del Consejo de 29 de junio de 1998, precisándose ahora que el traspaso de la empresa requiere "el de una entidad económica que mantenga su identidad."

3ª.- La aplicación de lo razonado en las dos consideraciones que preceden al supuesto litigioso, o más concretamente, a las situaciones fácticas descritas bajo los apartados D), F) y G) del párrafo segundo del presente fundamento jurídico, necesariamente habrá de conducir a la apreciación de la existencia de sucesión empresarial entre los demandados "B.A.D.O., S.L." y M.V.P. -es de observar que la empresa de éste giraba bajo el nombre comercial de "B.A."-; ambos dedicados a la misma actividad y utilizando el mismo domicilio social.

4ª.- La conclusión antedicha estaría, asimismo, avalada por la situación descrita en el apartado E), teniendo en cuenta que la relación locativa a que el mismo se refiere lo era, no de un local de negocio, sino de un arrendamiento de industria, como lo pone de manifiesto el contenido del propio contrato, en su cláusula séptima, y esta relación arrendaticia, como ha proclamado el Tribunal Supremo -Sala 3ª- en sentencia de 17 de febrero de 1998, que "...en nuestro Ordenamiento, el Instituto de la sucesión empresarial, arts. 44 del Estatuto de los Trabajadores y 68 y 97 de la Ley General de la Seguridad Social está concebido y regulado en términos de gran amplitud, y sin que sea necesaria la adquisición de la propiedad sobre la totalidad o parte de las instalaciones, pues el art. 44, habla de cambio de titularidad de la empresa, y ello se cumple cuando se produce el cambio de titular, bien a titulo de propietario, o de arrendatario, pues lo importante y trascendente a estos efectos, es el cambio de titularidad de la empresa o de la titularidad en la explotación, industria o negocio, como refiere el art. 97 citado, que además incluso admite a estos efectos, la cesión temporal de mano de obra. Sin olvidar en fin que la Directiva 77/187 del Consejo de las Comunidades Europeas de 14 de febrero de 1977, sobre los efectos del traspaso de empresas, se refiere tanto al traspaso total de empresas o centros de actividad, como al de una parte de esas empresas o centros de actividad..."

5ª.- Por todo ello, habrá de estimarse debidamente acreditada la sucesión empresarial, a los efectos de la responsabilidad solidaria de las empresas demandadas.

CUARTO.- Por 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.

En consecuencia,

## Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de "B.A.D.O., S.L.", contra la sentencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Ourense, en proceso promovido por F.P.M., M.F.D., L.F.M, J.S.G.B., J.R.R., A.P.G., A.E.P., C.D.V., R.S.C. y F.M.F. frente a la recurrente, M.V.P., R.C.H. (comisario de la quiebra), J.L.G.D.L.F., E.M.D.P. y R.R.V. (síndicos de la quiebra); dándose audiencia al Fondo de Garantía Salarial, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario que la recurrente ha constituido para recurrir y de la consignación que ha efectuado; a la que se condena a que abone a cada uno de los impugnantes del recurso la cantidad de veinticinco mil pesetas, en concepto de honorarios de sus abogados.

## 3247 Auto nº 3/1999

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO E NON PLURAL. INTERESE COLECTIVO E AFECTACIÓN A UN GRUPO XENÉRICO DE ESTATUTARIOS. EFECTO DIRECTO DA DIRECTIVA DE XORNADA. LIMITACIÓN DA XORNADA SEMANAL EFECTIVA E RECOÑECEMENTO DUN PERÍODO MÍNIMO DE DESCANSO ENTRE XORNADAS.

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

A Coruña, a diez de septiembre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

En autos 3/1999 seguidos a instancia de la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra el Servicio Galego de Saúde (SERGAS), sobre Conflicto Colectivo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El día 29 de marzo de 1999 se recibió en la Secretaría de esta Sala de lo Social, la demanda de Conflicto Colectivo formulada por el por la Confederación Intersindical Galega (CIG) frente al Servicio Galego de Saúde, en cuya suplico se solicitaba: "Que se dictase sentencia por la que se declare el derecho del personal afectado: 1º) A unha xornada laboral que non exceda de corenta e oito horas, incluidas as de atención continuada, por cada período de sete días en un período de referencia máximo de catro meses ou subsidiariamente de seis meses. 2º) A disfrutar dun día de descanso ao rematar a realización de cada garda de presencia física de vintecatro horas e no día seguinte a aquel no que se realizou, sen detrimento das súas retribucións, e ademais, en todo caso, de seguido a vintecatro horas de prestación continuada."

SEGUNDO. Por providencia de la misma fecha se registró y admitió a trámite la antedicha demanda de Conflicto Colectivo y se convocó a las partes a la celebración de los actos de conciliación y juicio para el día 15 de abril de 1999, a las once horas de la mañana, habiendo tenido lugar tales actos en el día y hora señalados levantándose el acta correspondiente obrante en autos.

TERCERO. Con fecha 4 de mayo de 1999, este Tribunal dictó Auto en cuya parte dispositiva resolvió que: "Procede suspender el trámite de las presentes actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea determinados extremos afectantes al tema sometido a litigio, planteando la oportuna cuestión prejudicial."

CUARTO. Con fecha 14 de junio de 1999, la Sala dictó nueva resolución sometiendo el asunto al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y planteando las siguientes cuestiones a dicho Organo: 1. Habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 118 del Tratado y la invocación que en el Preámbulo y en el párrafo 4º del artículo 1º de la Directiva 93/104/CE se hace a la 89/391/CE ¿cabe considerar que la labor de los profesionales a que se contrae el ámbito del conflicto se halla incardinada en el campo de aplicación de las excepciones o exclusiones referidas en el artículo 2º de la Directiva citada en último lugar y en el artículo 17 de la 93/104/CE? 2. Habida cuenta de lo establecido en el párrafo 3 del artículo 1º de la Directiva 937104/CE ¿debe interpretarse que la labor de los profesionales a que se refiere el conflicto está inserta en el ámbito de aplicación de la referida Directiva? 3. Habida cuenta de que el artículo 4.2 que del Decreto de la Xunta de Galicia de nº 172/95 de 18 de mayo determina que "La prestación de asistencia se realizará mediante la modalidad de presencia física ¿debe entenderse todo el período de tiempo en que se realice el turno como tiempo de trabajo ordinario? ¿el referido período de tiempo es susceptible de ser considerado como de horas extraordinarias?

QUINTO. Con fecha 3 de julio de 2001, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) dictó Auto declarando, en relación con las cuestiones planteadas, que: "1) Una actividad como la del personal médico y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde en los puntos de atención continuada, en los equipos de atención primaria y en otros servicios de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/ CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. 2) Una actividad como la del per-

sonal médico y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde en los puntos de atención continuada, en los equipos de atención primaria y en otros servicios de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las excepciones o exclusiones previstas en el artículo 2 de la Directiva 89/391/ CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Por el contrario, tal actividad puede estar comprendida en las excepciones previstas en el artículo 17 de la Directiva 93/104, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos por dicha disposición. 3) El tiempo de atención continuada en régimen de presencia física del personal médico y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde en los puntos de atención continuada, en los equipos de atención primaria y en otros servicios de urgencias extrahospitalarias debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104."

Con fecha 24 de julio de 2001, la Sala dictó providencia, en la que, da por recibida la copia legalizada del Auto de referencia, acordó poner en conocimiento de las partes que en el plazo de cinco días podrán formular las alegaciones que conviniesen a su Derecho y evacuado dicho trámite se acordó el levantamiento de la suspensión y previa deliberación de la Sala pasaron los autos al Ponente a los efectos oportunos.

## Hechos Probados

PRIMERO.- Por don X.C.P. en nombre y representación de la "Confederación Intersindical Galega (CIG) en virtud de las facultades que al efecto le fueron conferidas según resulta de la escritura de poder que acompañó y en base al acuerdo adoptado en la reunión del Consello Nacional de CIG – Saúde celebrada en Santiago el día 4 de febrero de 1999 en el que se decidió "Interpoñer unha demanda de Conflicto Colectivo frente ao Sergas pola imposición dun sistema de gardas en Atención Primaria que excede das horas máximas previstas pola lexislación comunitaria e que non respecta o dereito de libranzas compensatorias entre xornadas", se presentó ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xusticia de Galicia demanda de Conflicto Colectivo frente al Servicio Galego de Saúde (SERGAS), que tuvo entrada en este Tribunal con fecha 23 de marzo de 1999, en la que la parte demandante solicitó que: "Se declare o dereito do persoal afectado: 1º) A unha xornada laboral que non exceda das corenta e oito horas, incluidas as de atención continuada, por cada período de sete días en un período de referencia máximo de catro meses, ou subsidiariamente de seis meses. 2º) A disfrutar dun día de descanso ao rematar a realización de cada garda de presencia física de vintecatro horas e no día seguinte a aquel no que se realizou, sen detrimento das súas retribucións; e ademais, en todo caso, de seguido a vintecatro horas de prestación continuada.

El presente Conflicto Colectivo se inserta en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, frente al Servicio Galego de Saúde y la parte demandante pretende que se imponga en los Centros de Atención Primaria la legislación prevista en la Directiva 93/104/CE, en orden a la jornada máxima diaria y al descanso entre jornadas.

SEGUNDO. Resultan afectados por el presente Conflicto Colectivo (Ambito del Conflicto): Todo el personal estatutario facultativo y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde en los centros denominados PUNTOS DE ATENCIÓN CONTINUADA (PAC) en los que se lleva a cabo la atención de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo el personal facultativo y de enfermería de las localidades en donde actualmente existen Servicios normales o especiales de Urgencia aún no sustituidos por los PAC, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. También los profesionales de los actuales Equipos de Atención Primaria (EAP), en los términos descritos en el artículo 5.4 del Decreto 172/1995 de 18 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Urgencias Extrahospitalarias de la Comunidad Autónoma de Galicia.

TERCERO. El 26 de junio de 1995 se insertó en el DOG el Decreto de la Xunta de Galicia nº 172/ 95 de 18 de mayo que entró en vigor al día siguiente de su publicación por el que se aprueba el plan de urgencias extrahospitalarias de la Comunidad, en cuyo artículo 1.1 en relación con los denominados (PAC), Puntos de Atención Continuada, se establece: "La atención sanitaria urgente en el ámbito de la atención primaria en Galicia será prestada en los puntos de atención continuada (PAC)." En el artículo 4.1 del referido Decreto se dispone que:

"Horario. El horario de apertura y funcionamiento de los PAC abarcará desde las 15 horas hasta las 8 horas del día siguiente, en días laborales, sin perjuicio de la modalidad asistencial que en la actualidad rige para el sábado y las 24 horas del día, los domingos y festivos." En el artículo 5.3 de la citada disposición se establece que: "Personal.- Aprobada la creación de un PAC, todos los profesionales sanitarios de las localidades incluidas en su ámbito de cobertura pasarán a realizar sus turnos de guardia en el mismo, participando en la prestación de la atención continuada y permanentemente mediante la modalidad de presencia física, con independencia del sistema retributivo y vinculación laboral al que estén sujetos y del que, en su momento, de forma voluntaria, decidan acogerse, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria segunda del Decreto 200/93, de 29 de julio." En el artículo 8 se determina que: "Número de horas de atención continuada. El número de horas de atención continuada a realizar por cada uno de los profesionales de los PAC será de 1.188 horas anuales sin superar las 108 horas efectivas al mes, como garantía inicial de máximos, sin perjuicio de que, como objetivo y de forma gradual, el Servicio Galego de Saúde reduzca esa cifra hasta alcanzar, en un plazo de tres años, la de 850 horas anuales."Por último en el artículo 9 se manifiesta que: "Libranzas. El Sergas facilitará la adopción de las medidas oportunas para hacer efectiva la libranza del día siguiente tras la realización de una guardia de presencia física, sin que ello implique, en ningún caso, la sustitución del profesional o profesionales."

CUARTO. Desde el mes de junio del año 1995 se fueron imponiendo paulatinamente en los respectivos PAC, en lo atinente a jornada, las condiciones que a continuación se reseñan: -Jornada normal de 8 a 15 horas (de lunes a viernes). - Además de ello, realización obligatoria de turnos de guardia, a continuación de su jornada ordinaria, con la siguiente extensión: De 17 horas ininterrumpidas los días laborales (con horario desde las 15 del día hasta las 8 horas del día siguiente). De 24 horas ininterrumpidas los domingos y festivos (con horario desde las 8 horas del día hasta las 8 horas del día siguiente). Los turnos descritos que constituyen las horas de atención continuada a realizar por cada uno de los profesionales, se exponen en los centros en cuadros horarios o cuadrantes de guardias que concretan individualizadamente los llamados "Planes Funcionales", de Médicos y de Enfermería remitidos por el propio Sergas. El cumplimiento de la orden relativa a la prestación de trabajo fuera de la jornada normal (la de 8 a 15 horas) no se somete a condiciones tales como el consentimiento libre del trabajador ni se garantiza que ninguno pueda sufrir perjuicio de no acceder a ello.

QUINTO. La jornada semanal del personal a que se refiere el ámbito del presente conflicto es de 40 horas, a la que se añade el período de tiempo correspondiente a la atención continuada.

SEXTO. En el supuesto de desarrollo de la actividad de atención continuada en domingos o festivos, el personal a que se refiere el ámbito del conflicto presta servicios en régimen de guardia de presencia física desde las 8 horas de un día hasta las 8 horas del día siguiente y continúa trabajando sin solución de continuidad desde dicha hora hasta las 15 horas en jornada normal, totalizando 31 horas sin libranza o descanso. Durante el período de lunes a viernes, dicho personal ha de cumplir su jornada normal de 8 a 15 horas y, en su caso, ha de prestar guardia de permanencia física desde las 15 hasta las 8 horas del día siguiente, para, a continuación, desarrollar su jornada normal desde que finalizó la guardia hasta las 15 horas, totalizando 31 horas sin libranza o descanso.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO. En el acto del juicio, la representación del Servicio Galego de Saúde alegó, en primer lugar, la excepción de inadecuación de procedimiento, por considerar que la presente controversia constituye un conflicto plural y no un conflicto colectivo, haciendo referencia a diversas resoluciones del Tribunal Supremo en las que se distinguen ambas categorías, entendiendo que las pretensiones a que se contrae el litigio que nos ocupa afectan a intereses individuales de trabajadores y que cada afectado debe reclamar individualmente. Abundando en lo establecido con ocasión del Auto dictado por esta Sala en fecha 4 de mayo de 1999, la Doctrina Jurisprudencial es inconcusa en orden a la consideración de que el Conflicto Colectivo está condicionado a que, por una parte, se evidencie la concurrencia de un elemento de carácter subjetivo, constituido por el hecho de que afecte a un grupo genérico y homogéneo de trabajadores y no sea meramente la adición de aquellos singularmente considerados, y en segundo lugar, por un elemento objetivo consistente en el interés

general e indivisible que atañe al grupo en conjunto, aunque trascienda en sus consecuencias a cada uno de los miembros que constituyen aquel, de modo que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores considerado individualmente, sino en cuanto colectivo y sean cualesquiera los trabajadores en él comprendidos – Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras de 09.05.91; 18.06.92; 25.06.92; 13.10.97; 02.02.98 y 12.05.98 – siendo así que en la presente controversia la índole y alcance de las pretensiones a que se contrae la demanda interpuesta por la CIG, pone de relieve el carácter colectivo de las mismas, por cuanto se solicita la fijación de una determinada jornada laboral y descanso compensatorio para el personal a que antes se hizo referencia al dejar sentado en el relato histórico de esta resolución cual es el ámbito del conflicto que abarca, no está demás recordar, a todo el personal estatutario facultativo y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde en los centros denominados puntos de atención continuada (PAC) en los que se lleva a cabo la atención de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia; asimismo al personal facultativo y de enfermería de las localidades en donde actualmente existen Servicios normales o especiales de Urgencia aún no sustituidos por los PAC, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia y también a los profesionales de los actuales Equipos de Atención Primaria (EAP), en los términos descritos en el artículo 5.4 del Decreto 172/1995 de 18 de mayo, y se desenvuelve en el espacio geográfico de la Comunidad Autónoma de Galicia. En consecuencia, ha de rechazarse el óbice procesal de inadecuación de procedimiento articulado por la parte demanda.

SEGUNDO. Entrando en lo que constituye el fondo del asunto litigioso que nos ocupa, interesa la parte actora que se dicte sentencia declarando el derecho del personal afectado a, por un lado, una jornada laboral que no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las de atención continuada, por cada período de siete días en un período de referencia máximo de cuatro meses o subsidiariamente de seis meses y, en segundo lugar, a disfrutar de un día de descanso al finalizar la realización de cada guardia de presencia física de veinticuatro horas en el día siguiente a aquel en el que se realizó sin detrimento de sus retribuciones y, además, en todo caso, después de veinticuatro horas de prestación continuada. Conviene dejar sentado que, por mas que la Sala ha de ceñirse en su resolución a la situación existente al tiempo de la presentación de la demanda del presente conflicto colectivo, la simple posibilidad y mero dato de que la Directiva 93/104/CE hubiese sido traspuesta al ámbito nacional por el Real Decreto 1.561/1995, de 21-septiembre (ámbito privado) y por las Resoluciones de 19-septiembre-1994 y 27-abril-1995 (marco de las Administraciones Públicas), como ya se anticipó por esta Sala en resoluciones anteriores, en modo alguno se erigiría en cortapisa a la línea argumental sustentada por la parte demandante en orden a que la situación fáctica a que se refiere el litigio hubiese de regirse por lo normado en la antedicha disposición comunitaria - principios de aplicabilidad directa y de primacía - en tanto que, al no sujetarse a condición alguna y ofreciéndose suficientemente precisa – Sentencia Becker, de 19-enero-1982 – la inmediata aplicabilidad de la misma no solamente procede cuando el Estado miembro se haya abstenido de adaptar el Derecho nacional a la Directiva, dentro del plazo previsto, sino también cuando haya efectuado una adaptación incorrecta – en tal sentido Sentencia 27/1994, de 24-febrero- sin que pueda soslayarse, saliendo al paso de lo argüido por la parte demandada en orden a que la Comunidad Autónoma de Galicia no es el Estado y en consecuencia, no tendría facultades para trasponer la meritada disposición, que consolidada jurisprudencia comunitaria viene determinando que una Directiva puede invocarse frente a Organismos o Entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, tales como las entidades territoriales o aquellos Organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público, bajo el control de esta última, pudiendo citarse, en tal sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades 149/1989, de 22-junio, Asunto "F.C."; 103/1988; 43/1991, de 12-julio, Asunto "F., y otros"; y 256/1997, de 4-diciembre, Asunto "K."), sin que quepa soslayar, a mayor abundamiento, que, según contempla el preámbulo del Decreto 200/93, sobre Ordenación de la Atención Primaria de la Salud en la C.A. de Galicia, el artículo 33 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía para Galicia, establece que corresponde a la C.A. el desarrollo legisla-

tivo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materias de sanidad interior y Seguridad Social, salvo las normas que configuren el régimen económico de la misma, así como la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos, así como que la C.A. podrá organizar y administrar, a tales fines y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas.

TERCERO. En relación con la primera de las cuestiones que se someten a esta Sala, relativa a la jornada máxima, en los términos "ut supra" recogidos, partiendo del hecho de que, en atención a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) a medio de Auto de fecha 3 de julio de 2001, la actividad del personal médico y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde en los puntos de atención continuada, en los equipos de atención primaria y en otros servicios de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/ CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en cuyo preámbulo se hace una invocación al articulo 118 del Tratado, en el que se prevé que, a través de Directivas, el Consejo establezca las condiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, así como a la Directiva 89/391/CE dirigida a la aplicación de medidas que promuevan la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, para afirmar que las disposiciones de tal Directiva son de aplicación en el ámbito de la 93/104, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas y/o específicas que ésta contenga, sin soslayar que el propio Auto determina que el tiempo de atención continuada en régimen de presencia física del personal en cuestión debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104, y que, la misma resolución del TJCE, determina que la actividad del meritado personal no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las excepciones o exclusiones previstas en el artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, aun cuando admite que pueda estar comprendida en las excepciones previstas en el artículo 17 de la Directiva 93/104, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos por dicha disposición, como quiera que el artículo 6 de la citada disposición comunitaria, asevera que "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección, de seguridad y de la salud de los trabajadores... 2) la duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días", tal declaración constituye, diríamos, un "mínimum" asegurado en pro de los intereses de los trabajadores que sólo pudiera conculcarse en el supuesto de que concurriesen las condiciones y requisitos para la aplicación de alguna de las excepciones del artículo 17 de la propia disposición comunitaria, siendo de tener en cuenta que, a juicio de la Sala, no es de considerar que la jornada de trabajo del personal a que se contrae este litigio no tenga una duración determinada y/o establecida previamente ni que pueda ser determinada por los propios trabajadores de manera que no entraría en el ámbito de las actividades allí contempladas y claramente no aparece citada entre las que, de modo expreso, refiere dicho párrafo 1 en sus apartados a), b) y c), siendo así que aún cuando la actividad del colectivo demandante pudiera, "prima facie", incardinarse en el párrafo 2 del citado artículo 17 de la Directiva 93/104, al referirse éste, en el apartado 2.1.i) a "servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares, instituciones residenciales y prisiones", no puede obviarse el hecho de que, las excepciones podrían, en su caso, referirse a lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5, 8 y 16, siendo así que lo relativo a la jornada máxima viene contemplado, como se dijo, en el artículo 6 de la tan citada disposición comunitaria, y aún más, en todo caso, exigiría la adopción de las medidas y el cumplimiento de los requisitos allí contemplados - a la sazón concesión de períodos equivalentes de descanso compensatorio o cuando ello no sea posible, concesión equivalente a los trabajadores de que se trate - cuya concurrencia, esto a mayor abundamiento, no se evidencia en el presente supuesto, y si bien es cierto que en el artículo 18 de la propia Directiva se contempla la posibilidad de no aplicación del artículo 6, tampoco se ha puesto de manifiesto la coincidencia, en este supuesto, de los requisitos que ello conllevaría, según refiere la propia norma, a saber, trasposición de la norma y adopción de las medidas allí contempladas singularmente, consentimiento del trabajador para efectuar el trabajo en períodos de tiempo superiores a los establecidos en la

disposición y que ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por no estar dispuesto a dar dicho consentimiento, además de otras que se reseñan en el precepto, siendo de destacar que si en el artículo 6 del Decreto 200/93 de 29 de julio, de Ordenación de la Atención Primaria de la Salud en la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el DOG número 167, de 31 de agosto de 1993, se determina, bajo la rúbrica "De la jornada de trabajo", que: "1. La jornada de trabajo del personal será de 40 horas semanales, sin perjuicio de la dedicación que pudiera corresponderle por la participación en los turnos de atención continuada", en el artículo 4 del Decreto 172/95, de 18 de mayo, se establece, párrafos 1 y 2, que: "El horario de apertura y funcionamiento de los PAC abarcará desde las 15 horas hasta las 8 horas del día siguiente, en días laborales, sin perjuicio de la modalidad asistencial que en la actualidad rige para el sábado y las 24 horas del día, los domingos y festivos. La prestación de asistencia se realizará mediante la modalidad de presencia física", de manera que, en atención a lo hasta ahora expuesto, no deviene procedente entender como excepción a la preceptuado en el artículo 6.2 de la Directiva 93/104, al contemplar lo que antes denominamos "mínimun" asegurado en pro de los trabajadores, en relación con lo acordado en el Auto del TJCE de 3 de julio de 2001, lo establecido en disposición del Derecho interno que se opusiese a lo allí establecido adicionando a la jornada laboral semanal la dedicación del trabajador en los turnos de atención continuada en forma y duración tales que en conjunto, implicase un período temporal superior a las 48 horas en el período de 7 días, siendo de estimar, aunque en parte, la primera de las pretensiones, pues - en atención al punto 6 de la Sentencia del TJCE, de 3 de octubre de 2000, al sustanciar una cuestión prejudicial planteada por el T.S.J. de Valencia en un supuesto de análogas características confiriendo a los particulares derecho a que el período de referencia para el establecimiento de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses, a falta de normas nacionales que adapten el Derecho interno a lo dispuesto en el artículo 16 o que adopten expresamente alguna de las excepciones de los números 2,3,y 4 del artículo 17 - ha de accederse a la primera petición en el sentido de que la jornada laboral del personal afectado por el presente procedimiento no ha de exceder de cuarenta y ocho horas, incluidas las de atención continuada, por cada período de siete días, y en un período de referencia máximo de doce meses.

CUARTO. En lo que atañe a la segunda cuestión de las planteadas en la demanda rectora del presente procedimiento de Conflicto Colectivo, relativa al derecho a disfrutar de un día de descanso al finalizar la realización de cada guardia de presencia física de 24 horas y en el día siguiente a aquel en el que se llevó a cabo y en todo caso después de 24 horas de prestación continuada, por más que el ya referido preámbulo del Decreto 220/93 de la C.A. de Galicia, refiriéndose al objetivo de modernización de la Atención Primaria Gallega, hizo mención, entre otras consideraciones, a la "Alta calidad y garantía de seguridad para los ciudadanos", "la jornada laboral adecuada que contemple las necesidades asistenciales y el necesario descanso de los profesionales" y a la "racionalidad en la distribución de los recursos y cargas de trabajo", en tanto que el Decreto 172/95, de la propia C.A. de Galicia, después de establecer que "Uno de los objetivos prioritarios de la política de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais es impulsar la modernización del nivel primario de salud a través de la reforma de la Atención Primaria de Galicia", dejó constancia de que "es necesario adecuar la atención de urgencias prestada a la población desde el ámbito de la Atención Primaria, dotándola de equipamiento y personal suficiente, con el objeto de garantizar una prestación de servicios eficiente, homogénea y de calidad...", de lo que no es difícil deducir que las condiciones laborales de quienes prestan servicios en el ámbito de la referida Atención Primaria - como en otras áreas de la Sanidad Pública - constituyen un capítulo esencial para lograr el objetivo a que se contrae el artículo 41 de la Constitución Española, garantizando a los ciudadanos una asistencia sanitaria adecuada y, en tal aspecto, las medidas atinentes al descanso de los trabajadores se revelan fundamentales, siendo así que si el preámbulo de la propia Directiva 93/104/CEE, invoca la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada por el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989, en la que se deja patente que: "19. Todo trabajador debe poder beneficiarse, en su lugar de trabajo, de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deberán tomarse las medidas adecuadas para proseguir la modernización, por la vía del progreso, de las condiciones existentes en este

ámbito", añadiendo el propio preámbulo en uno de sus considerandos que "para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores de la Comunidad, éstos deberán poder disfrutar de períodos mínimos de descanso - diario, semanal y anual – y de períodos de pausa adecuados...", y que, aún cuando en un contexto de jornada laboral distinto, el artículo 9 del "ut supra" reseñado Decreto 172/95, hace mención de que "el Servicio Galego de Saúde facilitará la adopción de las medidas oportunas para hacer efectiva la libranza del día siguiente tras la realización de una guardia de presencia física, sin que ello implique, en ningún caso, la sustitución del profesional o profesionales", deviene procedente en atención a lo expuesto y al socaire de lo establecido en las disposiciones comunitarias antes referidas, esto es, la 89/391, como marco jurídico base y la 93/104, en tanto tiene por objeto promover la mejora de la seguridad, higiene y salud de los trabajadores en el trabajo, partiendo de la base de que la actividad del personal médico y de enfermería a que se refiere el presente procedimiento de Conflicto Colectivo, es incardinable en el ámbito de aplicación de tales Directivas, acoger la segunda de las pretensiones a que se ciñe el suplico de la demanda rectora del litigio, si bien parcialmente pues solicitando la parte demandante que se declare el derecho al disfrute de un día de descanso después de la prestación de cada guardia de presencia física de 24 horas y en todo caso después de 24 horas de prestación continuada la Sala, al socaire del artículo 3 de la Directiva 93/104/CEE, donde se establece que " los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas" aplicable a tenor de lo establecido en la resolución del T.J.C.E. de 3 de julio del año en curso, entiende procedente, declarar el derecho del personal afectado por el presente Conflicto colectivo al disfrute de un período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas, esto es después de cada guardia de presencia física de 24 horas y en el día siguiente a aquél en el que se realizó, sin detrimento de sus retribuciones y en todo caso después de 24 horas de prestación continuada, sin perjuicio de que, en atención a lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva 93/104/CEE, donde se contemplan excepciones a lo dispuesto, entre otros, en el art. 3 de la Directiva mencionada, mediante procedimientos legales reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales y siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores o en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos de descanso, se conceda una protección equivalente, puedan establecerse excepciones a lo dispuesto en el citado art. 3 de la mencionada Directiva Comunitaria. En consecuencia,

## Fallamos

Estimando en parte la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) frente al Servicio Galego de Saúde, declaramos el derecho del personal afectado: 1º) A una jornada laboral que no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las de atención continuada, por cada período de siete días en un período de referencia máximo de doce meses. 2º) A disfrutar de un período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas, al finalizar la realización de cada guardia de presencia física de veinticuatro horas, en el día siguiente a aquel en que se realizó, sin detrimento de sus retribuciones y, en todo caso, a continuación de veinticuatro horas de prestación continuada, sin perjuicio de lo establecido en el fundamento jurídico cuarto en orden a la posibilidad de establecer excepciones a lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 93/104/CEE.

**3248** **Recurso nº 3.356/01**

**S.S.** DESPEDIMENTO. EXISTENCIA DE GRUPO DE EMPRESAS. CONCORRENCIA DE INDICIOS. CONDENA SOLIDARIA ÁS EMPRESAS PERTENCENTES Ó GRUPO.

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

A Coruña, a trece de septiembre de dos mil uno.

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. 3.356/01 interpuesto por "I.C., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por A.L.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "I.C., S.A." y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 39/01 sentencia con fecha veintitrés de marzo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1°.- Don A.L.A., mayor de edad, con D.N.I..., domiciliado en c/..., Vigo, ha venido prestando servicios para la empresa "A.P.I., S.A." (API), empresa mixta Hispano-Argentina, en virtud de un contrato de trabajo de fecha 1 de julio de 1981, con la categoría de Primer Oficial de Cubierta, y con las demás condiciones que se estipulan en el contrato, obrante al folio 87 a 92, que se da por reproducido./2°.- En febrero de 1988, el actor cesó voluntariamente en la empresa, trabajando posteriormente para "R." y volvió a trabajar en API en octubre de 1989./3°.- Con fecha 15 de agosto de 1996, el actor y la API- "A.P.I.", S.A.M.C.F.I., firmaron contrato de trabajo, por el que el trabajador desempeña la calidad de técnico de pesca, a bordo del buque pesquero "API-IV", obrante al folio 93 y que se da por reproducido./4°.- Dada la situación económica de la empresa en el año 1997, el demandante, presentó demanda sobre rescisión de contrato, frente a "A.P.I." y "P.S., S.A.", que correspondió al Juzgado Social número 3 de Vigo, procedimiento número 685/97, de cuya demanda desistió el trabajador, al haberse llegado a un acuerdo, que se plasmó por escrito, en el que se expone: "PRIMERO.- El Sr. L.A. es trabajador de la empresa "A.P.I." con una antigüedad de 01.07.81, con categoría profesional de "Capitán de Pesca".- SEGUNDO. -La Entidad Mercantil "A.P.I." (API) reconoce adeudar a don A.L. en concepto de liquidación de marea y salarios pendientes la cantidad de CINCO MILLONES TRESCIENTAS MIL (5.300.000) Pesetas.- El trabajador reconoce que la citada cantidad es la adeudada por la empresa por todos los conceptos a la fecha del presente documento, sin que tenga nada más que reclamarle en concepto de salarios, liquidación u otro concepto.- TERCERO.- API se compromete a abonar al Sr. L.A., a la firma del presente documento, la cantidad de DOS MILLONES (2.000.000) DE PESETAS, sobre la cantidad adeudada.- CUARTO.- El resto de la cantidad adeudada al Sr. L.A., TRES MILLONES TRESCIENTAS MIL (3.300.000) PESETAS será abonada al mismo por API en el transcurso de la primera campaña del buque en el que figure embarcado (aproximadamente 6-7 meses), porcentualmente al finalizar cada una de las mareas que componen la citada campaña, de forma que el trabajador se encuentre totalmente liquidado de las deudas reconocidas en el presente documento en el momento en que vuelva a España de vacaciones procedente de Argentina.- QUINTO.- El trabajador se compromete a reincorporarse de inmediato, o en la fecha en que se le indique por parte de la dirección de la empresa, al buque que se le designe, a cuyo efecto se le facilitará un billete de avión para su traslado a la República Argentina.- SEXTO.- La empresa reconoce la totalidad de los derechos que venía disfrutando el trabajador, sus salarios, antigüedad, y demás condiciones por las que venía prestando sus servicios para API, hasta la fecha.- SÉPTIMO.- El trabajador continuará de alta en el Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social en España como venía haciéndose hasta la fecha, efectuándose las cotizaciones por parte de la empresa de conformidad con el grupo profesional que corresponda al trabajador.- OCTAVO.- Por su parte el trabajador Sr. L.A. se compromete a desistir del procedimiento que, por rescisión de contrato, tiene planteado ante el Juzgado de lo Social n° 3 de Vigo, con n° 685/97"./5°.- El salario percibido y que ha de servir de módulo de indemnización a los efectos de la acción ejercitada es de 569.144 ptas. mes, teniendo en cuenta que la retribución percibida en el último periodo liquidado asciende a 2.105.835 Ptas., que dividido entre 111 días, da un salario día de 18.971 ptas. y multiplicado por 30, supone las 569.144 ptas. mencionadas. Su categoría profesional en la actualidad es la de Garantía de Pesca. También tenía señalado un porcentaje sobre la pesca obtenida del 3%. A partir de 1998 el actor aparece dado de alta en Seguridad Social por "E.P., S.L.". /6°.- Con fecha 5 de diciembre de 2000, al haber concluido la marea en Puerto Madryn, el Sr. I.L. le hace entrega de un billete de avión para España, y que hablara con el Sr. F.. A primeros de diciembre habló con dicho Sr. F., el cual le dijo, que hablaría con gente de API, y ésta le

comunicó que no había nada que hacer. El actor tenía vacaciones del 8 al 25 y el 27 se le comunica el despido verbalmente y el 28 el trabajador dirige un telegrama al despacho del letrado representante de API, solicitando aclaración de la situación laboral, en caso contrario procederá a demandar por despido./7º.- Se presentó papeleta de conciliación, y el 18 de enero de celebró el acto, en el que el representante de la empresa "E.P., S.L.", reconoce la improcedencia del despido, en el que se ofrece como indemnización la cantidad de 4.287.446 ptas., que corresponden a su antigüedad de 01.10.89 como alto cargo y a salarios de trámite correspondientes a los días que median entre la finalización de sus vacaciones el día 20 de diciembre y el día de la fecha cifradas en 569.144 ptas.; cantidad que al no ser aceptada se depositó en la cuenta provisional de consignaciones./8º.- El vigente artículo 40 de la Ley Federal de Pesca Argentina dispone: La tripulación de los buques pesqueros deberá estar constituida de acuerdo a las estipulaciones siguientes: a) Las habilitaciones de capitanes y oficiales se reservan para los argentinos nativos, por opción o naturalizados. /9º.- La empresa "E.P.", con un capital social de 500.000 ptas., compró un paquete de acciones de API, pasando a hacer tareas de gestión./10º.- La sociedad "I.C." (IBERCONSA), se constituyó por escritura pública de 15 de mayo de 1981, ante el Notario de Vigo don M.L.L., número 1.620, por don D.R.P., don D.C.G., don A.L.S. y don J.R.T., con capital social de 10.000.000 de ptas. representado por mil acciones nominativas de diez mil ptas. de valor nominal cada una, suscribiendo don D.R.P., doscientas cincuenta acciones, don D.C., doscientas cincuenta acciones, don A.L.S. doscientas cincuenta acciones y don J.R.T. doscientas cincuenta acciones. El objeto de la S.A. es la comercialización de productos alimenticios congelados, así como cualquier actividad relacionada con la anterior, afines o complementarias y cualquier otra actividad mercantil o industrial. Este documento se inscribió en el Registro Mercantil al folio 18 del Libro 284 de sociedades, Inscripción la de la Hoja número 4.032, en Pontevedra el 7 de julio de 1981. /11º.- "I.A., S.A.", se constituyó en Buenos Aires el día dos de julio de 1997, siendo su domicilio en..., provincia de Chubut (República Argentina), por medio de escritura pública que figura a los folios 153 a 160 y que se da por reproducida. Dicha sociedad se crea para quedarse con la mercancía o productos de pesca que realiza la empresa API, que estaba en suspensión de pagos. Esta mercancía se descarga en... y el pescado se metía en cajas que ponía "I.C." En dicho puerto existe una oficina de API, en la que I aparece un letrero de Gerente de "I.", y como tal don J.L.I../12º.- La Sociedad "I.C., S.A." tiene en Internet una Página Web, en la que se publica como Grupo formado por varias empresas entre ellas "I.A.", e integrada por una flota de buques entre los que se encuentran Api II, Api IV y Antártida./13º.- El buque Antártida, estaba mandado por el capitán de nacionalidad Argentina don R.H.C., como consta en dos extractos de constancia, que obran a los folios 116 a 120 que se dan por reproducidos. /14º.- Se celebró acto de conciliación, con el resultado que ya consta. El demandante no ostenta cargo de representación laboral o sindical alguno. En el acto de juicio la parte actora desistió frente a la empresa "S., S.A." al no tener ninguna participación, y como consecuencia de ello no procede tampoco la intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL"

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte la demanda planteada por don A.L.A., contra las empresas "I.C., S.A." "I.A., S.A.", "A.P.I., S.A." (API), "E.P., S.L." y "P.S., S.", debo condenar y condeno solidariamente a dichas empresas a que abonen al trabajador la cantidad de CUATRO MILLONES DOSCIENTAS OCHENTA y SIETE MIL CUATROCIENTAS CUARENTA y SEIS PESETAS (4.287.446,-) como indemnización y QUINIENTAS SESENTA y NUEVE MIL CIENTO CUARENTA y CUATRO PESETAS (569.144,-) por salarios de trámite, como consecuencia del desistimiento del contrato o relación laboral que unía a "A.P.I., S.A."(API), con el demandante."

CUARTO.- Con fecha 30.04.2001 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "S.Sª. Ilma. Doña A.T.M., Magistrado del Juzgado de lo Social número 5 de esta Ciudad, dijo: Que debía aclarar y aclaraba el Hecho Probado 14º de la sentencia número 174 bis/01, en el sentido de que debe añadirse un último párrafo que diga: "En el acto de Juicio la parte actora desistió frente a la empresa "P.S., S.A." al no tener ninguna participación, y como consecuencia de ello no procede tampoco la intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL". Así mismo, debía aclarar y aclaraba el Fallo de dicha sentencia, quedando su redacción del tenor literal siguiente: FALLO: Que estimando en parte la demanda planteada por don A.L.A.,

contra las empresas "I.C., S.A.", "I.A., S.A.", "A.P.I., S.A." (API), y "E.P., S.L.", debo condenar y condeno solidariamente a dichas empresas a que abonen al trabajador la cantidad de CUATRO MILLONES DOSCIENTAS OCHENTA y SIETE MIL CUATROCIENTAS CUARENTA y SEIS PESETAS (4.287.446,-) como indemnización y QUINIENTAS SESENTA y NUEVE MIL CIENTO CUARENTA y CUATRO PESETAS (569.144,-) por salarios de trámite, como consecuencia del desistimiento del contrato o relación laboral que unía a "A.P.I., S.A." (API), con el demandante".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- La Empresa recurrente –"I.D.C., S.A."– fue condenada en forma solidaria por el desistimiento del contrato que unía al demandante con "A.P.I., S.A" (API). Pronunciamiento que aquélla combate en este trámite, con un primer motivo –vía art. 191.b) LPL en el que se solicita: (a) Que se modifique el cuarto de los HDP, en el sentido de añadir que el acuerdo con API es de fecha 17-febrero-98; (b) que el undécimo ordinal sea expresivo de que ""I.A., S.A.", se constituyó en Buenos Aires el día dos de julio de 1997, siendo su domicilio en..., provincia de Chubut (República Argentina), por medio de escritura publica que figura en los folios 153 a 160 y que se da por reproducida. El objeto social es la dedicación por cuenta propia o de terceros o asociada a terceros, dentro o fuera del país, a las siguientes actividades: a) Importaciones, exportaciones, comisiones, representaciones y mandatos; b) operaciones comerciales e Industriales en los ramos y anexos de alimentación, extractivas, minería, pesca y sus derivados; c) Compra, venta hipoteca arrendamiento administración fletamento y chateo de buques y toda clase de operaciones relacionadas con bienes inmuebles y muebles registrables. Entre dichas actividades se encuentra la comercialización de la mercancía o productos de pesca que realiza la empresa API, que estaba en suspensión de pagos, en el año 1997, que se descarga en... y el pescado se metía en cajas de "I."". (c) que en ese mismo HDP se rectifique su apartado segundo, para que resulte indicativo de que "En dicho puerto existe una oficina de API, en la que aparece un letrero de gerente de "I.C., S.A.", donde presta servicios J.L.I., trabajador de API, con categoría de Capitán" 2.- Se admite la primera de las modificaciones, por cuanto que la documental que a este efecto se invoca –folio 137– justifica que la fecha del acuerdo fue –tal como se pretende– la de 17-febrero-98. 3.- Diversa suerte corresponde a la segunda, porque si bien la escritura de constitución de la sociedad muestra –efectivamente– que el objeto social escriturado es el que la parte recurrente afirma, sin embargo ello no es suficiente para revisar –excluir, más bien– la conclusión del Magistrado de instancia, respecto de que la constitución de la sociedad –con aquel objeto– vino básicamente determinada por el objetivo de "quedarse con la mercancía o productos de pesca que realiza la empresa API, que estaba en suspensión de pagos". La divergencia entre el objeto formal genérico y motivación real específica es ciertamente factible y legal, al referirse el primero a simples posibilidades de actuación futura y concretarse el segundo en la actividad prevista como de inmediata realización. Y aunque parezca superfluo, es obligado recordar que estamos en un proceso extraordinario y que la convicción judicial de instancia ha de mantenerse por el Sala, a menos que se evidencie documentalmente que el criterio *a quo* no se corresponde con la realidad; lo que –según se ha indicado– no es el caso de autos. 4.- Otro tanto ha de decirse de la última modificación, la relativa a que el Sr. I., presta servicios para API con categoría de Capitán y que no figuraba como Gerente de "I.", sino que simplemente prestaba servicios en la dependencia de API en..., siquiera lo hiciese –el extremo no queda claro en la redacción ofertada– en la oficina que tiene aquel rótulo de Gerente de "I., S.A.". Y se impone la misma conclusión del anterior apartado, porque la conclusión del Magistrado –obtenida de dos testimonios– es conciliable con el hecho de que oficialmente figure como trabajador de API, con lo que la documental expresiva de este último dato –folio 64– únicamente vendría a ratificar la confusión de plantillas.

SEGUNDO.- Por el cauce del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia –en el apartado de examen del Derecho– la interpretación errónea del art. 1.2 ET, así como de los arts. 6.4 y 7.2 CC. A través de esta denuncia se cuestiona la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo" para concluir la existencia de grupo empresarial y –sobre todo– para atribuir la solidaridad apreciada por el Magistrado de instancia. 1.- Sobre tales extre-

mos, la Sala reitera doctrina ya expuesta en numerosas ocasiones –entre las últimas, sentencias de 26-febrero-99 R. 585/96, 4-marzo-99 R. 100/99, 30-junio-99 R. 3.243/96, 6-noviembre-00 R. 4.283/00, 9-mayo-01 R. 4.700/97 y 30-mayo-01 R. 2.125/01– y recuerda con la STS 30-junio-93 Ar. 4.939 que en el ámbito mercantil son sobradamente conocidas y tratadas las diversas manifestaciones positivas de la concentración de capitales y fuerzas empresariales (Agrupaciones de Interés Económico, reguladas por Ley 12/91, de 29-abril; Agrupaciones de Empresarios, a las que aplicar el art. 42 del Código de Comercio, el art. 87 Ley de Sociedades Anónimas, y la Ley 24/88 de Mercado de Valores; las Uniones Temporales de Empresas de que trata la Ley 18/82, de 26-mayo, modificada por la Ley 12/91, de 29-abril; en materia de seguros privados, el RD 2.486/98, de 20-noviembre, modificado por RD 996/2000, de 2-junio). Y aunque también sea conocida la figura en el campo del Derecho Fiscal (en donde se aplica la responsabilidad solidaria por todas las deudas tributarias del Grupo, conforme al art. 38 Ley 10/82, de 26-abril, que modifica la Ley General Tributaria; y en el que asimismo, el Grupo es contemplado por el RD 537/97, de 14-abril), lo cierto y verdad es que en el campo del Derecho laboral –fuera de las escasas referencias que representan el art. 3 y la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto-ley 1/92, de 13-abril (después Ley 22/92, de 30-julio), sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, del art. 7 del Real Decreto 830/85 (30-abril), sobre Empresas Pesqueras Conjuntas, del art. 51-14 ET, en relación con el art. 42 del Código de Comercio–, la Ley 10/97 (24-abril) sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (modificada por la Ley 44/99, de 29-noviembre), la cuestión relativa a la responsabilidad de los Grupos de Empresas es materia huérfana de tratamiento sustantivo y tan sólo tiene meras alusiones en sede procesal (arts. 16.5, 80.1.b), 82.3.a) y 246 LPL). Ahora bien, ello no ha impedido un copioso tratamiento Jurisprudencial, que parte de la STS de 19-mayo-69 (Ar. 2.773) y en el que se ha pasado de una inicial concepción en el que la pertenencia al Grupo se considera un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, al más moderno criterio de admitir la trascendencia del referido Grupo cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales. 2.- Reproduciendo nuestras sentencias precedentemente citadas, que reiteran criterio ya expuesto en las de fechas 16-febrero-94 (R.108/94), 17-marzo-94 AS 2.877, 13-diciembre-95 (R. 4.847/93), 15-octubre-97 (R. 2.932/95), 20-enero-98 (R.1.872/95) y 13-febrero-98 (R. 2.032/95), hemos de indicar nuevamente que: (a).-El criterio general que actualmente se mantiene es el de que los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales (SSTS de 23-junio-83 Ar. 3.043, 3-marzo-84 Ar. 1.512), de manera que el control de unas Sociedades por otras a través del capital social no altera su respectiva personalidad jurídica, salvo en los supuestos legales de fusión por absorción; y que tan sólo se admite "levantar el velo" de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) y trascendiendo de las formalidades jurídicas, cuando concurren específicas circunstancias. O lo que es igual, "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales" (STS 26-noviembre-1990 Ar. 8.605, 30-junio-1993 Ar. 4.939, 20-enero-1997 Ar. 618, 29-octubre-1997 Ar. 7.684 y 26-enero-1998 Ar. 1.062). (b).- Asimismo se mantiene en doctrina (STS 29-octubre-1997 Ar. 7.684) que las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio de empresarios. La jurisprudencia ha utilizado para optar por una u otra de las soluciones diversos criterios, como son el de atenerse a la realidad en la identificación del empresario, en virtud del cual debe ser considerado como tal, de acuerdo con el art. 1.2 del ET, quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de ley y la valoración de la responsabilidad solidaria, como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo, de acuerdo con el ordenamiento vigente. (c).- La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos –el

principio de "primacía de la realidad"–, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad (SSTS 3-marzo-1987 Ar. 1.321, 8-octubre-1987 Ar. 6.973 y 30-junio-1993 Ar. 4.939). En este sentido declaró ya la STC 46/1983 (27-mayo) que corresponde a la Jurisdicción Laboral resolver quién es el "empresario verdadero" y quién opera como "empresario aparente" para eludir consecuencias de orden laboral que pudieran resultarle gravosas, "y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos". Y en tal línea se ha indicado que para dispensar la obligada tutela judicial –art. 24.1 CE– los Tribunales pueden penetrar en el sustrato de las personas jurídicas y "levantar su velo", al objeto de proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados, pues su respeto es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el art. 10.1 CE (STS 25-septiembre-89 Ar. 6.488). Pero la carga de la prueba de los supuestos determinantes de la responsabilidad del grupo empresarial recae sobre "quien pretende hacer valer los efectos jurídicos laborales atribuidos a los mismos" y que "aunque esta carga no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociables o mercantiles del grupo [...] sí ha de alcanzar a las citadas características especiales que tienen relevancia para las relaciones de trabajo" (SSTS 3-mayo-1990 Ar. 3.946, 29-mayo-1995 Ar. 4.455 y 30-diciembre-1995 Ar. 1.003). 3.- Entre los referidos elementos adicionales, determinantes de responsabilidad del grupo y que resume la reciente STS 21-diciembre-2000 Ar. 1.870, son de destacar los siguientes: (a).- La prestación de servicios para las diversas Empresas (SSTS 4-marzo-1985 Ar. 1.270 y 7-diciembre-1987 Ar. 8.851), bien en forma simultánea e indiferenciada (SSTS 29-marzo-78 Ar. 78 Ar. 1.111, 6-mayo-81 Ar. 2.103 y 8-junio-88 Ar. 5.251), o bien de manera alternativa (SSTCT de 4-noviembre-81 Ar. 6.441 y 9-julio-82, así como STS de 1-junio-78 Ar. 2.247), o también sucesivamente por mor de contratos encadenados (STCT de 3-febrero-84 Ar. 939, 14-octubre-86 Ar. 9.473 y 27-marzo-87 Ar. 6.699); en el bien entendido de que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores" (SSTS 26-noviembre-1990 Ar. 8.605, 30-junio-1993 Ar. 4.939 y 26-enero-1998 Ar. 1.062). (b).- La superposición de Empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del Grupo o conjunto de Empresas, agrupadas bajo unas mismas coordenadas y dictados (SSTS 6-mayo-81 Ar. 2.103, 5-marzo-85 Ar. 1.274 y 8-octubre-87 Ar. 6.973; STCT de 4-julio-87 Ar. 6.053); o en otras palabras –SSTS 24-julio-1989 Ar. 5.908 y 30-diciembre-1995 Ar. 1.003– que se aprecie en el grupo de empresas una relación vertical de dirección y una dirección unitaria proyectada tanto sobre las relaciones económicas como empresariales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, trascienda una misma realidad económica –fragmentada jurídicamente– proyectada a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales. (c).- La amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influye en situaciones de crisis afectante a alguna de las Empresas del Grupo (SSTS de 11-diciembre-85, 10-noviembre-87 Ar. 7.838, 19-noviembre-1990 Ar. 8.583 y 30-junio-1993 Ar. 4.939), lo que tiene lugar en los supuestos de "caja única", falta de "tesorería propia", "cajas aparentemente únicas", renuncias internas de créditos, pago de nóminas y de las cuotas de la Seguridad Social" (STS 8-junio-88 Ar. 5.256); (d).- La existencia de una apariencia externa unitaria, que justifica la responsabilidad global del Grupo, en aras a la seguridad jurídica y al principio de que quien crea una apariencia verosímil se halla obligado frente a los que de buen fe aceptan tal apariencia como una realidad (SSTS de 8-octubre-87 Ar. 6.973, 10-noviembre-87 Ar. 7.838, 12-julio-88 y 22-diciembre-89 Ar. 9.073, 19-noviembre-1990 Ar. 8.583 y 30-junio-1993 Ar. 4.939); (e).- La utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las Empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores (SSTS de 30-enero-90

Ar. 233, 3-mayo-90 Ar. 3.946, 4-mayo-90 Ar. 3.960, 24-septiembre-90 Ar. 7.045, 31-enero-91 Ar. 200, 22-marzo-91 Ar. 1.889); y (f).- La creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SSTS 11-diciembre-1985 Ar. 6.094, 3-marzo-1987 Ar. 1.321, 8-junio-1988 Ar. 5.256, 12-julio-1988 Ar. 5.802 y 1-julio-1989).

4.- Pues bien, a lo que entendemos, en aplicación de esta doctrina –que la recurrente cita con detalle y acierto– el relato de los HDP ha de llevarnos a concluir la existencia de Grupo Empresarial y a justificar la condena solidaria impuesta en la decisión recurrida. Y para ello, baste la referencia somera a los siguientes elementos "adicionales" de entre los citados por la doctrina jurisprudencial: (a) se crea una apariencia unitaria, hasta el punto de que los buques de API los presenta "I., S.A." como propios en Internet, y de que como tales son considerados en la prensa española y argentina (véase la prueba documental aportada por el actor); (b) la empresa en la que el actor está dado de alta y que consigna una indemnización de casi cinco millones de pesetas –"E.P., S.L."– tiene una clara finalidad de "gestión" (así lo reconoce su propio Gerente en el acto de juicio) y carece de un sustento real justificativo de aquel desembolso (su capital social asciende a 500.000 ptas.: ordinal noveno); (c) toda la prueba de autos e incluso las manifestaciones de parte evidencian que la recurrente –directamente o a través de su filial "I.A., S.A."– se superpone en la toma de decisiones a API –empresa cuya suspensión de pagos no consta hubiese cesado–, como lo evidencia también el que en el despido del actor únicamente hayan intervenido el Gerente de "I.A., S.A." –Sr. I.– y el Gerente de "I.C., S.A." Sr. F., al que es remitido el demandante por el primero; y (d) es más, la posición del propio Sr. I., evidencia la confusión de plantillas, pues aunque formalmente es Capitán al servicio de API, en la realidad actúa por cuenta de "I.A., S.A." y figura como Gerente de tal Empresa en... Por todo lo indicado,

### Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por "I.C., S.A.", confirmamos la sentencia que con fecha 23-marzo-2001 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número cinco de los de Vigo, a instancia de don A.L.A. y por la que se acogió la demanda formulada.

## 3249 Recurso nº 3.409/2001

**S.S.** DESPEDIMENTO. CADUCIDADE DE ACCIÓN. SUSPENDE O PRAZO A INTERPOSICIÓN DA DEMANDA, POR MÁIS QUE SEXA ARQUIVADA POR INCOMPARECENCIA DO ACTOR Ó ACTO DE XUÍZO, LOGO DE DENEGACIÓN DA SÚA SOLICITUDE DE SUSPENSIÓN DESTE.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López*

A Coruña, a catorce de septiembre de dos mil uno.

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 3.409/2001, interpuesto por don J.L.C. y Empresa "R.M.E. y T., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 101/2001 se presentó demanda por don J.L.C. en reclamación de Despido siendo demandado la Empresa "R.M.E. y T., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de marzo de 2001 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 J.L.C., mayor de edad, con D.N.I... prestó, sus servicios para la empresa "R.M.E. y T., S.L.", desde el día 2 de julio de 1998, ostentando la categoría profesional de oficial de 3ª, en... - Outeiro de Rei; por lo que le corresponde un salario mensual de 136.400 pesetas (equivalente a 4.547 pesetas diarias), con inclusión de prorratas de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- En fecha 14 de noviembre del 2000 el actor recibió comunicación de la empresa demandada, que decía textualmente: "Muy Sr. Nuestro: Con motivo de la finalización de su contrato de fecha 16.08.2000, y con nº de registro en la Oficina de empleo 19.671, ponemos en su conocimiento que con fecha 22.11.2000, finalizará el mencionado con-

trato. Por tanto y en cumplimiento de las normas vigentes sobre contratación, quedará rescindida su relación laboral con esta empresa, causando baja a todos los efectos en la misma.- Se le comunica que en cumplimiento de la normativa vigente, se le concede descanso por vacaciones correspondientes al contrato firmado, desde el día 15.11.2000 a 22.11.2000.- Asimismo se le comunica que tiene a su disposición el correspondiente recibo de saldo y finiquito.- Lo que se le comunica a los efectos oportunos, en Lugo a 8 de noviembre del dos mil".- TERCERO.- El actor no está de acuerdo con el despido, y considera que el despido no se ajusta a derecho y por lo tanto, es constitutivo de ser calificado como despido improcedente.- CUARTO.- En fecha 11.12.2000 el actor presenta papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el acto de conciliación el día 27.11.2000, con el resultado de celebrado sin avenencia.- QUINTO.- En fecha 09.01.2001 el actor interpone demanda de despido contra la empresa "R.M.E. y T., S.L:" ante el Juzgado Decano de Lugo, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, el cual por providencia de fecha 10.01.2001 señalo los actos de conciliación y juicio para el día 6 de febrero del 2001, el día 5 de febrero de 2001 el letrado de la parte actora don G.V.D. solicitó la suspensión de los actos de conciliación y juicio por encontrarse enfermo presentando el oportuno parte de baja y confirmación, en el Juzgado nº 1 de Lugo el día 5 de febrero del 2001 se dicta providencia no accediendo a la suspensión solicitada y por auto de fecha 06.02.2001 se tiene por desistido a la parte actora por no comparecer en juicio.- Contra dicha providencia y auto el actor interpone recurso de reposición, el cual es desestimado por auto de fecha 20.02.2001.- Frente a dicho auto la parte actora interpone recurso de amparo ante el tribunal Constitucional el 12.03.2001.- SEXTO.- El actor en fecha 07.02.2001 interpuso nueva demanda de despido frente a la empresa "R.M.E. y T., S.L." que correspondió esta vez al Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, solicitando en dicha demanda se declarase que el despido fue nulo o improcedente.- SÉPTIMO.- La empresa demandada "R.M.E. y T., S.L." se dedica a la siderometalúrgica.- OCTAVO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de Personal ni de representante de los trabajadores.- NOVENO.- El actor esta afiliado a la Confederación Intersindical Gallega (C.I.G.)."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que Estimando la demanda interpuesta por don J.L.C. contra Empresa "R.M.E. y T., S.L.", sobre despido, debo declarar y declaro la improcedencia del despido realizado por los demandados y en consecuencia debo condenar y condeno a este a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte por la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización que es de cuatrocientas ochenta y ocho mil setecientas setenta y dos pesetas (488.772 pesetas) entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización procede la primera; y además al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia y que hasta la fecha de la presente asciende a la suma de quinientas nueve mil doscientas treinta y cuatro pesetas (509.234 pesetas)."

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 la demanda sobre despido y dicha resolución es recurrida en suplicación por la empresa demandada y por el propio trabajador. El recurso de Suplicación formulado por la empresa demandada pretende la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, en concreto los ordinales cuarto y quinto – objetivo igualmente perseguido en el recurso formulado por el trabajador – para que se subsanen los errores materiales de la fecha de la celebración de la conciliación que fue el 27.12.00 y no el 27.11.00, y que la presentación de la primera demanda ha tenido lugar el día 29.12.00 y no el 09.01.01. En ambos casos ha de accederse a la corrección solicitada pues se trata obviamente de errores materiales como lo acredita la certificación del acta de conciliación (folios 33 y 50), aportada por ambas partes litigantes en su respectivo ramo de prueba, así como la fecha de presentación de la demanda que consta estampada en la misma (folio 47 de las presentes actuaciones).

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado el recurso de Suplicación formulado por la empresa demandada se limita a reproducir, únicamente, la caducidad de la acción que ha sido rechazada en la resolución recurrida, denunciando la infracción de los artículos 59.3 y 103 de la L.P.L., así como

infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en dos sentencias que cita de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Andalucía (Sevilla), respectivamente. La cuestión que plantea el recurrente es que el plazo de caducidad a que está sometida la acción que ejercitó no ha quedado suspendido por la presentación de una primera demanda sobre la que ha recaído auto teniendo por desistida a la parte actora al no acceder a la suspensión del juicio, solicitada por encontrarse enfermo el letrado de la parte accionante, auto contra el que pende recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al haber sido desestimado el recurso de reposición interpuesto.

Son datos que interesan resaltar para dar respuesta a la cuestión indicada, todos ellos contenidos en la versión judicial de los hechos con las modificaciones arriba aludidas, los que a continuación se exponen: a) El demandante que es despedido con efectos del día 22.11.00, presenta papeleta de conciliación ante el SMAC el día 11.12.00, celebrándose dicho acto de conciliación, sin avenencia, el 27.12.00; b) La demanda de despido se presenta ante el Juzgado Decano el día 29.12.00, señalándose el juicio para el día 06.02.01; c) El Letrado de la parte demandante solicita la suspensión el día 05.02.01 por encontrarse enfermo, adjuntando el oportuno parte de baja; d) El Juzgado no accede a la suspensión solicitada y por auto de fecha 06.02.01 dicta auto teniendo por desistida a la parte actora por incomparecencia al acto de juicio y e) El actor reproduce al día siguiente, es decir el 07.02.01, la demanda de despido y recurre en reposición contra la suspensión del juicio y contra la declaración de desistimiento, que al ser desestimada por auto de 20.02.01, interpone contra el mismo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La argumentación de la recurrente se basa en que la presentación de la segunda demanda el día 07.02.01 ha sido extemporánea sin que quepa atribuir los efectos suspensivos que preconiza la sentencia de instancia, ya que el artículo 65 de la L.P.L. limita la suspensión de dicho plazo únicamente al período de tramitación de la conciliación. Bien es cierto que la presentación de la solicitud de conciliación suspende los plazos de caducidad (artículo 65 de la L.P.L.) y el mismo efecto produce la reclamación previa (artículo 73 de la L.P.L.). Pero los mismos efectos no pueden negarse, aunque nada diga la Ley, a la presentación de una demanda judicial, pues si el instituto de la caducidad descansa sobre la sospecha o presunción de abandono de su derecho por parte del titular del mismo, cualquiera de los medios aludidos (conciliación, reclamación previa o demanda) constituyen medios idóneos y adecuados para reclamar y son todos ellos mecanismos que ponen de relieve una voluntad contraria a toda inacción que pudiera implicar abandono o dejación. A este respecto cabe traer a colación multitud de sentencias dictadas por distintos Tribunales de Justicia que declaran que la demanda de despido presentada ante órgano incompetente por razón de territorio suspende el plazo de caducidad (entre otras muchas las de esta Sala de 14.06.91, de 17.03.95 y de 28.09.95, y por todas la del Tribunal Supremo de 29.01.1996 dictada en unificación de doctrina). Por otro lado las dos sentencias citadas por la recurrente no resultan aplicables al caso enjuiciado habida cuenta de que no estamos ante supuestos iguales, ya que en aquellas se produce un desistimiento formal de la primera demanda formulada, lo que llevó a declarar "...que no interrumpe la caducidad la presentación de una anterior demanda de la que se desiste"; situación que no se produce en el caso examinado en que no hay tal desistimiento por parte del accionante y buena prueba de ello lo constituye el hecho de que el auto que rechaza la suspensión solicitada y que le tiene por desistido, se encuentra pendiente de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

TERCERO.- Por lo que atañe al recurso de Suplicación formulado por el demandante que ha visto estimada su demanda y en el expresamente hace constar que "esta parte accionante queda completamente satisfecha con el contenido de la sentencia de instancia" para terminar suplicando, en su escrito de recurso, la petición de que "se ratifique el fallo de la sentencia de instancia", cumple determinar si el recurrente, en los términos aludidos, se encuentra legitimado para interponer dicho recurso de Suplicación. Con carácter general, debe partirse de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 8 junio 1999 (RJ 1999\5.783), en el sentido de que "sólo la parte a la cual la resolución del Juez resulta desfavorable, puede, como perjudicado o gravado por ella, utilizar los medios de impugnación que la ley concede para que se reforme o revoque...". La Ley de Enjuiciamiento Civil expresamente previene los recursos podrán entablarse por quienes "puedan resultar perjudicados por la sentencia o resolución recurrida", precepto aplicable en el proceso social, a tenor de la Ley de Procedimiento Laboral, disposición adicional 1ª.1. La doctrina identifica

el perjuicio con la aparición de un pronunciamiento desfavorable para alguna de las partes, y lo relaciona con el requisito de la legitimación para recurrir en casación, aunque también se advierte que lo exigido es un interés de parte, que confiere causa suficiente, al menos en principio, al recurso, y lo hace por ello procesalmente viable. Por ello la necesidad de un interés en recurrir sigue siendo elemento indispensable. En el recurso de Suplicación formulado por el trabajador no existe otro interés que solicitar que se ratifique el fallo de la sentencia de instancia.

Quiere esto decir que el actor carece de interés legítimo en el recurso, lo que impone a la Sala la desestimación del interpuesto. Cabe añadir que los quebrantos procesales denunciados no son sino argumentos propios de un escrito de impugnación, aunque entre los mismos se haya incluido una revisión fáctica, a todas luces innecesaria cuando lo que se pretende, como queda expuesto es pedir la ratificación del fallo de la sentencia de instancia, después de dejar expresa constancia en el escrito de recurso que el recurrente se encuentra completamente satisfecho con el contenido del fallo de la resolución recurrida. En consecuencia y por todo lo expuesto procede desestimar los recursos de Suplicación formulados y confirmar la resolución recurrida.

### Fallamos

Que debemos desestimar los recursos de Suplicación formulados por don J.L.C. y la Empresa "R.M.E. y T., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Lugo de fecha 14 de marzo de 2001, confirmando la expresada resolución. Dése a los depósitos y consignaciones el destino legal.

## 3250 Recurso nº 3.503/2001

**S.S.** DESPEDIMENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL. APROPIACIÓN INDEBIDA DE OBXECTOS DESTINADOS ÓS CLIENTES NON PERTENCENTES Á EMPRESA, SENÓN A UNHA ENTIDADE PROMOTORA.

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

A Coruña, a catorce de septiembre de dos mil uno.

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. 3.503/2001 interpuesto por doña C.D.B.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.D.B.G. en reclamación de Despido siendo demandada la empresa "C.C.C., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 191/2001 sentencia con fecha 26 de abril de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La actora doña C.D.B.G. vino prestando sus servicios para la empresa "C.C.C., S.A." desde el 22.10.96 en el grupo de profesionales como cajera dependienta y percibiendo un salario mensual de 108.778 pesetas con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias, en virtud de contrato de duración determinada luego convertido en indefinido a tiempo parcial siendo la jornada el 75% de la habitual a tiempo completo, a razón de 30 horas semanales de media./ SEGUNDO.- La empresa demandada comunicó a la actora carta fechada el 30.01.2001, que se reproduce, en la que consta lo siguiente: "El pasado sábado día 27 del presente mes de enero sobre las 11,30 horas, estando Vd. realizando su trabajo habitual en el Departamento de Información, rascó un boleto de la promoción de "C.C." que se entregaba a los clientes por la compra de 24 latas de 33 cl o 4 botellas de 2 litros, sin obviamente haber realizado ninguna compra del mencionado producto y a los que Vd. tenía acceso por ser una de las encargadas de su entrega a los clientes. Dicho boleto estaba premiado con un teléfono Motorola V 100. Dado que para poder retirar dicho teléfono debía Vd. cubrir los datos personales del premiado, puso Vd. de su propio puño y letra el nombre de B.G.G. (se adjunta fotocopia), tfno... y DNI..., que a preguntas posteriores dice Vd. que es su primo. Sobre las 16 horas, al percatarse la Srta. S.B.G. de la falta de

dicho teléfono, se pone en contacto con Vd. para saber que había pasado, a lo que Vd. le responde que el teléfono lo tiene Vd. ya que le había tocado. Ante la insistencia de la Srta. B., comunicándole que no podía haberle tocado porque no efectuó ninguna compra, Vd. le dice que si va a haber algún problema lo devuelve. Sobre las 16,30 horas se persona en el centro comercial y hace entrega del teléfono a la Srta. D.S.M., diciéndole textualmente "deja esto ahí y rompe el boleto", Al ser preguntada posteriormente porque había rascado el boleto, responde que al ir a entregárselo a una cliente, se le rompió y que por eso le entregó otro. Dicho boleto, del que se adjunta fotocopia a la presente carga no está roto por ningún lado, como Vd. misma ha podido observar al serle enseñado..."/ TERCERO.- La actora, el 27.01.2001, fecha en la que estaba vigente la promoción "N." de "C.C." (17 de enero de 14 de febrero de 2001) rascó un boleto objeto de la promoción sin haber realizado ninguna compra del referido producto, que resultó ser premiado con un teléfono móvil "Motorola V-100" cogiendo uno de los teléfonos que existe en el establecimiento./ CUARTO.- La actora, al objeto de justificar su acción, escribió de su puño y letra en el citado boleto un post-it con los datos de B.G.G., supuesto primo de la actora./ QUINTO.- La actora indicó a otra trabajadora de la empresa, al notar ésta la falta de un teléfono móvil objeto de la promoción, que "le tocara"./ SEXTO.- La actora, en la tarde del día 27.01.2001, devolvió el teléfono móvil e indicó a otra empleada que tirara el boleto./ SÉPTIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ OCTAVO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 06.03.2001 previa papeleta de conciliación presentada el 19.02.2001, con el resultado de "sin avenencia". Se presentó demanda el 09.03.2001".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por doña C.D.B.G. contra la empresa "C.C.C., S.A." sobre despido, declarándose procedente el mismo y convalidando la extinción del contrato sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO. La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta Ciudad, con fecha 26 de abril de 2001, desestimando la demanda formulada por C.D.B.G. frente a "C.C.C., S.A.", declaró procedente el despido efectuado por la empresa, convalidando la extinción del contrato sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

SEGUNDO. Disconforme con dicha resolución, se alza en suplicación la demandante y, en un primer motivo de recurso, con amparo procesal en el artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita la nulidad de actuaciones por infracción del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, arguyendo, aún cuando no determina ni solicita los efectos de su consecuencia, que existen dentro de la relación fáctica elementos predeterminantes del fallo, señalando, en concreto, determinadas frases de los ordinales 3º, "...rascó un boleto de la promoción sin haber realizado ninguna compra del referido producto; 4º, "...al objeto de justificar su acción" y "...supuesto primo de la actora"; 5º, "...al notar ésta la falta de un teléfono móvil objeto de la promoción" y 6º, "...e indicó a otra empleada que tirara el boleto", lo que, en su opinión, "conlleva la nulidad de la sentencia que se recurre".

No ha de tener éxito la solicitud contenida en el referido motivo primero del recurso articulado por la parte actora, habida cuenta de que no se evidencia que el relato fáctico a que se contraen los ordinales antes referidos contengan frases o párrafos cuyo contenido pudiera ser calificado de predeterminante del fallo, siendo así que el Juez de instancia, analizando los diversos elementos de prueba llevados a cabo en autos, plasmó en el relato histórico las consecuencias de la valoración por él efectuada de la meritada prueba, en uso de las facultades que, al efecto, le confiere la vigente normativa, refiriendo expresamente en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada que la relación fáctica de los hechos probados tercero, cuarto, quinto y sexto se deriva de la prueba testifical apreciada en su conjunto, por más que, a mayor abundamiento, no se evidencia la concurrencia de una situación de indefensión que perjudicando los intereses de la parte recurrente, justificase la adopción del drástico remedio de nulidad propugnado en el primer motivo del recurso.

TERCERO. En el motivo segundo del recurso, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia y en concreto de los siguientes: a) Revisión del ordinal primero a fin de que se sustituya el importe del salario mensual de la actora allí reflejado, a la sazón 108.778 pesetas con inclusión del prorrateo de pagas, por "116.806 pesetas con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias", invocando en pro de sus pretensiones el documento obrante al folio 65 de los autos, constituido por una nómina correspondiente al mes de Diciembre de 2000, mensualidad anterior a la fecha del despido, siendo así que, de tal documental, no se desprende concurrente error del Juez de instancia que justificase la modificación antedicha, habiendo analizado y valorado la prueba llevada a cabo, el referido Juzgador, en virtud de las facultades que le confiere, en tal aspecto, el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, tomando en consideración la media de lo percibido de enero a diciembre de 2001, habida cuenta de las diferencias salariales reflejadas en el conjunto de las nóminas obrantes en autos; en consecuencia, ha de rechazarse la revisión auspiciada por el actor en el motivo segundo a) de su recurso. b) Revisión del hecho probado tercero para que se elimine del texto la frase "…sin haber realizado ninguna compra..", aseverando que, dicho párrafo constituye predeterminación del fallo de la sentencia, y solicitando, además, que se añada al referido ordinal tercero la frase "Dicho teléfono estaba destinado al referido boleto en virtud de la promoción existente realizada por "C.C.", con apoyo en los documentos de los folios 44, 45 y 46 de los autos. No ha de prosperar la supresión del párrafo citado del ordinal tercero, pues no constituye un concepto jurídico, predeterminante de la decisión, lo que supondría valorar una realidad fáctica precisando su eficacia jurídica, de manera que la ubicación en el "factum" de tal aseveración no es sino el resultado que el Juzgador extrae del análisis, objetivo y ponderado, de la actividad probatoria llevada a cabo, no tampoco cabe acceder a la adición solicitada porque del contexto de la redacción original del meritado ordinal tercero ya se desprende que el teléfono móvil constituía uno de los premios de la promoción de la marca de refrescos citada y que el boleto rascado por la actora se correspondía con dicho aparato. c) Solicita, asimismo, la adición de un nuevo hecho probado cuarto, pasando el cuarto y siguientes de la sentencia a sus correlativos posteriores, ofreciendo la siguiente redacción: "El teléfono móvil no era propiedad de la empresa "C.C.C., S.A." sino que fue facilitado por la empresa promocionante "C.C., S.A." y estaba destinado al boleto que resultase agraciado con dicho premio", invocando los folios 44, 48 y 54 de los autos y el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia. Por más que el ordinal tercero de la resolución "a quo" ya contiene la referencia a la procedencia del teléfono móvil así como de la existencia de una campaña promocional de una conocida marca de bebidas refrescantes y de que el boleto rascado por la actora se correspondía con el premio consistente en el aparato de referencia, no es menos cierto que, como subraya la propia recurrente, en el fundamento jurídico cuarto se recalca que el teléfono móvil no pertenecía a la empresa para la que prestaba servicios la demandante sino a la entidad que promocionaba el producto, aseveración que, dado su innegable valor fáctico, hace irrelevante la pretensión de que se modifique el ordinal cuarto del relato histórico en los términos interesados por la actora. d) Modificación del ordinal cuarto, a fin de que se suprima la frase "…al objeto de justificar su acción…" y "…al supuesto primo de la actora...", alegando que constituyen predeterminación del fallo, siendo así que, en atención a lo ya apuntado "ut supra" al resolver el apartado b) del motivo segundo del recurso, lo reflejado en el ordinal en cuestión no es sino la consecuencia de la valoración efectuada por el Juzgador de la prueba testifical llevada a cabo en el presente procedimiento, por lo que ha de decaer la pretensión revisoria interesada por la demandante. e) Asimismo pretende, en el hecho quinto, la supresión de la frase "...al notar ésta la falta de un teléfono móvil objeto de la promoción", arguyendo, una vez más, que predetermina el fallo. Abundando en lo ya establecido, no se revela concurrente la predeterminación del fallo a que alude la recurrente, siendo tal frase el resultado del análisis y valoración de la prueba efectuada por el Juez en uso de las facultades que la normativa vigente le confiere al efecto. f) En relación con el hecho probado sexto, pretende que se suprima la frase "...indicó a otra empleada que tirara el boleto", reiterando, la recurrente, su propia aseveración de que constituye predeterminación del fallo, a lo que, no observándose que dicho texto contenga valoración jurídica alguna, es procedente dar respuesta en el sentido de rechazar la solicitud incidiendo en la misma línea argumental expuesta al resolver los apartados anteriores del propio motivo

segundo del recurso. g) Por último, solicita la adición de un nuevo hecho probado para el que ofrece la siguiente redacción: "Que por la empresa "C.C.C., S.A." no se lleva un control de la relación de promociones publicitarias, de marketing y de merchandising, así como de las mercancías de regalo publicitario correspondientes, el número de unidades adjudicadas y la forma en que se distribuye cada promoción, sin que igualmente conste el procedimiento de control que se sigue desde su entrega por el proveedor y hasta que es recibida por el cliente. Igualmente no consta en el departamento de recepción de mercancías la entrada de dichos productos, como tampoco consta el traspaso interno entre los departamentos correspondientes de las mercancías promocionales. Tampoco consta la relación de clientes agraciados con los productos objeto de promoción, ni tampoco existe control de la mercancía en custodia", apoyando su pretensión revisoria en el artículo 94.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, con el argumento de que habiendo solicitado en la demanda la documentación relativa a dichos conceptos, al no haber sido aportada por la demandada, haciendo referencia la actora a tal situación en el acto del juicio, devendría procedente la adición reseñada al vulnerarse lo dispuesto en tal precepto, siendo así que no ha de tener éxito la pretensión auspiciada por la demandante en tanto que, el precepto invocado, concede al Juez la facultad – dice "podrán estimarse probadas..." - de entender probadas las alegaciones hechas por una parte en relación con la prueba no incorporada a autos por la contraria en relación con documentos que a ella pertenezcan, pero no determina imperativamente que el Juzgador, con carácter necesario, haya de tener por probadas tales alegaciones, de manera que, habiendo llevado a cabo el Juez "a quo" el análisis y valoración de la prueba en uso de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no corresponde a la parte la prerrogativa de sustituir por su propio e interesado criterio el objetivo e imparcial parecer del Juzgador, lo que conlleva la desestimación de la modificación fáctica interesada por la recurrente.

CUARTO. Constituyendo el motivo tercero del recurso, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión del derecho aplicado, denunciando la infracción, por aplicación indebida, del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 56 y 58 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes y, con carácter subsidiario la aplicación de la teoría gradualista que obligaría a una interpretación restrictiva de la sanción, arguyendo que "no se trata de un incumplimiento grave y culpable".

Ha de decaer la censura jurídica a que se contrae el motivo tercero del recurso, pues los hechos que se declaran probados ponen de manifiesto que la actuación de la demandante es incardinable en el ámbito del despido procedente al evidenciarse la concurrencia de una situación de transgresión de buena fe y abuso de confianza, siendo así que el Juzgador "a quo", valorando los distintos elementos de la prueba practicada en autos haciendo uso de las facultades que le otorga la normativa vigente, entiende que ha quedado debidamente probada la existencia de causa constitutiva de despido disciplinario así como la autoría de la demandante en los hechos, refiriéndose en el fundamento jurídico cuarto, entre otras consideraciones, a que "la actora se apropió de un objeto de relevante valor que si bien no pertenecía a la empresa sino a la entidad que promocionaba el producto no estaba destinado a la actora sino a los consumidores de dichos productos, no habiendo realizado la referida consumición la ni el familiar que ella exponía...", efectuando, la recurrente, una serie de disquisiciones y conjeturas en orden a la carga de la prueba discrepantes con lo establecido al respecto por el Juez de instancia sin que, en el trámite procesal que nos ocupa, exista base para sustituir el objetivo criterio del Juzgador por el subjetivo e interesado de parte, sin olvidar que de reiterada doctrina Jurisprudencial - Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1986; 21 de julio de 1988; 4 de febrero de 1991 - se colige que "la buena fe contractual a que se refiere el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5.a), en relación con el art. 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que, constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos - artículos 7.1 y 1.258 del Código Civil - con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, de tal modo que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y

culpable suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador - art. 1.124 del Código Civil - quien ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a su propia negligencia, imprudencia o descuido sin necesidad de un perjuicio económico para la empresa o, incluso, mediante la realización de la conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación de autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del empresario, para la comisión de la falta"; en atención a lo hasta ahora expuesto, no evidenciándose la vulneración de la carga de la prueba ni error en la apreciación de la misma por parte del Juzgador, sin que la sanción de despido aplicada por la empresa se revele desproporcionada en relación con lo acaecido, procede, con desestimación del recurso articulado por la actora, la confirmación de la sentencia de instancia.

### Fallamos

Desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por C.D.B.G. contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, en la presente demanda sobre despido formulada por aquélla contra la empresa "C.C.C., S.A.", confirmamos la sentencia de instancia.

## 3251 Recurso nº 3.526/01

**S.S.** SANCIÓN POR INFRACCIÓN MOI GRAVE. MALTRATO DE PALABRA. APLICACIÓN DO PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDADE. REVOGACIÓN PARCIAL DA SENTENCIA DE INSTANCIA.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don José-Fernando Lousada Arochena*

En A Coruña, a catorce de septiembre de dos mil uno.

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 3.526/01, interpuesto por el Procurador don L.S.R., en nombre y representación de don M.B., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de Ourense.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 177/01 se presentó demanda por don M.B., sobre Impugnación de Sanciones, frente al "C.O.B.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de abril de 2001 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 M.B., viene prestando sus servicios para la entidad demandada "C.O.B.", como jugador profesional de baloncesto, desde el 18 de septiembre de 2000, en virtud de contrato suscrito en dicha fecha, para prestar servicios durante la temporada 2000-2001. Dicho contrato, al igual que el manifiesto A, adjunto al mismo, figuran incorporados a autos, teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido. SEGUNDO.- En fecha 9 de enero pasado el actor recibe comunicación del Club demandado, sobre iniciación del expediente disciplinario. El 10 de enero le es entregado pliego de cargos del siguiente tenor literal: "El instructor del expediente formula los siguientes cargos frente a don M.B. El día 28.12.2000 durante el entrenamiento (sic) desarrollado en..., con motivo del desplazamiento a Cáceres, comenzó a quejarse de forma ostensible de dolores de uno de sus pies. El fisioterapeuta del Club señaló al entrenador que no había motivo alguno para las quejas. El entrenador le conminó para emplearse a fondo en el entrenamiento a lo que Vd. hizo caso omiso, entrenando sin esfuerzo alguno. Ante su actitud pasiva y de desprecio hacia sus compañeros y técnico, el entrenador le expulsa del entrenamiento. Ante esa decisión Vd. le espetó en inglés al entrenador: "Vete a la mierda". Los hechos descritos son constitutivos de falta muy grave según dispone el art. 5.3 del Reglamento General del Régimen Disciplinario de la Asociación de Clubes de Baloncesto. Sanción que se propone: Despido. Según lo previsto en el art. 6.3.3 del Reglamento anteriormente citado. De acuerdo a la facultad dispuesta en el art. 8.7 del Reglamento, se le suspende de forma cautelar y durante la tramitación del expediente de

empleo y sueldo, desde el día de la fecha, dada la gravedad en su comportamiento y lo que implica de falta de respeto hacia los técnicos y sus compañeros, unido todo ello a la reiteración observada por Vd. en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Se le concede el plazo de 10 días hábiles para que formule escrito de descargos, alegando cuanto estime conveniente en su defensa". Por escrito de fecha 26.01.01, el actor formuló el correspondiente pliego de descargos. Por acuerdo del Consejo de Administración del "C.O.B., S.A.D." de 05.02.01, se acuerda sancionar los hechos acaecidos en el entrenamiento desarrollado en... el 28.12.00, con suspensión de empleo y sueldo de 60 días, calificándolo como falta muy grave. TERCERO.- En la misma fecha 09.01.01, el actor recibe otra comunicación de iniciación de expediente disciplinario, entregándosele en fecha 10.01.01 pliego de cargos del siguiente tenor literal: "El instructor del expediente formula los siguientes cargos frente a don M.B. El día 04.01.2001 durante el partido (V.G. – C.O.B.) desarrollado en Girona, durante la disputa de la segunda parte, el Entrenador le requirió para que se afanase en defensa, ante la poca intensidad que demostraba. Ante esa orden, Vd. se dirigió al entrenador con gestos y palabras amenazantes y despectivos al mismo tiempo y sin acatar en ningún momento las órdenes del Cuerpo técnico. Al mismo tiempo Vd. le espetó al entrenador en inglés: "Vete a la mierda". Los hechos descritos son constitutivos de falta muy grave, según dispone el art. 5.3 del Reglamento General del Régimen disciplinario de la Asociación de Clubes de Baloncesto. Sanción que se le propone: Despido. Según lo previsto en el art. 6.3.3 del Reglamento anteriormente citado. De acuerdo a la facultad dispuesta en el art. 8.7 del Reglamento, se le suspende de forma cautelar y durante la tramitación del expediente de empleo y sueldo, desde el día de la fecha, dada la gravedad de su comportamiento y lo que implica de falta de respeto hacia los técnicos y sus compañeros, unido todo ello a la reiteración observada por Vd. en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Se le concede el plazo de 10 días hábiles para que formule escrito de descargos alegando cuanto estime conveniente en su defensa". Por escrito de fecha 17.01.01, el actor formuló el correspondiente pliego de descargos. Por acuerdo del Consejo de Administración del "C.O.B., S.A.D.", se adoptó el acuerdo de sancionar los hechos acaecidos en el partido jugado en Girona el 04.01.01, con suspensión de empleo y sueldo de 60 días, calificándose los hechos sancionados como falta muy grave. CUARTO.- En fecha 10.02.01 el actor recibe comunicación escrita de la Entidad demandada del siguiente tenor literal: "En ejecución de las sanciones acordadas en la reunión del Consejo del 5 de los corrientes y notificadas a Vd. en ese mismo día, se acordó por unanimidad en reunión del Consejo de Administración del "C.O.B., S.A.D.", del día de la fecha, lo siguiente: "ACORDADAS DOS SANCIONES de 60 días cada una de suspensión de empleo y sueldo, lo que hace un total de 120 días. Procede en primer lugar ABONAR EL TIEMPO DE SUSPENSIÓN CAUTELAR, por lo que deben restarse del total de la sanción impuesta los 25 días transcurridos desde el 10 de enero al 5 de febrero del 2001; una vez descontados del total, restan por cumplirse 95 días de suspensión de empleo y sueldo, por lo que, en ejecución en firme de las sanciones, lo que es factible de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Nacional de 13.02.1997, que interpretó los arts. 9.1 y 9.3 del Reglamento General del Régimen Disciplinario, anexo núm. 4 de los Estatutos y Normas Reguladoras de Competiciones A.C.B., de junio de 1999, el tiempo de suspensión finalizará el 11 de mayo de 2001, debiendo en consecuencia reintegrarse a la disciplina del Club el jugador don M.B. el 12 de mayo de 2001, a los efectos de participación ordinaria en los entrenamientos, partidos y demás actividades propias a sus servicios como jugador profesional del "C.O.B.". Hasta dicho día 12 de mayo para que la suspensión del sueldo sea real deberá el jugador prescindir de su retribución en especie constituida por disposición de vivienda y vehículo a cargo del Club, sin perjuicio de la decisión que quepa tomar al finalizar el período de suspensión fijado, por cuanto disfrutó de dichos bienes en el período de suspensión cautelar que se le ha abonado. Por lo anterior, debe el juzgador poner el vehículo y la casa a disposición del Club, si bien puede en el caso de la casa hacerse cargo de su coste durante el tiempo de la suspensión, haciéndoselo saber al Club lo más pronto posible si ese es su deseo. Lo que se comunica para su conocimiento y efectos". QUINTO.- El día 28 de diciembre de 2000, durante el entrenamiento desarrollado en Verín, con motivo del desplazamiento a Cáceres, el entrenador recriminó al actor por no estar rindiendo adecuadamente, dado que llevaba unos 10 minutos de actividad pasiva, diciéndole que entrenara o dejara el entrenamiento, el actor le indicó que tenía molestias en el tobillo debido a una lesión que había sufrido el día anterior; el fisioterapeuta indicó al entrenador que las molestias que pudiera tener no le impedían entrenar a fondo. Ante esta situación

el entrenador le indicó que se fuese del entrenamiento ante lo cual el actor se dirige al entrenador en actitud gesticulante con los brazos, diciéndole en inglés "Bull shit". Al día siguiente el actor jugó unos 30 minutos en partido de competición en Cáceres, a un alto nivel. SEXTO.- El día 4 de enero pasado, durante el partido Valvi-Girona – "C.O.B." desarrollado en Girona, durante la segunda parte, el entrenador llamó la atención al actor ante una jugada realizada para que se afanase en la defensa, ante la cual el actor se dirigió al entrenador con gestos ostensibles con las manos, gritando, diciéndole en inglés: "bull shit". SÉPTIMO.- Se celebró sin avenencia la conciliación ante el S.M.A.C.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO. Que desestimando la demanda interpuesta por don M.B. contra el "C.O.B.", debo confirmar y confirmo las sanciones impuestas al actor y, en consecuencia, absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas. Notifíquese... etc.".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO. La parte demandante, vencida en instancia, anuncia recurso de Suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se solicitan cinco concretas modificaciones: 1ª. Las dos primeras pretenden introducir, en los Hechos Probados Segundo y Tercero, sendos incisos de ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad disciplinaria en la imposición de las dos sanciones. Trátase de una inclusión de hechos negativos que, por su carácter negativo, resulta inútil: aunque no se incluyan en el relato fáctico, se puede considerar su ausencia al valorar los motivos jurídicos del recurso de suplicación. 2ª. La tercera pretende introducir un nuevo Hecho Probado, con base en prueba pericial, sobre el concreto significado del término inglés "bull shit". Tampoco puede prosperar. Lo importante, a efectos de la resolución del litigio, no es tanto su traducción literal, como que, y esto es indiscutido, sea una expresión demostrativa de desaprobación dentro de un contexto determinado. 3ª. La cuarta pretende sustituir el Hecho Probado Sexto, con base en prueba documental, por otro donde se especifique, dicho resumidamente, que, con su actitud gesticulante, el jugador estaba explicando la jugada. Ahora bien, la prueba documental sustento de la revisión es, por un lado, una declaración de un testigo realizada en el expediente disciplinario, inhábil a efectos de la revisión fáctica, y, por otro lado, una grabación videográfica, ésta sí hábil, al tratarse de un documento de carácter gráfico, pero, de su visionado, no se deduce si la actitud gesticulante del jugador era para explicar la jugada o con diferente intención. De ahí sea más correcta la más aséptica y objetiva redacción del hecho realizada en la sentencia de instancia.

4ª. La quinta pretende añadir al Hecho Probado Cuarto la especificación de la fecha del partido final de la liga de baloncesto profesional, pero, y ello determina el decaimiento de la totalidad de los motivos de revisión fáctica, se basa simplemente en prueba testifical, la cual es inviable a efectos revisores.

SEGUNDO. Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, la parte recurrente pretende, con amparo en cuatro motivos jurídicos, la revocación total de una o de ambas sanciones disciplinarias, o, subsidiariamente, la parcial. Pretensiones todas ellas a las cuales se opone, en su escrito de impugnación, la parte demandada, ahora recurrida. A los efectos de resolver dicha controversia, debemos estar a lo dispuesto en el Reglamento General de Régimen Disciplinario de la Liga Profesional de Baloncesto, donde se detallan las infracciones y sanciones laborales aplicables a los jugadores profesionales de baloncesto. Entre ellas, se encuentra, en el artículo 5.3, la impuesta al demandante por partida doble: <<*Faltas muy graves. Serán consideradas como tales: Los injustificados, graves y reiterados malos tratos de palabra o la agresión grave a cualesquiera personas, cometidas en el desempeño de la actividad profesional*>>.

TERCERO. Partiendo de los hechos declarados probados, los cuales, como se razonó, se mantienen incólumes, la Sala, ateniéndose estrictamente al principio de tipicidad, de ineludible aplicación en el ámbito del derecho sancionador, debe discrepar parcialmente de la apreciación realizada por el juzga-

dor de instancia. Ciertamente, la expresión utilizada por el jugador en constestación a las decisiones deportivas del entrenador es, dentro del contexto en la cual se produce, un maltrato de palabra grave e injustificado. Ahora bien, no basta eso sólo para imponer una sanción muy grave, sino que, a la vista de la tipificación de la falta, se exige, además, la reiteración, entendida en un sentido vulgar de repetición de actuaciones. Tal acumulación de exigencias está probablemente buscada de propósito para evitar que, a consecuencia de las tensiones normalmente generadas en el ámbito de una competición deportiva de alto nivel, sean sancionables como muy graves actuaciones que, aun siendo graves e injustificadas, no son reiteradas, sino aisladas. En el supuesto de autos, se debió imponer una sola sanción muy grave, cuando se produjo la reiteración en el maltrato de palabra, de donde, en consecuencia, se debe estimar el primer motivo del recurso -relativo a la primera sanción muy grave-, en relación con el tercero -vulneración del principio de tipicidad-, pero no el segundo -relativo a la segunda sanción muy grave, la cual debe confirmarse-.

CUARTO. Queda sin resolver el cuarto motivo del recurso, construido subsidiariamente si una o ambas infracciones resultaban confirmadas, y, como se ha visto, se ha confirmado la segunda, de donde debe pasar a resolverse. Dicho motivo se construye sobre el principio de proporcionalidad, alegándose, en atención al artículo 115.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, que, no habiendo circunstancias modificativas de la responsabilidad disciplinaria, la sanción no debió imponerse en su grado máximo, sino en el medio. La Sala debe estimar el motivo, dado que, en el derecho sancionador, es principio de ineludible aplicación el de proporcionalidad, como lo es el de tipicidad. Conclusión que aparece apoyada, además, en lo literalmente dispuesto en el artículo 2.7.4 del Reglamento General de Régimen Disciplinario de la Liga Profesional de Baloncesto: <<*Si no se diesen circunstancias atenuantes ni agravantes, el Club o S.A.D. impondrá la sanción correspondiente en su grado medio*>>. Ello supone una sanción de 35 días de suspensión de empleo y sueldo -al oscilar la sanción muy grave entre 11 y 60 días-.

### Fallamos

Estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por don M.B. contra la Sentencia de 23 de abril de 2001 del Juzgado de lo Social número 2 de Ourense, dictada en juicio seguido a instancia del demandante contra el "C.O.B.", la Sala revoca totalmente la primera sanción impuesta al demandante por el demandado y la segunda la revoca parcialmente, estableciendo su duración en treinta y cinco días.

## 3252 Recurso nº 3.286/2001

**S.S.** SANCIÓN A UNHA TRABALLADORA POR DIMINUCIÓN DO RENDEMENTO. MERECE A CONSIDERACIÓN DE MOI GRAVE. SUFICIENCIA DOS FEITOS IMPUTADOS NA CARTA DE SANCIÓN. FACULTADES XUDICIAIS DE REVISIÓN DA SANCIÓN IMPOSTA POLA EMPRESA.

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

A Coruña, a diecisiete de septiembre de dos mil uno.

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. 3.286/2001 interpuesto por doña M.M.C.P. y el "C.N.P" contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.M.C.P. en reclamación de Sanción siendo demandado "C.N.P." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 886/2000 sentencia con fecha 14 de febrero de 2001 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 viene prestando servicios por cuenta y organización de la empresa "C.N.P.", con domicilio en la calle... (Porto do Son), en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido, desde el 6

de febrero de 1998, con la categoría profesional de auxiliar administrativa, y percibiendo un sueldo, con prorrateo de pagas extraordinarias de ciento sesenta y ocho mil pesetas (168.000 ptas.) mensuales, y una jornada de trabajo de 40 horas semanales, prestadas de lunes a jueves. Se aplica en este caso el convenio colectivo provincial para el grupo de espectáculos y deportes de la provincia de A Coruña así como la Resolución de 13 de mayo de 1997, de la Dirección de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y la publicación del acuerdo de cobertura de vacíos./ SEGUNDO.- El 9 de agosto de 2000, la actora remitió una carta al "C.N.P." en la que indicaba que a partir de esa fecha dejaba de prestar servicios en la citada empresa, la cual no fue aceptada por el Secretario de la entidad./ TERCERO.- El día 2 de noviembre de 2000, la actora recibió escrito de la empresa sancionándola con una suspensión de empleo y sueldo por treinta días, la cual se haría efectiva al presentar la actora el parte de alta médica de la incapacidad temporal que disfruta por enfermedad común./ CUARTO.- Los hechos que se le imputan a la trabajadora, recogidos en el escrito de sanción de fecha 26 de octubre de 2000 firmado por el Sr. Presidente del "C.N.P.", son los siguientes: "El 9 de septiembre de 2000, sábado, dejó de acudir sin avisar previamente ni estar autorizada para ello a su puesto de trabajo, pese a que, como Ud. sabe, le corresponde trabajar las mañanas de sábados alternos durante tres horas, coordinando tal circunstancia con la persona que presta sus servicios en la administración con Ud., esto es, la gerente del "C.N.P.", doña A.P. Requerida para aclarar tal circunstancia, manifestó Ud. De modo unilateral modificaba las condiciones de su trabajo incrementando de siete a ocho su jornada de lunes a jueves, y manteniendo siete horas los viernes, sin trabajar los sábados alternos en régimen de tres horas. Esta medida no ha sido autorizada ni propiciada en ningún momento desde ninguna instancia de la entidad, por lo que la Gerente, siguiendo mis instrucciones, le requirió de modo verbal para que Ud. volviese a su régimen de horario anterior, a lo que Ud. se negó aduciendo la literalidad de su contrato y que deseaba cobrar horas extraordinarias con caso contrario. El día 15 de septiembre de 2000, viernes, víspera del comienzo de sus vacaciones abandonó su puesto de trabajo al mediodía sin previo aviso ni justificación, dejando de trabajar por la tarde, con los consiguientes perjuicios para la adecuada prestación de servicios por parte del "C.N.P." a sus socios. A día de hoy no ha justificado su ausencia aquella tarde. El día 2 de octubre de 2000, lunes, día en que se reincorporaba tras sus vacaciones, dejó de asistir a su puesto de trabajo por la mañana. El día anterior contactó con el Gerente del "C.N.P.", doña A.P., para avisar de inasistencia debido a problemas mecánicos de su vehículo. Sin embargo a día de hoy aún no ha sido aclarado que problema mecánico impidió a Ud. Acudir a trabajar ese día, por no haberlo justificado Ud. debidamente. El día 4 de octubre de 2000, en reunión celebrada con Ud. a sus instancias por quien suscribe, a la que asistió el miembro de la Directiva del "C.N.", doña E.D.M., para tratar de sus repetidos incumplimientos contractuales, se mostró indisciplinada en todo momento, faltando al respeto a los presentes, hasta el extremo de no mantener la debida compostura en su asiento, tumbándose e inclinándose deliberada y ostensiblemente cuando se le hablaba, y especialmente cuando se le requería para que no adoptase esas posturas. Asimismo replicó Ud. con carcajadas y desplantes, cuando dos personas que representábamos al Club nos dirigíamos a Vd. tratando estas mismas cuestiones, y profiriendo expresiones como que "el Club ya no es lo que era por culpa de Uds.". Con toda su conducta hizo especial hincapié en, además, de no querer hacer caso de la llamada de atención, mostrarse externamente lo más maleducada y desobediente posible, en acto de flagrante indisciplina. Todos estos hechos vienen acompañados por una disminución consciente y repetida de su rendimiento en el puesto de trabajo, que carece de justificación y se plasma en el resultado de su actividad, que ha dado lugar a la acumulación de trabajo atrasado de su directa incumbencia, como acaba de ponerse de manifiesto una vez que otra persona ha empezado a desempeñar su trabajo a raíz de su baja médica. Se ha podido constatar, por ejemplo, que cuando menos desde enero de este año, Ud. dejó de llevar a cabo las actualizaciones del censo de Socios consistentes en revisar la situación de aquellos miembros que por cumplir 16 años adquirían la condición de socios aspirantes, o la de quienes por cumplir 26 años pasaban a ser socios titulares, comunicando tal circunstancia a los interesados para que operase la modificación de su régimen de cuotas. La incidencia económica de este incumplimiento, aún no cualificada, ha debido asumirla el Club ante sus socios al tratarse de la consecuencia directa de la mala gestión de los servicios administrativos de los que Ud. estaba encargada". A la actora, tras todos estos hechos, se le

imputan incumplimientos graves y culpables: a) Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o impuntualidad al trabajo. b) Indisciplina o desobediencia en el trabajo. c) Ofensas verbales a miembros de la Directiva. d) Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. e) disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo normal./ QUINTO.- Aunque el contrato de trabajo alude a un horario de lunes a viernes, atendiendo a las especiales circunstancias de la actividad desarrollada en un "C.N.", de tipo lúdica y festiva, en la que los fines de semana se realizan una serie de eventos deportivos (en este Club, especialmente, regatas) y hay una mayor afluencia de socios en las dependencias del Club, el Convenio Colectivo alude a prestaciones laborales en fin de semana, respetando, eso sí, el horario laboral. En el "C.N.P." las mañanas de los sábados debía haber una persona en las dependencias administrativas a disposición de los socios. Entre la actora y la Gerente se repartían esas mañanas. Si bien, el régimen de reparto era generalmente la alternancia de sábados este sistema, fruto del acuerdo establecido como compañeras y nacido de las buenas relaciones de trabajo, podía ser ocasionalmente modificado, también mediante convenio entre las interesadas, por circunstancias personales que a alguna de ella afectase, como la asistencia a una boda, por ejemplo. En este caso, se alteraba el orden de la alternancia de los sábados. El sistema de sábados alternos era el habitual pero no era rígido./ SEXTO.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado la condición de delegada de personal ni ha sido miembro del comité de empresa./ SÉPTIMO.- Celebrada la preceptiva conciliación, en fecha 20 de noviembre de 2000, ésta ha finalizado "sen avinza"."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña M.M.C.P. contra la empresa "C.N.P.", en demanda de impugnación de sanción, debo de revocar y revoco parcialmente la sanción impuesta a la actora y la modificó por otra de suspensión de empleo y sueldo de catorce días, y condeno a la empresa a estar y pasar por esta declaración".

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.- Recurren la sentencia de instancia -que revoca parcialmente la sanción impuesta a la actora y la modifica por otra de suspensión de empleo y sueldo de 14 días- actora y empresa demandada "C.N.P.". El recurso de la actora contiene 3 motivos articulados al amparo del art. 191.c) LPL en los que denuncia infracción del art. 58.1º del E.T. y 24 C.E. (motivo 1º), del art. 115 LPL (motivo 2º) y (motivo 3º) de la jurisprudencia, con cita de STSJ de Madrid de 18.11.93 y del TCT de 18.12.97 (literal), interesando la revocación de la sentencia de instancia "reponiendo los autos al estado en que se encontraban en el momento en que se infringieron normas o garantías de procedimiento, concretamente el art. 115.1.c) LPL, a fin de que por parte del juzgador a quo se proceda a dictar nueva sentencia ajustada a derecho, respetando las garantías procedimentales que en este caso fueron vulneradas...". El recurso de la empresa formula un único motivo al amparo del art. 191.c) LPL en el que denuncia la infracción del art. 58.1 E.T., solicitando la desestimación completa de la demanda declarando procedente la sanción impuesta "por cometer la trabajadora la infracción muy grave de disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal".

SEGUNDO.- Las infracciones legales y jurisprudenciales que denuncian ambos recursos han de considerarse teniendo en cuenta los siguientes fundamentales HDP: A) La actora viene trabajando para la demandada como se dice en el HP 1º. B) El día 02.11.2000 la actora recibió carta de sanción, con una suspensión de empleo y sueldo por 30 días. Los hechos imputados en la carta de sanción se recogen en el HP 4º, obrando la dicha carta a los folios 5, 6 y 7 de los autos. Y C) Lo acreditado en torno a lo imputado se declara en concreto en la sentencia recurrida, con su valor correspondiente de HDP si bien en lugar inadecuado, en el fundamento jurídico 3º (lo relativo a lo imputado como sucedido el día 09.09.2000), 4º (lo relativo a lo imputado como sucedido el día 15.09.2000), 5º (lo relativo a lo imputado como sucedido el día 02.10.2000), 6º (lo relativo a lo imputado como sucedido el día 04.10.2000), y 7º (lo relativo a la imputación de disminución de rendimiento laboral); todo ello en el contexto laboral que se concreta en los HP 1º y 5º. Y la resolución de instancia, en base a tales HP, concluye que la actora ha cometido dos faltas leves y una muy grave, modificando la sanción impuesta estableciéndola en la de suspensión de empleo y sueldo de 14 días.

TERCERO.- El tribunal ha de mantener las consideraciones fácticas y valoraciones jurídicas que hace la sentencia recurrida en torno a los incumplimientos que se imputan en la carta de sanción y que en la misma se califican, todos y cada uno de ellos, de "graves y culpables". Y es que: A) Ninguno de los recursos interesa la revisión de los HDP al amparo del art. 191.b) LPL; tampoco denuncian vía art. 191.c) LPL la calificación disciplinaria que de los mismos hace el juzgador de instancia, si bien el recurso de la actora cuestiona la facultad del juzgador para "graduar" las faltas y/o sancionarlas directamente, y el de la empresa arguye que apreciada por el juzgador una falta muy grave no cabe modificar la sanción impuesta. B) En todo caso: 1- Al declararse que no consta acreditado a quien correspondía acudir al "Club" el día 09.09.2000, si a la actora o al gerente, no cabe sanción por lo imputado como sucedido el día 09.09.2000; lo mismo ocurre con la imputación relativa al día 15.09.2000, puesto que tampoco consta probado que la actora faltase a trabajar en tal fecha 2.- Respecto de lo imputado el día 02.10.2000, en sí o en conexión con lo anterior, en absoluto puede encerrar " incumplimiento grave y culpable", como califica la carta de sanción, sino leve y propio del art. 18.1.b) del Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos, como considera el juzgador de instancia, constando al hilo de la ausencia laboral aquel día llamada telefónica de la actora, avería del vehículo de ésta el día 01.10.2000..., que como razona la sentencia de instancia en su fundamento jurídico 5º justifica, también en unión de lo relativo a los día 9 y 15.09.00, aquella conclusión. 3.- Respecto a lo sucedido el día 04.10.2000, lo que consta ocurrido y que se refleja en el fundamento jurídico 6º desvirtúa la existencia de ofensas y faltas de respeto constitutivas de incumplimiento grave y culpable, materializando una mera conducta impropia o maleducada sin gravedad alguna, como dice la sentencia recurrida. Y 4.- Finalmente, declarándose acreditado que la actora disminuyó el rendimiento laboral, no actualizando las listas de socios sin justificación alguna y con repercusión negativa en el Club, la conducta se califica de modo oportuno por el juzgador de instancia como falta muy grave al amparo del art. 18.3.H del Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos.

A partir de lo anterior, se ha de tomar en consideración que la empresa demandada, a través de la carta de 26.10.2000 obrante a los folios 5 a 7, ha impuesto a la actora una sanción de suspensión de empleo y sueldo de 30 días imputándole varias conductas distintas que individualmente consideradas encierran y conservan su gravedad y dimensión disciplinaria propia; las cuales determina la carta de sanción en hechos y entidad disciplinaria aunque no las encuadre en una concreta tipificación legal. Y es que la empresa, en la carta de 26.10.2000, tras relatar los 5 distintos hechos imputados, califica inequívoca y suficientemente todos y cada uno de los mismos como muy graves, diciendo al efecto que "pese a ser los hechos constitutivos de despido disciplinario por sí solos, hemos decidido aplicar una suspensión de empleo y sueldo de 30 días por constituir las conductas descritas los siguientes incumplimientos graves y culpables: faltas repetidas e injustificadas de asistencia... Indisciplina o desobediencia en el trabajo... Ofensas verbales... Transgresión de la buena fe... Disminución continuada y voluntaria...". La carta de sanción resulta, así, correcta, pues contiene los hechos imputados y la decisión de sancionar, con imposición de una concreta sanción y con la inequívoca consideración disciplinaria de las infracciones como muy graves al tildar los hechos imputados de constitutivos incluso de despido disciplinario, calificarlos todos y cada uno de ellos de incumplimientos graves y culpables e imponer una sanción sólo prevista por el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos para las faltas muy graves. Carece así de trascendencia, a efectos de defensión u otros, que no se haga en la carta un encuadramiento típico concreto identificando el precepto legal en que las conductas y faltas aparecen tipificadas, lo cual no impide que en revisión jurisdiccional se verifique la corrección de la calificación jurídica de lo imputado y de sus consecuencias disciplinarias – sin variar los hechos motivadores de la sanción- y que quede viabilizada la decisión empresarial siempre que aquello oportunamente imputado se haya acreditado y constituya ciertamente incumplimiento contractual sancionable disciplinariamente como ha hecho la empresa.

CUARTO.- Consecuentemente, no puede acogerse la afirmación que al hilo de denunciar la infracción del art. 24 CE y 58.1 E.T. hace la demandante en su recurso en el sentido de que la empresa no tipificó en su escrito de sanción "las faltas cometidas por la actora". Como se dijo, la carta de sanción es inequívoca tanto en los hechos que imputa y por los que sanciona, como en la sanción que impone (correspondiente a falta muy grave) y el tipo de faltas que al efecto considera, por constituir tales hechos "incumplimientos graves y culpables", propios de falta muy grave, incluso siguiendo al

efecto al art. 54 ET cuando alude a la sanción de despido, la más grave y que también menciona la carta de autos. Esto mismo obliga al juzgador a examinar las distintas conductas imputadas en la carta a los efectos de revisar la procedencia de la sanción impuesta. Y si bien se concluye con el Juzgador de Instancia que de los incumplimientos graves y culpables imputados en la carta dos no están acreditados y otros dos son "leves" en su calificación disciplinaria, es lo cierto que por el último de ellos se mantiene la comisión por la actora de una falta muy grave, como ya quedó anteriormente razonado. Hay, pues, conducta sancionable. Como también consideró el Juzgador de Instancia, aunque reduce la sanción impuesta. Y al margen de que la Sala tampoco estima procedente la modificación de la sanción impuesta por la empresa, como luego se dirá, es lo cierto que en ningún caso el juzgador puede "sancionar" Él concretando –"imponiendo" la sanción, que es lo que improcedentemente hace la sentencia recurrida, como también se denuncia en suplicación. Y es que al margen de la fiscalización judicial que proceda, es el empresario el titular del poder disciplinario y quien tiene la facultad exclusiva de materializarla concretándola al efecto en sanción. Así se deriva del art. 58 ET; y en congruencia con ello, el art. 115 L.P.L. dispone que la sentencia dictada en proceso de impugnación de sanciones ha de contener como pronunciamientos el de confirmar, revocar totalmente o anular la sanción, o revocarla en parte cuando la falta cometida no haya sido adecuadamente calificada, en cuyo caso "el Juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta".

Por consiguiente, en ningún caso se podría ratificar el pronunciamiento recurrido, sino a lo sumo, aplicando el art. 115.1.c) L.P.L., autorizar a la empresa a la imposición de la sanción adecuada a la gravedad de las conductas punibles apreciadas, sin necesidad de la reposición de los autos que indebidamente interesa el recurso de la actora. Sin embargo, el Tribunal entiende que debe ser acogida la pretensión que formula la empresa en su recurso de declarar procedente la sanción impuesta de suspensión de empleo y sueldo por 30 días. Y es que se deduce y constata que la empresa sanciona con 30 días de suspensión de empleo y sueldo no por el conjunto o la suma de los incumplimientos que imputaba a la actora, sino realmente estimando que cada uno y cualquiera de tales incumplimientos, al ser graves y culpables, justificaban la sanción, de tal modo que acreditado uno de los mismos y apreciada su correcta calificación de falta muy grave, la sanción impuesta queda legitimada, pues se corresponde con tal tipo de falta y a partir de ello pertenece al empresario el ejercicio del poder disciplinario. Siendo esto lo que ocurre, puesto que ya quedó dicho que la actora aparece cometiendo la falta laboral muy grave imputada de disminución continuada y voluntaria de rendimiento laboral; y la sanción impuesta se corresponde con tal falta y calificación. Consecuentemente, se rechaza el recurso de la actora y se acoge el de la empresa, propiciando de conformidad con el art. 115.1.a) L.P.L. la desestimación de la demanda al resultar procedente la sanción impuesta por la falta muy grave antes dicha cometida por la trabajadora e imputada en la carta de sanción.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la actora doña M.M.C.P. y estimando el también interpuesto por la empresa "C.N.P.", revocamos la sentencia de fecha 14.02.2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago en Autos nº 886/2000, y en consecuencia, desestimando la demanda interpuesta por doña M.M.C.P., por declararse procedente la sanción impuesta por la empresa de suspensión de empleo y sueldo por 30 días por la infracción muy grave de disminución continuada y voluntaria del rendimiento laboral cometida, absolvemos a la demandada "C.N.P." de la misma. Y dése al depósito constituido el destino legal.

## 3253 Recurso nº 3.411/01

**S.S.** CESAMENTO NUN CONTRATO TEMPORAL EN FRAUDE DE LEI NA ADMINISTRACIÓN LOCAL QUE MERECE A CONSIDERACIÓN DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. CONTÍA DA INDEMNIZACIÓN: TEMPO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, EN RELACIÓN CON SOLUCIÓNS DE CONTINUIDADE ENTRE DOUS CONTRATOS.

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

A Coruña, a diecisiete de septiembre de dos mil uno.

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. 3.411/01 interpuesto por EXCMO. CONCELLO DE LOUSAME contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por R.G.C. en reclamación de Despido siendo demandado EXCMO. CONCELLO DE LOUSAME en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 98/01 sentencia con fecha diecisiete de abril de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La demandante, mayor de edad, presta sus servicios por cuenta del Concello de Lousame desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de Titulado Superior (Psicólogo) de acuerdo con la serie contractual que se define a continuación: Las partes suscribieron, en fecha 2 de marzo de 1995, tras la correspondiente oferta de empleo público, contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial a cuyo tenor la actora prestaría sus servicios como Educadora con la categoría profesional de Monitor durante 10 horas semanales (5 horas durante dos días a la semana) cuyo objeto era intervenir como educadora de menores con Familias en situación de riesgo de marginalidad social, extendiéndose el contrato desde el 6 de marzo de 1995 hasta el 6 de septiembre del mismo año, fecha en que fue dada de baja ante la Tesorería General de la Seguridad Social. Las partes suscribieron, en fecha 1 de octubre de 1995, contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial a cuyo tenor la actora prestaría sus servicios como Educadora Familiar con la categoría profesional de Psicólogo durante 12 horas semanales cuyo objeto era intervenir como educadora Familiar del Concello de Lousame. Este contrato se dio por rematado el 31 de enero de 1998. Constituida la Oficina de Información Juvenil en dicho Concello, en orden a su atención de forma estable, se procedió a ampliar el contrato referido con anterioridad de 12 a 25 horas semanales. En fecha 2 de enero de 1997, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada al amparo del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, en cuya virtud la demandante prestaría sus servicios con la categoría profesional de Profesora de Adultos durante quince horas semanales (tres horas diarias con posibilidad de horario flexible), siendo su objeto la alfabetización y educación de adultos conforme a las Ordenanzas de 18 de enero y 4 de junio de 1996 del C. de Enseñanza Privada. La actora causó baja ante la Tesorería General de la Seguridad Social el 9 de marzo de 1998, fecha en que se dio por rematado el contrato. Las partes celebraron, el 10 de marzo de 1998, contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T. (R.D.L. 9/97) y el R.D. 2.546/1994, a cuyo tenor la actora prestaría sus servicios como Psicóloga a jornada completa, en horario flexible, cuyo objeto era la educación Familiar, atención de la O.I.J. y la educación de adultos, extendiéndose hasta la terminación del mandato del Sr. Alcalde, haciéndose constar como cláusula adicional que "el presente contrato se configura como eventual a las órdenes de la Alcaldía y permaneciendo mientras dure el mandato del Sr. Alcalde actual", contrato bajo cuya cobertura continúa prestando servicios en la actualidad./2º.- La demandante venía devengando desde abril de 1998 la suma mensual de doscientas treinta y una mil seiscientas veinticuatro pesetas (231.624 ptas.) brutas, pero, desde abril de 1999, en nómina percibe ciento ochenta y una mil seiscientas veinticuatro pesetas (181.624 ptas.) brutas./3º.- La Alcaldía de Lousame dictó Resolución 16/98, de 13 de marzo, en la que se exponía que, para garantizar una cierta estabilidad en la labor de la demandante se propuso a la trabajadora seguir como hasta entonces con contratos de trabajo a tiempo parcial condicionados a las subvenciones de la Xunta o bien formalizar un contrato como personal eventual previsto en los artículos 104 LRBRL y 126 TRRL, habiendo aceptado aquélla la segunda de las alternativas planteadas, habiendo aprobado el Pleno de la Corporación el 30 de marzo de 1998 –haciéndose constar la aceptación de la trabajadora- la rectificación del puesto de trabajo incluyéndolo en el apartado de personal laboral eventual en aplicación del régimen previsto en dichos artículos. La variación contractual le fue comunicada al INEM mediante escrito de 12 de abril de 1999 con efectos desde el 1º de abril de dicho año./4º.- Las actividades encomendadas contractualmente a la actora contaban con la financiación de las subvenciones de la Xunta de Galicia. Así por resolución de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de fecha 22 de abril de 1997 se concede al ayuntamiento una ayuda para la "realización de actividades de alfabetiza-

ción e formación de adultos durante el año 1997, por un importe de setecientas mil pesetas (700.000 ptas.). Por resolución de fecha 1 de marzo de 1999 se le concede una subvención de setecientas cuarenta mil pesetas (740.000 ptas.) para "realización de actividades de alfabetización e formación de adultos durante el año 1999" y setecientas mil pesetas (700.000 ptas.) para las actividades de alfabetización, certificado de escolaridad o graduado escolar. Para el ejercicio del año 2000 no se ha concedido subvención al Ayuntamiento de Lousame para el programa de Educación e Formación de adultos. La Consellería de Familia, Muller e Xuventude concedió una subvención de cuatrocientas mil pesetas (400.000 ptas.) para el programa de apoyo a las Familias por las Corporaciones Locales año 1995. En fecha de 31 de julio de 1996 la Consellería de Familia Muller e Xuventude concedió una ayuda de quinientas mil pesetas (500.000 ptas.) para el programa de educación familiar de las Corporaciones Locales. En fecha de 8 de julio de 1997 la Consellería de Familia concedió una ayuda de quinientas mil pesetas (500.000 ptas.) para programa de Educación Familiar. En fecha de 11 de agosto de 1998 se concedió al ayuntamiento una ayuda de quinientas cincuenta mil pesetas (550.000 ptas.) para llevar a cabo el programa de educación Familiar. En fecha 22 de junio de 1999 se le concedió una subvención de quinientas setenta y siete mil quinientas pesetas (577.500 ptas.) para el programa de educación familiar que desarrollaran las corporaciones locales. Subvenciones que se rigen por las ordenes 17 de diciembre de 1996 y 20 de febrero de 1998. El 30 de mayo de 1996 la Consellería de Familia, Muller e Xuventude concedió al ayuntamiento demandado la subvención de setecientas mil pesetas (700.000 ptas.) para la realización "de actividades juveniles y promoción de información juvenil". En fecha 23 de abril de 1997 la mencionada Consellería la concede la ayuda de setecientas mil pesetas (700.000) para las relativas al fomento de la información juvenil, con cargo a la aplicación presupuestaria de 14.03.355B.460 de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 1997. En fecha de 18 de mayo de 1999 la Consellería de Familia le concedió la cantidad de ochocientas mil pesetas (800.000 ptas.) para las actividades relativas al fomento de información juvenil, con cargo a la aplicación de presupuesto 14.03.355B.460 de los presupuestos generales de la CC.AA. de Galicia para 1999. Las actividades para el fomento y realización de actividades dirigidas a la juventud y promoción de la información juvenil se regula la Orden de 17 de diciembre de 1996./5º.- La demandante realiza las siguientes funciones "Doña R.G.C., Psicóloga-Pedagoga, ven prestando os seguintes servicios desde o exercicio 1996.// - Programa de educación familiar.// - Educación de Adultos.// - Atención á oficina de Información Xuvenil con outras actividades.// Por iniciativa propia está a traballar, xunto con outras persoas, nun proxecto de rehabilitación das marxes do río Vilacova, senderismo, teatro, etc.// É opinión contrastada que o seu labor en todos os campos citados acada unha alta eficacia.// Os servicios citados iniciáronse en base a convocatorias de subvencións que son as seguintes:// -Programa de educación familiar... 500.000 ptas.// -Educación de adultos... 600.000 ptas.// -Oficina de información xuvenil... 700.000 ptas.// Total... 1.800.000 ptas."/6º.- Por resolución de la alcaldía 131/00, de fecha 26 de diciembre, se acuerda el cese de la actora en las funciones encomendadas con efectos de 31 de diciembre de 2000./7º.- Que por sentencia de fecha 22 de junio de 2000 dictada en el juicio número 009/0010 de este Juzgado de lo Social, se desestima a la actora el derecho a ser declarada fija de la plantilla mediante relación laboral de carácter indefinido con reconocimiento expreso del tiempo de servicios prestados a efectos de trienios y a su abono en la cuantía establecida en el Acuerdo de retribuciones del personal del Concello, con abono de las diferencias existentes con una anualidad de retroactividad./8º.- La demandante no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./9º.- Presentada reclamación previa el 10 de enero 2001 sin haber recaído resolución expresa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo, la demanda promovida por doña R.G.C. frente al EXCMO. CONCELLO DE LOUSAME, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto la actora y condeno a dicho Ayuntamiento a que opte entre la readmisión de la trabajadora demandante en su puesto de trabajo o al abono de la cantidad de un millón quinientas noventa mil quinientas cuarenta y tres pesetas (1.590.543 ptas.) en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de seiscientas setenta y cuatro mil setecientas setenta y ocho pesetas (674.778 ptas.) en concepto de salarios de tra-

mitación, y a un haber diario de seis mil cincuenta y cuatro pesetas (6.054 ptas.) desde la fecha hasta que se notifique la presente Resolución.". Por auto de 27.04.01 se aclaró que el montante de los salarios de tramitación era de 647.778 pesetas.

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 el Concello de Lousame en solicitud de la revocación de la sentencia de instancia "fijando la indemnización del despido en 766.536 ptas. y, subsidiariamente, en 1.430.817 ptas. en el supuesto de confirmarse indefinida la contratación de la actora", 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. 15.1.a) E.T. en relación con el art. 2 R.D. 2.546/94 (motivo 2º) y (motivo 3º) del art. 56.1.a) E.T.

SEGUNDO.- Interesa el recurrente se suprima del párrafo inicial H.P. 1º la frase "desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de titulado superior (Psicólogo)", aduciendo los contratos suscritos en 1995 (F. 74) y 1998 (F. 92). La supresión procede: por un lado, el propio H.P. 1º declara que la actora desarrolló las funciones "de acuerdo con la serie contractual que se define a continuación...", precisando acto seguido que el contrato de 02.03.95 era para prestar servicios como educadora con la categoría de monitor...; por otro lado, los contratos suscritos que se reflejan en el H.P. 1º acreditan categoría y función laboral; por último, el recurso no impugna el H.P. 5º en el que se declaran las funciones realizadas por la actora desde 1996, Psicóloga-Pedagoga, con servicios desde el ejercicio de 1996..., que complementa la declaración del H.P. 1º y al que, inserto en éste, hay que atenerse.

TERCERO.- Si en el motivo 2º del recurso se denuncia infracción del art. 15.1.a) E.T. en relación con el art. 2 del R.D. 2.546/94 y al hilo de ello se argumenta en esencia que no es de apreciar ningún fraude en la contratación de la actora y se cita la sentencia del propio Juzgado de 22.06.00 obrante a los folios 36 a 38, en el motivo 3º del mismo se denuncia infracción del art. 56.1.a) E.T. y se dice que "a tenor de lo expuesto en el motivo anterior... lo que implica es que no ha existido ningún fraude en la contratación, la indemnización del despido ha de computarse desde el último contrato suscrito el día 10.03.98, lo que supone una antigüedad de... convirtiéndose en 126,60 días de indemnización a razón de 6.054 ptas./día, alcanzando la misma la suma de 766.536 ptas. Subsidiariamente... la antigüedad de la actora a efectos de despido habría de fijarse en el 01.10.95, fecha en que se suscribió el segundo contrato... En este caso, la antigüedad desde el 01.10.95 al 31.12.00 sería... lo que supone una indemnización de 1.430.817 ptas." Consecuentemente, el recurso no viene en realidad a cuestionar que el cese dado a la actora con fecha 31.12.00 careció de cobertura legal y constituyó un despido improcedente, postulándose en la súplica que se fije la indemnización "del despido en 766.536 ptas. y, subsidiariamente, en 1.430.817 ptas...". En todo caso, conforme a los H.D.P., el contrato último suscrito, el de 10.03.98, se trató de un contrato de trabajo que aunque se dice de duración determinada al amparo del art. 15 E.T. y R.D. 2.546/94, resulta inviable en su temporalidad, pues estableciéndose como su objeto la educación familiar, atención de la O.I.J. (Oficina de Información Juvenil) y la educación de adultos, resulta que se previó que se extendería "hasta la terminación del mandato del Sr. Alcalde", reiterándose en cláusula adicional que "el presente contrato se configura como eventual a las órdenes de la Alcaldía y permaneciendo mientras dure el mandato del Sr. Alcalde actual". Se hace evidente que no cabe apreciar causa real propia del contrato eventual, de las previstas en el art. 3 ó 2 del R.D. 2.546/94 (derogado por el R.D. 2.720/98 de 18 de diciembre), y temporalidad lícitamente establecida ante las mencionadas previsiones, dándose lugar a una relación indefinida; máxime cuando como dice también la sentencia recurrida en su Fto. Jurídico 3º, con su correspondiente valor de H.P., la actividad de desarrollo de un programa de alfabetización de adultos y educación familiar, si bien se nutría de subvenciones de la Xunta de Galicia tienen un porcentaje que lo pone el propio Ayuntamiento de Lousame y las actividades se siguen desempeñando en la entidad demandada tras y a pesar del cese de la actora. Por otro lado, la actividad de educación familiar, y de educación de adultos, en el Concello de Lousame procede de 1995, reflejando el H.P. 1º la constitución de la O.I.J. en tal Concello en referido año con una atención de forma continua y estable mediante los profesionales correspondientes; en éste contexto, también los contratos laborales suscritos por el actor previamente al

último de 10.03.98 presentan anomalías evidentes reflejadas en los H.D.P. Si ya el primer contrato era para prestar servicios como educadora de menores con familias en situación de riesgo de marginación social, el contrato a tiempo parcial suscrito en 01.10.95, tildándose de duración determinada tenía por objeto intervenir como educadora familiar del Concello de Lousame, con la categoría de psicólogo, y (H.P. 1º) "se dio por rematado el 31.01.98", y así consta al folio 80, encabalgando sobre él otro contrato de duración determinada y a tiempo parcial en 02.01.97 (obrante al folio 79) cuyo objeto era la alfabetización y educación de adultos conforme a las O. de 18.01 y 04.06.96 del C. de Enseñanza Privada, dándose por terminado en 09.03.98; sin embargo, al día siguiente las partes suscriben el contrato de trabajo ya antes aludido con previsión de duración "hasta la terminación del mandato del Sr. Alcalde", quien, aduce la demandante, tampoco consta haya cesado.

En suma, el cese dado a la actora con efectos de 31.12.00 careció de cobertura legal constituyendo un despido improcedente, debiendo éste ser insertado en el contexto de una relación laboral no de duración determinada sino indefinida.

CUARTO.- Sostiene el recurrente Concello de Lousame que la indemnización del despido ha de computarse desde el último contrato suscrito el 10.03.98 o, subsidiariamente, desde el 01.10.95, fecha de suscripción del segundo contrato y dado que –se alega en este último caso- entre la finalización del primero en 06.09.95 y la concertación del segundo el día 01.10.95 se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los 20 días como plazo de caducidad para ejercitar la acción de despido. Tal es el planteamiento del recurso en cuanto a los efectos que ha de tener el despido improcedente de autos. La STS de 29.09.99 (Ar. 7.540), entre otras como las de 14.09.99, 11.11.00..., razonaba lo siguiente: "Finalmente, en la Sentencia de la Sala de 30 de marzo de 1999, recurso 2.594/1998, se insiste en que <<El tiempo de servicio a que se refiere el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente, debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma. Tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando... entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido. Tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos sucesivos>>. "...Si la demandante prestó servicios como auxiliar sanitario para la empresa en virtud de un primer contrato en prácticas y tras firmar un finiquito y dejar de prestar servicios durante 14 días firmó un nuevo contrato para llevar a cabo las funciones propias de la misma categoría profesional para la misma empresa, pero en esta ocasión con un contrato indefinido, realmente hay que entender que no hubo una interrupción significativa y a los efectos de reconocer el tiempo de prestación de servicios en la demandada, ni el finiquito supone en este caso la existencia de una voluntad extintiva del vínculo, desde el momento en que en su texto sólo se contempla la fuerza liberatoria del mismo en relación con posibles retribuciones o cantidades que pudiesen eventualmente ser reclamadas por la trabajadora y, lo que es más importante, unos días después se firma el contrato, del que, pese a lo que se dice en la impugnación del recurso, en modo alguno consta que su contenido se refiriese a actividad laboral distinta de la anterior, como puede deducirse del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia no combatido ni alterado en la Sentencia de Suplicación. Los servicios prestados para la empresa recurrente, en consecuencia, hay que fijarlos en el momento en que se firmó el primer contrato con la empresa, tal y como se hizo en la Sentencia de instancia."

En el caso de autos, la secuencia contractual valorable a los efectos del art. 56.1.a) E.T. ha de alcanzar a la fecha de 01.10.95, en que se suscribió contrato de trabajo que ya sin solución de continuidad pasó a vincularse con los posteriores contratos de 02.01.97 y de 10.03.98, éste el último celebrado y suscrito cuando el día anterior se había dado por finalizado el contrato precedente; todo lo cual, en unión de lo ya razonado en torno a los mismos, lleva a que los servicios a efectos del art. 56.1.a) E.T. abarquen todos los prestados desde aquella fecha indicada. No cabe, sin embargo, computar la antigüedad de que se habla desde el contrato suscrito el 02.03.95, puesto que con ciertas diferencias de categoría-función, conforme al H.P. 1º, que declara que la actora prestó servicios "de acuerdo con la serie contractual que se define a continuación", dicho contrato se extendió "hasta el 6 de septiembre del mismo año, fecha en que

fue dada de baja ante la Tesorería General de la Seguridad Social. Las partes suscribieron, en fecha 01.10.95, contrato de trabajo...", mediando entre aquel y el sucesivo contrato una interrupción significativa, superior al tiempo de caducidad de la acción de despido, todo lo que propicia, en suma, que se considere habida solución de continuidad suficientemente trascendente, rota la continuidad de la relación de trabajo a los efectos del art. 56.1.a) E.T. Por Consiguiente, como interesa el recurso en su petición subsidiaria, la indemnización que procede es la de 1.430.817 ptas. -calculada a partir del salario fijado en la sentencia recurrida y que no ha sido objeto de impugnación en el recurso- y no la establecida en la sentencia de instancia de 1.590.543 ptas. En tal único sentido procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia.

### Fallamos

Que estimando en su petición subsidiaria el recurso de Suplicación interpuesto por el Concello de Lousame contra la sentencia dictada el día 17.04.01 en Autos nº 98-01 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago tramitados contra la recurrente a instancias de doña R.G.C., revocamos dicha sentencia en el exclusivo sentido de dejar sin efecto la indemnización de 1.590.543 ptas. que fija, estableciendo en su lugar la de 1.430.817 ptas., manteniendo los restantes pronunciamientos de la misma.

## 3254 Autos nº 6/2001

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. ABSORCIÓN E COMPENSACIÓN DE PRIMA DE PRODUCCIÓN POR MELLORA DE CONVENIO. CARÁCTER HOMOXÉNEO DAS CONDICIÓNS. PROCEDENCIA DA ABSORCIÓN, AÍNDA QUE A PRIMA TIVESE CARÁCTER DE CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA.

*Ponente: Ilmo Sr. Don José Elías López Paz*

A Coruña, a diecinueve de septiembre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En los presentes autos con el núm. 6/2001 seguidos a instancia del SINCIATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), representado y asistido por el Letrado don F.E.F., contra la demandada Empresa "H., S.A. (MUCHA'S)", representada y asistida por el Letrado don E.C.M., siendo el objeto de la reclamación de CONFLICTO COLECTIVO.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2001, se recibió en esta Sala demanda de Conflicto Colectivo formulada por el SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS contra la demandada antes ya mencionada, en la que suplicaba se dicte sentencia por la que se declare el derecho de los trabajadores al percibo del PLUS DE PRODUCCIÓN, en la cuantía de 6.147 ptas./mes, tal y como venían percibiendo todos los trabajadores y así consta en las hojas de salarios con anterioridad a la modificación hecha por la empresa en diciembre de 2000, y que el art. 5 del convenio colectivo establece como condición más beneficiosa el derecho reconocido en su día por la empresa, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, convocándose a las partes a los actos de Conciliación y Juicio que tuvieron lugar el 13 de septiembre corriente, con la asistencia de la parte actora que ratificó su demanda, con la oposición de la demandada, recibido el juicio a prueba, por ambas partes se propuso Documental, que declarada pertinente se unieron los documentos a los autos aportados a tal fin; seguidamente las partes hicieron uso de la palabra para conclusiones, insistiendo en sus peticiones respectivas quedando el juicio visto a efectos de votación y fallo. En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales. De todo lo actuado en juicio se DECLARAN PROBADOS:

1º.- Por la representación del Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, se formuló demanda en materia de Conflicto Colectivo ante este Tribunal, contra la mercantil "H., S.A.(MUCHA´S)", solicitando se mantuviese el denominado "plus de producción" a todos los trabajadores de los diversos centros de trabajo de la demandada, ubicados en las siguientes localidades, todas de la Provincia de Pontevedra: Vigo, Marín, Redondela, Cambados, La Estrada, Lalín, Cangas, Sanxenxo, Bueu, Villagarcía y Porriño, indicando que el conflicto

afectaba a todos los trabajadores de los citados centros de trabajo, concretamente a una plantilla de 33 empleados.

2º.- Todos los trabajadores afectados por el presente conflicto (incluidos dentro del ámbito del Convenio Colectivo Interprovincial de minoristas) y que fueron contratados con anterioridad al 1º de enero de 2000, fecha de la entrada en vigor del citado Convenio, venían percibiendo una cantidad que en los recibos de salarios se incluía bajo el epígrafe de "prima de producción", por un importe fijo mensual para cada trabajador de 6.147 pesetas/mes, (devengo anual 73.764 pesetas), cantidad que la empresa demandada ha dejado de abonar desde la vigencia del indicado Convenio.

3º.- El Convenio Colectivo Interprovincial de minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías, con vigencia desde el 1º de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2003, estableció unas Tablas de Salarios Mínimos Garantizados por Grupos Profesionales "por ahora para el año 2000", fijando para el Grupo II, en el que se incluyen los vendedores (anterior categoría de dependiente), una retribución anual en concepto de salario base por importe de 1.369.800 pesetas. Antes de la entrada en vigor del citado Convenio, el importe del salario base para la categoría de dependiente ascendía a 1.274.985 pesetas, resultado así una diferencia en cómputo anual por valor de 94.851 pesetas.

4º.- Las partes firmantes del vigente Convenio, acordaron suprimir el complemento personal de "antigüedad", sustituyendo dicho concepto por un "complemento ad personam" para los trabajadores que a fecha 1º de enero de 2000 percibían el citado plus de antigüedad al amparo de la norma colectiva anterior, estipulándose la naturaleza salarial y de carácter no absorbible, ni compensable del mismo.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El Sindicato demandante, Comisiones Obreras (CC.OO.) formula demanda en materia de Conflicto Colectivo, con la finalidad de que se mantenga la cantidad que en concepto de prima de producción venían percibiendo los trabajadores de los distintos centros de trabajo que la demandada tiene en la Provincia de Pontevedra, con anterioridad al 1º de enero de 2000, fecha de la entrada en vigor del Convenio Colectivo Interprovincial de minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías. En primer lugar, y con objeto de precisar el ámbito del Conflicto, debe resaltarse que el mismo no afecta a toda la plantilla de la empresa demandada "H., S.A.", ("MUCHA´S"), es sólo denominación comercial), la cual tiene otros trabajadores que prestan sus servicios en el almacén, y que no están incluidos dentro del Convenio Colectivo antes indicado, sino en el de "Mayoristas". Y, por otra parte, el Conflicto afecta sólo a los trabajadores contratados con anterioridad a la entrada en vigor del citado Convenio, no a los que fueron contratados con posterioridad a su vigencia. Así pues, el conflicto sólo se refiere a los empleados de las tiendas, vendedores, que antes ostentaban la categoría profesional de dependientes.

El Sindicato demandante alega, en esencia, que la mercantil demandada, al dejar de abonar la indicada prima de producción, está llevando a cabo una absorción totalmente fraudulenta e ilegal, que no puede quedar amparada por el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco por el artículo 5 del Convenio de aplicación, en el que se dispone que "Todas las condiciones económicas y de cualquier índole contenidas en el presente Convenio, se establecen con el carácter de mínimas por lo que las condiciones actuales implantadas en las distintas empresas, que impliquen globalmente condiciones más beneficiosas con respecto a lo establecido en el presente Convenio, subsistirán para aquellos trabajadores que vinieran disfrutándolas". Añadiendo que los trabajadores tienen un derecho adquirido o condición más beneficiosa, viniendo la sociedad mercantil obligada a respetar el concepto de "plus de producción", que tenían en sus nóminas, a razón de 6.147 pesetas/mes. Por su parte, la representación de la patronal demandada aduce, en síntesis, que el citado plus de producción lo venían percibiendo todos los trabajadores, en cuantía fija, y que era un concepto salarial homogéneo, absorbible al amparo de lo que dispone el artículo 7 del Convenio Colectivo de aplicación, que señala: "Serán compensables y absorbibles todas las cantidades entregadas a cuenta del Convenio por las empresas durante la vigencia del anterior Convenio o norma legal sustitutiva del mismo".

SEGUNDO.- Partiendo de los hechos que se declaran probados, sobre los cuales no se suscita controversia por las partes litigantes, la cuestión litigiosa, a dilucidar por la Sala, consiste en determinar si la absorción y compensación operada por la mercantil demanda-

da cuenta con soporte legal que la ampare y resulta ajustada a Derecho; o si, por el contrario, la misma es fraudulenta e ilegal, tal como sostiene la representación procesal del Sindicato demandante. El artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia". De una interpretación literalista del citado precepto, se desprende que para que proceda la compensación y absorción han de concurrir dos requisitos esenciales: 1º.- Que han de ponerse en relación y confrontarse las retribuciones anteriores y las nuevas, para comprobar sí, efectivamente, los salarios establecidos en el nuevo orden normativo o convencional son superiores. Y, 2º.- El citado principio de compensación o absorción salarial previsto en el indicado precepto estatutario, solamente será de aplicación cuando los conceptos salariales que se pretenden absorber y compensar, tengan un carácter homogéneo. Pues bien, en el caso enjuiciado, concurren ambos requisitos. En efecto, de la comparación de las retribuciones que en concepto de salario venían percibiendo los trabajadores al amparo del anterior convenio, (1.274.985 pesetas/año), con las fijadas en las Tablas Salariales que rigen desde el 1 de enero de 2000, fecha de vigencia del actual Convenio Colectivo de aplicación, (que ascienden a 1.369.800 pesetas/año), resulta un incremento del 7.44%, y unas diferencias en cómputo anual por valor de 94.851 pesetas. El plus de producción que los trabajadores venían percibiendo ascendía a 6.147 pesetas/mes (73.764 pesetas en cómputo anual), consiguientemente, las retribuciones salariales nuevas son superiores a las antiguas.

La compensación ha de ser de materias homogéneas, y en el caso enjuiciado también se cumple con el requisito de la exigencia de la homogeneidad, siendo así que el plus de producción que venían percibiendo los trabajadores, no era en función de una determinada calidad o cantidad de trabajo, sino que se trataba de una cuantía fija, de devengo mensual y de una misma cantidad para todos los trabajadores, por lo que su concepto salarial parece evidente. Finalmente debe resaltarse que, aunque el citado plus de producción tuviese el carácter de condición más beneficiosa o de derecho adquirido, -como sostiene el Sindicato actuante- podría ser igualmente absorbible y compensable según una consolidada doctrina jurisprudencial, salvo prohibición específica que en el caso no se da, por cuanto el artículo 5 del Convenio no afecta a la absorción operada por la patronal, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del mismo. El citado artículo 5, se refiere a las condiciones más beneficiosas establecidas al amparo del vigente convenio, como la que se regula en el artículo 35 en relación con el complemento personal de antigüedad, pactándose un complemento "ad personam", de naturaleza salarial y de carácter no absorbible, ni compensable. Pero dicho complemento ninguna relación guarda con la cuestión litigiosa. Por las razones que se dejan expuestas, la pretensión deducida en la demanda interpuesta por el Sindicato CC.OO. no puede ser acogida, por lo que procede la íntegra desestimación de la misma y la absolución de la sociedad mercantil demandada. En consecuencia:

### Fallamos

Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal del Sindicato demandante Comisiones Obreras (CC.OO.), contra la Sociedad Mercantil "H., S.A.", sobre Conflicto colectivo, debemos declarar y declaramos ajustada a Derecho la compensación y absorción salarial realizada por la empresa demandada y, en consecuencia, debemos absolver y absolvemos a la indicada Mercantil de la pretensión frente a la misma deducida en la demanda origen de los presentes autos.

## 3255 Recurso nº 3.287/2001

**S.S.** INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA A REALIZACIÓN DE TRABALLOS ESPECÍFICOS E CONCRETOS NON HABITUAIS. INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL.

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

A Coruña, a diecinueve de septiembre de dos mil uno.

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. 3.287/2001 interpuesto por CONSELLERÍA DE CULTURA, COMUNICACIÓN SOCIAL E TURISMO (XUNTA DE GALICIA) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.C.S. en reclamación de Despido siendo demandada Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo (XUNTA DE GALICIA) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 624/2000 sentencia con fecha 3 de mayo de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que el actor, mayor de edad, ha venido prestando sus servicios como Titulado Superior, por cuenta y bajo la dependencia de la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo, en concreto en el Centro Galego de Arte Contemporánea, sito en Santiago de Compostela, percibiendo un salario mensual de cuatrocientas diez mil ciento cuarenta y una pesetas (410.141 ptas.), con una antigüedad desde enero de 1993./ SEGUNDO.- Que el actor suscribió con la Consellería de Cultura, comunicación Social e Turismo, en fecha 20 de junio de 1995, un contrato para la Realización del Programa para la Puesta en Funcionamiento del Centro Galego de Arte Contemporánea de Santiago de Compostela, al amparo del decreto 1.465/85 de 17 de julio, de la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento que la desarrolla, que fue objeto, de una prórroga en base a acuerdo mutuo de prórroga de contrato suscrito además del actor por el Director General de Patrimonio Cultural, en fecha 29 de diciembre de hasta el 31 de marzo de 1998./ TERCERO.- Que por Decreto 308/1998 de diciembre se creó el Centro Galego de Arte Contemporánea como un centro que da acogida a todas las manifestaciones y actividades que muestran de una manera viva y actual el vario mundo de la creación artística contemporánea. En fecha 11 de mayo de 1998 se emite Memoria explicativa y propuesta de autorización de un contrato menor de servicios complementarios para el funcionamiento de la administración, con el siguiente contenido: "A contratación dun servicio co obxecto da coordinación das actividades do CGAC ao amparo do previsto para os contratos menores de consultoría e asistencia técnica e servicios nos artigos 202 e 57 da Lei 13/1995, do 18 de maio, de Contratos das Administracións Públicas. O adxudicatario do contrato será un licenciado en Xeografía e Historia e as condicións básicas do contrato serán as seguintes: Prazo de execución do contrato catro meses. Importe un millón setecentas setenta e tres mil duascentas pesetas (1.763.200 ptas.) incluidos todos os impostos, cargas sociais e tributarias que poida ter o adxudicatario. Forma de pago contra factura por períodos de tempo conformados polo director do traballo"./ CUARTO.- Que el actor suscribió con la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo en fecha 1 de junio de 1998 un contrato menor que tiene por finalidad la coordinación de las actividades del Centro Galego de arte Contemporánea -en adelante CGAC- por importe de un millón setecientas sesenta y tres mil doscientas pesetas (1.763.2000 ptas.), por un período de 4 meses. En fecha de 7 de junio de 1999 la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo, atribuye al actor la realización de trabajos correspondientes de corrección técnica de fichas del inventario del Patrimonio cultural para la informatización, por un importe de un millón novecientas setenta y dos mil pesetas (1.972.000 ptas.), en virtud del artículo 197 a 202 de la ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. En fecha 5 de julio de 1999 se le atribuye al actor la realización de trabajos de elaboración de fichas y corrección de las existentes del inventario que se está a realizar del patrimonio inmueble de A Coruña, por un importe de un millón novecientas setenta y dos mil pesetas (1.972.000 ptas.), en virtud del artículo 197 a 202 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. Que en fecha 28 de julio de 2000 la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo atribuyen al actor la realización del trabajo de "preparación y trabajos preliminares para las exposiciones itinerantes y las exposiciones a realizar en la Casa da Parra", con un presupuesto de un millón novecientas noventa y ocho mil ochocientas pesetas (1.998.800 ptas.), al amparo del artículo 56 y 201 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública, aprobado por Real Decreto 2/2000 de 16 de junio. Con el plazo de ejecución de 5 meses. En fecha 14 de febrero de 2000 se le atribuye al actor el trabajo de preparar los trabajos necesarios y preliminares de las referidas exposiciones itinerantes y de la Casa da Parra.- X.M., P.D.M., J.L.M., J.R.V.- con un

presupuesto de novecientas setenta y cuatro mil cuatrocientas pesetas (974.400 ptas.)./ QUINTO.- Que el actor en fecha 25 de abril de 2000 causó baja por enfermedad, siendo dado de alta el día 26 de junio 2000./ SEXTO.- Que al actor el día 27 de junio de 2000 el director General de Promoción Cultural le comunicó verbalmente que no volviera a su centro de trabajo./ SÉPTIMO.- El actor figura inscrito en un listín interno telefónico./ OCTAVO.- Que El actor no ha ostentado en el año anterior al despido ni ostenta la cualidad de representante sindical ni delegado de personal./ NOVENO.- Que en fecha 6 de julio de 2000 el actor presentó reclamación previa, siendo desestimada por silencio administrativo".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por el representante legal de CONSELLERÍA DE CULTURA, COMUNICACIÓN SOCIAL E TURISMO y estimando la demanda promovida por don J.C.S. contra la CONSELLERÍA demandada, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto la parte actora, y debo condenar y condeno a la entidad demandada a que opte entre la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo o el abono de la cantidad cuatro millones seiscientas ocho mil setenta y tres pesetas (4.608.063 ptas.) en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de cuatro millones ciento noventa y seis mil novecientas noventa y siete pesetas (4.196.997 ptas.) en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de trece mil seiscientas setenta y una pesetas (13.671 ptas.) desde la fecha hasta que se notifique la presente Resolución".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia formulada por la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo de la Xunta de Galicia y estimando la demanda interpuesta por J.C.S. contra la antes citada Entidad, declaró la improcedencia del despido de que fue objeto la parte actora y condenó a la Entidad demandada a que optase entre la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de 4.608.063 pesetas en concepto de indemnización, con abono en ambos casos de la cantidad de 4.196.997 pesetas en concepto de salarios de tramitación y a un haber diario de 13.671 pesetas desde la fecha hasta que se notificase la resolución de instancia, la Xunta de Galicia, articulando su recurso en base a, cuatro motivos, en el primero de los cuales, a su vez subdivido en cinco apartados, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia y en los tres restantes, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la referida Ley Procesal Laboral, solicita el examen de las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia a que se refirió.

SEGUNDO. Constituyendo el apartado primero del motivo primero del recurso, en el ámbito de la revisión del relato histórico de la sentencia de instancia, con amparo procesal correcto, solicita la Xunta de Galicia que se modifique el ordinal primero en el sentido de eliminar el inciso final del mismo que es del tenor literal siguiente: "percibiendo un salario mensual de cuatrocientas diez mil ciento cuarenta y una pesetas (410.141 pesetas) con una antigüedad desde enero de 1993", aludiendo a la falta absoluta de prueba acerca de tales consideraciones y a la consiguiente infracción de normativa constitucional que exige un mínimum de actividad probatoria, con invocación de las sentencias del Tribunal Constitucional de 28.07.82 y 15.10.82, que distinguen entre la valoración de la prueba practicada y la falta total de prueba, aplicable, según su criterio, al proceso laboral.

Ha de prosperar la solicitud llevada a cabo por la Entidad demandada en relación la supresión del párrafo en cuestión pues, al margen de las consideraciones efectuadas en orden a la existencia de elementos probatorios que, en grado asaz sustentasen lo establecido en el ordinal de referencia, dados los términos en que se plantea la litis y sin perjuicio de lo que se dirá, la Sala entiende que constituyen una suerte de predeterminación del fallo que determina la procedencia de su exclusión del

relato histórico de la sentencia; debe pues, eliminarse el párrafo controvertido de la redacción original del hecho probado primero de la resolución de instancia.

TERCERO. En el propio motivo primero, párrafo B), la parte demandada solicita la revisión del hecho probado cuarto, mediante la adición al primer párrafo del ordinal en cuestión de un inciso final del siguiente tenor literal: "Que al actor se le abonó el precio del contrato en tres pagos, realizándose el tercer pago en concepto de pago final y liquidación el 18 de septiembre de 1998". Apoyando sus pretensiones revisorias en la documental de los folios 115, factura nº 7/98 por importe total de 364.800 pesetas, de fecha 02.09.98 y folio 148, comunicación remitida al actor por Dirección Xeral de Política Financeira e do Tesouro da Consellaría de Economía e Facenda en la que se hace referencia a "pago final contrato actividades CGAC", transfiriendo la suma antes citada a la cuenta corriente del actor, deviene procedente la modificación del ordinal cuarto, párrafo primero, de la sentencia de instancia debiendo adicionarse a su redacción original el párrafo antedicho.

CUARTO.- Propone, asimismo, la parte demandada recurrente, dentro del ámbito de la revisión fáctica, la modificación del párrafo segundo del propio hecho probado cuarto a fin de que quede redactado del siguiente tenor: "En fecha 7 de junio de 1999 la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo, atribuye al actor la realización de trabajos correspondientes a la corrección técnica de fichas del inventario del Patrimonio Cultural para su informatización, por un importe de un millón noventa y ocho mil pesetas, (1.098.000 pesetas), en virtud del artículo 7 de la Ley 7/98 de 30 de diciembre de medidas tributarias, de régimen presupuestario, función pública y gestión", en base al documento del folio 11, donde se contiene una cédula de citación fechada en 03.03.01, que nada tiene que ver con lo que es objeto de la revisión, por lo que, careciendo de válida apoyatura ha de rechazarse la postulada modificación permaneciendo inalterado el párrafo segundo del ordinal cuarto.

QUINTO. Interesa la parte recurrente, en el apartado D) del motivo primero de su recurso, la adición al párrafo tercero del citado hecho probado cuarto de un inciso final con el siguiente tenor: "...contrato para el que se fijó un plazo de ejecución de un mes, abonándosele el precio del contrato el 23 de agosto de 1999". Cita como apoyatura de su pretensión la resolución del Conselleiro de Cultura e Comunicación Social autorizando el gasto para proceder a la adjudicación de contrato para los trabajos de elaboración de fichas y corrección de las existentes en el inventario de patrimonio inmueble de A Coruña, folio 122 de los autos, y de la comunicación remitida al actor por la Dirección Xeral de Política Financeira e do Tesouro da Consellaría de Economía e Facenda de la fecha en que se transfirió a su cuenta el pago del precio del contrato, folio 147 de los autos, siendo así que, teniendo base hábil en la documental de referencia, ha de accederse a lo solicitado por la parte recurrente de manera que, el párrafo en cuestión, queda redactado de la forma siguiente: "En fecha 5 de julio de 1999 se le atribuye al actor la realización de trabajos de elaboración de fichas y corrección de las existentes en el inventario que se está a realizar del patrimonio inmueble de A Coruña, por un importe de un millón novecientas setenta y dos mil pesetas (1.972.000 pesetas) en virtud del artículo 197 a 202 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, contrato para el que se fijó un plazo de ejecución de un mes, abonándosele el precio del contrato el 23 de agosto de 1999".

SEXTO. Por último, constituyendo el apartado E) del motivo primero, aún en el ámbito de la revisión fáctica, propone la modificación del párrafo cuarto del hecho probado cuarto, en base a la documental de los folios 136, en donde se contiene la Memoria explicativa emitida por la Consellería demandada en relación con el Plan de Exposiciones de Artes Plásticas para el año 2000 de la Dirección Xeral de Promoción Cultural donde se hace referencia a la previsión de contratar la "Preparación y trabajos preliminares para las exposiciones itinirantes y las exposiciones a realizar en la Casa da Parra"; folio 140, en el que consta la adjudicación al actor y folio 142, que contiene el documento contable de pago. Conteniendo, en esencia, la redacción original del párrafo en cuestión los datos a que se refiere el texto alternativo, sin que la mención a la memoria explicativa tenga relevancia a los efectos que nos ocupan, ha de accederse a la revisión pero solo en parte, adicionando al texto del párrafo cuarto del hecho primero de la sentencia "a quo" el inciso final siguiente: "...adjudicándosele dicho contrato al actor por resolución del Conselleiro de Cultura e Comunicación Social el 27 de septiembre de 2000 y emitiéndosele por la citada Consellería el

documento contable O.K. de pago del precio el 12 de diciembre de 2000".

SÉPTIMO. En sede jurídica, constituyendo los motivos segundo, tercero y cuarto, interesa la Entidad recurrente el examen de las infracciones de normas sustantivas y de la Jurisprudencia, denunciando, respectivamente, en el motivo segundo, la indebida aplicación de los artículos 1.3 y 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, 2 y 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 2.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 6.4 del Código Civil y Jurisprudencia; así como, en el tercero, la indebida aplicación de los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y artículo 6.4 del Código Civil, en tanto que en el motivo cuarto, denuncia la indebida aplicación de los artículos 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores y artículo 6.4 del Código Civil y Jurisprudencia a que se refirió.

En síntesis, considera la Entidad demandada, que la relación entre las partes no se halla incluida en el ámbito del conocimiento del Orden Jurisdiccional Social, así como que las funciones del actor tienen una evidente autonomía y sustantividad propia dentro de la Administración demandada, pudiendo ser objeto de contratación administrativa y que no se trata de una relación de carácter laboral.

OCTAVO. La excepción invocada, a la sazón incompetencia de jurisdicción, por afectar al orden público procesal, ha de ser la primera de las cuestiones objeto de examen y, aunque dada su naturaleza, permite a la Sala analizar y valorar con plena libertad, sin estar vinculada al relato fáctico contenido en la sentencia recurrida, la totalidad de los medios de prueba aportados a las actuaciones, ha de partirse, en esencia, de la resultancia fáctica a que se contrae el relato histórico de la sentencia de instancia a tenor de las modificaciones llevadas a cabo en los ordinales antes referido, sin perjuicio de las consideraciones que a continuación pasamos a exponer y, así las cosas, conviene tener en cuenta que, como ha establecido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 20 de octubre de 1998, en la que se hace mención a las sentencias de la propia Sala dictadas en relación con contratos administrativos concertados con las Administraciones Públicas, de 2 de febrero y 27 de abril de 1998, 26 de octubre de 1992 y 2 de febrero de 1994: "En las sentencias de esta Sala últimamente citadas el análisis se centró sobre contratos concertados por la Administración con determinadas personas físicas a fin de que estas llevasen a cabo ciertos servicios a favor de aquélla, contratos en los que se consignaba que eran de carácter administrativo. Ahora bien, a partir de la puesta en observancia de la Ley 30/84 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública las posibilidades de llevar a cabo válidamente tal clase de contratación se redujeron en gran medida. Las normas que la regulan son fundamentalmente la Disposición Adicional cuarta y la disposición derogatoria punto 1 a de la Ley 30/84, desarrolladas por el Real Decreto 1.465/85 de 17 de junio, así como la Ley 13 /95 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, artículos 5.2.a) y 197 y siguientes de cuyos mandatos se desprenden las siguientes notas caracterizadoras de estos especiales contratos administrativos: a) Sólo pueden celebrarse "excepcionalmente"; b) Unicamente pueden tener por objeto "la realización de trabajos específicos y concretos no habituales"; c) Esto supone, a su vez, que en ellos se contempla fundamentalmente el resultado que se ha de lograr o producir como consecuencia de la actividad desplegada por el contratado, no siendo tomada en consideración, como dato trascendente tal actividad por si misma; d) Y así la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 02.02.98 ha dicho de este contrato que "su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente de su resultado final"; e) Y todo ello también determina que la actuación realizada por el contratado presente un cierto grado de autonomía".

La aplicación de la antedicha doctrina al supuesto objeto de la presente controversia determina que haya de ser acogida la censura jurídica a que se contrae el motivo segundo del recurso, pues por más que de lo actuado no se desprende que la prestación de servicios del actor se hubiese desarrollado sin solución de continuidad, siendo así que al margen de la documental en que se plasman las diversas fechas de la adjudicación de los trabajos a ejecutar por el actor y para la realización de tareas distintas en cada caso, un análisis complementario e integrador de lo actuado pone de manifiesto que si por un lado la testifical llevada a cabo no es determinante a la hora de establecer la inexistencia de tal solución de continuidad, no puede soslayarse que, como refleja la documental de los folios 32, en que

se plasma la declaración del propio actor, fechada en 16.05.95, comunicando a la Consellería demandada que no está incurso en incompatibilidades derivadas de lo previsto en el artículo 9 del Reglamento General de Contratos del Estado ni en la Ley 53/84, así como la "proposición económica" remitida por el demandante a la Entidad demandada con ocasión de la oferta de contratación emitida en orden a la coordinación de las actividades del CGAC, el 01.06.98, haciendo saber a aquélla que "conoce las condiciones administrativas y técnicas que rigen la contratación, artículos 57 y 202 de la Ley 13/95 sobre Contratos de las Administraciones Públicas, que acepta" y "ofrece sus servicios por la cantidad de 1.763.200 pesetas, añadido el IVE y siendo por su cuenta las obligaciones de la Seguridad Social y por un período de cuatro meses ya que cumple las condiciones exigidas de titulación y ejercicio libre de su profesión", las propias manifestaciones del demandante no favorecen su tesis de existencia de relación laboral y de la no solución de continuidad, a lo que cabe añadir que si, como refleja el ordinal quinto, el actor causó baja por enfermedad con fecha 25.04.00 siendo alta el 26.06.00, no es menos cierto que, en los propios partes de baja y alta, folios 210 y 211, se hace referencia al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en relación con el demandante, sin que pueda desdeñarse el hecho de que el actor pasaba facturas, a efectos del cobro de sus honorarios en relación con los trabajos efectuados en las que incluía el correspondiente IVE, siéndole transferido el importe, previa aplicación del IRPF a la cuenta corriente por aquél designada, así como que, la actividad llevada a cabo en autos pone de manifiesto que los trabajos adjudicados en las distintas fechas y adjudicaciones gozaban de independencia y exclusividad propias, desarrollando su trabajo el actor con sustantividad y autonomía, sin perjuicio del superior control e inspección de los órganos correspondientes de la Entidad demandada, a lo que no es óbice el hecho de que el demandante figurase en un listín interno telefónico - cuya fecha no consta - pues ello no está reñido con la consideración de que la vinculación del actor con la Entidad demandada fuese coyuntural y participase de las características antedichas, por lo que cabe considerar que la relación existente entre el demandante y la Consellería interpelada reviste carácter administrativo y no carácter laboral, por lo que, en atención a lo hasta ahora expuesto, deviene procedente, acogiendo la excepción articulada por la parte demandada, revocar la sentencia de instancia, y sin entrar en el fondo del asunto, declarar la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para su conocimiento, por corresponder su enjuiciamiento y decisión al Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo. En consecuencia,

### Fallamos

Estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación Letrada de la Xunta de Galicia (Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo), contra la Sentencia de fecha 3 de mayo de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social, núm. 2 de Santiago de Compostela, en proceso promovido por J.C.S. con el nº 624/00, con revocación de la misma y sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, declaramos la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para su conocimiento, por corresponder su enjuiciamiento y decisión al Orden Jurisdiccional Contencioso – Administrativo.

**3256** **Recurso número: 03/0007867/1997**

**S.CA.** EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPREGO. HOMOLOGACIÓN DO ACORDO ASINADO ENTRE EMPRESA E COMITÉ DE EMPRESA LOGO DE FIRMEZA DA SENTENCIA DA ORDE SOCIAL QUE DECLARABA A INEXISTENCIA DE COACCIÓN E ABUSO DE DEREITO.

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

En la Ciudad de A Coruña, veintiuno de septiembre de dos mil uno.

**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 03/0007867/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.F.G.A., representado por don X.L.V. y dirigido por el Letrado don M.A.V.G., contra Resolución de 04.03.97 desestimatoria de recursos contra otra de la Delegac. Provinc.

de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Lugo en expedientes de regulación de empleo nº 5/94, 20/94 y 17/96.. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada y dirigida por el LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA. Asimismo comparece como codemandado/coadyuvante "M.D.R., S.A.", representado por don J.B.F. y dirigido por Letrado. 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 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.- En iguales términos se manifestó la representación procesal de la parte coadyuvante.

IV.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

V.- En la sustanción del recurso se han observado las prescripciones legales.

## Fundamentos de derecho

I.- Se impugna a través del presente recurso contenciso-administrativo la resolución del Director Xeral de Relacións Laborais, de fecha 4 de marzo de 1997, desestimatoria del recurso ordinario que formulara el aquí demandante y otros dos trabajadores, contra otra resolución, de fecha 26 de noviembre de 1996, del Delegado Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais en Lugo, dictada en expediente de regulación de empleo, y que resolviera homologar los términos del acuerdo alcanzado entre la empresa y el Comité de empresa el día 13 de enero de 1994, y ello con efectos desde la fecha efectiva de la extinción de las relaciones laborales de cada uno de los 14 trabajadores afectados.

Como quiera que las pretensiones y motivos aducidos en el presente recurso coinciden con los esgrimidos en el recurso contencioso-administrativo num. 8.160/97, formulada contra las mismas resoluciones, procede por razones de seguridad jurídica reproducir aquí los fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia de esta misma fecha dictada en los aludidos autos.

II.- En la aludida sentencia se razonó la desestimación del recurso con los siguientes argumentos, que deben llevar asimismo a rechazar el presente recurso. "Antes de entrar en el análisis de los motivos de impugnación, conviene hacer referencia a los antecedentes habidos:

a) Por resolución del Delegado Provincial de Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, de fecha 25 de mayo de 1994, dictada en el expediente núm. 5/94, se homologó el acuerdo alcanzado entre la empresa "M.D.R., S.A." y la representación legal de los trabajadores para la extinción de contratos de trabajo con catorce de sus trabajadores.

b) Como consecuencia de tal resolución, a medio de telegrama de 26 de mayo de 1994, notificado el 30 de mayo, la mencionada empresa le comunicó al demandante la extinción de su contrato de trabajo.

c) Contra la dictada resolución se interpuso por el demandante y otros dos trabajadores afectados, sendos recursos contencioso-administrativos (núm. 8.674, 8.680 y 8.711/94, acumulados), recayendo sentencia de esta Sala, de fecha 17 de julio de 1996, que anuló la referida resolución, y ello con fundamento en que su dictado se produjera antes de que ganara firmeza la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo, en autos núm. 93/94, tramitados como consecuencia de comunicación de la propia Delegación, por estimar que se apreciaban indicios razonables de coacción y abuso de derecho en la conclusión de dicho acuerdo.

d) Sobre lo ocurrido en dicha Jurisdicción de lo Social, advertir que dicha sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, quien por sentencia de fecha 4 de noviembre de 1994, anuló la sentencia de instancia por defectos procesales, ordenando reponer las actuaciones a lo

actuado al momento de admisión de la demanda.

e) Dicho Juzgado de lo Social, tras efectuar la reposición ordenada, dictó nueva sentencia, de fecha 28 de junio de 1995, declarando de nuevo la validez del acuerdo habido entre empresa y comité, sentencia que, una vez más, fue recurrida en suplicación, y confirmado en este caso por sentencia del mismo Tribunal de fecha 6 de febrero de 1996. Por auto de la misma Sala de 28 de febrero de 1996 se declaró la firmeza para el actor en razón de haber presentado fuera de plazo el recurso de casación para la unificación de doctrina. Contra el referido auto, formuló el demandante recurso de queja, que fue desestimado por auto del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 1996, debiendo precisarse que por auto del mismo Tribunal, de fecha 10 de octubre, se inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina que formulara otro de los trabajadores (J.F.G.A.).

f) A la vista de tal firmeza la Delegación Provincial de Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, dictó la resolución de primer grado que aquí se impugna, de fecha 26 de noviembre de 1996.

g) En sede de los aludidos recursos contencioso-administrativos acumulados, recayó auto de fecha 17 de noviembre de 1995, decretando la suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa recurrida, auto confirmado por otro de fecha 24 de enero de 1996.

h) La sentencia dictada en sede de dichos recursos contencioso-administrativos acumulados, de fecha 17 de julio de 1998, se expresa en su FJ V que "la estimación del recurso, en base al defecto procesal de haber ejecutado la sentencia antes de la firmeza, no impedirá que cundo obtenga firmeza la sentencia dictada por la jurisdicción social, y no se aprecie dolo ni coacción ni abuso de derecho en el acuerdo de 14 de enero de 1994, se pueda proceder a la ejecución de la sentencia y a la correcta homologación del acuerdo".

Entrando ya en la consideración de los motivos de impugnación que esgrime el demandante, significar que se aduce en primer término que la resolución recurrida infringió los arts. 102 y siguientes de la ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como el art. 104 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al haberse procedido a dictar la resolución recurrida, en sustitución de la que, con idéntico objeto y finalidad, había sido dictada con fecha 25 de mayo de 1994, sin que la anulación judicial de ésta hubiera alcanzado firmeza, sin que se hubiera instado la ejecución de la sentencia, y sin que se hubiera incoado procedimiento alguno para la anulación de dicha primitiva resolución.

Pues bien, el expresado motivo debe desestimarse, pues como se dejó expresado en el F.J. anterior, nos remitimos a las fechas allí consignadas para evitar innecesarias repeticiones, cuando la Administración dicta la resolución de primer grado que aquí se impugna, homologando el tantas veces mencionado acuerdo, ya había adquirido firmeza la sentencia del orden social, que no apreciara en la negociación o ultimación de tal acuerdo aquellos vicios del consentimiento o su incursión en abuso de derecho.

Por otra parte, conviene señalar que la propia circunstancia de que la resolución precedente que acordara dicha homologación fuese anulada por la referida sentencia de esta Sala y por el motivo ya indicado, una vez que la jurisdicción de lo social estimó, por resolución firme, la no concurrencia de aquellos vicios en la adopción del acuerdo, hacía innecesaria e inútil el recurso a los procedimientos de revisión que se fijan en los arts. 102 y siguientes de la Ley 30/92. Es más, es la propia sentencia de este orden jurisdiccional quien advirtió y dio vía libre a la posibilidad, al fin actuada por la Administración demandada, de proceder a la correcta omologación del acuerdo, y aunque en esa sentencia se aluda también a que "se pueda proceder a la ejecución de la sentencia" (la del orden social), no se trataría propiamente de ejecutar esa sentencia, y sí de recuperación por parte de la Administración de una potestad de homologación recuperación por parte de la Administración de una potestad de homologación que quedaba "congelada" o en suspenso hasta en tanto aquella jurisdicción se pronunciara sobre aquel aspecto prejudicial, por lo que resultaría innecesario, asimismo, una petición de ejecución por parte legitimada.

Por otra parte, si a lo que el demandante se refiere es a la espera de la firmeza de aquella sentencia del orden contencioso-administrativo, debe significarse que no precisaba la Administración aguardar a esa firmeza par adoptar el acuerdo o resolución de homologación, pues el condicionamiento a tal fin, no

derivaba de ese fallo judicial y sí del que emitiera con el carácter de firme aquella otra jurisdicción, sin olvidar que no venía impedida a la Administración el ejecutar aquella sentencia del orden contencioso-administrativo, pese a la pendencia del recurso de casación, como resulta de los términos del art. 98 de la LJCA.

Como bien argumenta la Administración demandada, la circunstancia de que la sentencia tantas veces citada del orden contencioso-administrativo esté pendiente de recurso de casación, no era óbice de acuerdo con el art. 148 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral, para que se procediera en la forma en como procedió la Administración, pues la sentencia firme del orden social era la que constituía presupuesto ineludible para dictar la resolución recurrida, ello al margen de que fuera cual fuera el sentido de la resolución que pusiera fin al citado recurso de casación, el pronunciamiento en vía administrativa no podría ser otro distinto que el de homologación de aquel acuerdo.

Alega el demandante que la resolución recurrida infringe lo prevenido en los arts. 84 y siguientes de la Ley 30/92 y 10 del Real Decreto 43/96, Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo, al haberse omitido cualquier trámite de audiencia a las partes, motivo que debe correr la misma suerte que el precedente motivo, pues para la homologación del acuerdo de extinción de las relaciones laborales, una vez dada vía libre por la jurisdicción social, no precisaba la Administración de hacer otras conmiseraciones distintas ni tener en cuenta alegaciones o pruebas distintas a las ya aducidas y actuadas al tiempo del dictado de la primera de las resoluciones anuladas, por lo que resultaba innecesario aquel trámite de audiencia que se reclama.

Por las mismas razones jurídicas, resulta rechazable la infracción del art. 80 de la citada Ley 30/92, que imputa el demandante al actuar de la Administración con fundamento en que se había dictado la resolución impugnada sin haberse pronunciado acerca de la admisión o denegación de la prueba propuesta por el demandante, por lo que no puede hablarse manifiesta indefensión y consiguiente vulneración del art. 24 de la Constitución Española.

Aduce el demandante que la resolución recurrida también infringe el contenido del art. 7º de los sucesivos Convenios Colectivos de la empresa, en los que se recoge el compromiso expreso de la empresa de mantener a los trabajadores en la misma, excepto aquéllos que se jubilen o causen baja, desconociendo que los arts. 3.1.b) y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, establecen que los Convenios son fuente de la relación laboral, reguladores de los derechos y obligaciones concernientes a la misma, obligando a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, alegato que debe correr la misma suerte que los anteriores, pues en contra de su parecer, como bien argumenta la Administración demandada, pese a lo que expresa dicha norma convencional, la empresa está legitimada para instar la extinción de las relaciones laborales cuando concurran cualquiera de las otras causas previstas en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, precisamente por su excepcionalidad, en cierta forma impredecibles o difíciles de prever y evitar, y que repercuten negativamente en la buena marcha de la empresa y en la integridad del resto de los contratos de trabajo, de ahí que no se pueda hablar de dejar vacías de contenido y eficacia a aquellas normas convencionales.

Entrando ya en la consideración sobre el efecto retroactivo que pronuncia la resolución recurrida, argumenta el demandante que ello vulnera lo dispuesto en el art. 67 y concordantes de la Ley 30/92, en cuanto establecen que los actos administrativos, incluso los de convalidación, producirán efectos desde su fecha, siendo la irretroactividad tanto de los actos como de las normas, principio constitucional recogido en el art. 9.3 de la Constitución, y en concreto en el R.D. 696/80, del 4 de abril, regulador de la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, que distingue en sus arts. 5, 6.2, 15 y 19.2 entre los supuestos de fuerza mayor y aquéllos relativos a causas económicas, y mientras que en el primero la resolución surtirá efecto desde que concurra la fuerza mayor, en el segundo dichos efectos se producen desde la fecha en la que se dicta, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 57.3 de la Ley 30/92, por cuanto no existe una anulación firme de la resolución que se pretende sustituir, y la resolución dictada no produce efectos favorables para los interesados.

Pues bien, el motivo debe desestimarse, por cuanto la resolución de segundo grado explica e interpreta el efecto pronunciado por la resolución de primer grado, al explicar que cuando esta resolución expresa "con efectos

desde la fecha efectiva de extinción de las relaciones laborales de cada uno de los 14 trabajadores afectados", está "en su correcta interpretación, respetando aquella en la que efectivamente tiene lugar la extinción, para lo que deberá tenerse en cuenta los pronunciamientos jurisdiccionales, tanto en el orden contencioso-administrativo –suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos anteriores, respecto de los tres recurrentes—como en el orden social en procesos individuales, y esa interpretación acierta jurídicamente, integrando el sentido total de lo resuelto por la Administración, pues no resuelve otra cosa que reconocer eficacia retroactiva, en la línea fijada por el art. 57.3 de la Ley 30/92, respecto de la extinción de los contratos de los trabajadores que se aquietaron con tal acuerdo pactado, pues para ellos resulta favorable ese efecto retroactivo, en razón de los beneficios que dicha extinción conlleva y deriva para ellos, no pronunciando tal retroactividad respecto de los tres trabajadores que impugnaron aquel acuerdo de extinción, respecto de los cuales como dice aquella resolución habrá de estarse a los pronunciamientos dictados por aquellas dos jurisdicciones, y en concreto, el referido al efecto suspensivo derivado de la adopción de la medida cautelar de suspensión.

Por lo que se refiere a la pretensión indemnizatoria que actúa el demandante, debe decirse que si dicha pretensión la enlaza o vincula a las resoluciones que aquí se impugnan, con no advertirse que pueda imputarse al sentido en como resolvieron dichas resoluciones los perjuicios a que alude el demandante, se produce una clara situación de litispendencia, pues esa misma pretensión fue actuada en aquellos recursos contencioso-administrativos acumulados, siendo rechazada por la referida sentencia de esta Sala, estando pendiente de recurso de casación, y si se considera como una pretensión autónoma de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, no acudió el demandante al procedimiento legalmente establecido en la Ley 30/92 y R.D. 429/93, de 26 de marzo, Rgto. procedimientos Administraciones Públicas materia responsabilidad patrimonial".

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

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.F.G.A. contra Resolución de 04.03.97 desestimatoria de recursos contra otra de la Delegac. Provinc. de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Lugo en expedientes de regulación de empleo nº 5/94, 20/94 y 17/96, dictado por CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS. Sin imposición de costas.

## 3257 Recurso nº 3.371/2001

**S.S.** LEXITIMACIÓN DOS SINDICATOS NA MODALIDADE PROCESUAL DE CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO DE CARÁCTER COLECTIVO. O PRAZO DE CADUCIDADE DE VINTE DÍAS NON RESULTA DE APLICACIÓN SE A MODIFICACIÓN NON SE TRAMITOU CON CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS DO ART. 41. ET.

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

A Coruña, a veintiséis de septiembre de dos mil uno.

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. 3.371/2001 interpuesto por "C.I., S.L." (Planta de Ourense) antes "L.I.S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.C.V. Secretario General de la F.P.D.M., C. y A. de U.G.T. en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandada la empresa "C.I., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 217/01 sentencia con fecha 5 de abril de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

siguientes: PRIMERO.- El presente Conflicto Colectivo afecta a todos los trabajadores que prestan sus servicios para la empresa demandada en la planta de Ourense, y los que es de aplicación el Convenio Colectivo de Empresa publicado en el Boletín Oficial de la Provincia con fecha 28 de junio de 2000. El número de trabajadores afectados es de 731 trabajadores aproximadamente, y en concreto: 5 Auxiliares Administrativos, 1 Auxiliar de Organización, 502 Cableadores, 1 Cableador jefe de Equipo, 4 Diplomados Empresariales, 9 Encargados, 2 Especialistas cualificados Jefes de Equipo, 13 Especialistas cualificados, 49 Especialistas A, 137 Especialistas B, 18 Especialistas P, 2 Especialistas Jefes de Equipo, 14 Ingenieros, 1 Jefe de Taller, e Jefe de Organización de 2ª, 4 Jefes de 2ª Administrativos, 1 Licenciado en Económicas, 1 Licenciado en Químicas, 1 Oficial de 1ª, 7 Oficiales de 1ª Administrativos, 4 Oficiales de 2ª, 7 Oficiales de 2ª Administrativos, 10 Oficiales de 3ª, 4 Oficiales de 3ª Especialistas, 1 Perito Industrial en Prácticas, 19 Peritos Industriales, 3 Técnicos de Organización de 2ª y 1 Vigilante. / SEGUNDO.- En fecha 31 de enero de 2001 por los representantes de la empresa demandada en reunión mantenida con el comité de empresa y las secciones sindicales -cuyos asistentes constan en acta levantada al efecto cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido- se informó "que hemos recibido instrucciones para que a partir de enero de 2001, la nómina calculada a final de mes y que se contabiliza el día primero del mes siguiente es la que se va a pagar el día 16. En el presente mes de enero los datos para su calculo se han cerrado unos días antes del fin de mes, por lo que las incidencias de esos días se verán reflejadas en la siguiente nómina y así sucesivamente, como pueden ser horas extras, ausencias y otras que se produzcan. En este mes la prima de producción se va a calcular de la siguiente manera, la primera quincena con los datos reales que ya conocemos y la segunda quincena con la prima media del operario. Las diferencias de prima que puedan producirse serán regularizadas en próxima nómina"./ TERCERO.- Los trabajadores de la empresa demandada, (a consecuencia de que el pago de salarios se produce el día 16 de cada mes), reciban al inicio de la relación laboral un anticipo equivalente a 15 días de salario. / CUARTO.- Los trabajadores de la empresa demandada, recibieron en la nómina del mes de febrero una hoja en la que se detalla el total de primas del mes, y se señala un importe, percibiendo algunos trabajadores una "diferencia mes anterior" consecuencia de que el cálculo de los conceptos variables a abonar se cierra antes de fin de mes, y un tanto es estimativo. Así por ejemplo: a) A.M.G. percibió en el mes de enero en concepto de prima de producción la cantidad de 16.310.-pts., recibió una hoja detallada en la que se señala como valor de las primas del mes de enero, la cantidad de 15.574.-pts., y en la nómina del mes de febrero se le descontaron 55.-pts., bajo la rubrica de "Diferencia mes anterior". b) M.A.Q.V. percibió en el mes de enero en concepto de prima de producción la cantidad de 19.895.-pts., recibió una hoja de detalle con el valor de las primas del mes de enero por importe de 28.753.-pts. y percibió en la nomina del mes de febrero la cantidad de 14.384.-pts., en concepto de diferencia del mes anterior. / QUINTO.- En fecha 2 de febrero de 2001 por el Delegado Sindical de U.G.T., presentó escrito de alegaciones ante la comunicación efectuada en fecha 31 de enero de 2001, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. / SEXTO.- En fecha 22 de febrero de 2001 don J.C.V., en calidad de Secretario General de la Federación Provincial de Metal, Construcción y Afines de U.G.T., presentó papeleta de conciliación en conflicto colectivo, celebrándose el acto de conciliación 1 en fecha 13 de marzo de 2001, presentando demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 14 de marzo de 2001.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: Que estimando la demanda formulada por don J.C.V. -Secretario General de la Federación Provincial de Metal, Construcciones y Afines de U.G.T. en Ourense- contra la empresa "C.I., S.L." (planta de Ourense), debo declarar y declaro NULA la decisión aquí impugnada, condenando a la empresa demandada a estar y a pasar por esta declaración y a que reponga a los trabajadores afectados por la medida en sus anteriores condiciones de trabajo.

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.- En su recurso frente a la estimación del Conflicto Colectivo, la Empresa demandada –motivos primero a sexto– se ampara en el art. 191.c) LPL para alegar la falta de legitimación de la parte actora, en plural

motivación que fundamenta –con sucesivas matizaciones– en los arts. 10, 416, 417 y 418 LEC/2000, así como 17 y 152 LPL, 7 LOPJ y 65 ET. Y con la misma cobertura procesal –art. 191.c)– denuncia infracción del art. 152 LPL y del art. 59.4 ET. 1.- Ateniéndonos al acta de juicio, su escasa legibilidad permite –pese a todo– entender que la demandada alegó muy brevemente falta de legitimación por dos conceptos: porque la actora no acreditaba representación y porque la legitimación correspondía al Comité de Empresa. Y consideramos, además, que de la primera no resulta en absoluto claro el defecto a que se alude, y que esta inconcreción no puede traducirse en este trámite extraordinario en alegar cinco motivos diversos, tocando todos los posibles aspectos de la legitimación activa, en un desarrollo que brilla por su ausencia en la instancia. Aspectos que se presentan como novedosos y de inaceptable examen por primera vez en este trámite extraordinario, limitado –aparte de cuestiones procesales y de orden público– al enjuiciamiento de materias planteadas en la instancia (a título de ejemplo, las SSTS 11-julio-89 Ar. 5.453, 22-diciembre-89 Ar. 9.261, 8-abril-91 Ar. 3.256, 29-enero-93 Ar. 384, 23-septiembre-97 Ar. 6.579 y 14-mayo-98 Ar. 4.651; y las SSTSJ Galicia –entre las más recientes– de 27-enero-00 R. 5.748/96, 2-marzo-00 R. 2.947/98, 12-mayo-00 R. 1.192/97, 12-mayo-00 R. 1.959/00, 16-mayo-00 R. 2.018/97, 28-junio-00 R. 1.974/97, 26-octubre-00 R. 4.397/00, 6-noviembre-00 R. 4.883/97, 6-noviembre-00 R. 4.283/00, 8-noviembre-00 R. 4.364/00, 22-noviembre-00 R. 4.868/00, 14-diciembre-00 R. 4.192/99, 19-enero-01 R. 5.288/00, 25-enero-01 R. 4.007/97, 8-febrero-01 R. 5.534/00, 21-febrero-01 R. 5.503/99, 5-julio-01 R. 3.486/00 y 11-julio-01 R. 3.093/01). 2.- Sobre el posible defecto formal en el apoderamiento ha de destacarse que aunque la Disposición Final Undécima de la LEC/2000 (Ley 1, de 7-enero), que contiene la "reforma de la Ley de Procedimiento Laboral", para nada se refiera al art. 18 LPL –relativo al poder "apud acta"–, no lo es menos que La Disposición Derogatoria Única de la misma señala en su apartado tercero que "asimismo, se consideran derogadas, conforme al apartado segundo del artículo 2 del Código Civil, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley". Y en concreto, el art. 24.2 LEC/2000 dispone el "otorgamiento [de poder] apud acta deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación". Y aunque el precepto va referido al Procurador –como representante de las partes–, no hay razón alguna para que la prevención legal relativa a profesionales cualificados de la representación no sea igualmente aplicable a todos aquellos –con o sin formación jurídica– pueden actuar como representantes en el ámbito de la jurisdicción social; es más, el hecho de que pueda actuar "cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles" aconseja precisamente –a efectos de mayor garantismo– la solución que proporciona la nueva ley procesal, destinada –Exposición de Motivos– a ser "Ley Procesal Común". Y con mayor motivo se ha de mantener esta conclusión cuando las nuevas disposiciones no hacen sino reiterar – en todo caso ampliando la exigencia– el mandato previo del art. 281.3 LOPJ, relativo a que "la representación en juicio podrá conferirse en todos los procedimientos mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer del asunto". 3.- De otra parte –segunda cuestión que resulta examinable ahora, pese a la ambigüedad de la excepción en instancia–, resulta claro que el Sindicato UGT apodera al Sr. C. para representarle en el ejercicio de toda clase de acciones y que le faculta para acordar su propia sustitución; y que el mandatario otorga el mismo apoderamiento a la Sra. G., que es quien presenta la demanda. Apoderamientos que obran en autos y que no ofrecen duda –salvo injustificada– alguna, sin que merezca detallado rechazo la incongruencia que el recurso imputa a la sentencia porque –dice– unas veces atribuye cualidad de demandante al Sindicato y otras a la persona del Sr. C., por cuanto que se trata de una lectura voluntaristamente interesada y que en todo caso no determinaría género alguno de incongruencia, habida cuenta de que por la misma (nos remitimos a la doctrina citada en las SSTSJ Galicia de 30-septiembre-00 R, 1.717/97, 30-noviembre-00 R. 4.694/00, 13-febrero-01 R. 3.947/97, 15-febrero-01 R. 4.062/97, 9-mayo-01 R. 264/98, 26-junio-01 R. 1.679/98 y 17-septiembre-01 R. 1.175/98) se ha venido entendiendo el "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido", sin que resulte apreciable en autos ninguna de sus variedades (omisiva o *ex silentio,* que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita; *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales; e "incongruencia por error", que define un supuesto en el que,

por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta). 4.- Mención última y bien parca merece la supuesta infracción del art. 152 LPL, que la recurrente razona, afirmando que la legitimación para impugnar la decisión empresarial únicamente correspondía a los trabajadores individualmente afectados y al Comité de Empresa, pero nunca al sindicato UGT. Afirmación que ciertamente sorprende, habida cuenta de la inequívoca referencia que a esa legitimación de los Sindicatos en materia de conflictos colectivos hacen los arts. 152 y 153 de al citada LPL (sobre el extremo, y referida a la materia de modificación de condiciones, la STS 17-febrero-00 Ar. 2.050), y que la materia de autos es idónea para reclamar en conflicto colectivo, por expresa disposición legal (art. 41.4 ET).

SEGUNDO.- 1.- Lo anteriormente indicado supone que el poder por apud acta otorgado en 22-febrero-01, otorgado por comparecencia ante el Sr. Secretario del Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ourense, autorizando a la Sra. G. a representar al Sr. C. para representarle –entre otros extremos– "en sus acciones y excepciones ante el Juzgado de lo Social", no es título hábil para legitimar la demanda que la citada Graduado Social formula en 15-marzo-01, interponiendo Conflicto Colectivo. Y aunque la presencia del representado en el acto de juicio celebrado en 2-abril-01 puede considerarse una válida ratificación del apoderamiento (sería argumentable el art. 1.892 CC), creemos que no puede tener efectos ex tunc, sino a partir de la misma fecha en que produce, por existir –como veremos– legítimos intereses de terceros, contrarios a esa eficacia retroactiva. 2.- Efectivamente, el defecto procesal anteriormente indicado parece que en principio deba llevar a apreciar la conculcación del art. 59.4 ET que el recurso también denuncia, siendo así que tal norma establece el plazo de caducidad de veinte días hábiles para ejercitar acción tendente a impugnar modificación sustancial de condiciones de trabajo, a contar desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial. Y siendo HDP que la comunicación se produjo el 31-enero, que la papeleta de conciliación se presentó el 22-febrero, que el acto se celebró sin avenencia el 13-marzo, que la demanda –con el defecto de representación indicado– tuvo lugar el 14-marzo y que la ratificación –acto de juicio– se produjo el 2-abril, bien pudiera afirmarse que el referido plazo ya había transcurrido con sobrada amplitud a la fecha en que se cumple el requisito de adecuado otorgamiento de representación y que, por los mismo, concurre la decadencia del derecho que la recurrente argumenta. 3.- Pero esta conclusión no se ajusta al más reciente criterio del Tribunal Supremo, con arreglo al cual –SSTS 10-abril-2000 Ar. 3.523, 18-septiembre-2000 Ar. 8.333, 15-enero-2001 Ar. 770 y 6-marzo-2001–, con doctrina aplicable tanto si se considera que la decisión empresarial constituyó o no un acuerdo susceptible de producir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, "es doctrina unificada de esta Sala (SS. de 18.07.1997 [Ar. 6.354], 07.40.1998 [Ar. 2.690], 08.04.1998 [Ar. 2.693], 11.05.1999 [Ar. 4.721]) que el proceso especial regulado en el art. 138 LPL "tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 del ET". De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto: apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes legales en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales, "no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art. 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad" y, en suma, que "la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del art. 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del art. 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el art. 59.4 ET. En caso contrario la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad". Concluyéndose, en la primera de las sentencias cita-

das, que "considerar, en un supuesto como el presente en que están ausentes todos los requisitos de forma, que la acción ejercitada debe seguir los trámites del art. 138 LPL y está afectada por la caducidad supondría... utilizar indebidamente una modalidad procesal a la que sólo cabe acudir, dada su especificidad frente al proceso ordinario, cuando se impugne una auténtica modificación sustancial".

Y este es el caso de autos, en que –conforme al relato de hechos– la decisión empresarial no es adoptada en el marco de los cauces previstos en el art. 138 LPL y simplemente se comunica a los representantes de los trabajadores en la reunión de 31-enero-01. Lo que, conforme a la doctrina precitada, excluye la eficaz argumentabilidad del plazo de caducidad previsto en el art. 59.4 ET.

TERCERO.- En último término se denuncia en el recurso la infracción del art. 41.4 ET, argumentándose que no es una modificación sustancial, que únicamente ha afectado a dos trabajadores y que no perjudica al colectivo de empleados. La censura no puede prosperar, porque habiéndose variado el sistema de confección de nóminas, cerrando la liquidación antes de final de mes y haciendo un cálculo estimativo de los pluses variables que hayan de corresponder al periodo mensual restante, para efectuar su liquidación definitiva en la siguiente nómina, es claro que se trata de una modificación del sistema retributivo que afecta a todo trabajador de la plantilla –formada por 731 empleados– que perciba primas variables. Y aunque el nuevo sistema pudiera merecer –no es cosa de determinarlo en este trámite– un juicio de valor favorable, por su posible razonabilidad o conveniencia, lo cierto es que tal variación implica –por afectar al sistema de remuneración y especificarlo así el art. 41.1.d) ET– una modificación sustancial y colectiva de las condiciones de trabajo que ha de sujetarse a los cauces procedimentales que la propia norma establece, con la obligada consecuencia –art. 138 LPL– de que la inobservancia de los trámites legales se traduce en que la decisión empresarial ha de ser calificada de nula, como con todo acierto razonó y resolvió el Magistrado de instancia.

### Fallamos

Que con desestimación del recurso que ha sido interpuesto por "C.I., S.L.", confirmamos la sentencia que con fecha 5-abril-2001 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Ourense, y mantenemos en su integridad el pronunciamiento dictado en proceso de Conflicto Colectivo iniciado con demanda presentada por don J.C.V. en representación de la Unión General de Trabajadores.

## 3258 Recurso nº 3.401/01

**S.S.** TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. INADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONVENCIONAL.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz*

A Coruña, a veintiocho de septiembre de dos mil uno.

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. 3.401/01 interpuesto por Comisiones Obreras 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 Comisiones Obreras en reclamación de tutela libertad sindical siendo demandado "U.L., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 505/00 sentencia con fecha veintiuno de julio de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La empresa "U.L., S.A." es la actual concesionaria de la limpieza urbana del Concello de Lugo, desde el año 1996. 2.- Durante 20 años sucesivos los convenios que regularon las relaciones laborales entre los trabajadores y las diferentes empresas que tuvieron la concesión, figuraba un artículo en el que se recogía que aquellos sindicatos que obtuvieran el 10% de los votos en las elecciones al Comité de Empre-

sa y tuvieran el mismo porcentaje de afiliados, podrán constituir una Sección Sindical en el seno de la empresa, otorgándosele a un miembro (delegado sindical) las mismas garantías que a los miembros del Comité de Empresa, disponiendo del mismo crédito horario. 3.- En el último convenio publicado en el B.O.P. de 23.09.99, el artículo 39 establece: "Las Secciones Sindicales legalmente constituidas en la empresa, siempre que obtengan al menos el 25% de los votos en la elección del Comité de Empresa y tengan dicho porcentaje de afiliados, tendrán derecho a un delegado sindical con las mismas garantías que los miembros del comité de empresa, disponiendo del mismo crédito ordinario de acuerdo con lo señalado. 4.- En noviembre de 1999 se celebraron elecciones al Comité de Empresa, Comisiones Obreras obtuvo 29 votos de un total de 111 votos emitidos, lo que supone un 26,12%. 5.- En fecha 3 de enero de 2000, fue enviada carta certificada por la empresa "U.L., S.A." al Sindicato CC.OO., en la que se le comunica que no se le reconoce delegado sindical, por no alcanzar el 25% de los votos y de afiliados acumulativamente. 6.- Comisiones Obreras ha obtenido el 26,12% de los votos, pero no tiene un 25% de afiliación que exige el art. 39 del Convenio Colectivo. 7.- Comisiones Obreras no está de acuerdo ya que cree que el porcentaje de afiliación no puede ser exigido por cuanto su difusión atenta contra los derechos fundamentales a la intimidad y libre sindicación, y que la empresa con su actitud, trata de obstaculizar la labor de este sindicato y reducir su presencia y representatividad dentro de la empresa, por lo que interpone demanda en fecha 07.07.00 en materia de tutela de los derechos de libertad sindical."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por el Ministerio Fiscal y la empresa "U.L., S.A.", debo absolver y absuelvo en la instancia a los demandados."

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 en Suplicación el Sindicato CC.OO. (Comisiones Obreras), frente a la Sentencia de instancia que estimando la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, invocada por el Ministerio Fiscal y por la empresa demanda "U.L., S.A.", absolvió en la instancia a los demandados, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre la cuestión de fondo. El Sindicato recurrente articula dos motivos de Suplicación: El primero, con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, para interesar la revisión de los hechos declarados probados, y más concretamente, para instar la adición de un nuevo hecho al relato histórico de la sentencia recurrida, proponiendo el siguiente texto: "*O Sindicato Comisións Obreiras, nas eleccións celebradas no ano 1995, na empresa, obtivo 24 votos dun total de 99 emitidos".* La adición solicitada se acepta por la Sala a la vista de la documental en que se sustenta la misma, acta del proceso electoral celebrado en el año 1995, aunque resulta irrelevante para la decisión final del litigio.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de recurso, y por el cauce del apartado c) del artículo 191 del texto procesal citado, se denuncia por el Sindicato recurrente infracción, por no aplicación, del artículo 175 de la Ley de Procedimiento Laboral, así como vulneración del artículo 28 de la Constitución española, y de los artículos 2 y 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, alegándose, en esencia, que la conducta de la empresa tiende a obstaculizar la labor del Sindicato, al haber modificado las condiciones para acceder a la constitución de la sección sindical, por cuanto anteriormente se exigía uno de los dos requisitos: -o bien tener un porcentaje de votos, -o bien tener un porcentaje de afiliados; mientras que ahora exige los dos requisitos, tratándose de una maniobra sin justificación alguna.

El recurso no puede prosperar. Alegada en el acto de juicio la excepción de inadecuación de procedimiento por el Ministerio Fiscal y por la empresa demandada, la misma debe ser estimada, tal como acertadamente entendió la Magistrada de instancia. Y sobre el examen de esta cuestión conviene recordar que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1994, Ar. 7.155), la inadecuación de procedimiento podría ser igualmente apreciable de oficio, dada la naturaleza de derecho necesario absoluto de las normas rectoras del proceso atendido el principio de legalidad que lo preside (artículo 9.3. de la Constitución). Por consiguiente, aunque no se hubiese alegado dicha excepción, se podría examinar por iniciativa de la Sala. Y de confor-

midad con una consolidada doctrina jurisprudencial, en el examen de dicha cuestión, la Sala goza de plena libertad en cuanto a la valoración de los medios probatorios obrantes en autos, no estando limitada por la declaración de probanza de la Sentencia recurrida, encontrándose igualmente liberada esta Sala de la necesidad de sujetarse a los motivos formulados en el recurso, incluido el relativo a la revisión del relato histórico de la resolución impugnada, pues al tener que formar su propia convicción sobre los hechos acontecidos, el aludido relato histórico carece por completo de eficacia respecto de la cuestión de inadecuación de procedimiento que se suscita. Y para dar cumplimiento a lo que se establece en el artículo 97.2 de la LPL, se declaran como probados los hechos que anteceden, teniendo en cuenta para ello el examen conjunto de la prueba documental practicada en autos a instancia de todas las partes contendientes.

TERCERO.- La finalidad del recurso interpuesto por el Sindicato recurrente, es que se dicte resolución por la que se reconozca la nulidad radical de la conducta de la empresa demandada, así como se reconozca el derecho de esa Central Sindical a nombrar un delegado sindical en la empresa demandada. Y a la vista de tal petición, resulta evidente la inadecuación del procedimiento seguido, con base en lo que dispone el artículo 176 de la LPL, por cuanto el objeto del proceso de Tutela de Libertad Sindical queda limitado al conocimiento de la lesión de dicha libertad, sin posibilidad de acumulación de acciones de otra naturaleza. El Sindicato demandante confunde, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1993 (Ar. 5.673) "la disposición sobre la acción con la elección del tipo de proceso"; y es que en el presente caso, la controversia no afecta al contenido esencial del derecho a la libertad sindical, sino más bien a un problema de legalidad ordinaria, en concreto sobre la interpretación que ha da darse al artículo 39 del Convenio Colectivo Provincial de Limpieza. Y el procedimiento adecuado para ello no es otro que el de Conflicto Colectivo, que comprende las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versa sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia y decisión o práctica de empresa; y resulta evidente que el problema suscitado tiene una proyección colectiva dado que afecta al interés general del conjunto de trabajadores representados por el Sindicato.

En resumen se puede afirmar: l.- Que la acción ejercitada no se adecua a lo dispuesto en los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, puesto que la cuestión que se ventila versa sobre un problema de legalidad ordinaria, y no afecta a la lesión de un derecho fundamental como el de libertad sindical. 2.- Del examen del suplico de la demanda y del escrito de recurso, se observa que los pronunciamientos solicitados no son los previstos para la modalidad procesal ejercitada, de conformidad con el artículo 180 de la citada Ley Procesal. 3.- Consecuencia de lo anterior, es que la sentencia que pone fin al proceso de tutela de libertad sindical, si se reconoce la lesión del derecho fundamental, es una sentencia declarativa y de condena, en la que, como se ha dicho por la doctrina científica, se lleva a cabo al misma tiempo una tutela respecto del acto lesivo de la libertad sindical, una tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y, en su caso, una tutela rescisoria de los daños producidos. 4.- En el presente caso, no se solicita una declaración de un derecho, sino una sentencia de reconocimiento de nulidad de la conducta de la empresa, y de reconocimiento del derecho del Sindicato a nombrar un delegado sindical, cuando realmente, la sentencia, en este tipo de procesos, de conformidad con lo que dispone el artículo 180 de la LPL, debe ordenar el cese del comportamiento antisindical, y ciertamente no se indica cual es el comportamiento antisindical de la empresa, por cuanto el Convenio Colectivo, en cuyo artículo 39 encuentra la parte recurrente una conducta antisindical de la empresa, no es obra de la misma, sino que, como bien sabe el Sindicato recurrente, se trata de un texto convenido por la representación de la empresa y de los trabajadores.

Por todo cuanto antecede, procede desestimar el recurso y dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido.

## Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del Sindicato Comisiones Obreras, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Lugo, de fecha veintiuno de julio de dos mil, recaída en los presentes autos sobre tutela de libertad sindical, tramitados a instancia del Sindicato recurrente, frente a la empresa "U.L., S.A.", y el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

**3259 Recurso número: 03/0007966/1997**

**S.CA.** INFRACCIÓN EN MATERIA DE COLOCACIÓN. REALIZACIÓN DE CONTRATO INDEFINIDO Ó ABEIRO DA LEI 22/1992 CON TRABALLADORA QUE ANTES ESTIVERA CONTRATADA COA EMPRESA Á QUE A ACTUAL CONTRATANTE SUCEDEU CON CARÁCTER INDEFINIDO.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Enrique García Llovet*

A Coruña, veintiocho de septiembre de dos mil uno.

**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 03/0007966/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "M., S.L." domiciliado en c/... (A Coruña), representado por don I.E.O. y dirigido por el Letrado don A.A.V., contra Resolución de 18.03.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.708/95; Expte. 17.612/96.. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 ptas.

### Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 25 de septiembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- La parte recurrente impugna en esta vía jurisdiccional la resolución de el 18 de febrero de 1997 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción núm. 1.708/95; constituyendo el suplico de la demanda el que por esta Sala se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución recurrida.

II.- Los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda se contraen a los siguientes extremos:

La actora, "M., S.L.", combate ahora en esta vía jurisdiccional agotada los cauces impugnatorios en vía administrativa la sanción impuesta por la Dirección Provincial de Trabajo en A Coruña en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.c) de la Ley 22/92.

Los hechos que dieron lugar a tal sanción se relacionan de seguido:

La empresa recurrente celebró contrato de trabajo indefinido para mayores de 25 años con doña M.D.F.F., con los beneficios correspondientes, que alcanzan al 50% de la cuantía de las cuotas mensuales por contingencias comunes. La Inspección Provincial de Trabajo, en relación con el contrato referido, levantó acta de infracción en fecha de 15 de septiembre de 1995. La citada acta de infracción se funda en el plano fáctico de un lado en la condición de socio, según se deduce de la escritura de constitución de la sociedad sancionada, de la trabajadora antes referida, con una participación del 25%, así como en un plano diferente, de la comprobación por el Controlador Laboral don J.F., en la vida laboral de la trabajadora ya citada de una anterior prestación de servicios en el mismo puesto de trabajo con carácter fijo y desde el 1 de junio de 1989 hasta el 15 de junio de 1993, para la empresa "A.F.F. y J.M.S.M.". Los anteriores hechos fueron calificados como infracción en materia de colocación y empleo conforme lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 8/88 sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en

relación con los apartados b) y c) del art. 3 de la Ley 22/92.

Hemos de señalar ya que las alegaciones de la demanda en vía administrativa, en el procedimiento sancionador incoado, fueron acogidas en lo que hace a la infracción tipificada por remisión al apartado b) del art. 3 de la Ley 22/92 no acogiendo, sin embargo, la demandada las alegaciones de la actora respecto de la segunda imputación e imponiendo, en razón de la misma, a la demandante una sanción de 500.001 ptas.

La actor combate la resolución sancionadora con la que concluyó el procedimiento ya referido en razón de las alegaciones que de seguido se exponen: niega en primer lugar la sucesión de empresas entre aquella primera en la que prestó servicios, doña M.D.F.F., y "M.", empresa sancionada y ahora demandante en el presente proceso, así como en la existencia de un contrato indefinido anterior de la trabajadora ya citada con aquella primera empresa y a tal fin combate, con las alegaciones que se examinan en el siguiente fundamento jurídico, la actividad probatoria desarrollada por la Administración en orden a acreditar el segundo de los extremos reseñados.

III.- La primera de las cuestiones sometidas a debate, la existencia de una sucesión de empresas o la pertenencia a un mismo grupo de empresas resulta acreditada a la luz de la titularidad de la primera de las dos entidades, en la que era partícipe el actual administrador único de "M.", la identidad de objeto de ambas entidades, la comercialización de mariscos, e incluso la identidad de centro de trabajo. Pero es que además, y aún siendo acreditación suficiente la anterior, la actora reconoce veladamente tal subrogación cuando afirma en su escrito de descargo de fecha de registro de 5 de octubre de 1995 "contrataciones realizadas con trabajadores que en los 24 meses anteriores hayan prestado servicios para la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato indefinido. Estamos en un caso donde la trabajadora, aunque si ha tenido relación con la empresa de referencia, nunca ha tenido el carácter de fija".

Por ello el único extremo sobre el que puede permanecer el debate es la calificación de la relación laboral con la sociedad civil a la que prestó sus servicios la trabajadora ya citada.

Pues bien, hemos de entrar en el examen de esta segunda alegación; la inexistencia de un contrato indefinido entre la primera sociedad y la trabajadora ya tantas veces citado. En este momento ha de examinarse la actividad probatoria desarrollada por la Administración respecto de la naturaleza y calificación de tal relación y no puede cuestionarse la plena conformidad con los principios generales que rigen nuestro ordenamiento sancionador del primero de los alegatos de la demandante pues en efecto el desplazamiento de la carga de accionar derivada de la posición de privilegio de la Administración que recae sobre el sancionado no supone un paralelo desplazamiento de la carga de probar la inocencia, ambas se mueven en planos bien distintos y mientras la primera es reflejo del principio de autotutela administrativa la segunda atañe a la preservación del principio de presunción de inocencia, principio informador del orden punitivo penal así como del ejercicio de sus potestades punitivas por las Administraciones Públicas. Por ello y en razón de tal principio la Administración ha de aportar al procedimiento y acreditar la conducta que constituye el reproche en que se concreta la sanción administrativa para poder así romper la presunción de inocencia garantizada en nuestro texto constitucional.

Pero hemos de añadir inmediatamente que si bien esta Sala comparte el fundamento en el plano de los principios no puede compartir sin embargo su concreción respecto del objeto del presenta proceso. En efecto, la demandante olvida en primer lugar, al proyectar sus críticas sobre la relación que se contiene en el acta de datos de la vida laboral de la trabajadora anteriormente citada que esos datos, previamente requeridos a la actora y que la misma negó poder aportar, fueron incorporados al procedimiento tras comprobación de la vida laboral, comprobación que no puede ser tachada de meras conjeturas, como pretende descalificarla la actora, pues en dicha comprobación se relacionan el momento del alta laboral en la anterior empresa y las siguientes incidencias de dicha relación y si en un determinado momento del procedimiento se procede a calificar tal relación a partir de una data como un contrato indefinido tal calificación resulta una presunción lógica a la vista de aquella vida laboral.

Una presunción en orden a la calificación del contrato como indefinido que esta Sala deduce inmediatamente de los propios términos de la vida laboral reseñada y conviene recordar que, en palabras de nuestro Tribunal Supremo, "es constante en la doctrina

constitucional y en la jurisprudencia de este Alto Tribunal la admisión, en el ámbito sancionador, de la prueba de presunciones, siempre que concurra la triple exigencia consistente en: acreditación de los hechos constitutivos del indicio; relación lógica precisa entre tales hechos y la consecuencia extraída; y presencia, aunque sea implícita, de la deducción que lleva al resultado de considerar probados los hechos integrantes de la infracción sancionada" (Sentencia de 18 de diciembre de 2000).

Pues bien esa triple exigencia se satisface en el presente supuesto a la vista, como se ha dicho, del período de contratación, desde el año 1989 y las bajas y altas sucesivas enmascaran un contrato indefinido pues no puede merecer otra calificación dada la duración de la relación. La tesis de la actora que excluye la posibilidad de tal calificación al haberse extinguido la anterior empresa supondría tanto como consagrar una vía abierta a la impunidad del fraude respecto del régimen de beneficios que se contempla en la normativa antes citada. La comprobación de los datos puede realizarse y así se ha hecho, como ya se ha señalado, atendiendo a los datos que sobre la vida laboral de la trabajadora ya citada obran en el INEM. Las alegaciones de la actora sobre la imposibilidad de aportar los datos reclamados por corresponder a una relación laboral de la trabajadora con otra empresa, además de adentrarnos en las cuestiones planteadas anteriormente, y sobre la que ya nos hemos pronunciado resulta, a la luz de la condición de partícipe en aquella anterior sociedad bajo la forma de comunidad de bienes del ahora administrador único de la entidad actora, de difícil credibilidad.

Por todo ello resulta conforme a las previsiones contenidas en la normativa precitada, de acuerdo con la calificación del contrato previo con la sociedad civil ya referida y derivada de dicha calificación así como de la relación de dicha sociedad con la entidad actora, la calificación de dichos hechos bajo la tipificación infractora que contempla el art. 25 de la Ley 8/88 en relación con el 3. c) de la Ley 22/92.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso.

IV.- Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa condena en las costas del mismo, de conformidad a las previsiones del art. 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "M., S.L." contra Resolución de 18.03.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.708/95; Expte. 17.612/96. dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

## 3260 Recurso número: 03/0007981/1997

**S.CA.** INFRACCIÓN LABORAL. NON LEVANZA DO LIBRO DE MATRÍCULA.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez.*

A Coruña, veintiocho de septiembre de dos mil uno.

**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 03/0007981/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.J.M.G., con D.N.I... domiciliado en c/... (Santiago), representado y dirigido por el Letrado doña Mª.J.M.G., contra Resolución de 12.02.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 2.359/93; Expte. nº 31.741/94.. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 51.000 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 18 de septiembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

## Fundamentos de derecho

I.- El objeto del recurso se centra en determinar si la resolución dictada por la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de fecha 12 de febrero de 1997, recaída en el expediente 31.741/94, es o no conforme a Derecho.

La actora como fundamento de su pretensión arguye básicamente, —en apretada síntesis—que la infracción que se le imputa no es tal, sobre la base de que, presuponiendo la existencia de relación laboral con la antigüedad que se refiere en el acta, se puede comprobar en la fotocopia del libro de matrícula, que la firma de la concreta trabajadora es muy pequeña, y seguramente, por ello pasó inadvertida al Controlador Laboral.

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

II.- La cuestión aquí suscitada ha de resolverse en sentido desestimatorio con fundamento en que, a la luz de lo obrante en el expediente, la recurrente, pese a alegar que no incurre en el art. 12 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por cuanto que sí lleva en orden el libro de matrícula, pues según copia que adjunta, se puede comprobar que en él figura la firma de la trabajadora R.R.C., examinadas las fotocopias se constata una firma que no se acredita responda a la citada trabajadora, y si bien en vía administrativa parece haber solicitado la comprobación y la antigüedad de la firma por un perito calígrafo, en la presente vía jurisdiccional, no se ha solicitado el recibimiento del pleito a prueba por medio de otros en el escrito de demanda, sino que la recurrente se limitó a efectos de prueba a señalar la documental y que se tuviere por propuesta, infringiendo de esta suerte el art. 74.1 de la LJCA, al no expresar los hechos sobre los que la misma hubiere de versar por no haber conformidad acerca de ellos entre las partes, acordándose por Auto ante el que se aquietó la recurrente, pese a ofrecérsele el correspondiente recurso de súplica.

Es cierto que en el transcurso del expediente administrativo según reitera en sus conclusiones se solicitó la práctica de diversas pruebas –como queda reseñado—solicitud que le fue desatendida, sin merecer siquiera el tratamiento de ser declaradas improcedentes, pero igualmente lo es que en la sustanción del presente recurso ha tenido la posibilidad de pedir el recibimiento del pleito a prueba de conformidad con lo dispuesto en el art. 74.1 de la LJCA por medio de otrosí en el escrito de demanda, debiendo expresar los puntos de hecho sobre los cuales la misma hubiere de versar, por no haber conformidad acerca de ellos entre las partes, pues de lo contrario la solicitud no será admisible, según dispone el citado precepto en su apartado 2 y una vez recibido el pleito a prueba se propondrán y practicarán en el plazo de 30 días con arreglo a las normas establecidas para el proceso civil ordinario, y no hizo en legal forma uso de tal potestad, por lo que la supuesta indefensión que se le hubiere podido ocasionar en vía administrativa, en la presente vía no se le ha ocasionado.

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

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

## Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.J.M.G. contra Resolución de 12.02.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 2.359/93; Expte. nº 31.741/94, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**3261 Recurso número: 03/0008131/1997**

**S.CA.** INCOMPATIBILIDADE DA PRESTACIÓN POR DESEMPREGO CON TRABALLO POR CONTA PROPIA. INFRACCIÓN MOI GRAVE.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez.*

A Coruña, veintiocho de septiembre de dos mil uno.

**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 03/0008131/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.Q.R., con D.N.I... domiciliado en c/... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don J.P.S., contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 48/96; Expte. 16.832/96, pérdida de prestaciones por desempleo.. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

### Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Dirección Provincial de A Coruña del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de fecha 30.08.96 recaída en expediente sancionador núm. 154/96 incoado por Acta de infracción núm. 48 T/96, levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña por la que se le impone sanción de extinción del derecho a percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas, así como contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 05.02.97 por la que se desestima recurso ordinario contra la misma.

El demandante sustancia el recurso en los siguientes motivos impugnatorios: a) El trabajo que la norma declara incompatible con el percibo de la prestación por desempleo es el trabajo retribuido, aquel realizado a cambio de un salario, una retribución o unos honorarios; y la jurisprudencia ha venido matizando que, incluso, a tales efectos, deben tomarse en consideración únicamente los salarios, las retribuciones o las rentas "netas" (sirva de ejemplo la sentencia del TSJ del País Vasco de 28.06.95); b) El recurrente permaneció sin actividad retribuida alguna durante más de ocho meses de todo el periodo completo en que percibió prestaciones por desempleo y tuvo un rendimiento neto negativo en los meses restantes en que desempeñó una actividad, por lo que no existió incompatibilidad alguna que puede ser objeto de sanción; por tanto no existe obligación de devolver cantidad alguna: c) En caso de no aceptarse lo anterior, procedería, sin embargo, la suspensión en los momentos en que puntualmente realizó los trabajos, reanudando el percibo de la prestación a su finalización; luego tampoco procedería la devolución en los meses que concreta. Se trataría, en todo caso de un supuesto de no comunicación de la situación de suspensión y por tanto de una infracción grave del art. 30.2.2 de la Ley 8/88 y no muy grave como sostiene la Inspección de Trabajo; e) En el momento de la solicitud cumplía todos los requisitos para tener derecho al percibo de las prestaciones contributivas por desempleo.

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

II.- Constituye por consiguiente el objeto del recurso examinar la conformidad o no a Derecho del acto administrativo por el que se impone la sanción de referencia, y cuya nulidad postula su representación procesal por las consideraciones que quedan especificadas.

La cuestión que se suscita en los presentes autos de compatibilidad de trabajo de profesional –en este caso de Arquitecto Técnico—colegiado con trabajo por cuenta ajena fue resuelta en supuesto similar de un profesional –en ese caso Letrado—con cargo de Secretario General... en la sentencia de fecha 16 de abril de 1990, cuya doctrina jurisprudencial transcribimos:

"El recurso plantea el tema relativo a la incompatibilidad de prestaciones por desempleo con su trabajo personal como Letrado colegiado en ejercicio que esta Sala en sus SS 28 de noviembre de 1983 y 20 de julio de 1987, recaída en casos similares, resolvió declarando la incompatibilidad de prestaciones con trabajo profesional liberal así como en la SS 15 de octubre de 1983 y 23 de febrero de 1984 del Tribunal Central de Trabajo; por el contrario, el recurrente sostiene la compatibilización de las rentas percibidas procedentes de su trabajo personal, que el mismo se encarga de probar aportando su declaración de renta, con la percepción de prestaciones de desempleo derivada de su despido de un centro de trabajo en el que desempeñaba el cargo de secretario general, lo que prohibe el art. 27 L. 51/80, como de su simple lectura se desprende. Conviene decir, (prosigue la sentencia del Alto Tribunal) como punto de partida, que cuando el art. 27 L 51/80 establece la incompatibilidad de que tratamos lo hace con la percepción de rentas debidas a un trabajo por cuenta propia o ajena sin más distinción, esto es, sin detallar si el trabajo personal por el que se alza un obstáculo a la percepción de prestaciones, es trabajo por el que se esté obligado o no a cotizar en cualquier Régimen de los de la Seguridad Social, con lo que es obligado concluir, con los precedentes jurisprudenciales que hemos citado, que habiendo trabajado, esto es, no estándose en paro, no hay prestaciones, como no puede ser de otra manera, como corresponde a una situación de paro, que no ostenta el recurrente, quien no puede invocar una prestación como contrapartida a su cotización por el simple hecho de ser despedido de una empresa, pues el sistema de reparto y no de capitalización, caracterizado por cotizar para que perciban otros bajo un principio de solidaridad, que repele toda idea de contraprestación equivalente en todo o en parte a previas cotizaciones, pues así se deduce, en general, del art. 210 TRLGSS y en particular del art. 29 de la Ley básica de empleo ya citada y que vemos reproducido al art. 20 L. 31/84, preceptos reglamentarios correspondientes y sucesivas Leyes de presupuestos. Con esto se desestima uno de los motivos de impugnación con que se constituye el recurso, rechazando pueda existir un enriquecimiento injusto por parte de la Seguridad Social derivado de la no percepción de una prestación, que a más de no ser debida según ley, no es contrapartida de cotizaciones que no son primas de seguros que admitan rescate; ni siquiera por analogía, como invoca el recurrente se puede compatibilizar prestaciones con trabajo argumentándose que siendo compatible la percepción de pensión con trabajo personal, no se ve la razón por la que no existe compatibilidad de prestaciones de desempleo con trabajo; la razón es que cuando en esta materia de política de empleo se establece una incompatibilidad, salvo que exista precepto especial de rango legal, que también existe, estableciendo compatibilidades totales o parciales, ha de estarse a la incompatibilidad general que se deduce sin mayor esfuerzo de la lectura de los preceptos aplicables. Se aduce en el recurso que el art. 22.2 y 3 Ley Básica de Empleo, con ocasión de regular los supuestos de extinción y suspensión de prestaciones de desempleo se circunscribe a declararlos cuando se alcanza empleo de los que dan lugar a inclusión en el Régimen de la Seguridad Social y que por el contrario, los preceptos concordantes del R. D. 920/81, de 24 de abril, que reglamentariamente la desarrolla, se exceden de las previsiones legales, incurriendo en nulidad, extendiendo los casos de extinción y suspensión a los supuestos de alcanzar empleo o realizar trabajos que no dan lugar a inclusión en sistema alguno, con lo que introduce condiciones no contempladas en la Ley; mas la norma reglamentaria, cuya impugnación indirecta se articula como motivo de nulidad de las resoluciones impugnadas, tiene su cobertura legal en el propio sistema de incompatibilidades, en donde la Ley distingue si las rentas de trabajo por cuenta propia o ajena que provocan la incompatibilidad de prestación se determinan su inclusión o no en sistemas de los de la Seguridad Social; en el caso no se trata de extinguir o suspender prestaciones regulares y legales, con el debido amparo, que se vinieran percibiendo y que por la adquisición de empleo provocase su extinción o suspensión; se está en el caso de una prestación indebida "ab nitio", sin cobertura legal necesaria porque ante su devengo se alza

el obstáculo de la incompatibilidad, en los casos de extinción y suspensión de prestaciones que regulan tanto la Ley como el Reglamento citado las prestaciones concedidas por ser acordes con las normas aplicables producen todos sus efectos, se devengan legalmente, hasta que se incurre en causa de extinción o suspensión, sin obligación de devolver nada de lo devengado; en los casos de incompatibilidad se parte de la inicial ilegalidad como infracción administrativa por la presencia anterior de un trabajo que provoca la incompatibilidad porque el interesado no está en situación protegida por el sistema de política de empleo, razones por las que se impone la desestimación del recurso de apelación interpuesto, sin que hallemos motivos de los que dan lugar a una condena en costas".

La precedente doctrina (que esta Sala comparte) deviene aplicable al supuesto de autos que se enjuicia, lo que determina sin más la desestimación del presente recurso.

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

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

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.Q.R. contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 48/96; Expte. 16.832/96, pérdida de prestaciones por desempleo, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

## 3262 Recurso nº 4.518/01

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. IMPOSIBILIDADE DE COMPENSAR UNHA CLÁUSULA CONVENCIONAL DE DESCANSO POR TRABALLO EN FIN DE SEMANA CUN PACTO COLECTIVO DE REDUCCIÓN DE XORNADA EN MEDIA HORA DIARIA. PERSOAL LABORAL Ó SERVICIO DA XUNTA DE GALICIA.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio-Jesús Outeiriño Fuente*

En A Coruña, a veintinueve de septiembre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el Rollo nº 4.518/01, comprensivo de recursos de Suplicación respectivamente interpuestos por los Letrados don M.M.G., en nombre y representación de doña M.D.C.G.M. (Presidenta de Comité de Empresa Provincial), y por doña M.C.F.S., en nombre y representación de la XUNTA DE GALICIA, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de los de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 245/01 se presentó demanda por doña M.D.C.G.M. en su calidad de Presidenta de Comité de Empresa Provincial, sobre Conflicto Colectivo, frente a la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de mayo último por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I. El conflicto que se plantea afecta a las categorías profesionales de Camarero/a, Limpiador/a, oficial de Servicios Técnicos, Cocineros 1ª y 2ª y Ayudantes de Cocina del C.A.M.P. de Redondela. II. Con anterioridad a la transferencia a la Xunta de Galicia, el C.A.M.P. pertenecía al I.N.S.E.R.S.O. y conforme al Convenio Colectivo aplicable al personal del Centro se le abonaba un plus económico en compensación por los festivos trabajados, que se deja de percibir porque el Convenio de la Xunta de Galicia prevé la compensación de los domingos y festivos con un descanso adicional pactado de mutuo acuerdo entre las partes. III. El horario de los trabajadores afectados por el conflicto en el Centro es de 35 horas semanales y la jornada anual de 1.665 horas. IV. El 18.01.00 en una reunión de la Delegación y el Comité de Empresa se aceptaron las carteleras con las compensaciones

hechas de domingos y festivos y se les impuso a los de cocina, que se opusieron. V. El 14.10.97 se pactó la reducción de la jornada en el C.A.M.P. de Redondela de 7,30 horas a 7 horas, y con este horario se compensaba en las carteleras el trabajo de domingos y festivos, a llevar a cabo diariamente _ hora menos de trabajo. VI. Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de 11.09.98, confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28.01.99, se dio solución al mismo conflicto de los trabajadores del C.A.M.P. de Redondela, con la categoría de Etares. VII. Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por M.D.C.G.M. contra la XUNTA DE GALICIA-CONSELLERÍA DE SANIDADE, debo declarar y declaro el derecho de los actores, que como personal afectado son Camarero/a, Limpiador/a, Oficial de Servicios Técnicos, Cocineros 1ª y 2ª y Ayudante de Cocina del C.A.M.P. de Redondela, a disfrutar del día de descanso incrementado en un 75% al tiempo de prestación por cada día festivo trabajado y a la inclusión en las carteleras de trabajo, no compensándolo con la posible reducción de jornada, condenando a la Consellería demandada a estar y pasar por esta declaración. Notifíquese... etc.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron respectivos recursos de Suplicación por ambas partes, presentando impugnación la demandante. 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 estimó en parte la demanda de conflicto colectivo, recurren en suplicación ambas partes litigantes denunciando, en primer término, la demandada Xunta de Galicia -al amparo del art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral- infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del articulo 20.2 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, por Resolución de la Dirección Xeral de Relacións Laborais, de 19 de diciembre de 1994 (D.O.G. número 249 de 28.XI.94), en relación con el artículo 18 del citado Convenio y artículos 3 y 37 del E.T., por entender que tal y como se desprende de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, y más en concreto del hecho declarado probado V, es lo cierto que el 14.10.97, una vez producida la transferencia a la Comunidad Autónoma del Centro de Minusválidos Psíquicos de Redondela, "se pactó" entre la Xunta de Galicia y el Comité de Empresa, para todo el personal del centro de trabajo, la reducción de la jornada en media hora diaria y con esta reducción se compensaba en las carteleras el 75% del tiempo de prestación efectuada en domingo o festivo, por lo que -a su juicio- no ha existido conculcación alguna del referido art. 20.2 del Convenio colectivo, ya que el fallo de la sentencia, al decretar la no compensación del descanso adicional con cargo a la reducción de la jornada diaria, está imponiendo unos límites a la negociación que no están previstos en el Convenio Colectivo ni en los artículos 3 y 37 del ET.

SEGUNDO.- Partiendo de los inalterados hechos probados, la censura jurídica que se denuncia en el anterior motivo de recurso no puede prosperar, pues la pretensión deducida en la demanda de conflicto tiende al reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados por el mismo (el personal de cocina del CAMP de Redondela), a disfrutar del descanso adicional previsto en el artículo 20, núm. 2, apartado segundo, del III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, aprobado por Resolución de 19 de diciembre de 1994 (DOG de 28 de diciembre de 1994). Dicho precepto dispone que: "Para los servicios que haya que prestar necesariamente en domingos o festivos se establecerá un descanso adicional del 75 por 100 del tiempo de prestación. Este descanso adicional será pactado de mutuo acuerdo entre ambas partes". Como señala la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1999 (AS 2.950), que junto con la de 28 enero de 1999 (AS 492), también de esta Sala, contempla un supuesto semejante al ahora enjuiciado, "establecido así el debate no cabe duda que no es admisible la postura de la Xunta de Galicia de compensar el incremento de descanso semanal del 75% pactado, mediante una reducción de la jornada diaria en media hora, y ello por cuanto la finalidad del descanso no es otra que otorgar un tiempo libre al trabajador, dirigido no sólo a recuperar física y psíquicamente su capacidad de trabajo, sino que, además, tiene otras finalidades complementarias cuales son la integración familiar, la posibilidad del asueto, etc...".

Por consiguiente, no resulta admisible este criterio, ya que como también razona la citada sentencia de 28 enero de 1999 (AS. 492), "los descansos previstos han de ser respetados, con independencia absoluta de la jornada normal establecida, sin que puedan establecerse términos compensatorios entre ambos, estando, en todo caso, la empleadora facultada para exigir el cumplimiento de la jornada ordinaria". Y es que en presente supuesto no puede aceptarse la alegación de recurso relativa a que una vez producida la transferencia a la Comunidad Autónoma del Centro de Minusválidos Psíquicos de Redondela, "se pactó" entre la Xunta de Galicia y el Comité de Empresa, para todo el personal del centro de trabajo, la reducción de la jornada en media hora diaria como compensación del descanso adicional, pues dicho pacto, que fue impuesto a los trabajadores integrantes del personal de cocina que se opusieron al mismo, no puede entenderse que respete lo previsto en el art. 20.2 del Pacto colectivo, en cuanto que el contenido del precepto se refiere a la necesidad de *pactar "el descanso adicional" de mutuo acuerdo entre ambas partes*, pero no contempla la posibilidad de sustituir dicho descanso por una reducción de jornada compensatoria, lo cual es algo cualitativamente distinto. Por ello, el aludido acuerdo que se produjo entre la Xunta de Galicia y el Comité de Empresa debe calificarse como un pacto obligacional celebrado al margen del convenio colectivo estatutario, con fundamento en el art. 1.255 y concordantes del Código civil, que solo obliga a quienes lo han suscrito o aceptado, pero no a los trabajadores que se han opuesto al mismo y a quienes no puede imponerse frente al distinto contenido del Pacto colectivo de naturaleza estatutaria, cuya obligatoriedad deriva para ambas partes de lo dispuesto en el art. 82. 1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores. La conclusión, por tanto, ha de ser la desestimación del recurso interpuesto por la demandada, al no concurrir las infracciones jurídicas que se denuncian.

TERCERO.- También al amparo del artículo 191.c) de la LPL, articula la parte demandante un único motivo de suplicación en el que denuncia infracción del artículo 21.2 del III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, en relación con el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, y ello por entender que la sentencia debe modificarse en el sentido de declarar el derecho de los Cocineros/as de 1ª y 2ª y Ayudantes de Cocina a disfrutar del día de descanso incrementado en un 75% por cada día festivo trabajado, y en consecuencia a que se les reconozcan estos descansos durante el año 2000, manteniendo íntegramente para el año 2001 el fallo de la sentencia. El motivo no puede prosperar, pues por medio del proceso de conflicto colectivo, como señala reiterada doctrina, los órganos jurisdiccionales conocerán de las pretensiones que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, y decisión o práctica de empresa (art. 151.1 LPL). Siendo así que en el presente caso el litigio versa sobre la interpretación que ha de darse a un concreto precepto convencional (el art. 20.2 del Convenio) del que la parte demandante, como representante de los trabajadores afectados y contemplados indeterminadamente, pretende extraer unas consecuencias jurídicas negadas por la demandada. No es, por tanto, un conflicto económico o de intereses dirigido al reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas y producidas con anterioridad al planteamiento de dicho conflicto (en este supuesto en el año 2000); y que, en su caso, deberán ser reclamadas en otro proceso partiendo de la interpretación dada al aludido precepto convencional y en función de la realidad jurídica que corresponda a cada trabajador. Por ello, al tratarse de una pretensión inadecuada, debe estimarse correcto el fallo de instancia que acogió -en realidad- parcialmente la demanda, tras limitarse a interpretar y a delimitar el contenido de una norma convencional determinada, con pleno respeto a lo que es el objeto propio de un proceso de conflicto colectivo. En razón a lo expuesto,

## Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la demandada Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade e Servicios Sociais), así como el interpuesto por la actora doña. M.D.C.G.M., en su condición de Presidenta del Comité de Empresa Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de Pontevedra, contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, en los presentes autos sobre conflicto colectivo, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

3263 **Recurso nº 4.150/2001**

**S.S.** INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA OMISIVA. COBERTURA DE PRAZA VACANTE E CORRESPONDENTE CESAMENTO DE TRABALLADOR QUE NON TEN A CONSIDERACIÓN DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE OU NULO. IRRELEVANCIA DAS IRREGULARIDADES COMETIDAS POLA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NA NORMATIVA DE PROVISIÓN DE VACANTES. DIFERENCIA ENTRE TRABALLADORES INDEFINIDOS E FIXOS DE CADRO DE PERSOAL.

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

A Coruña, uno de octubre de dos mil uno

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. 4.150/2001 interpuesto por don F.R.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.R.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 932/00 sentencia con fecha 26 de marzo de 2001 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 F.R.P. ha venido prestando servicios por cuenta y bajo dependencia del Servicio alego de Saúde como celador en el Hospitalario Médico Quirúrgico de Conxo de Santiago de Compostela, percibiendo un salario mensual por importe de doscientas cuatro mil quinientas veintiséis pesetas (204.526 pts.), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ SEGUNDO.- Que por sentencia del Juzgado de lo social número uno de esta ciudad de fecha diez de abril de mil novecientos noventa y nueve, en autos nº 841/98, se declara a la actora vinculada a la entidad demandada mediante una relación laboral de carácter indefinido desde el trace de abril de mil novecientos ochenta y nueve./ TERCERO.- Que por Decreto 3.73/1992, de 17 de diciembre, de transferencia a la Comunidad autónoma el Hospital Provincial y Psiquiátrico de Conxo./ CUARTO.- Que por resolución de fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho el servicio Galego de Saúde convocó concurso oposición para acceso a determinadas categorías de personal estatutario del SERGAS./ QUINTO.- Que por resolución de veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve se convoca concurso voluntario de traslados para la provisión de plazas del personal sanitario no facultativo y personal no sanitario de las instituciones sanitarias dependientes del Servicio Galego de Saúde./ SEXTO.- En fecha de cuatro de octubre de dos mil el Servicio Galego de Saúde dirige comunicación de preaviso de cese con el siguiente tenor literal: "Por mor do remate do proceso selectivo, coa recente publicación das resolucións definitivas do concurso-oposición das distintas categorías de persoal estatutario vehiculado polo Servicio Galego de Saúde, que fora convocado por resolución do 28 de decembro de 1998, procederase no presente mes de outubro á apertura dos prazos posesorios. Nese momento incorporarase o persoal adxudicatario das distintas prazas, tanto desde proceso coma do proceso de provisión por concurso de traslados, convocado por Resolución do 25 de maio de 1999, xa resolto con anterioridade e que se encontra vinculado co proceso selectivo citado na súa resolución (Plan de selección e provisión DOG nº 132 do 10 de xullo). Tal incorporación producirá o cesamento de persoal temporal de prazas nas institucións sanitarias do Servicio Galego de Saúde. Así, recóllese nos mesmos como causa de extinción dos contratos e de cesamento nos nomeamentos a cobertura con praza en ropiedade por calquera dos procedementos legalmente previstos. E, asimesmo, conforme ó disposto na Resolución do 13 de xullo de 2000 da Secretaría Xeral da Consellería de Sanidade e Servicios Sociais e a División de Recursos Humanos do Servicio Galego de Saúde, sobre criterios de incorporacións cesamentos do persoal sanitario non facultativo e persoal non sanitario nas prazas das Institucións Sanitarias do Servicio Galego de Saúde. Polo exposto, pola posible adxudicación ó persoal propietario da praza que vostede viña ocupando, pode-

ría vostede estar incurso nas citadas causas de cesamento. A efectividade do cese terá lugar, no seu caso, en data próxima que lle será debidamente notificada./ SÉPTIMO.- En fecha veinte de octubre de dos mil la actora recibe la comunicación de cese en los siguiente términos. "...comunicaselle que como consecuencia da incorporación efectiva de don M.P.G. que resultou adxudicataria no proceso de Concurso traslado, o final da xornada do día da data cesará na súa prestación de servicios neste Complexo hospitalario"./ OCTAVO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de Delegado de Personal o miembro del comité de Empresa o Junta de personal./ NOVENO.- Que la actora interpuso reclamación previa en fecha seis de quince de noviembre de dos mil, siendo desestimada por resolución del SERGAS en fecha de veintinueve de enero de dos mil uno".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don F.R.P. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo absolver y absuelvo a la demandada de 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 paso de los mismos al Ponente.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se declare su cese despido nulo o, subsidiariamente, despido improcedente o, subsidiariamente, despido objetivo, con sus efectos correspondientes; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. formula los dos motivos siguientes: en el primero denuncia infracción del art. 97.2 L.P.L. en relación con el art. 218 L.E.C., 248 LOPJ y 24 C.E., imputando a la sentencia de instancia vicio de incongruencia; en el segundo denuncia infracción del art. 55 ET, en relación con los art. 6.4 y 7.2 del C. Civil, la Ley 30/84, de medidas para la reforma de la Función Pública, y la Ley 4/91, así como jurisprudencia del TS que cita, y subsidiariamente la infracción de los art. 49.1, 52.c) y 53 del E.T.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso denuncia que la sentencia dictada en la instancia no resuelve los puntos sustanciales de debate planteados "limitándose a calificar el cese de la actora como lícito por provisión reglamentaria de su plaza", tildándola por ello de incongruente. En torno a la incongruencia, la STC 136/98 indica que "desde la STC 20/1982, hemos declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, 191/1987, 88/1992, 369/1993, 172/1994, 311/1994, 111/1997 y 220/1997)". Y asimismo afirma el Tribunal constitucional que <<a partir de este planteamiento general, hemos distinguido dos tipos de incongruencia y precisado las condiciones para apreciar su existencia. La llamada incongruencia omisiva o ex silentio, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, 56/1996, 58/1996, y 26/1997). Y la denominada incongruencia extra petitum, que se da cuando el...".

En suma y más específicamente, la incongruencia omisiva consiste en el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, con sustracción –a las referidas partes- del verdadero debate contradictorio y con la consiguiente denegación técnica de Justicia, determinante de indefensión material y contraria a la efectiva tutela judicial, derecho fundamental que comporta la legítima aspiración del ciudadano litigante a obtener de los Tribunales una respuesta razonada a sus pretensiones correctamente planteadas, pero siempre que el silencio de éstos no pueda razonablemente inter-

pretarse como una desestimación tácita (entre las últimas, las SSTC de 8-febrero-93 Ar. 40, 14-marzo-94 Ar. 87, 9-mayo-94 Ar. 132, 23-octubre-95 Ar. 150 y las que en ellas se citan), conforme a consolidada doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las SSTS 1-febrero-93 Ar. 1.151 y STC 369/93, de 13-diciembre y 87/94, de 14-marzo (igualmente, SSTSJ Galicia –entre tantas- 19-mayo-98 R. 2.902/95, 30-octubre-98 R. 4.469/95, 30-octubre-98 R. 3.570/98 y 11-diciembre-98 R. 5.647/95), puesto que para resolver la cuestión de la exhaustividad de la sentencia ha de partirse de la base –SSTC 128/1992, de 28-septiembre; y 226/1992, de 14-diciembre- de que el problema de la relevancia que corresponde atribuir a la ausencia de respuesta judicial expresa no es susceptible de ser resuelto con un criterio unívoco que lleve en todos los supuestos a considerar dicho silencio como lesivo del derecho fundamental, sino que hay que examinar las circunstancias en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como la indicada desestimación tácita. Y reiterando doctrina expuesta en precedentes sentencias, la obligada tutela se satisface cuando simplemente se expresa con claridad el motivo que lleva a resolver la pretensión (así SSTC 116/1986, de 8-octubre; 13/1987, de 5-febrero: 55/1987, 75/1988, de 25-abril; 13/1989, de 5-febrero; 36/1989; 14/1991, de 28-enero; 34/1992, de 18-marzo; 22/1994, de 27-enero; 27/1993, de 25-enero; 304/1993, de 25-octubre; 58/1994, de 28-febrero; 192/1994, de 20-junio...), siendo así que el citado derecho fundamental no impone servilismo a las alegaciones de las partes (SSTC 159/1992, de 26-octubre; 67/1993, de 1-marzo; y 171/1993, de 27-mayo) ni hace exigible una respuesta pormenorizada a los argumentos de los litigantes (STC 93/1990, de 15-Marzo). Y la sentencia 87/1994, afirma que <<no existe una incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso que al ser de enjuiciamiento preferente -por su naturaleza o conexión procesal- hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquellas otras (por todas, STC 4/1994)>>.

La consideración de la doctrina expuesta lleva a desestimar el actual motivo de recurso valorando los hechos a enjuiciar, a partir de los declarados probados en la sentencia y que no ha sido objeto de revisión, y pretensión, así como el contenido de la sentencia objeto de recurso. Si la pretensión de demanda es la declaración de que el cese dado al actor en octubre de 2000 constituye un despido nulo o improcedente u objetivo, en ella se aduce al efecto que no se cumplió la normativa reguladora de la provisión de la vacante, afirmando la inexistencia de relación de puestos de trabajo en el Sergas, que la vacante ocupada por el actor no ha sido identificada ni dotada presupuestariamente ni incluida en la relación de puestos de trabajo, faltando datos relativos a las plazas... La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda. Y lo hace declarando probado lo esencial siguiente, no cuestionado en suplicación: El actor vino prestando servicios para el Sergas como celador en el Hospital Médico Quirúrgico de Conxo de Santiago; por sentencia del Juzgado nº 1 de Santiago de 10.44.99 se declaró su relación laboral de carácter indefinida desde el 13/4/89; por D. 373/92 se transfirió a la C. Autónoma el Hospital Provincial de Conxo; mediante resolución de 25.05.99 se convoca concurso de traslados para la provisión de plazas del personal sanitario no facultativo y no sanitario de las instituciones sanitarias del Sergas, siendo preavisado de cese el actor en 04.10.00 como indica el H.P. 6º, por derivación tanto del proceso de provisión por concurso de traslados convocado en 25.05.99 como por el de concurso-oposición convocado en 28.12.98; en fecha 20.10.00 el actor es comunicado de cese como consecuencia "de la incorporación efectiva de don M.P.G. que resultó adjudicatario en el proceso de concurso traslado...".

En Fundamentos de Derecho, la referida sentencia argumenta doctrina jurisprudencial relativa a la contratación y cese por parte de la AA PP., a las posibles irregularidades que afecten a la referida contratación, a los requisitos de identificación de las plazas vacantes..., concluyendo, también con su correspondiente valor fáctico (SSTS 2/3/90, 27/7/92, 14/12/98 y 23/2/99, que "en el caso de autos, identificado el centro hospitalario, la categoría profesional correspondiente y no existiendo datos que permitan sostener que la Administración haya actuado lesiva o fraudulentamente...", que "de la relación fáctica se desprende la convocatoria de concurso-oposición para ingreso en las categorías de personal estatutario del Sergas y el concurso voluntario de traslados... El 28.08.00 se publicó en el DOG la resolución a la que se hace referencia en el H.P. 7 y en su exposición preliminar y

norma general 4ª se establece que la determinación concreta de las plazas se haría sobre las plazas vacantes en el momento en que se produzca la incorporación y se consideran vacantes todas aquellas plazas básicas de las respectivas categorías que no estén desempeñadas por su titular estatutario con tal derecho y el cese se produciría según orden creciente, de menor a mayor puntuación en la lista de la respectiva categoría, por lo que el cese debe considerarse ajustado a derecho...".

Lo precedentemente indicado lleva a rechazar la pretendida incongruencia. Y es que, como también razonaba en supuesto sustancialmente idéntico al presente la S. de este T.S.J. de 13/9/01, si bien el deseable agotamiento del debate determinaba que la sentencia recurrida se pronunciase fácticamente respecto de los defectos invocados por la parte y que sobre esta base se razonase acerca de la improcedencia del alegato, lo cierto es que tan sólo se decanta por destacar la irrelevancia genérica de las irregularidades en la contratación y cese de las Administraciones Públicas y –en forma claramente implícita- por no apreciar defecto alguno en el proceso selectivo y de provisión habidos, entendiendo –y así declarándole expresamente- que procedía en derecho el cese del actor conforme a antigüedad y puntuación y al proceso antes referido y resolución de 13/7/00 sobre criterios de incorporación y ceses del personal sanitario no facultativo y no sanitario en las plazas de las instituciones sanitarias del Sergas, según se indicaba en el preaviso de cese remitido en su día al actor. Habiendo, pues, oportuna y suficiente desestimación de las pretensiones de demanda, con tácito rechazo de ciertos presupuestos de hecho de las alegaciones efectuadas en ella y global refutación de sus argumentos, no cabe apreciar vicio de incongruencia en la resolución recurrida, ni denegación tácita de justicia ni falta de obligada respuesta judicial que justifique la solución extrema de su anulación.

TERCERO.- La denuncia que formula el recurrente en el 2º y último motivo del recurso se sustenta en reiterar los argumentos de la instancia. En esencia, que el cese no es lícito porque no hay relación de puestos de trabajo del Sergas y porque existió "palmario incumplimiento de la normativa de provisión de vacantes", con referencia a falta de identificación del puesto y falta de dotación y de inclusión en la relación de puestos de trabajo; asimismo se alega que de ser lícito el cese, habría un despido sin causa legal, pues el actor no es interino ni contratado temporal sino indefinido, no cabiendo que se le cese sin indemnización alguna... .

El motivo tampoco resulta acogible por las siguientes consideraciones, esencialmente coincidentes con las de las SS de esta Sala de 13.09.01 y 14.09.01 dictadas al hilo de supuestos similares al presente: A) Los presupuestos de hecho a que se alude en el recurso no han sido admitidos por la sentencia recurrida, que, como se dijo, argumenta sobre la base de un correcto proceso de concurso y de una suficiente y oportuna identificación de las plazas vacantes, de manera que, como también razonaba la S. de esta Sala de 13.09.01, la ausencia en esta fase procesal de toda pretensión revisoria sobre tales extremos determina que las afirmaciones que al respecto se hacen por el actor haya de calificarse como inaceptablemente conjeturales y no pueden servir de base para la argumentación jurídica, que necesariamente ha de partir de la base opuesta, la aceptada en la instancia y la que impone la presunción de validez de los administrativos el art. 57 de la LRJAP y PAC. A mayor abundamiento, la identificación de las plazas vacantes, ha sido matizada por el TS (SS 29/3, 4/11/96...) al decir que a tales efectos "no se precisa una formalidad particular, bastando con que se realice con criterios objetivos, de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado", ahora inapreciable dada su prestación de servicios, la reglamentación del concurso en virtud del cual fue nombrado el titular y la publicidad oficial de esa normativa. Y B) Resultando, pues, en el caso del actor, que se trata de celador en Hospital del Sergas con una relación laboral declarada indefinida por sentencia firme que es cesado por cubrirse la plaza por él efectivamente ocupada por titular nombrado en forma reglamentaria al resultar adjudicatario de la misma en proceso de concurso traslado, se justifica debidamente la desestimación de la demanda. Al efecto, y según tiene argumentado este Tribunal en precedentes resoluciones: 1.- Tal como indica la STS 29-noviembre-2000 Ar. 1.440, a tenor de consolidada jurisprudencia <<la irregular celebración de contratos temporales con las Administraciones Públicas, se salda con su conversión en contratos indefinidos, lo que no equivale, sin embargo, a la adquisición por el trabajador de una fijeza de plantilla con adscripción definitiva a su puesto de trabajo, pues ésta es condición ligada a la contratación por el procedi-

miento reglamentario>> (con cita de las SSTS 20-enero-1998 Ar. 1.000 y 21-enero-1998 Ar. 1.138-ambas de la Sala General- 27-marzo-1998 Ar. 3.159, 12-junio-1998 Ar. 5.203, 28-diciembre-1998 Ar. 1999/386 y 19-enero-1999 Ar. 2.474). Y en orden a la distinción entre ambas figuras, haciéndose eco de criterio uniforme que se cita con detalle, la STS 29-mayo-2000 Ar- 4.804 afirma que <<El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato>>. Y 2) La doctrina anteriormente indicada ha llevado a la Sala en ocasiones precedente –Sentencias de 17-abril-00 AS 1.088 y 19-mayo-01 R. 1.785/01- a rechazar la posibilidad indemnizatoria –vía art. 52 y 53 ET- en los supuestos de amortización de plaza en el sector de la Administración Pública y trabajador cuya relación laboral tenía carácter indefinido: tal como expresamente sostiene para tales supuestos la precitada STS 29-mayo-2000 Ar. 4.804. Pero con mayor contundencia se ha de proclamar la inadmisibilidad de la pretensión cuando –como en autos- se trata de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo, por cuanto que los supuestos de extinción –indemnizada- del contrato por causas objetivas se limitan a los tres que el art. 52 ET contempla, de ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación a las nuevas condiciones del trabajo o necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo. Enumeración claramente cerrada –numerus clausus- y en manera alguna extensible al supuesto tan diverso de provisión de plaza por concurso reglamentario.

Por todo lo razonado se rechaza la infracción normativa que se denuncia en suplicación, concluyéndose la confirmación del pronunciamiento recurrido, desestimatorio de la demanda por apreciar un cese ajustado a derecho y no propiciante de despido alguno, tampoco objetivo.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don F.R.P. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de fecha 26.03.01 en autos nº 932/00 seguidos a instancias del recurrente frente al Sergas, confirmamos la sentencia recurrida.

## 3264 Recurso nº 4.167/01

**S.S.** DESPEDIMENTO POR FALTAS REPETIDAS E INXUSTIFICADAS DE ASISTENCIA Ó TRABALLO. IMPROCEDENCIA: EVIDENTE ABUSO DE DEREITO POR PARTE DA EMPRESA. CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Cabanas Gancedo*

A Coruña, dos de octubre de dos mil uno.

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 4.167/01, interpuesto por "G.S.C., A.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 93/01 se presentó demanda por don S.S.P.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandada "G.S.C., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 11 de julio de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don S.P.G. vino prestando sus servicios para la Empresa "U., S.A." desde el día 02.05.00 con la categoría profesional de conductor percibiendo un salario mensual de 153.790 pesetas con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias

prestando sus servicios en horario de 8 á 12 horas en Portos de Galicia y de 14 á 18 horas en Repsol Petróleo./ SEGUNDO.- El 30.11.00 la empresa "U., S.A." comunicó al actor que la nueva adjudicataria del Servicio con Portos de Galicia pasaba a ser la empresa "G.", subrogándose ésta en todos los derechos y obligaciones desde el 01.12.00, reconociéndose al actor una antigüedad de 01.03.00./ TERCERO.- La empresa demandada comunicó al actor carta de fecha 28.12.00 notificándole despido disciplinario en base a las siguientes argumentaciones: "a) No haber acudido a su puesto de trabajo, sin causa justificada, los días 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2000, en el horario asignado por la empresa que represento, de 14 á 18 horas, a pesar de haberle dado instrucciones precisas sobre su horario de trabajo y tareas a realizar, telefónicamente, el día 12 de diciembre, don C.C. y don A.A. Dicha orden se reiteró por escrito en fecha 13 de diciembre, carta que se intentó notificarle el día 14 de diciembre de 2000 y Ud. se negó a recibir. Nuevamente se le reitera dicha orden por medio de burofax enviado a su domicilio el día 20.12.2000. b) Ni haber acudido a su puesto de trabajo, sin causa justificada, los días 13, 14, 15, 16, 18, 119, 20, 21, 22, 23, 26, y 27 de diciembre de 2000, en el horario, que antes de la orden de fecha 12 de diciembre de 2000, tenía Ud. asignado, esto es, de 9 horas a 13 horas. Es decir, no ha acudido a su puesto de trabajo desde el día 13 de diciembre de 2000 hasta la fecha de hoy, sin justificar la causa de dichas ausencias."/ CUARTO.- Con efectos 01.12.00 el actor fue dado de alta en la Seguridad Social como trabajador de la empresa demandada y se le concedieron vacaciones hasta el día 11 siguiente por no disponer la empresa de camión para la prestación de servicios./ QUINTO.- En fecha 11 de diciembre el demandante se incorpora a trabajar en el centro de trabajo Portos de Galicia y por el encargado de "G." en el Puerto de A Coruña don C.C., se le indica que como no disponen aún de camión, se dirija a limpiar una rejilla en el Muelle Centenario Norte, en el mencionado puerto. (Mientras no llegaba el camión). Al día siguiente de trabajo y por el mencionado encargado se le ordena la realización de la misma tarea, yendo el trabajador hasta el lugar donde se encontraba la rejilla y volviendo de una vez, alegando el actor que no forma parte de sus funciones y que hablará de ello con la empresa./ SEXTO.- El día 12.12.2000 el actor dirige escrito a la empresa solicitando se fije el mismo horario que tenía cuando prestaba servicios en la Empresa "U.". El día 13.12.2000 se le comunica al actor que la reincorporación era el mismo día en horario de 14 a 18 horas y el día 14 se le hace entrega de escrito en el sentido siguiente: "En contestación a su fax del pasado día 12, le transmito por escrito lo que el día 13.12.2000 ya le comunicaron por teléfono el Sr. C.C. y el Sr. A.A., que la fecha de incorporación era el mismo día 13.12.2000, en el Puerto de La Coruña. Muelle B. –Nave G. y en horario de trabajo de 14 a 18 horas, siendo las funciones y tareas a desarrollar las mismas de conductor que venía realizando para la anterior concesionaria. En relación con el horario de trabajo por Ud. solicitado "mi horario de siempre"la empresa "G.S.C., S.A." nueva adjudicataria, por motivos de planificación, organización y de mejora de servicio, acogiéndose a la cláusula adicional 7ª del contrato de trabajo que Ud. tenía firmado con la anterior concesionaria y por lo tanto subrogado por "GSC, S.A." en todas sus condiciones, considero oportuno que este nuevo horario que le ha sido asignado es el mejor para la buena marcha del servicio, todo ello con la posibilidad de que próximamente y, siempre con vistas a mejorar el servicio que se presta a Portos de Galicia, pueda ser modificado". El día 20.12.2000 la empresa dirige escrito de comunicación al actor en el mismo sentido y recibido por éste el 21.12.2000. El día 20.12.2000 no disponía la empresa todavía de camión para el actor./ SÉPTIMO.- El actor seguía prestando servicios para la empresa cedente "U.", circunstancia que conocía la empresa demandada al haberle sido remitida toda la documentación relativa al trabajador en el momento de la cesión./ OCTAVO.- No consta que el actor ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ NOVENO.- Se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C. el día 06.02.2001 con el resultado de sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el actor don S.P.G. debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por la empresa "G.S.C, S.A." condenando a la empresa a que, en un plazo de cinco días, opte entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de 173.003 pts. en concepto de indemnización, más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución y que ascienden a 5.126

pts./día./ Se impone a la empresa la multa de 75.000 pts. y la obligación de abonar los honorarios del Sr. Letrado de la parte actora en la cuantía de 20.000 pts."

CUARTO.- Posteriormente, por la representación procesal de la empresa demandada se presentó escrito en solicitud de rectificación de error material y aritmético cometido en la sentencia de instancia, dictándose con fecha 20 de junio el correspondiente auto, por el que se acordó no haber lugar a aclarar la Sentencia dictada el 11.06.2001.

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la empresa demandada con que, en la sentencia de instancia, se declare improcedente el despido del actor; se le condene a que, en el plazo de cinco días, opte entre su readmisión inmediata, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de 173.003 pesetas en concepto de indemnización, más en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación en cuantía de 5.126 pesetas día; y se le imponga la multa de 75.000 pesetas y la obligación de abonar los honorarios del Letrado de la parte actor, en la cuantía de 20.000 pesetas; formula recurso de Suplicación, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se haga constar en el hecho probado sexto de aquélla, que "el día 14 se intenta entregarle pero se niega a recibirlo", el escrito que dirigió la empresa al actor, en contestación a un fax anterior de éste; en segundo, por igual vía, dirigido a que se adicione un nuevo hecho probado, el décimo, que afirme que "el trabajador no acudió a su puesto de trabajo los días 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26 y 27 de diciembre de 2000"; en tercero, por idéntica vía, para que se añada otro nuevo hecho probado, el undécimo, que afirme "que la nómina de noviembre de 2000, que asciende a la cantidad de 153.790 pesetas, corresponde en conjunto al salario percibido por el actor por su prestación de servicios para "U., S.A." en Portos de Galicia, zona Norte, de 8 a 12 horas, y en REPSOL Petróleo de 14 a 18 horas"; en cuarto, por la del apartado c) del citado artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que lo desarrolla; en quinto, por igual vía que la anterior, alegando infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que lo desarrolla; y, en sexto, por idéntica vía que las anteriores, denunciando infracción del artículo 97.3 de la L.P.L. y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

SEGUNDO.- No son viables las revisiones fácticas, que se pretenden a través de los tres primeros motivos del recurso, dado que, por una parte, no cabe efectuar el añadido, que se interesa en el hecho probado sexto de la resolución impugnada, toda vez que se fundamenta en una prueba testifical encubierta –los escritos, obrantes a los folios 82 y 83, que recogen las manifestaciones de dos personas-, y que dicho medio probatorio, no aparece enumerado, como apto para basar una revisión fáctica, en el apartado b) del artículo 191 del TRLPL; por otra, tampoco procede verificar el añadido del pretendido nuevo hecho probado décimo, por una causa similar a la anterior, ya que se pretende justificar que el demandante no acudió a su puesto de trabajo los días que se señalan en los partes de trabajo, obrantes a los folios 86 a 100 y en la declaración del mismo, cuando aquellos partes no pasan de ser declaraciones de parte encubiertas, y cuando éstas tampoco son aptas para fundamentar una revisión, según se desprende del contenido de dicho precepto; y, por otra, no es factible realizar la adición pretendida, en el tercer motivo, en cuanto es innecesaria, toda vez que los extremos a que se refiere, ya aparecen recogidos en el hecho probado primero de la sentencia de instancia.

TERCERO.- Se interesa, en el cuarto motivo del recurso, que se declare procedente el despido del actor, porque, según estima la empresa demandada, concurre en él, el incumplimiento contractual, previsto en el artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores, a causa de sus faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo; pero lo cierto es que, ante los hechos que resultaron probados al efecto –y, sobre todo, de los referentes a que aquél venía prestando sus servicios para la empresa "U., S.A.", desde el 2 de mayo de 2000, con un horario de 8 a 12 horas en Portos de Galicia, y de 14 a 18 horas en REPSOL Petróleo; que el 30 de noviembre de 2000, "U., S.A.; le comunicó que la empresa "G.S.C., S.A." pasaba a ser la nueva adjudicataria del servicio, con Portos de Galicia, subrogándose en todos los derechos y obligaciones, desde el 1 de diciembre siguiente, y reconociéndosele la antigüedad de

1 de marzo de 2000; que "G.S.C., S.A." le asignó el horario de 14 a 18 horas, o sea, coincidente con el que tenía en REPSOL Petróleo; y que el 23 de mayo de 2001 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, contra la que no cabía recurso, declarando injustificada la modificación del horario de servicios del actor, operada por "G.S.C., S.A."-, pretender sostener un recurso, cuyo éxito depende entre otros extremos, de que se estime que las faltas del demandante al trabajo, fueron injustificadas, pues, en el artículo 54.2.a) del E.T. se exige tal extremo para entender que tuvo lugar el incumplimiento contractual a que se refiere, a pesar de concurrir unas circunstancias, de las que se desprende una mala fe en la actuación empresarial, totalmente repudiable, ya no sólo por fijar al demandante un horario, que conocía era coincidente con el que venía llevando a cabo en REPSOL Petróleo, sino también porque siguió en su postura, no obstante haber sido declarada judicialmente injustificada la modificación; raya en lo absurdo.

CUARTO.- Se considera acogible, en cambio, el quinto motivo del recurso, tendente a que se reduzca la cuantía en la indemnización, a señalar por el cauce del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores a 76.895 pesetas, y el salario diario a 2.563, o sea, a la mitad de los fijados en la sentencia, pues, habiéndose llevado a cabo el despido del actor, por "G.S.C., S.A."–empresa para la que trabajaba, cuando tuvo lugar durante sólo la mitad de la jornada laboral-, y no habiendo afectado el mismo a la otra mitad –que continuó desarrollando, como trabajador de "U., S.A.", en REPSOL Petróleo, de 14 a 18 horas-, no puede compartirse el criterio del Sr. Juez "a quo", de que debe fijarse, como salario regulador del despido, el de 153.790 pesetas-, que era el que venía percibiendo, en "U., S.A.", antes de haber adjudicado a "G.S.C., S.A." el servicio con Portos de Galicia-, con base en que era el de la nómina de noviembre de 2000, o sea, coincidente, con la del mes anterior al despido; dado que, aparte de que no existe ninguna norma que determine la obligación de actuar en tal forma, no cabe pasar por alto que las percepciones económicas, tasadas, que se determinan en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, se señalan en función de los concretos despidos que se llevan a cabo, y para los supuestos en que se declaren improcedentes; pero no como una indemnización de daños y perjuicios, de carácter general, que contemple las consecuencias negativas que aquél pueda producir al trabajador, desde otras perspectivas; los que, en todo caso, si éstos existieren, deberían reclamarse, en su caso, por otros cauces.

QUINTO.- Va dirigido el quinto motivo del recurso a que se deje sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia, relativo a imponer a la empresa demandada la multa de 75.000 pesetas y la obligación de abonar los honorarios del Letrado de la parte actora, en cuantía de 20.000 pesetas; tanto porque la temeridad o mala fe en que ello se funda, no debe medirse por la actuación que tuvo "G.S.C., S.A." al modificar el horario del actor, sino por el hecho de continuar en el juicio sin motivo para ello; como porque lo acordado carece de motivación; pero, por la Sala no se comparten dichas apreciaciones, ya que, en lo que se refiere al primer extremo, si bien es cierto que, en el artículo 97.3 del TRLPL, se justifica la actuación llevada a cabo por el Juzgador de instancia en tal sentido, en la circunstancia de que la empresa obrare con mala fe o con notoria temeridad, y que, ello debe ser contemplado, lógicamente, desde una óptica procesal, sin embargo, también lo es que esa mala fe o notoria temeridad concurren en el caso que se analiza, porque la empresa, no se limitó a actuar de una forma impresentable, respecto al actor, al cambiarle un horario de trabajo, para forzar, seguramente, su marcha de ella, ante la coincidencia con el de la otra empresa; sino que defendió judicialmente una forma de actuar tan poco presentable, oponiéndose a la demanda del actor, y siguió, incluso, con ella, sin desistir de la misma, cuando se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, declarando injustificada la modificación de horario acordada, dado que tuvo tiempo suficiente para ello, al ser la misma de fecha 23 de mayo de 2001, y celebrarse el juicio el 7 de junio siguiente; y, en lo que concierne al segundo, no se observa falta de motivación en la imposición de la sanción y de los honorarios de la parte contraria, pues el contenido del Fundamento Jurídico segundo de la sentencia, donde el Sr. Juez razona sobre ello, refiriéndose "a todo lo anterior", es lo suficientemente ilustrativo al respecto.

SEXTO.- Lo anterior lleva a la estimación del recurso, solamente en lo que afecta a la modificación, a que se hizo referencia, en la cuantía de las percepciones económicas, que menciona el artículo 56 del E.T.; y a la desestimación en lo restante.

Por lo expuesto,

### Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de Suplicación, planteado por "G.S.C., S.A." contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de A Coruña, en fecha 11 de junio de 2001; debemos rectificar y rectificamos el fallo de la misma, en los extremos referentes, a fijar en la cuantía de 76.895 pesetas el importe de la indemnización a que se refiere, y en la de 2.563 el del salario/día; y debemos confirmarlo y lo confirmamos en lo restante.

## 3265 Recurso nº 4.388/01

**S.S.** CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL. NON CONCORRE POLA TOLERANCIA DA ACTORA. FALTA DE REACCIÓN FRONTE ÓS COMENTARIOS DO DEMANDADO. IRRELEVANCIA DA CONDUCTA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Martínez López*

A Coruña, dos de octubre de dos mil uno.

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 4.388/01, interpuesto por doña D.C.O.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 338/01 se presentó demanda por doña D.C.O.P. en reclamación sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandados la empresa "B.R., S.A." y don A.P.A. compareciendo el Ministerio Fiscal, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de junio de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I. La actora D.C.O.P. prestó servicios para la empresa demandada "B.R., S.A." desde el 12.04.00, con la categoría profesional de Admisión-Control en el centro de trabajo que la demandada tiene en la Avda…, dedicado a Sala de Bingo, y con salario mensual de 130.673 pts. con la prorrata de pagas extras y hasta el 10.04.01, en que fue despedida./ II. Con anterioridad la actora había prestado servicios para la demandada, primero en el bar de la empresa y posteriormente, desde el 27.01.98 al 26.07.98 en la sala de bingo, como vendedora-locutora. En dicha sala de bingo el jefe de la sala en alguna ocasión le había dicho que no hacía bien su trabajo y que no valía para nada./ III. La hermana de la actora M.O. lleva trabajando 5 ó 6 años para la empresa demandada hasta que el 03.05.01 fue despedida./ IV. La actora, junto con su hermana, madre y hermano, son clientes habituales de la sala de bingo y cafetería de la empresa demandada, a donde acudían con asiduidad (3 ó 4 veces a la semana) y en alguna ocasión el administrador de la empresa y demandado A.P.A. se sentaba con ellos a tomar café. En la Navidad pasada la actora regaló al demandado A.P., un reloj antiguo, pero él lo rechazó./ V. El día 10.04.01 el demandado recriminó a la actora y le dijo que se marchara, que estaba despedida, porque avisaba a su madre cuando las máquinas tragaperras estaban llenas para que se llevaran los premios; la actora pidió la carta de despido y el Sr. P. abandonó el local y posteriormente volvió y se encontró con la actora, su madre y el hermano y se entabló una discusión entre todos donde se profirieron insultos tales como "pesetero, hijo de puta, cabrón, etc."./ VI. A continuación de estos hechos la actora va a denunciarlos a comisaría y accede al Hospital Xeral (urgencias) donde se le aprecian lesiones por uñas, en cara anterior brazo derecho. El 19.04.01 es consultada por el Servicio de Neuropsiquiatría que aconseja tratamiento psicoterápico. El 10.04.91 es dada de baja por accidente de trabajo por agresión y trastorno depresivo./ VII. La psicólogo F.B., que examinó 3 veces a la actora, le diagnostica de una situación de ansiedad, no de depresión./ VIII. El demandado en alguna ocasión le dijo a la actora que era muy guapa, que tenía unas piernas muy bonitas, o que tenía que comer miga de pan para que le crecieran las tetas. El Sr. P. trataba a todas las empleadas de usted y no consta que hiciese manifestación alguna de carácter sexual o libidinoso al resto de las trabajadoras./ IX. La relación de la actora y su familia con el demandado era buena, casi de amistad y de mucha confianza./ X. Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre derechos fundamentales ha sido interpuesta por D.C.O.P. contra "B.R., S.A." y A.P.A., a los que absuelvo."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda sobre tutela de derechos fundamentales y frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación la demandante para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

La revisión solicitada tiene por objeto suprimir del ordinal cuarto la frase "en la Navidad pasada la actora regaló al demandado A.P. un reloj antiguo, pero él lo rechazó"; así como la supresión de la frase "no depresión" del ordinal séptimo y, por último la adición de un nuevo hecho del siguiente tenor literal: "la trabajadora derivada de los hechos acaecidos el 11.04.01, refiere falta de concentración, de memoria, taquicardias, sensación de ahogo, alteraciones del sueño y apetito, con dicha excitación tiene miedo ir sola por la calle, insomnio, angustias, ideas catastróficas, trastorno depresivo...". No se acepta la revisión solicitada: a) en el primer caso porque la revisión se apoya en manifestaciones de la propia actora que, por razones obvias no sirven para revisar; b) en el segundo caso porque la Juzgadora se basa en la propia prueba pericial de la Psicóloga que asiste a juicio y c) respecto a la adición pretendida, porque ninguno de los informes médicos que se citan hace constar que la situación que refiere la trabajadora deriva de los hechos acaecidos el 11.04.01.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción o aplicación indebida del artículo 4.2.c) y e del Estatuto de los Trabajadores; 14, 15, 18, 28, 92, de la C.E.; R.D. Legislativo 5/2000, artículos 8.11, 8.13, Declaración CEE 27/1992, DOCE 4.2.92, artículo 184 C.P, modificado por la L.O. 11/1999, regulado en su artículo 2; alegando, en síntesis, que el profundo estado ansioso depresivo de la recurrente tiene su origen o derivación en el trato vejatorio, intimidatorio y ofensivo sufrido por la demandante en su relación laboral por parte del administrador de la Sociedad.

De los hechos deducidos en la demanda rectora la Juzgadora de instancia declara probado: a) La actora D.C.O.P. prestó servicios para la empresa demandada "B.R., S.A." desde el 12.04.00, con la categoría profesional de Admisión-Control en el centro de trabajo que la demandada tiene en la Avda…, dedicado a Sala de Bingo, y con salario mensual de 130.673 pts. con la prorrata de pagas extras y hasta el 10.04.01, en que fue despedida. Con anterioridad la actora había prestado servicios para la demandada, primero en el bar de la empresa y posteriormente, desde el 27.01.98 al 26.07.98 en la sala de bingo, como vendedora-locutora. En dicha sala de bingo el jefe de la sala en alguna ocasión le había dicho que no hacía bien su trabajo y que no valía para nada; b) La actora, junto con su hermana, madre y hermano, son clientes habituales de la sala de bingo y cafetería de la empresa demandada, a donde acudían con asiduidad (3 ó 4 veces a la semana) y en alguna ocasión el administrador de la empresa y demandado A.P.A. se sentaba con ellos a tomar café. En la Navidad pasada la actora regaló al demandado A.P., un reloj antiguo, pero él lo rechazó; c) El día 10.04.01 el demandado recriminó a la actora y le dijo que se marchara, que estaba despedida, porque avisaba a su madre cuando las máquinas tragaperras estaban llenas para que se llevaran los premios; la actora pidió la carta de despido y el Sr. P. abandonó el local y posteriormente volvió y se encontró con la actora, su madre y el hermano y se entabló una discusión entre todos donde se profirieron insultos tales como "pesetero, hijo de puta, cabrón, etc."; y d) La psicólogo F.B., que examinó 3 veces a la actora, le diagnostica de una situación de ansiedad, no de depresión. El demandado en alguna ocasión le dijo a la actora que era muy guapa, que tenía unas piernas muy bonitas, o que tenía que comer miga de pan para que le crecieran las tetas. El Sr. P. trataba a todas las empleadas de usted y no consta que hiciese manifestación alguna de carácter sexual o libidinoso al resto de las trabajadoras. Tales hechos han quedado acreditados en virtud de la facultad que tiene la juzgadora de instancia para valorar la prueba, sobre todo la testifical y de confesión, de conformidad con lo establecido en el artículo 97.2 de la LPL, la cual no puede verse afectada ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada, según ha tenido ocasión de señalar esta Sala en Sen-

tencias como la de 22 de marzo de 1995 (AS 1995\1150, AS 1995\1151 y AS 1995\1152), por lo que la discrepancia que manifiesta el recurrente sobre la valoración de la prueba que se contiene en la Sentencia y las razones que se apuntan no pueden ser tomadas en consideración, como se ha puesto de relieve en el motivo precedente al rechazar la revisión fáctica.

Según la resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y el art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador. En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo.

El Tribunal Constitucional en su sentencia de 13.12.1999, RTC núm. 224/1999, ha declarado "...para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas".

En el presente caso la Juzgadora de instancia que presenció y dirigió la práctica de toda la prueba practicada en juicio (folios 103 a 107), ha considerado que no ha existido tal acoso sexual pues aún reconociendo que en alguna ocasión el demandado hizo comentarios groseros a la actora y a su hermana, "lo cierto es –recoge la sentencia de instancia– que ni les molestaba ni lo tomaban a mal, como declaró la hermana de la actora textualmente en el acto de juicio, además no consta ni en autos ni en ningún otro momento del juicio oral, que la actora rechazara las insinuaciones del demandado o le plantara cara"; añade la sentencia recurrida que "la denuncia penal, el hecho de acudir al servicio de urgencias... el contárselo a sus amigas, todo se lleva a cabo con posterioridad al despido y a la riña que se produjo el 10.04.01, hasta ese momento... había una relación de amistad y con ello de tolerancia, puesto que tanto ella como su familia (hermana, hermano y madre) acudían al local del bingo y a la cafetería 4 ó 5 veces por semana, y a veces el demandado tomaba café con ellos, y cuando tomaba café a solas con la actora, le decía que era muy guapa, capullito y le llamaba la miss, pero no consta que tales manifestaciones le molestaran ni que en algún momento le dijese que dejara de hacerlas".

Todas estas apreciaciones de la Magistrada de instancia que le llevan, al igual que el Ministerio Fiscal, a considerar que no ha existido acoso sexual en la conducta del demandado, son compartidas por la Sala, al no venir desvirtuadas por la recurrente, en cuyo escrito de recurso se limita a discrepar de la tesis de la sentencia recurrida y a transcribir criterios jurisprudenciales, pero sin siquiera intentar tratar de incorporar a la resultancia fáctica los hechos que se mencionan en el escrito de demanda. Todo lo cual nos lleva a sostener que, en efecto, no existen indicios racionales

que revelen, mientras estaba vigente la relación laboral, que hubiera existido no ya una reacción de la víctima frente a los comentarios del demandado, sino cualquier atisbo que demuestre la incomodidad o desagrado de la actora frente a los mismos, ni datos fácticos que revelen que tal conducta no era deseada; pues todo reproche se produce con posterioridad al despido, ya que antes de producirse el cese todo apunta a un comportamiento consentido, o al menos tolerado por la trabajadora, como pone de manifiesto el que la familia más próxima de la actora (madre, hermana y hermano) acudiesen con una asiduidad de tres o cuatro veces, por semana, a la sala de bingo y que en ocasiones tomasen café con el demandado, y el más relevante de que la Navidad pasada (el despido se produjo a primeros de abril) la actora regalase al demandado un reloj antiguo, que éste rechazó.

Por otro lado, como viene exigiendo reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, tal comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, ha de ser grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, "gravedad que se erige en elemento importante del concepto". Y en el presente caso no alcanza tal consideración el hecho de que el demandado, en alguna ocasión le dijera a la actora que era muy guapa, que tenía unas piernas muy bonitas, o que tenía que comer miga de pan para que le crecieran las tetas, tal como viene probado en el inalterado relato histórico de la resolución recurrida, pues al margen del calificativo de grosero que dicho comentario pueda merecer, no revisten la suficientemente gravedad, para sostener que pudieran generar un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, o que puedan producir efectos sobre la salud mental de la trabajadora. En consecuencia, por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de suplicación formulado y confirmar la resolución recurrida.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña D.C.O.P., contra la sentencia de 15 de junio de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, en autos tramitados a instancia de la recurrente, frente a la empresa "B.R., S.A." y don A.P.A., compareciendo el Ministerio Fiscal, sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

## 3266 Recurso nº 4.510/2001

**S.S.** VIOLACIÓN DO DEREITO DE LIBERDADE SINDICAL POR IMPEDIMENTO SEN CAUSA POLA EMPRESA Ó ACTOR DE ACUDIR A UN FORO SINDICAL INTERNACIONAL.

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

A Coruña, cuatro de octubre de dos mil uno

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. 4.510/2001 interpuesto por "G.I., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por A.C.L. en reclamación de TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL siendo demandado "G.I., S.A.", V.C.B., D.V.L. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 362/2001 sentencia con fecha veinticinco de junio de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- El actor, mayor de edad y con DNI nº..., viene prestando servicios para la empresa demandada, como oficial de 2ª, desde el 09.11.98. Ostenta el cargo de Presidente del Comité de Empresa, y está afiliado al sindicato CC.OO desde el 01.12.96./ Segundo.- Que en dicha calidad vino participando en los años 1999 y 2000 en el Euroforo que el grupo de empresas a las que pertenece la demandada organiza en Alemania. PREUSSAG es la cabecera del grupo, a la que pertenece FELS, accionista mayoritaria a su vez de "G.I., S.A."/ Tercero.- En fecha 13.03.01 se le remite por parte de PREUSSAG comunicación de la celebración del Euroforo los días 27, 28 y 29 de mayo. El actor remite fax confirmando su asistencia, y a vuelta de

fax se le remite invitación oficial, reserva de hotel e información a cerca de la organización. El actor entrega a la secretaria toda la documentación que desde Alemania le fue remitida por la dirección general del grupo, para que, como en años anteriores se le gestionase los billetes y gastos de viaje. La secretaria consultó con el gerente de la empresa, manifestando este que no había ningún inconveniente, siempre y cuando FELS remitiese la comunicación pertinente. La secretaria así se lo hizo saber al actor, el cual manifestó que se encargaría de que dicha comunicación fuese remitida, incluso telefónicamente. Realizadas las gestiones pertinentes, el actor entregó a la secretaria la nueva documentación remitida desde Alemania por PREUSSAG, y esta se lo entregó al gerente./ Cuarto.- Dado que la empresa no realizaba las gestiones pertinentes para el viaje del actor, este acudió a una agencia de viajes, reservando un vuelo vigo-Madrid-Hannover-Barcelona-Vigo./Quinto.- La referida agencia de viajes llamó a la empresa para preguntar si se iban a hacer cargo del importe, y la secretaria llamó por teléfono el gerente, que se encontraba en Alemania, para corroborar si había recibido la comunicación de FELS, contestándole el referido que no./ Sexto.- Dadas las circunstancias, el actor procedió a cancelar el billete reservado, ocasionándose un gasto de 86.063."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don A.C.L. contra "G.I., S.A.", V.C.B. y D.V.L., declaro que por parte de la empresa demandada se vulneró el derecho a la libertad sindical del actor impidiendo el mismo acudir al Euroforo celebrado en Hannover condenando a la misma a estar y pasar por tal declaración, y a abonar al actor la suma de 86.063 pts; con absolución de V.C.B. y D.V.L."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre "G.I., S.A." en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se desestime la demanda "sin perjuicio de que el actor pueda reclamar las 86.063 ptas. del billete anulado", a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión del HP3 y la adición de uno nuevo y denuncia infracción normativa en los términos que se dirán.

SEGUNDO.- Interesa la recurrente las dos siguientes revisiones del HP 3º: A) Se añada la palabra "supuesta" a la palabra documentación dentro de la frase "el actor entrega a la secretaria toda la documentación que desde Alemania le fue remitida...." ("...lo que se propone a la Sala, es que añada la palabra "supuesta" documentación..."). Y B) Se suprima del último inciso "realizadas las gestiones". El recurso de suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables (art. 191.b) y 194 LPL) documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas –documentos y pericias- evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que –por ello- a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17 de octubre de 90 Ar. 7.929 y 13-diciembre-90 Ar. 9.784). De esta manera, si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 21-enero-99, 26-febrero-99, 23-marzo-99, 10-junio-99, 11-junio-99, 3-marzo-00...). A partir de ello, la revisión instada no prospera: A) Se dice por la recurrente en orden a fundar la petición aludida de que se añada la palabra "supuesta" a documentación", que "no hay nada en autos que acredite que el actor entregó una documentación en Preussag. Lo que está acreditado es que entregó una documentación en fotocopia pero se desconoce si es de Preussag...".

Así pues, no se invoca prueba documental o pericial alguna para revisar el imparcial criterio judicial de instancia, quien declara lo que recoge el H.P. 3º de la sentencia recurrida valorando el conjunto probatorio en el contexto de las alegaciones de las partes. Es más, el propio motivo revisor está admitiendo

que se ha acreditado que el actor entregó una documentación "en fotocopia...", a partir de lo cual, y considerando las pruebas practicadas (documental, confesión...) y alegaciones de las partes y fundamentos de la sentencia recurrida, no aparece razón valorable en suplicación para modificar el relato probado en los términos que se interesan; que por encima encierran en si misma cierta incongruencia al proponer un texto en el que admitiéndose la previa declaración de la remisión al actor por Preussag de comunicación sobre la celebración del Euroforo y de invitación oficial... y la entrega de documentación, habla de adjetivar ésta como supuesta, si bien también se dice que sí se entregó una documentación pero en fotocopia...

En suma, frente a las interesadas conjeturas e interpretaciones valorativas del recurrente, sin siquiera partir de una prueba cierta, se alza el imparcial criterio judicial, que debe ser mantenido en suplicación al no caber la revisión del mismo por la obligada vía del art. 191.b) LPL. Y B) Asimismo se dice por la recurrente al proponer la supresión en el último párrafo del HP 3º de la frase "realizadas las gestiones..." que "el motivo de dicha supresión, es que no hay ningún documento ni dato en el acta del juicio, que acredite que el actor entregase a la secretaria una nueva documentación. No hay tal documentación, y lo único que hay es la fotocopia antes reseñada". Es aplicable, pues, lo dicho anteriormente: ni se propone la modificación del HP con base a prueba alguna ni se invocan al efecto razones valorables, sino meros criterios interesados de parte sin el fundamento preciso que en absoluto posibilitan en suplicación la modificación del criterio judicial de instancia, máxime cuando además de la prueba documental aportada el actor en confesión afirma que se comprometió a hablar con Alemania y presentó otro papel de Prenssay...

TERCERO.- Se solicita en el recurso, por último, se añada como nuevo HP y a identificar como "séptimo", lo siguiente: "La empresa "G.I., S.A.", en años anteriores, 1999 y 2000, recibió de la Empresa de Alemania FELS, comunicación de que se iba a celebrar un Euroforo en Alemania y en la que iban asistir los presidentes de los Comités". El motivo ofrece como justificación de la revisión lo literal siguiente: "Ello debe ser así, dicho sea con los debidos respetos, porque quedó acreditado con la documental (dcto.) aportada en Autos". Se evidencia, por consiguiente, que no puede ser admitida la petición. No se invoca prueba concreta alguna, con infracción de las exigencias que al efecto se disponen en los arts 191.b) y 194.3 LPL. Y es que aunque el motivo aluda a la documental "aportada en autos", ello no explícita e identifica de que documental habla (pues la concreción de la misma entre paréntesis se deja en blanco), y la mera referencia genérica a toda la prueba documental aportada al proceso no cumple las exigencias de la suplicación, sin que desde luego en ningún caso sirva para que el Tribunal pueda concluir error alguno en el criterio valorativo del juzgador de instancia; criterio que además se explícita en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida al decir: "La empresa le niega la autorización alegando que la comunicación debe de ser remitida por FELS, al ser la accionista mayoritaria, y la que en años anteriores había comunicado la celebración del Euroforo. Este dato no ha resultado probado, pues aunque... no existe documental que así lo avale, debiendo de ponerse en cuarentena la versión dada por parte de la empresa. El fax remitido por Fels a la demandada y que obra aportado en su ramo de prueba no es prueba bastante para acreditar tal hecho, primero... Pero aun en el supuesto de que así hubiera sido, es decir que en años anteriores la comunicación de la celebración del Euroforo hubiera sido realizada por Fels, dicha omisión no es causa bastante para privar al actor de acudir a dicha reunión...".

Así pues, no ha lugar a incorporar a los HDP lo que se interesa, sin perjuicio de que la cuestión que en la suplicación se plantea se examine y resuelva no solo a partir de los HDP, sino también de lo antes indicado que se explícita en el fundamento jurídico 1º de la sentencia recurrida en torno a Fels y la comunicación del Euroforo en los años 1999 y 2000.

CUARTO.- En el 2º motivo del recurso, el formulado al amparo del art. 191.c) LPL, la empresa demandada efectúa una diversa serie de alegaciones en torno al fundamento jurídico 1º de la sentencia de instancia, en todo caso con eficacia a lo sumo en términos del art. 191.c) LPL. Sin embargo, a lo largo de tales alegaciones y del integro motivo la parte no menciona o cita precepto legal alguno o jurisprudencia; terminando el motivo del modo siguiente: "Así pues, esta claro que la demandada actuó de buena fe. Nunca negó al actor el permiso para acudir al Foro, lo único

que solicitó del actor, es que Fels le avisara, cosa que no hizo. Quedó acreditado que Fels no avisó a "G.I., S.A." y quedó acreditado que Preussag nunca se dirige a "G.I., S.A." para nada. Acreditado todo ello, no hay motivo para la condena sin perjuicio de que, si le ocasionó al actor un perjuicio económico y valga la redundancia, la empresa siempre dijo que le abonaba la anulación del billete" (precisamente, la sentencia recurrida condena a la recurrente a abonar al actor como indemnización 86.063 ptas., coste de la cancelación de los billetes de avión por no haber podido acudir aquel al Euroforo celebrado en Hannover).

QUINTO.- Este tribunal, en numerosas sentencias, viene diciendo que el recurso de suplicación no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los arts. 188 y ss LPL, y en particular del art. 194 de la LPL. Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial- presupone denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una especifica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre –exclusivo objeto final del recurso- únicamente es rectificable en virtud de una apreciada vulneración infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado. Siendo inconteste doctrina jurisprudencial la de que la ausencia de apartado de examen del derecho en el recurso y/o a la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado; en la misma forma que esa naturaleza extraordinaria del recurso –STS 7-mayo-1996 Ar. 4.381- implica que el Tribunal de suplicación tan solo deba examinar –cuestiones de orden público procesal aparte- aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por los recurrentes, no siéndole hacedero abordar las infracciones no denunciadas o que no lo hubiesen sido con arreglo a las referidas formalidades, porque –STS 24-junio-1992 Ar. 4.669- el incumplimiento de tal carga procesal de la parte no puede ser suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos legalmente exigidos.

En el caso presente ya se dejó consignado que en el motivo de recurso formulado al amparo del art. 191.c) LPL no se denuncia como infringido, ni se cita siquiera, precepto legal o jurisprudencia alguna; y ello a pesar de que la sentencia recurrida declara la vulneración del derecho a la libertad sindical del actor por impedírsele acudir al Euroforo celebrado en Hannover, lo que supone la aplicación al caso del art. 28 CE y 2 y 12 y siguientes LOLS, entre otras normas. Incluso con independencia de ello, es lo cierto que los argumentos contenidos en la sentencia de instancia en orden a motivar su pronunciamiento estimatorio en parte de la demanda no se desvirtúan en el recurso interpuesto. Y es que se acredita: A) Que el actor, que ostenta el cargo de presidente del comité de empresa y está afiliado a CC.OO, participó en dicha calidad en los años 1999 y 2000 en el Euroforo (al que asisten representantes de los trabajadores como tales por los temas a tratar), que el grupo de empresas al que pertenece "G.I., S.A." organiza en Alemania y cuya cabecera es Preussg, siendo miembro también la empresa Fels, accionista mayoritario de la recurrente-demandada. B) En 13.03.01 Preussag remite al actor comunicación de la celebración del Euroforo los días 27, 28 y 29 de mayo, confirmando por fax el actor su asistencia y remitiéndosele invitación oficial, reserva de hotel y oportuna información. Entregada por el actor la documentación en secretaria a fin de que se le gestionasen los billetes y gastos de viaje, se le dice que no había inconveniente siempre que Fels remitiese la comunicación pertinente; el actor manifestó que se encargaría de ello, entregando a la secretaria nueva documentación remitida desde Alemania por Preussag... Y C) Como la empresa no realizaba las gestiones para el viaje del actor, este acudió a una agencia de viajes reservando un vuelo Vigo-Madrid- Hannover-Barcelona-Vigo. La referida agencia de viajes llamó a la empresa preguntando si se iban a hacer cargo del importe, llamando la secretaria al gerente, que se encontraba en Alemania, para corroborar si había recibido la comunicación de Fels, contestándole que no. Ante las dichas circunstancias, y sin la autorización al efecto (también fundamento jurídico primero sentencia instancia) el actor procedió a cancelar el billete reservado, ocasionándose un gasto de 86.063 pesetas.

De lo expuesto se concluyen los fundamentos precisos en orden a concluir la vulneración del derecho a la libertad sindical del actor por haberle impedido la empresa demandada sin causa oportuna acudir al Euroforo celebrado en Hannover. En primer lugar, la cita del Euroforo cabe ser enmarcado en actividad sindical, por su concepción y objeto y puesto que se convoca y participa en

el caso del actor como presidente del comité de empresa y en tal calidad. En segundo lugar, al actor se le comunicó en marzo/01 por parte de Preussag, cabecera del grupo empresarial al que pertenece la demandada-recurrente, la celebración del Euroforo en mayo siguiente, remitiéndole acto seguido invitación oficial, reserva del Hotel... (lo que declarado en el HP 3º, ni siquiera fue objeto de impugnación en el recurso), de tal modo que la conducta posterior de la recurrente negando la autorización en función de que la comunicación debía ser remitida por Fels, accionista mayoritaria, no está justificada, no constituyendo razón valorable para privar al actor de haber acudido a aquella reunión. Aparte de que, como ha concluido la sentencia de instancia, tampoco aparece debidamente acreditado que en este año y en otros anteriores la comunicación del Euroforo hubiera de ser necesaria y exclusivamente realizada por Fels, al actor se le había hecho la comunicación, con invitación oficial, reserva..., por la empresa cabecera del grupo, lo que entregó en su empresa, a partir de lo cual otras exigencias de ésta al efecto aparecen artificiosas; máxime cuando podía contactar con Preussag u otra, y eliminar cualquier duda. Finalmente, lo acreditado incluso pone de relieve en torno a la exigencia de la comunicación de Fels para poder asistir a la reunión que el actor hizo en todo caso las gestiones que estaban en su mano, como reflejan los HP 3º y 4º, a diferencia de la empresa recurrente, que con su conducta, como dice la sentencia de instancia, privó indebida e injustificadamente al actor de acudir al Euroforo en calidad de presidente del comité de empresa (incluso en el recurso se afirma que "siempre dijo que le abonaba la anulación del billete", que son los gastos que propician la indemnización que decreta la sentencia de instancia), no tanto negándole expresamente el permiso sino condicionándolo artificiosa e indebidamente y no posibilitando de hecho la asistencia con una actuación sin la debida legitima justificación. Así pues, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "G.I., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo de fecha 25.06.01 en Autos nº 362/01 seguidos a instancias de don A.C.L. frente a la empresa recurrente y otros, confirmamos la sentencia recurrida.

## 3267 Recurso nº 3.526/01

**S.S.** CUANTIFICACIÓN DE ABONOS DEIXADOS DE PERCIBIR.

*Ponente: Ilmo. SR. D. José Fernando Lousada Arochena*

A Coruña, cinco de octubre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado el siguiente

## AUTO

En el recurso de Suplicación nº 3.526/01, interpuesto por el Procurador don L.S.R., en nombre y representación de don M.B., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de los de Ourense.

### Antecedentes de hecho

ÚNICO.- El referido recurso fue resuelto por sentencia de esta Sala de fecha 14 de septiembre último; la parte recurrente, mediante escrito de fecha 28 siguiente, solicita aclaración del fallo de la misma, por creer que no contempla explícitamente lo solicitado por ella en el suplico de la demanda y reproducido en el del escrito formalizador del recurso, en lo referente a la petición concreta de "con expresa condena a abonar los haberes dejados de percibir en el tiempo de suspensión de empleo y sueldo".

### Razonamientos Jurídicos

ÚNICO.- Solicita el recurrente una aclaración de la sentencia de 14 de septiembre de 2001, Recurso 3.526/2001, de esta Sala de lo Social, para incluir, en su Fallo, la condena de la demandada "a abonar los haberes dejados de percibir en el tiempo de suspensión de empleo y sueldo". El Fallo de la sentencia se limita a los contenidos expresados en el artículo 115 de la Ley Procesal Laboral, y, en este sentido, nada más debe decirse. Las consecuencias de dicho Fallo, entre las cuales se puede encontrar la cuantificación del abono de los salarios dejados de percibir durante los períodos de suspensión de empleo y sueldo objeto de revocación, son cuestiones a dilucidar en ejecución de sentencia sino hubiese un cumplimiento voluntario de la misma.

### La Sala resuelve

NO HA LUGAR a rectificar el Fallo de la sentencia dictada con fecha 14 de septiembre último en el Rollo nº 3.526/01 de esta Sala de lo Social.

## 3268 Recurso nº 4.313/01

**S.S.** TUTELA DO DEREITO DE LIBERDADE SINDICAL. ADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. INEXISTENCIA DE ACUMULACIÓN INDEBIDA DE ACCIÓNS. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DO DEREITO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO CON DESACORDO EN FASE DE CONSULTAS, PRODUCIDO LOGO DE NEGOCIACIÓN DE BOA FE.

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

A Coruña, cinco de octubre de dos mil uno.

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 4.313/01 interpuesto por la empresa "C.T.F." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 168/2001 se presentó demanda por la Federación de alimentación de la Unión General de Trabajadores en reclamación de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandados la empresa "C.T.F." y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de marzo de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que en fecha 13.11.2000, la Dirección de la demandada se dirigió al Comité de Empresa, comunicándole que al amparo del art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores y sobre la base de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, había decidido llevar a cabo una modificación de las condiciones de trabajo que afectaría en principio de todos los trabajadores de fábrica de lácteos, almacén de lácteos, laboratorio y mantenimiento, concretándose esencialmente en cambio de horario, pues hasta dicha fecha los trabajadores de las secciones mencionadas venían realizando dos turnos de trabajo de 6 a 14 horas y de 14 a 22 horas de lunes a viernes, existiendo turnos especiales para el trabajo en sábados y domingos y para el trabajo nocturno, pretendiendo que se pasara a desarrollar la actividad durante todos los días de la semana, en turnos de mañana, tarde y noche./SEGUNDO.- Que los motivos invocados eran los siguientes: a) La planta de cogeneración que se acababa de instalar produce energía eléctrica para autoconsumo y permitía la venta de energía excedente, permitiendo que los gases de escape de los motores fueran aprovechados para la producción del vapor necesario en el proceso de producción, con coste cero. Según los pactos alcanzados por "U.E. FENOSA" y los estudios técnicos realizados, el horario de funcionamiento debe abarcar como mínimo de 8 a 24 horas, todos los días de la semana, por ser la franja horaria en la que se obtiene mayor rentabilidad en la venta de la energía sobrante y porque caso de obtenerse los objetivos, la empresa sería penaliza, siendo recomendable hacer coincidir la actividad productiva con el horario de funcionamiento de la planta de cogeneración para evitar riesgos de parada en el suministro de energía eléctrica, que conllevaría la paralización del proceso productivo. B) La leche se recoge diariamente a los productores cooperativistas y últimamente se ha producido un aumento importante del volumen de leche recogida; por otra parte el almacenamiento de leche ha producido en mas una ocasión graves distorsiones en el proceso productivo y con el sistema actual de distribución de la jornada la empresa no tiene capacidad, ni para almacenar ni para transformar la leche recogida a los cooperativistas. Se acompañaba documentación técnica referida a los temas señalados y planing de distribución de personal./TERCERO.- Que después de varias reuniones -8- sin alcanzar acuerdo, la empresa remitió al Presidente del Comité de Empresa, por conducto notarial, en fecha 08.02.2001, requerimiento para firma de las actas y comunicación de que la empresa daba por finalizado el período de consultas y que en los próximos días

se comunicaría la decisión pertinente sobre modificación horaria./CUARTO.- que en fecha 20.06.2000, el Presidente del Comité de Empresa puso en conocimiento de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacions Laborais la ruptura de negociaciones en materia de Convenio Colectivo para el año 2000./QUINTO.- Que en fecha 19.02.2001, la empresa comunicó por escrito a cada uno de los 76 trabajadores afectados que, con base en los motivos expuestos en su día al Comité y que se reflejaron en cada carta remitida, se procedían a fijar nuevos turnos de trabajo los siete días de la semana, señalándole a cada uno de ellos su horario y turnos señalando que las modificaciones entrarían en vigor el 26.03.2001./SEXTO.- Que en fecha 14.03.2001, el Presidente del Comité de Empresa presentó ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación de Santiago papeleta demanda de conciliación, sobre conflicto colectivo, por las modificaciones acordadas por la empresa./SÉPTIMO.- Que la Dirección de Recursos Humanos de la empresa procedió a ir llamando individualmente a los trabajadores afectados por las modificaciones acordadas, proponiéndoles la firma de pactos individuales, que algunos suscribieron y otros alcanzaron. Los términos de los acuerdos propuestos son los siguientes: 1º) Mantener la jornada de forma continuada y/o partida establecida en Convenio de 39 horas semanales, con distribución de jornada de lunes a domingo.2º) Los turnos serían de carácter rotativo, existiendo tres turnos en los cuales se respetaría el horario actual de 60 a 14 horas, de 14 a 22 horas y de 22 a 6 horas. 3º) Se establece una prima por domingo trabajador de 4.500 ptas/día y la misma por festivo trabajado y se compensaría cada festivo trabajado con día y medio de descanso. 4º) En la planificación y regulación de turnos y descansos se aplicará lo dispuesto en la Legislación vigente y se podrán establecer cambios de turnos de mutuo acuerdo entre los trabajadores afectados, teniendo estos que notificar las modificaciones con suficiente antelación y por escrito, siempre que los trabajadores tengan igual función y cualificación. 5º) Las horas extras serán compensadas con horas de descanso, de manera que dada hora extra serán compensada con hora y media de descanso y la compensación se hará dentro de los tres meses siguientes a su realización, pasados los cuales si no hubiera habido compensación serán retribuidas a razón de 1.300 ptas/hora y se confeccionará un resumen mensual de horas extras realizadas durante el período, que se publicará en el tablón de anuncios de cada sección. 6º) El tiempo máximo de guardia se fija en 24 horas y serán establecidas por la empresa con el nº. de trabajadores que estime necesario a los que se proporcionará un teléfono para estar localizables, debiendo de acudir los operarios en el tiempo más breve posible desde la recepción de la llamada y no debiendo de superar este el máximo de 30 minutos entre las 8 de la mañana y las diez de la noche o 60 minutos entre las 10 de la noche y las 8 de la mañana, salvo causa justificada, abonándose en conceptos de guarida y por estar localizable la cantidad de 4.500 ptas. 7º) Si fuera requerida la presencia del operario durante un tiempo considerado superior al de una jornada normal, además se le abonará la comida y/o cena correspondiente y todas las guardias para las cuales haya sido requerida la presencia se realizarán de forma obligatoria en el interior de las instalaciones de la empresa./OCTAVO.- Que el art. 15 del Convenio Colectivo establece, entre otros extremos que el personal necesario para el trabajo en domingo y festivos oficiales, podrá quedar exceptuado del descanso dominical y del correspondiente a los días festivos, gozando, en compensación, de un día completo de descanso en otro día de la semana siguiente. El mismo trabajador no podrá trabajar más de dos domingos o festivos consecutivos./NOVENO.- Que el art. 24 del Convenio Colectivo establece que el trabajador que realice jornada en domingo o festivos, independientemente del descanso que goce entre semana, percibirá una prima de 1.516 ptas. por cada domingo o festivo trabajado./DÉCIMO.- Que el Comité de empresa, en las diversas propuestas elevadas a la empresa en el período de consultas, introdujo los temas de horas extraordinarias y guardia, pretendiendo que en febrero de 2001, se negociaran los convenios para el 2000 y el 2001, se efectuara la revisión de I.P.C. y se compensarán los derechos de los trabajadores afectados por la modificación de las condiciones de trabajo.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: "Que desestimando las excepciones de inadecuación de procedimiento e indebida acumulación de acciones formulada por la representación de "C.T.F." y estimando parcialmente la demanda formulada por la Federación de Alimentación de la Unión General de Trabajadores contra la citada empresa, debo de declarar y declaro la nulidad radical de la conducta empresarial conducente a modificar mediante pacto individual lo dispuesto en los artículos 15 y 24 del Convenio Colectivo, condenando a la demandada a

estar y pasar por esta declaración y a que cese en la citada conducta y desestimando la demanda formulada, en cuanto al resto de sus pedimento, debía absolver y absolvía de ellos a la demandada".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia decidió: "Que desestimando las excepciones de inadecuación de procedimiento e indebida acumulación de acciones formulada por la representación de "C.T.F." y estimando parcialmente la demanda formulada por la Federación de Alimentación de la Unión General de Trabajadores contra la citada empresa, debo de declarar y declaro la nulidad radical de la conducta empresarial conducente a modificar mediante pacto individual lo dispuesto en los artículos 15 y 24 del Convenio Colectivo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que cese en la citada conducta y desestimando la demanda formulada, en cuanto al resto de sus pedimentos, debía absolver y absolvía de ellos a la demandada".

SEGUNDO.- "F." Sociedad Cooperativa Limitada impugna esa resolución y, a tal fin, solicita con amparo procesal correcto examinar el derecho que contiene, por entender que infringe: A) Los artículos 151 a 160, 175 y 176 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en relación con los artículos 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 7, 11, 15 y 24 del Convenio Colectivo de empresa, así como la jurisprudencia que cita, sobre inadecuación de procedimiento y acumulación indebida de acciones, pues las cuestiones debatidas (modificación de las condiciones de trabajo acordada por la empresa y pactos individuales firmados voluntariamente por ella y algunos trabajadores) no afectan al derecho -no fundamental- de negociación colectiva y la licitud o no de aquellas medidas es ajena al actual pleito. B) Los artículos 7, 28.1 y 37.1 de la Constitución, 2.1 y 2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 4.1.b) ET en relación con el artículo 75 y siguientes LPL, así como la jurisprudencia que cita, pues no existe lesión de derecho fundamental, ya que los pactos individuales con algunos de los trabajadores afectados fueron consecuencia de la falta de resultados de la negociación seguida con sus representantes y lo pactado no altera lo previsto en el convenio de empresa.

TERCERO.- La primera denuncia jurídica no se acepta, de acuerdo con las siguientes consideraciones: I) La jurisprudencia (ss. 21.06.94, 24-1, 24.09.96, 06.10.97, 19.01.98) declara que "el proceso de tutela de libertad sindical comprende las pretensiones que tengan por objeto la tutela de un derecho fundamental, con una doble precisión: - que lo que delimita esa pretensión es la lesión del contenido esencial del derecho en su configuración constitucional o en las normas ordinarias de desarrollo que concretan esa delimitación, - que lo decisivo, a efectos de adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental". Tales principios impiden afirmar la inadecuación procedimental, si tenemos en cuenta: A) Según el suplico de demanda, el objeto litigioso es propio y exclusivo del actual proceso ya que persigue "...se declare que la actuación de la empresa vulnera el derecho fundamental de libertad sindical, decretando la nulidad radical de la conducta de la Cooperativa y condenando a la demandada al cese inmediato de los comportamientos que atentan contra los derechos fundamentales, y a la reposición de la situación al momento anterior a producirse los mismos, condenándola asimismo al pago de una indemnización de 5.000.001 pts". B) Según la demanda, la conducta empresarial discutida que la sentencia asume (hecho probado 5º), es el acuerdo individualizado con algunos trabajadores sobre jornada laboral, horario de trabajo, horas extraordinarias y guardias que, según el demandante, es contrario al convenio colectivo aplicable y, por su trascendencia, lesivo al derecho de libertad sindical por afectar al sistema de negociación colectiva, valoraciones éstas que, aunque configuran la cuestión de fondo, habilitan el proceso de libertad sindical. II) La jurisprudencia constitucional (ss. 11/81, 23, 37/83, 95/85, 39/86, 9, 11, 51/88, 127/89) afirma que "por muy detallado y concreto que parezca el artículo 28.1 de la Constitución a propósito de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad", de modo que "la libertad sindical integra los derechos de

actividad y los medios de acción (huelga, negociación colectiva, conflictos colectivos) que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el artículo 7 de la Constitución, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical".

Lo consignado en el apartado que precede y la jurisprudencia transcrita no permiten compartir la acumulación indebida de acciones, toda vez que: A) El sindicato demandante, en cuanto entidad representativa de los trabajadores, solicita la declaración del derecho a negociar determinadas condiciones laborales con la empresa recurrente. B) Su actividad procesal descansa en una presunta infracción empresarial de su derecho a la negociación colectiva que, como queda reflejado, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. C) En otro caso, el juez debió requerirle en los términos del artículo 28 LPL.

CUARTO.- Sin embargo aceptamos la segunda denuncia jurídica, porque difícilmente puede apreciarse vulnerado el derecho a la negociación colectiva del sindicado actor si, como acontece, la empleadora cumplió los requisitos formales que el artículo 41 ET establece para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, entre ellos la negociación con los representantes sociales en el centro laboral (ocho reuniones con el comité de empresa, hecho probado 3º), con lo que dio cumplimiento al artículo 89 ET que, interpretado por la jurisprudencia (ss. 17.11.98, 30.09.99) "aunque impone el deber de iniciar una negociación cuando ésta sea procedente, imponiendo igualmente a las partes el deber de llevar a cabo esa negociación de buena fe, no significa que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido, ni tampoco el de reanudar las conversaciones una vez finalizadas salvo que se plantee una plataforma negociadora novedosa".

En el caso, la falta de acuerdo con la representación social del centro de trabajo obedeció a la ruptura de las negociaciones sin que, posteriormente, se dieran circunstancias nuevas para reiniciarlas, de ahí que los pactos individualizados entre la empresa y algunos de sus empleados, cuya adecuación o no al convenio colectivo aplicable es ajena al actual pleito y ha de resolverse en el proceso de conflicto colectivo pendiente (hecho probado 6º), no infrinjan el deber de negociación de la empleadora ni la libertad sindical del sindicato demandante en su aspecto del derecho de negociación colectiva, al tiempo que las razones (hecho probado 2º) que llevaron a la empresa a alterar las condiciones laborales referidas, objeto de aquellos acuerdos, contradicen en principio el fraude de ley y el abuso de derecho.

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 201 LPL ha de darse el destino legal al depósito para recurrir. Por todo ello,

### Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de "F." Sociedad Cooperativa Limitada contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, de 22 de marzo de 2001 en autos nº 168/2.001, que revocamos, y desestimamos la demanda de la Unión General de Trabajadores-Federación de Alimentación contra la empresa recurrente, a la que absolvemos.

## 3269 Recurso nº 4.489/01

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. DESCANSO INTRAXORNADA. INTERPRETACIÓN DO CONVENIO COLECTIVO.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª Cabanas Gancedo*

A Coruña, cinco de octubre de dos mil uno.

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 4.4789/01, interpuesto por "F.B., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 262/01 se presentó demanda por Confederación Intersindical Galega en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado el "F.B., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha once de mayo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- La Dirección de la empresa "F.B., S.A." y el Comité de Empresa en reunión celebrada el 27.04.84, acordaron con respecto a la sección de elaborados, implantar la jornada continua desde el 01.05.84 a 30.10.84 con carácter experimental, haciendo constar que se procedía a reducir a 20 minutos el tiempo de bocadillo del personal de dicha sección a cambio de reforzar el servicio de comedor en las horas punta./ Segundo.- En reuniones sucesivas se fue prorrogando dicho acuerdo en orden a la jornada continua, y así en reunión celebrada en el año 1986 por parte de la empresa se manifestó que el establecimiento de la jornada continua se realizó con la condición de rebajar el absentismo, lo que no ocurrió. Solicitándose por los trabajadores otra prórroga, se acordó prorrogar la jornada continua hasta el 30.09.86./ Tercero.- En reunión de fecha 11.12.86 se acordó que desde el 15.12.86 la jornada de trabajo para toda la plantilla de elaborados sería de 7 a 15 horas de lunes a viernes con descanso para el bocadillo desde las 11 horas hasta las 11,20 horas./ Cuarto.- En fecha 09.06.97 la dirección de la empresa procedió al cierre del comedor, siendo recurrida dicha decisión ante los tribunales, ratificándose dicha decisión por el TSJ de Galicia en sentencia de 04.12.97./ Quinto.- Presentada papeleta de conciliación el 21.03.01, la misma tuvo lugar el 17.04.01, con el resultado de sin avenencia, presentándose demanda el 25.04.01".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que estimando la demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega contra "F.B., S.A.", se declara el derecho de los trabajadores de la sección de elaborados a disfrutar de 30 minutos de descanso diario para el bocadillo, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la empresa demandada, "F.B., S.A.", con que, en la sentencia de instancia se declare el derecho de los trabajadores de su Sección de Elaborados, a disfrutar treinta minutos de descanso diario para el bocadillo; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del T.R.L.P.L., dirigido a que se añada al hecho probado primero de aquélla que "...la jornada del punto 1º será con carácter definitivo mientras no se acuerde lo contrario por ambas partes"; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por vulneración, del artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los 82 y siguientes del mismo Texto y 1.281 del Código Civil.

SEGUNDO.- No ha lugar a acoger la adición, que se pretende en el primer motivo del recurso, tendente a que se añada al hecho probado tercero de la resolución impugnada que "la jornada del punto 1º será con carácter definitivo, mientras no se acuerde lo contrario por ambas partes", ya que, de la prueba documental, que se cita en su apoyo, recogiendo el contenido de dichos acuerdos y de la sentencia, dictada por esta Sala, el 4 de diciembre de 1997, no cabe obtener la conclusión que se pretende, pues nada señalan expresamente al respecto, y, en todo caso, una conclusión, que no conste de dicha forma expresa, sería valorativa, y no susceptible, por ello, de llevarse a cabo por la vía de un motivo, cual es el previsto en el apartado b) del artículo 191 del T.R.L.P.L., que tiene como único objeto revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

TERCERO.- Fundamenta la empresa demandada el segundo motivo del recurso, en que existió un acuerdo, por unanimidad, entre el Comité de Empresa y la Dirección, de 11 de diciembre de 1986, respecto a que, desde el 15 de diciembre de este año, la jornada de trabajo de toda la plantilla de elaborados sería de 7 a 15 horas, de lunes a viernes, con descanso para bocadillo desde las 11 horas hasta las 11´20, y que dicha jornada sería definitiva, mientras no se acordara lo contrario entre las dos partes; pero, por la Sala no se comparte tal alegación, ya que: a) es básico, a efectos de resolver la cuestión planteada, lo que se establece en el artículo 25 del Convenio Colectivo aplicable, al tratar de la jornada de trabajo, acerca de que cuando ésta se realice en forma continuada, los trabajadores disfrutarán de treinta minutos de descanso, retribuido y no recuperables, permaneciendo en el recinto de la factoría, y de que, no obstante, este precepto no podrá ser considerado como condición más beneficiosa, derecho adquirido o compro-

miso entre partes, que opere automáticamente en el caso de reducción legal o convencional de la jornada de trabajo, sino que las partes interesadas y legitimadas en este Convenio Colectivo deberán renegociar el tiempo de descanso y su consideración como de trabajo efectivo, en su caso; porque, de lo que en él se indica –que, por otra parte, respeta, en su integridad, lo establecido en el artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, respecto a que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan, entre otras fuentes... por los convenios colectivos (b), por la voluntad de las partes (c)...-, resulta que, la determinación relativa a que, en el caso de jornada continuada, los trabajadores de la empresa demandada, disfrutarán de treinta minutos de descanso, retribuido y no recuperables, permaneciendo en el recinto de la factoría, es la regla general; y que una duración mayor o menor de ese tiempo de descanso, siempre previa renegociación por las partes interesadas y legitimadas, es la excepción; b) que, de los datos fácticos objetivos, que se ofrecen en la sentencia de instancia al respecto –que se sintetizan en que, por la Dirección y por el Comité de la Empresa demandada, acordaron, en reunión, celebrada el 27 de abril de 1984, con relación a la Sección de elaborados, implantar la jornada continua, desde el 1 de mayo al 30 de octubre de 1984, con carácter experimental, haciendo constar que se procedía a reducir a veinte minutos el tiempo de bocadillo del personal de dicha Sección, a cambio de reforzar el servicio de comedor en las horas punta; y que dicho acuerdo se prorrogó sucesivamente; y que, en fecha 9 de junio de 1997, la Dirección de la Empresa procedió al cierre del comedor, extremo que confirmó esta Sala, en fecha 4 de diciembre de 1997; no aparece que hubiere sido alterada, con carácter definitivo, respecto a los trabajadores de la Sección de Elaborados, la regla general, establecida en el artículo 25 del Convenio Colectivo de que, al realizarse jornada de trabajo de forma continuada, disfrutarán de treinta minutos de descanso retribuido y no recuperable, pues el acuerdo a que, con relación a ello, llegaron la Dirección y el Comité de la Empresa, de reducirlo a veinte minutos, fue circunstancial y condicionado, al hacerlo depender de reforzar el servicio de comedor en las horas punta; y siguió reuniendo tales características, no obstante su larga duración y las sucesivas prórrogas, hasta que, lógicamente, al desaparecer la contraprestación del refuerzo del servicio de comedor en las horas punta, por el hecho de haber procedido la empresa al cierre de éste, tal acuerdo dejó de tener sentido, y, por lo tanto, la regla general de duración del disfrute de descanso de treinta minutos, establecida para los casos de jornada continuada en el artículo 25 del Convenio Colectivo, alcanzó de nuevo plena vigencia; y c) que, ante lo expuesto, carecen de fuerza las alegaciones de la Empresa demandada respecto a que, en el año 1986, se llegó a otro acuerdo de implantación de jornada continuada, sin referencia alguna a que se procedía a reducir a veinte minutos el tiempo de bocadillo a cambio de reforzar el servicio del comedor en las horas punta; y a que el acuerdo se cumplió, sin que nadie hubiere puesto en duda su legalidad, incluso, después de cerrarse el comedor en el mes de mayo de 1997, con lo que la Entidad Sindical demandante va contra sus propios actos; pues, con relación a la primera, no resultó acreditado que lo acordado, en fecha 11 de diciembre de 1996, respecto a que, desde el 15 de diciembre de 1986, la jornada de trabajo para toda la plantilla de elaborados sería de 7 a 15 horas, de lunes a viernes, con descanso para bocadillo desde las 11 hasta las 11´20, fuere un nuevo acuerdo, que dejare sin efecto el anterior de 27 de abril de 1984, en todos sus extremos, con inclusión de la supresión de la contrapartida de reforzar el servicio de comedor en las horas punta, dado que, aparte de que nada se consignó expresamente al respecto, no puede pasar desapercibido que, en el fondo de la implantación de la jornada continua, y en la necesidad de efectuar nuevos enfoques, se hallaba el tema del absentismo laboral, y no el del refuerzo del servicio de comedor en las horas punta; y que no puede utilizarse la argumentación para ello de una sentencia –concretamente la de esta Sala de 4 de diciembre de 1997-, que, en todo caso, tampoco recoge expresamente la supresión de la mencionada contrapartida, para obtener una conclusión, que, en su caso, debería proceder de su parte dispositiva; y, respecto a la segunda, nada consta, tampoco, acerca de que la Entidad actora hubiere aceptado que siguiere la reducción del tiempo de disfrute del descanso a veinte minutos, después de haber procedido la Empresa al cierre del comedor, y de haber confirmado la medida esta Sala por sentencia de 4 de diciembre de 1997, una vez que ninguna aceptación expresa de la situación por parte de la misma aparece, y de que tampoco puede afirmarse que tácita, al no existir ningún plazo de caducidad o prescripción para ejercitar la acción, que dio lugar a este procedimiento, a partir de aquella fecha.

CUARTO.- Lo anterior lleva a la desestimación del recurso y a la confirmación del fallo de la resolución impugnada. Por lo expuesto,

### Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por la empresa "F.B., S.A.", contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 4 de Vigo, en fecha 11 de mayo de 2001; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

## 3270 Recurso nº 3.427/2001

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. TRÁMITE PREVIO PRECEPTIVO ANTE A COMISIÓN MIXTA DO CONVENIO. FORMULACIÓN DO CONFLICTO ANTE O DEVANDITO ÓRGANO PARITARIO, SEN CONTESTACIÓN POR PARTE DESTE. TENSE QUE DAR POR CUMPRIDO O TRÁMITE.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel*

A Coruña, nueve de octubre de dos mil uno.

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 3.427/2001, interpuesto por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 149/01 se presentó demanda por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado el ENTE PÚBLICO PORTOS DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de marzo de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO: El Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad en autos 238/00 dictó sentencia cuyos hechos probados se dispone lo siguiente: "HECHOS PROBADOS. Se declaran probados los siguientes hechos: Primero: La Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 1998, autos del juzgado de lo social número dos de esta ciudad 927/97, seguidos en virtud de demanda de Conflicto colectivo entre las mismas partes hoy actuantes, en la que se recogen los siguientes hechos probados: Que según consta en autos número 927/97 se presentó demanda por confederación Sindical Galega, sobre conflicto colectivo, frente al Ente Público Portos de Galicia, en el día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: Primero: Que el presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de los estibadores portuarios "fijos de censo" del Servicio de Estiba y Desestima de los Puertos de Corcubión, Laxe, Corme y Camariñas (24 trabajadores). Segundo: que la Xunta de Galicia le fue transferido según Real Decreto 145-93 de 29 de enero (BOE 04.03.93) el organismo "Organización de Trabajos Portuarios", dependiente hasta ese momento del Ministerio de Trabajo y Seguridad social, pasando a depender dentro la estructura de la Xunta la Consellería de Traballo e Servicios Sociais en un principio, y más tarde a la Consellería de Familia, Muller y Xuventude, denominándose Servicio de Estiba y desestiba Portuaria. Tercero: que por Ley 29.11.94 del Parlamento de Galicia se creó el Ente Público "Puertos de Galicia" (DOG 20.12.94) y por Real Decreto 125-97 de 14 de mayo dictado por la Consellería de Presidencia e Administración Pública le asigna a dicho Ente las funciones y servicios en materia de estiba y desestiba en puertos no calificados como de interés general. Cuarto: Que los trabajadores portuarios afectados por el presente conflicto colectivo tienen la obligación de asistir diariamente a los llamamientos que se realizan en la oficina administrativa encargada del Servicio de Estiba y Desestiba portuaria con sede en Corcubión, dos veces al día, 7,45 horas y 13,45 horas y los sábados a las 7,45 horas tal y como venían realizando en la OTP como son designados (una media de 5 días al mes), cobrando el salario correspondiente al trabajo efectivo realizado. Que es abonado por

las empresas cargadoras y consignatarias, si bien la Xunta de Galicia, Consellería de Familia, Muller e Xuventude, confecciona las nóminas y realiza el ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al trabajo efectivo realizado y hace llegar a los trabajadores su salario. Quinto: Que en los Puertos de Laxe, Corme y Camariñas no se creó hasta el momento de Sociedad de estiba y desestiba. Sexto. Que el objeto del presente conflicto colectivo es que se declare que es de aplicación a los trabajadores portuarios de puertos de Corcubión, Laxe, Corme y Camariñas, lo estipulado en los capítulos IV y V del RD Ley 2/1986, y concretamente que declare que la relación laboral lo es por tiempo indefinido, permaneciendo de lata en el Régimen Especial del Mar con carácter continuado, y que las retribuciones en los días en los que no les proporciona ocupación efectiva sea equivalente al salario mínimo interprofesional, cotizando por el salario mínimo interprofesional y con carácter subsidiario, que se declare que ningún trabajador portuario podrá percibir mensualmente cuantía inferior al salario mínimo interprofesional ni cotizaciones inferiores a las mínimas estipuladas legalmente para su categoría profesional.- segundo: Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la Confederación Intersindical Galega contra la sentencia de fecha nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho dictada por el Juzgado de lo social número dos de A Coruña, en autos seguidos a instancia de Confederación Intersindical Galega frente al Ente Público Puertos de Galicia sobre conflicto colectivo, anulamos la sentencia de instancia a fin de que, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, se redacte otra que entre a conocer de la cuestión planteada entre las partes".- tercero: El conflicto que ahora se formula pretende la declaración de la aplicabilidad al mismo personal afectado por el Conflicto anterior del III Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario publicado en el BOE de 10 de diciembre de 1999. Resolución de 19 de noviembre del citado año.- SEGUNDO: La sentencia anteriormente referida y cuyos hechos probados se transcriben en esta resolución declaró desestimando la totalidad de las excepciones planteadas que "El III acuerdo de regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario, publicado en el BOE de 12.12.09, resolución de 19.11.99, es aplicable a los trabajadores portuarios fijos de censo del servicio de estiba y desestiba de los Puertos de Corcubión, Laxe Corme y Camariñas, condenando a la demandada Ente Público Portos de Galicia a estar y pasar por la anterior declaración.- TERCERO: Recurrida la Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 la Sala de lo Social del el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia en fecha 10.11.00 por la que con estimación de la excepción de falta de trámite previo ante la Comisión Mixta revoca la sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de fecha 17.04.2000, dictada en autos 238/00, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo y absolviendo en la instancia a la recurrente.- CUARTO: Con fecha 27 de noviembre de 2000 la Confederación Intersindical Galega remitió escrito al Presidente del Ente Público Puertos del Estado y Secretario de la Comisión Mixta del III acuerdo Marco para las relaciones Laborales en el sector Portuario, con el fin de dar cumplimiento al mandato de la Sentencia del el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y cumplimiento a los establecido en el art. 20 del mencionado acuerdo-marco."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de falta de trámite previo ante la comisión mixta y desestimando la demanda interpuesta por CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA contra ENTE PUBLICO PORTOS DE GALICIA debo absolver y absuelvo en la instancia a la demandada dejando imprejuzgada la cuestión de fondo."

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

## Fundamentos de derecho

Primero.- La sentencia de instancia estima la excepción de falta de trámite previo ante la comisión mixta y, desestimando la demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega contra el Ente Público Portos de Galicia, absuelve en la instancia a la demandada dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación letrada de la parte actora, construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, con cobertura en el apartado c) del art. 191 de la Ley Procesal Laboral, denuncia infracción, por interpretación errónea, del art. 20 del III Acuerdo para la Regulación de las Relaciones

Laborales en el Sector Portuario, en relación con el Reglamento de funcionamiento de la Comisión Mixta, ambos publicados en el BOE el 10.12.99 y en relación con el art. 24.1 de la Constitución española; por estimar que, como se recoge en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, remitió, con fecha 27.11.00, escrito al Presidente del Ente Público Puertos del Estado y al Secretario de la Comisión Mixta del III Acuerdo marco, con lo que cumplió con lo estipulado en la sentencia de este Tribunal de 10.11.00, que figura en autos -folio 52 y siguientes- y al mismo tiempo dio cumplimiento a lo establecido en el art. 20 del Acuerdo Marco -folio 60 y siguientes; añadiendo que la sentencia de instancia en su fundamento de derecho tercero interpreta el art. 20 en el sentido de que la intervención tiene que hacerse efectiva, es decir, que se requiere el informe o el dictamen de la mencionada Comisión Mixta. siendo esta interpretación contraria al derecho a la tutela efectiva, lo que le produce indefensión (art. 24.1 de la Constitución), ya que la demanda se presentó en el Juzgado el 20.02.01, transcurrido tres meses desde el planteamiento del escrito a la Comisión Mixta. Haciendo referencia a quienes suscribieron el Acuerdo Marco y aduciendo, además, que en el art. 3 del Anexo o Reglamento de Funcionamiento, la Comisión Mixta en convocatoria ordinaria debe resolver los asuntos que se le planteen en el plazo de quince días y en las convocatorias extraordinarias en el plazo de tres días. No teniendo la recurrente capacidad para convocar la Comisión Mixta y lo único que podía hacer ya lo ha hecho y cada una de las partes que componen la Comisión tiene que cumplir con sus obligaciones y de no hacerlo no puede impedir el acceso a los tribunales en conflictos colectivos como el presente. Estima, la recurrente, en definitiva, que ha cumplido con lo estipulado en el art. 20 al remitir a la citada Comisión el planteamiento del conflicto colectivo y esperar a la resolución del mismo durante tres meses, manteniendo silencio la Comisión, por lo que considera la que recurre que procede estimar la demanda u ordenar la devolución de los autos al Juzgado al desestimar la excepción, para que proceda a resolver el pleito, decidiendo la cuestión de fondo.

La temática que en el recurso se plantea está centrada en determinar si por la parte promovente del conflicto, ahora recurrente, se ha dado o no cumplimiento de un requisito preceptivo y previo a la vía judicial instauradora del proceso que ahora se resuelve. Tal requisito venía impuesto en la sentencia de esta Sala de fecha 10 de noviembre de 2000, que estimó la excepción de falta de trámite previo ante la Comisión Mixta y revocó la sentencia el Juzgado número 3 de A Coruña, de fecha 17 de abril de 2000, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo y absolviendo en la instancia a la recurrente.

El presupuesto preprocesal, que queda mencionado, aparece recogido en el art. 20 del III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario, en cuanto dispone: "A fin de abordar el tratamiento de cuantas cuestiones se susciten por la interpretación o aplicación del presente acuerdo se crea una Comisión Mixta compuesta por dieciséis miembros, ocho de la representación empresarial y ocho de las organizaciones sindicales.- Esta Comisión velará por el cumplimiento de los compromisos de negociación de determinadas materias durante la vigencia del Acuerdo.- Igualmente la Comisión Mixta intervendrá como mediadora y con carácter preceptivo y previo a la vía judicial de medidas de conflicto colectivo que pudieran surgir con motivo de la aplicación de este Acuerdo entre las organizaciones de ámbito inferior corresponderá a la parte que vaya a emprender acciones legales que se estimen como más oportuna, el planteamiento previo del conflicto ante esta Comisión..."

La parte promovente del conflicto estima que ha dado cumplimiento a la exigencia prevista en el art. 20 del Acuerdo y, por tanto, al mandato contenido en el fallo de la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2000, al haber remitido, como se recoge en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, con fecha 27 de noviembre de 200 (sic), habrá de entenderse 2000, la Confederación Intersindical Galega remitió escrito al Presidente del Ente Público Puertos del Estado y Secretario de la Comisión Mixta del III Acuerdo Marco para las relaciones laborales en el sector portuario, con el fin de dar cumplimiento al mandato de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y cumplimiento a lo establecido en el art. 20 del mencionado acuerdo-marco. Mientras que el juzgador de instancia, como razona en el tercero de los fundamentos de derecho de su resolución, considera que no es suficiente con que la parte que vaya emprender acciones legales, plantee la cuestión de forma previa sino que se requiere el informe o dictamen de la mencionada comisión mixta, porque no se trata de una reclamación previa, excluida por plantearse un

conflicto colectivo contra un ente público -art. 70 de la Ley de Procedimiento Laboral- sino que se está en presencia de un requisito que las partes firmantes del acuerdo por imperio del principio de autonomía de la voluntad han querido introducir en el mencionado Acuerdo que encuentra amparo normativo en el art.154 de la Ley de Procedimiento Laboral y que ha de ser respetado y sin el cual se hace imposible el planteamiento de la cuestión en vía judicial.

El dilema que plantean las posiciones antagónicas que mantienen la parte recurrente y el juzgador de instancia, debe resolverse en favor de la tesis que mantiene aquélla, cuyos alegatos acepta la Sala, por cuanto se estima que se ha dado cumplimiento a la exigencia prevista por el art. 20 del Acuerdo tan mencionado, y, consecuentemente, habrá de estimarse debidamente cumplimentado el fallo de la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2000; teniendo en cuenta, esencialmente, dos circunstancias: una, el tiempo transcurrido entre la fecha de remisión por la central sindical promovente del conflicto, ahora recurrente -27 de noviembre de 2000- al Presidente del Ente Público Puertos del Estado y Secretario de la Comisión Mixta del repetido Acuerdo de escrito para dar cumplimiento al mandato de la sentencia citada, en relación con lo establecido en el art. 20 del Acuerdo y la de presentación de la demanda -20 de febrero de 2001-, periodo que alcanza casi tres meses, y otra, que el art. 1, penúltimo párrafo, del Anexo al Acuerdo o Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Mixta, preceptúa que Puertos del Estado asume las funciones de la Secretaria de la Comisión Mixta y ésta estará obligada a transmitir a cada una de las organizaciones que componen la representación empresarial y sindical dentro del plazo de veinticuatro horas desde su recepción, cuantas notificaciones, documentos, etc. sean remitidos a ésta por el conducto más rápido posible, y el art. 3 del citado Anexo dispone que la Comisión Mixta en convocatoria ordinaria debe resolver los asuntos que se planteen en el plazo de quince días y en las convocatorias extraordinarias en el plazo de tres días. Y no existiendo constancia en las actuaciones de que la Comisión Mixta hubiera adoptado acuerdo alguno, pese a la comunicación que le fue remitida y al largo período de tiempo transcurrido, este silencio no puede representar un obstáculo al legitimo ejercicio de la pretensión deducida en la demanda, por lo que debe entenderse cumplido el requisito preprocesal a que se ha venido haciendo referencia.

Segundo.- Por todo lo expuesto procede, dar acogida a la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado, declarando la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se dictó la sentencia recurrida, incluida ésta, con devolución de las actuaciones al juzgado de procedencia, a fin de que por el "iudex a quo" se dicte una nueva resolución decisoria de la cuestión de fondo planteada en la demanda. En consecuencia,

## Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la sentencia de fecha treinta de marzo de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de A Coruña, en proceso de conflicto colectivo promovido por la recurrente frente al Ente Público Portos de Galicia, revocamos la sentencia de instancia y declaramos la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se dictó aquélla, con reposición de las actuaciones a dicho momento procesal, a fin de que por el juzgador de instancia, con plena libertad de criterio, se dicte una nueva sentencia resolutoria de la cuestión de fondo en el litigio planteada

## 3271 Recurso 4.476/2001

**S.S.** DESPEDIMENTO NO MARCO DUN CONFLICTO COLECTIVO QUE NON MERECE A CUALIFICACIÓN DE NULO. SE BEN OUTROS COMPAÑEIROS NON FORON DESPEDIDOS, AS CONDUCTAS DUNS E OUTROS NON FORON EXTACTAMENTE AS MESMAS. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN. IMPROCEDENCIA PORQUE OS FEITOS PROBADOS NON REVISTEN GRAVIDADE SUFICIENTE PARA XUSTIFICA-LO CESAMENTO.

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

A Coruña, nueve de octubre de dos mil uno.

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. 4476/2001 interpuesto por la empresa "G.S.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO .- Que según consta en autos se presentó demanda por doña S.R.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la empresa "G.S.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 192/2001 sentencia con fecha 16 de mayo de 2001 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 comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "S.I.T., S.A.", adjudicataria del servicio de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galiza 061 desde 1997, en virtud de un contrato de trabajo de a tiempo parcial, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en fecha 3 de mayo de 1999, para la prestación de teleoperadora/operadora, con una jornada de treinta horas semanales, de lunes a domingo. El objeto del contrato era el tiempo que dure la campaña de servicios de Urgencias Sanitarias 061 para el cliente Fundación Pública de Urgencias Sanitarias de Galiza 061./ SEGUNDO.- Que en fecha de 1 de abril de 2000 se hizo cargo del servicio la demandada. "G.S.E., S.A.", nueva adjudicataria, contrato para la prestación de servicios de operación, supervisión técnica y apoyo de funciones administrativas, para la central de coordinación de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galiza 061, fijándose en su especificación 7ª punto g) que "la empresa adjudicataria deberá contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal actual".La actora prestaba sus servicios a tiempo completo con una duración de 1 de abril de 2000, con la categoría de operador, percibiendo un salario mensual de ciento cuarenta y una mil novecientas noventa y cuatro pesetas (141.994 ptas.)./ TERCERO.- Que por sentencia del Juzgado de lo Social número uno de esta ciudad, de fecha 30 de junio de 2000 en materia de Conflicto Colectivo, autos 374/2000, se declaró el derecho de todos los trabajadores que prestaban 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 las anteriores condiciones de trabajo...; Dicha sentencia ha sido recurrida en Suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galiza por la empresa demandada, recayendo sentencia del T.SJ. de Galiza de fecha 5 de diciembre de 2000 estimando el recurso de suplicación presentado por la empresa demandada, en términos siguientes- Fundamento Jurídico tercero de la sentencia del T.S.J. de Galica- La <<(...) 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 (sic) de Urgencias Sanitarias 061, no son de la titularidad de la anterior ni la de nueva concesionaria, sino que pertenecen a la comitente "Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galiza 061" (...) tampoco la Sala estima que la subrogación empresarial que se invoca por el Sindicato demandante 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 pro Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de marzo de 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 nueve contratista vendrá obligada, "en primer lugar, y en cualquiera de los supuestos que luego se señalan, a incorporar al personal de la campa-

ña 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 Sitel Ibérica Teleservices, 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 empresario. 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 7ª 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.- Que por sentencia de este juzgado, en materia de conflicto colectivo, Autos 405/00, se estimó la demanda y se declaró que la modificación de las condiciones de trabajo efectuada con imposición de los nuevos cuadrantes de trabajo a realizar en los meses de mayo, junio y julio de 2000 resultaba injustificada, condenándose a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a reponer a todos los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones de trabajo por lo que respecta a las jornadas de trabajo a realizar y días libres que correspondieran durante los precitados meses, es decir, con respeto de los calendarios laborales ya existentes para todo el año 2000 sin perjuicio de los ajustes necesarios previo acuerdo con el Comité de Empresa, al objeto de ampliar con la legalidad vigente. Confirmado por la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2000 por el T.S.J. de Galiza./ QUINTO.- Que en fecha 21 de febrero de 2002, mediante telegrama la actora recibió carta de despido en lo siguientes términos: "Le comunicamos que la dirección de esta empresa ha decidido proceder a sancionarle como autor de faltas muy graves con el despido, con efectos desde esta misma fecha, o en otro caso, desde la recepción de esta comunicación, por los siguientes hechos y causas: el pasado día 8 de febrero del presente año, entre las 24:01 horas y las 24:30 horas, bloqueó VD. de forma intencionada y deliberada, el terminal telefónico de acceso al teléfono, 061, para el servicio de urgencia y emergencia médica de la comunidad de Galiza, todo ello sin preaviso ni justificación alguna. Su conducta, en unión de los demás compañeros de trabajo que, en ese período se encontraban trabajando y que actuaron igual que Vd., supuso el que durante ese tiempo ningún ciudadano pudo conectar con el servicio público de vital importancia para la propia salud y vida de las personas que lo hubieran necesitado, pudiendo causar perjuicios muy graves e irreparables./ El servicio tuvo que ser restablecido por técnicos de sistemas, toda vez que ni Vd. ni sus compañeros volvieron a incorporarse al trabajo en el período restante de su turno (22:00 hh a 07:00 hh), abandonando el puesto de trabajo y sus obligaciones más esenciales de forma sorpresiva y voluntaria igualmente y a partir de dicha fecha hasta el 20 de febrero de 2001 no ha vuelto a comparecer a su trabajo durante las jornadas laborales sin preaviso ni justificación alguna. Los hechos relatados constituyen faltas muy graves, tipificadas como tales en los arts. 54 del E.T. y art. 43 del convenio Colectivo del sector de Telemarketing por lo que se ha decidido proceder a la sanción del despido, con los efectos indicados, y sin perjuicio de reservarnos las acciones, de toda índole, que por su actuación pudiera generar otro tipo de responsabilidades o condenas"./ SEXTO.- La actora el día 8 de febrero de madrugada se encontraba en su puesto de trabajo al corresponderle ese turno, entre las 24:00 horas 24:30, a la actora le quitaron los cascos y le impidieron seguir desempeñando su trabajo. En los días sucesivos la actora acudió a su centro de trabajo, pero no le dejaron entrar. Ningún responsable de la empresa demandada se puso en contacto con ella para que se incorporase a su puesto de trabajo./ SÉPTIMO.- Que varios trabajadores de la empresa demandada que no prestaron servicios en esa madrugada como la actora, fueron readmitidos en la empresa con una sanción de falta muy graves tipificadas con tales en los arts. 54 del E.T. y art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing, por lo que se les impuso la sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo, que ya se cumplirá en su momento. El resto de los trabajadores como la actora que fueron despedidos por los mismos hechos han presentado demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad, en materia de despido, por los

hechos acontecidos en esa fecha./ OCTAVO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior al cese./ NOVENO.- Que en fecha de 16 de marzo de 2001 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia".

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

"FALLO: Que estimando como estimo la demanda promovida por doña S.R.G. contra "G.S.E., S.A." debo declarar y declaro la nulidad del despido efectuado condenando a la empresa demandada a estar y asar por esta declaración y que de forma inmediata proceda a readmitirla en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a que le abone la cantidad de quinientas sesenta y siete mil novecientas setenta y seis pesetas (567.976 ptas.) en concepto de salarios dejados de percibir".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre "G.S.E., S.A." en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara la nulidad del despido de la actora S.R.G., se desestime la demanda declarando procedente el despido o, subsidiariamente, se declare su improcedencia. A tales efectos, formula la recurrente los siguientes motivos: al amparo del art. 191. b) LPL, interesa la revisión del HP 6º (motivo 1º) y del HP 7º (motivo 2º); y al amparo del art. 191.c) LPL, denuncia la infracción del art. 14 CE en relación con el art. 17 y 55.5 E.T. y 108.2 LPL y concreta doctrina y jurisprudencia que cita (motivo 3º), e infracción (motivo 4º) del art. 54.2 a) y d) ET en relación con el art. 55.4 ET y 43.3 y 11 del Convenio Colectivo para el sector de telemarketing (Resolución de 10.03.99, BOE 31.03.99) y jurisprudencia y doctrina que cita.

SEGUNDO.- Pretende la recurrente se revise el HDP 6º de modo que pase a declarar lo literal siguiente: "Sexto.- La actora en la madrugada del 8 de febrero se encontraba en su puesto de trabajo al corresponderle ese turno, cuando entre las 24 horas y las 24.30 horas, y tras producirse la ocupación del centro de trabajo por los trabajadores de la plantilla de la empresa demandada, que le quitaron los cascos y coaccionaron para la continuidad de la actividad de la empresa, abandonó el puesto de trabajo no volviendo a incorporarse al mismo durante toda la jornada laboral, permaneciendo en el centro en compañía de sus compañeros de plantilla, y no compareciendo al turno de trabajo que tenía asignado en los días sucesivos, y en concreto en los días 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 y 19 de febrero de 2001". La parte funda esta revisión exponiendo una serie de argumentaciones. En esencia, las siguientes: tras censurar que en los HP de la sentencia recurrida no se mencione el conflicto planteado en la empresa y su gravedad y relatarlo desde su perspectiva, termina diciendo que de la documental aportada y especialmente de la obrante a los folios 59, 60 y 61, turnos de trabajo y asistencias, "puede observarse como efectivamente, y esto si lo reconoce la sentencia recurrida, en la madrugada del 7 al 8 de febrero, la actora…"; así como que " no existe soporte probatorio alguno que acredite que la actora en los días que debía comparecer para su actividad de trabajo y en concreto los que aparecen reflejados en el documento obrante al folio 59, es decir los días 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 y 19 de febrero compareciera y se presentara a su puesto de trabajo y se la impidiera la entrada en el mismo…. Decimos que no existe soporte probatorio alguno, porque frente a las declaraciones testificales efectuadas por 3 testigos propuestos por esta parte…solo existe la manifestación de un testigo propuesto por la parte actora, doña C.R.R... Tal manifestación, que volvemos a insistir es el único soporte probatorio, no indica... y en tal sentido tal afirmación contenida en el ordinal 6º de la sentencia recurrida ha de revisarse y ser suprimida, por carecer de soporte probatorio alguno. Resulta igualmente curiosa la afirmación que se efectúa en el propio ordinal 6º y a continuación del anterior, respecto a que ningún responsable se puso en contacto con la trabajadora para que se incorporase...". El recurso de suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el magistrado a quo, y a tales efectos son invocables (art. 191-B y 194 LPL) documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas -documentos y

pericias- evidencien por si mismos el error sufrido en la instancia, de manera que -por ello- a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17-octubre-90 Ar. 7929 y 13-diciembre-90 Ar. 9784). De esta manera, si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 21-enero-99, 26-febrero-99, 23-marzo-99, 10-junio-99, 11-junio-99, 3-marzo-00…). En el caso presente, la parte no viene a instar la revisión que del HP 6º interesa en forma admisible en suplicación, entremezclando, según quedó dicho, argumentaciones y valoraciones de pruebas diversas, incluso testificales, para, a la postre, no explicitar más documental que la de los folios 59, 60 y 61, turnos de trabajo y asistencias, que no sirven para justificar, a lo sumo, sino extremos en realidad ya suficientemente recogidos en la sentencia recurrida, y argüir falta de prueba respecto a cierto extremo del HP 6º. Y ello, a la vista de las exigencias de los arts. 191. b) y 194 LPL y del imparcial criterio valorativo del Juzgador de instancia a partir del conjunto probatorio de autos (art. 97.2 LPL), conduce al rechazo prácticamente total de la revisión propuesta. De un lado, la declaración del impugnado HP 6º de que la actora el 8 de febrero, de madrugada, se encontraba en su puesto laboral y "le quitaron los cascos y le impidieron seguir desempeñando su trabajo" tiene apoyatura cierta; hasta el punto de que el texto revisor que al respecto se propone expresa esencialmente esto mismo, si bien concreta que ello fue al producirse la ocupación del centro por los trabajadores de la plantilla, lo que manteniendo -por acreditada- la situación y actuación de la actora descrita en el HP 6º, incluso puede tomarse en consideración como contexto de realidad fáctica concurrente al aludirse a ello en la demanda misma. De otro lado, la declaración también contenida en el HP 6º de la sentencia de instancia de que "en los días sucesivos la actora acudió a su centro de trabajo, pero no le dejaron entrar" tiene suficiente fundamento probatorio, resultado así ser consecuencia del imparcial criterio del juzgador de instancia al valorar las pruebas practicadas al amparo de las facultades que le otorga el art. 97-2 LPL. En el fundamento jurídico 3º de la sentencia recurrida, consecuentemente, se dice: "La actora compareció a su puesto de trabajo los días sucesivos, pero no le dejaron entrar - véase prueba de confesión judicial y testifical". Y efectivamente -a los solos efectos de constatar que se practicaron referidas pruebas- en el acto de juicio aparece la actora manifestando en confesión que "no le dejaron volver a entrar en el centro...."y la testigo M.C.R.R. diciendo que S. "quería recuperar el trabajo e incluso llegó a ir a la empresa…". Esto, en unión de la inmediación judicial de instancia de la confesión y testifical en el contexto de las alegaciones de las partes y de que en el motivo revisor no se invoca al efecto prueba documental o pericial apta en términos del art. 191. b) LPL, conduce al rechazo de la revisión de aquella declaración probada, sin perjuicio de que sea entendible que "los días sucesivos" a que alude el HP 6º sean precisamente los que se indican hasta el 20 de febrero (10, 11, 12, 15, 16 a 19), y que aparecen en los turnos de los folios 59 a 61, lo que está en plena armonía con el hecho de que la actora fue despedida al día siguiente, 21 de febrero. Por último, no cabe suprimir la declaración contenida en el inciso último del HP 6º de la sentencia de instancia de que ningún responsable de la empresa demandada "se puso en contacto con ella" para que se incorporase a su puesto laboral. Ni el motivo revisor contiene fundamento probatorio al efecto acogible en suplicación, ni cabe obviar el imparcial criterio judicial de instancia en la valoración de las pruebas, apareciendo, en concreto, en juicio la testigo M.C.R.R. manifestando que "a S. no la llamaron"….

TERCERO.- Invocando la documental obrante a los folios 62 a 79, interesa la recurrente que el HP 7º pase a declarar lo siguiente: "A los trabajadores de la empresa demandada que no prestaron servicios, como el resto de la plantilla, entre los días 8 y 16 de febrero de 2001, la Empresa les impuso una sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo a cumplir en su momento, calificando la falta de muy grave conforme a lo establecido en los Arts. 54 del E.T. y art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing". El motivo lleva a las siguientes consideraciones: A) Los términos del primer párrafo del HP 7º de la sentencia recurrida se ven contradichos fehacientemente por la documental invocada. Y es que a los folios 62 a 79 obran cartas mediante las que la demandada sanciona a diversos trabajadores con 15 días de suspensión de empleo y sueldo por falta muy grave imputándoles que desde el día 8 hasta el 16 de febrero

"no compareció a su puesto de trabajo durante todas las jornadas laborales, sin preaviso ni justificación alguna…", indicándoles que la sanción "ya se cumplirá en su momento". Consecuentemente, lo que se deriva de tal documental es que la empresa impuso las sanciones citadas por los hechos que imputa y no otra cosa, al margen de que pudiese haber llamado a alguno de estos trabajadores a incorporarse ante sus ausencias al trabajo y dada la situación empresarial creada; máxime cuando la sentencia de instancia si bien dice en el HP 7º "fueron readmitidos", previamente no declara que hubieran sido despedidos tales trabajadores, como no lo fue la actora hasta el 21.02.01 (lo que lo ratifica en el fundamento jurídico 3º, al decir que "…hubo ante los mismos hechos sanciones distintas para trabajadores, así a la actora y a otros compañeros se les despidieron, mientras que a otros compañeros por los mismos hechos se les sancionaron..."). Procede, pues declarar que la empresa sancionó a varios de sus trabajadores en la forma y por las causas dichas, sin más aditamentos, que es lo oportunamente justificado. Y B) Procede mantener el párrafo 2º del HP 7º, que declara "el resto de los trabajadores como la actora que fueron despedidos por los mismos hechos…", puesto que ni se impugna del modo exigible en suplicación ni se viene a cuestionar realmente desde el momento en que la propia empresa se refiere a otros trabajadores que sí fueron sancionados con despido y que impugnados, penden de resolución judicial. Así pues, el HP 7º queda definitivamente conformado en los expresados términos.

CUARTO.- El recurso cuestiona a través de su tercer motivo la declaración de nulidad que del despido de la actora declara la sentencia de instancia. Esta resolución se limita, en esencia, a decir (fundamento jurídico 3º) que "ante el incumplimiento de permanencia de la actora y de sus compañeros en su puesto de trabajo en la madrugada del día 8 de febrero, hubo ante los mismos hechos sanciones distintas para trabajadores, así a la actora y a otros compañeros se les despidieron, mientras que a otros compañeros por los mismos hechos se les sancionaron..."; concluyendo que "la medida adoptada por la empresa demandada responde a un ejercicio arbitrario de la potestad disciplinaria de la empresa..."

QUINTO.- Es doctrina del Tco. que el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (SSTC 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990,135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 47/1985, 94/1984 y 38/1981), tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades publicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Cierto que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa (SSTC 266/1993 y 21/1992), tal como expresamente disponen los arts. 96 y 179.2 de la vigente LPL; y una vez acreditados tales indicios, el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo -verdadera prueba diabólica- de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan sólo probar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (SSTC 266/1993, 135/1990 y 114/1989) y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, en el bien entendido de que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. La decisión empresarial será, así válida, aún cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental", de manera que acreditado el indicio sobre posible lesión de derecho fundamental, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraría a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo (STC 95/1993); es más, se ha excluido la vulneración de derechos fundamentales en supuestos "pluricausales" (SS 21/1992 y 135/1990), admitiéndose por el mismo Tribunal Constitucional la improcedencia del despido -que no su nulidad radical- cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que "puesta entre paréntesis" la circunstancia supuestamen-

te determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc), "el despido habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario" (STC 21/1992 de 14-febrero). En el caso presente, la decisión de despido aparece siendo adoptada respecto de la actora obedeciendo a motivaciones propiamente disciplinarias; en concreto (HP5º) a que el 08.02.01 "bloqueó vd de forma intencionada y deliberada" el terminal telefónica de acceso al teléfono 061 para el servicio de urgencia y emergencia médica de Galicia, a que ello, con la conducta de otros que trabajando también actuaron de igual modo, supuso que durante cierto tiempo ningún ciudadano pudo conectar con el servicio público citado, a que no se volvió a incorporar al trabajo durante el resto de su turno, y a que hasta el día 20 siguiente no volvió a comparecer a su trabajo sin justificación. A partir de ello, lo que se ha constatado en el proceso es que, efectivamente, la actora, categoría de operador en la empresa y ésta con actividad para la central de coordinación de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galiza 061, el día 08.02.01 se encontraba de madrugada en su puesto laboral al corresponderle ese turno, y entre las "24 y 24,30 horas", al producirse una ocupación del centro por miembros de la plantilla, se propició respecto de la actora lo que se declara probado en el H.P. 6º: le quitaron los cascos y le impidieron seguir desempeñando su trabajo; en días sucesivos acudió a su centro laboral, pero no le dejaron entrar; y ningún responsable empresarial se puso en contracto con ella. Los íntegros sucesos habidos motivaron que, finalmente, la empresa recurrente despidiese a la actora el 21.02.01 por las causas ya dichas; asimismo, que despidiese por iguales hechos a otros trabajadores, despidos que impugnados, penden de resolución judicial; y también que sancionase a otro grupo de trabajadores con 15 días de suspensión de empleo y sueldo por falta muy grave debido a no haber comparecido al puesto laboral del día 8 al 16 de febrero sin justificación, dilatando la empresa el cumplimiento de la sanción para momento oportuno. De lo anterior no se concluye causa para decretar la nulidad del despido de la actora al amparo del art. 55-5 y 17 ET y 14 CE. Al efecto: a) La empresa sanciona a la actora y a otros de sus trabajadores a raíz de un conflicto laboral realmente habido en la empresa el día 8 de febrero y siguientes; conflicto de trascendencia, según quedó relatado, y propiciante en principio de motivos razonables y serios en orden a que la empresa decidiese hacer uso de la potestad disciplinaria que legalmente ostenta conforme al ET. B) La decisión disciplinaria que respecto de la actora adoptó la empresa se fundó expresamente en una imputación de conductas propias e individualizadas de un ilícito laboral y sin ningún matiz discriminatorio. C) La realidad probada finalmente acerca de dichas imputaciones, si bien puede desvirtuar la existencia de un incumplimiento grave y culpable achacable a la actora, en ningún caso revela motivaciones extrañas al conflicto laboral suscitado y a la reacción disciplinaria que provocó en la empresa por derivación de la trascendencia que tuvo y las conductas formalmente ilícitas habidas. Y D) No aparece, tampoco, un ejercicio arbitrario y desigualitario, con trascendencia constitucional, y en concreto al art. 14 CE, de la potestad disciplinaria por parte de la empresa. La actora fue despedida por imputársele bloquear intencionalmente el día 8/2/01 el terminal telefónico de acceso al 061, abandonar el puesto y no comparecer a él hasta el día 20 siguiente; otros trabajadores fueron también despedidos, como dice el párrafo último del H.P. 7º, por los mismos hechos y motivaron demandas y procesos en marcha, y no readmisiones que consten; y otro grupo de trabajadores, si bien fueron sancionados pro falta muy grave pero no con el despido, la imputación que al efecto consta no ha sido la misma que a la actora, sino exclusivamente no comparecer al puesto de trabajo del 8 al 16 de febrero, de menor entidad que la formulada a la actora, que abarcaba el bloqueo del terminal telefónico hallándose trabajando. En suma, no se justifica ni aparece en la decisión extintiva empresarial respecto de la actora causa o motivación contraria al principio de igualdad y no discriminación o a otro derecho fundamental, como indebidamente dice la sentencia recurrida. Se constata un ejercicio de la potestad disciplinaria que obedeciendo a circunstancias que, prima facie, la hacían razonable y, en todo caso, ajena a móviles atentatorios a derechos fundamentales, presenta una plasmación suficientemente justificada en sanciones diferentes, incluso considerando posibles y distintos comportamientos de llamadas al puesto; consecuencia de una valoración de conductas diversas en el contexto de un conflicto general suscitado, actuando y sancionando la empresa en base a tomar en consideración elementos diferenciales concurrentes y necesidades empresariales, lo que es propio del poder de dirección y disciplinario que legalmente ostenta. Por consi-

guiente, se aprecia la infracción que de los arts. 14 CE, 55.5 y 17 ET y 108.2 LPL se denuncia en el recurso, con revocación de la calificación que de despido nulo hace la sentencia de instancia, al haber sido apreciada indebidamente discriminación e infracción del principio de igualdad.

SEXTO.- No cabe apreciar, sin embargo, la petición del recurso de declaración de procedencia del despido de la actora. Y es que si el despido disciplinario exige -y así se imputa en la carta de autos- un incumplimiento grave y culpable del trabajador, resulta que lo que consta que protagonizó la actora, dentro de lo imputado en la carta de despido, impide la apreciación de causa legal al efecto. Si bien la actora estaba en la madrugada del 8 de febrero en su puesto de operador, es lo cierto que "le quitaron los casos y le impidieron seguir desempeñando su trabajo" (lo que incluso la empresa también refleja en la revisión que interesó), de tal manera que no puede atribuírsele responsabilidad disciplinaria en tal hecho dado que se le impuso la conducta, se le impidió, vía vis física y/o vis compulsiva, el desempeño de su trabajo. No hay, pues, la conducta imputada en la carta de que "bloqueó Vd. de forma intencionada y deliberada...". De igual modo, tampoco puede apreciarse la existencia de un incumplimiento grave y culpable al hilo del resto imputado disciplinariamente, puesto que lo probado es que la actora abandonó el centro laboral el día 8 contra su voluntad, por impedírsele seguir trabajando, y que en los días sucesivos, si bien acudió al centro laboral no pudo acceder a él también por causas ajenas a su voluntad; corroborado porque la empresa tampoco contactó con ella para darle alguna concreta instrucción o aclaración, lógica por las anómalas circunstancias acaecidas (pero sin otra trascendencia a efectos de la calificación del despido caso de haber llamado a algún trabajador y no a ella). En suma, no estando acreditado incumplimiento grave y voluntario o culpable por parte de la trabajadora, el despido adoptado ha de ser calificada como improcedente en aplicación del art. 55.3 y 56 E.T. y 110 L.P.L., con los efectos que dispone este precepto y demás de pertinente legal aplicación al caso. El salario es el fijado en el incombatido H.P. 2º, 141.994 pesetas. La antigüedad a efectos del art. 56.1.a) ET ha de fijarse (hasta el despido)en 01.04.00, fecha en que la demandada se hizo cargo del servicio para la central de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galiza 061 y la actora comenzó a trabajar para aquella; como ya dejó establecido la sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico 1º, que trae a colación la STSJ de Galicia de 05.12.00 (H.P. 3º) dictada en Conflicto Colectivo en cuanto que revocando la sentencia de instancia que declaraba el derecho de todos los trabajadores que prestaban servicios para la demandada en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias 061 a ser subrogados por la nueva adjudicataria del Servicio respetando todas sus anteriores condiciones de trabajo, reconociéndoles su carácter de fijos y su derecho a la antigüedad desde el inicio de las relaciones laborales en la Fundación 061, dejó establecido que no cabía apreciar sucesión empresarial ex art. 44 ET ni que haya subrogación empresarial impuesta por la cláusula 7ª g del pliego de condiciones para la contratación del servicio ... y demás que se hace constar en HP y en la sentencia citada de este TSJ, no habiendo, pues, subrogación entre las empresas, vinculación que justifique otra antigüedad en la actora que la dicha; como asimismo resolvió este T.S.J. en sentencia de 21.12.00 y 26.01.01, haciendo hincapié respecto de GSE y el servicio del 061 que no había sucesión empresarial del art. 44 E.T., que tampoco la subrogación empresarial venía impuesta por la cláusula 7ª g de la contratación del servicio, que la modalidad contractual de obra o servicio determinado vinculada a la duración de una contrata administrativa es legítima y que, en fin "la relación jurídico-laboral que vinculaba al actor con SITEL IBERICA S.A. se extinguió el 31.03.00 y la relación contractual con la empresa demandada se inició el 01.04.00, siendo esta la fecha a tener en cuenta ...". Consecuentemente, como consta en HP y nóminas, y alegó la empresa demandada en juicio, la antigüedad a computar es la de 01.04.00, y sobre ella se fijan los efectos indemnizatorios del despido improcedente que se declara, sin que sea la actora cargo sindical (HP 8º), lo que se traduce en la cantidad recogida en la parte dispositiva de esta resolución. Así pues, se estima en su petición subsidiaria el recurso interpuesto y se revoca la sentencia de instancia en el sentido dicho.

## Fallamos

Que estimando en su petición subsidiaria el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "G.S.E., S.A." , revocamos la sentencia dictada con fecha 16/5/01 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago en Autos nº 192/01; y en consecuencia, estimando en su petición subsidiaria la demanda interpuesta, y

absolviendo del resto pedido en ella, declaramos improcedente el despido de la trabajadora demandante doña S.R.G. y condenamos a la demandada G.S.E., S.A." a que en el plazo de los 5 días siguientes a la notificación de esta resolución opte entre readmitir a la actora en las mismas condiciones que regían anteriormente a la decisión extintiva o le abone en concepto de indemnización la cantidad de 195.236 ptas, con apercibimiento de que si no opta en el plazo dicho se entenderá que procede la readmisión, y en ambos casos también con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de 4.733 ptas. día.

## 3272 Recurso nº 1.774/98

**S.S.** PENSIÓNS DE VIUVEZ E ORFANDADE. SITUACIÓN ASIMILADA Á ALTA: PARO INVOLUNTARIO QUE SUBSISTE LOGO DE ESGOTADAS AS PRESTACIÓNS. NON É NECESARIA A ALTA ININTERROMPIDA COMO DEMANDANTE DE EMPREGO, SE NON SE AMOSA VONTADE INEQUÍVOCA DE AFASTARSE DO MUNDO LABORAL. DOUTRINA DO PARÉNTESE.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio J. Outeiriño Fuente*

A Coruña, nueve de octubre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.774/98 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña P.D.C.B. en reclamación de VIUDEDAD ORFANDAD siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 741/97 sentencia con fecha dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La demandante doña P.D.C.B., solicitó ante la Entidad Gestora demandada pensión de viudedad y para su hijo don F.J.M.D.C., nacido el 28.09.1978, de orfandad por fallecimiento de su esposo don J.F.M.V. acaecido en fecha 20.09.96, las cuales fueron desestimadas por sendas resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por no hallarse el causante en alta o situación asimilada a la del alta en la fecha del fallecimiento, no ser pensionista de invalidez o jubilación en su modalidad contributiva, ni estar en situación de invalidez provisional y por no reunir el causante un período mínimo de cotización de 500 días dentro de los 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento./ SEGUNDO.- Disconforme la actora interpuso reclamación administrativa previa la cual le fue desestimada por resolución de fecha 02.09.97, que confirma la decisión impugnada./ TERCERO.- Que el esposo de la actora afiliado al Régimen General de la Seguridad Social acredita cotizados a la Seguridad Social española en el periodo 02.12.1974 a 29.09.1986, con diversas altas y bajas, un total de 3.608 días cotizados, y en el periodo 25.11.1986 a 24.05.1988 percibió subsidio de desempleo, y permaneció inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo desde el 22.08.1989 al 05.08.1996, fecha en la que causa baja por no renovación./ CUARTO.- Que el esposo de la actora tuvo ingresos hospitalarios en el Complejo Hospitalario Juan Canalejo de A Coruña en los siguientes periodos del 29.02.96 al 18.04.96; 29.02.1996 al 18.04.1996; 03.05.1996 al 07.05.1996; 17.05.1996 al 01.06.1996; 23.07.1996 al 22.08.1996 y 07.09.1996 al 20.09.1996, en que acaeció su fallecimiento, por padecer síndrome mielodisplasico tipo anemia refractaria transformada leucemia aguda, insuficiencia cardíaca congestiva, periartritis constrictiva y neumonía bilateral".

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

interpuesta por doña P.D.C.B. en su propio nombre y en el de su hijo don F.J.M.D.C., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir las prestaciones de viudedad y orfandad, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por tal declaración y a su abono en la cuantía, forma y efectos reglamentarios, con las mejoras y revalorizaciones pertinentes".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sentencia de instancia estima la demanda, y declara el derecho de la actora a lucrar prestaciones de viudedad y orfandad, condenando a su abono al demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal del citado Organismo, a través de tres motivos de recurso, dedicando el primero a la revisión de hechos probados y los dos restantes al examen de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, el Instituto recurrente interesa la revisión de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, y más concretamente, la revisión del hecho tercero, a fin de que se consignen las fechas concretas en que el actor se inscribió como demandante de empleo, proponiendo el siguiente texto alternativo: *"Que el esposo de la actora, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, acredita cotizados a la Seguridad Social española, en el período 2/12/74 a 29/9/86, con diversas altas y bajas, un total de 3.608 días cotizados; en el período 25/11/86 a 24/5/88 percibió subsidio de desempleo y permaneció inscrito como demandante de empleo desde el 21/3/94 al 5/8/96, fecha en la que causó baja por no renovación".*

El motivo no se acoge por la Sala por dos razones: En primer lugar, porque con excepción del período en que el INSS sostiene que el causante permaneció inscrito como demandante de empleo, el resto del relato es similar al declarado probado por el juzgador de instancia. Y en segundo lugar, debe mantenerse la fecha de inscripción declarada por el juzgado "a quo", por cuanto la documental que se cita en apoyo de la revisión aparece contradicha por otra de la que el juzgador extrae la fecha de inscripción del actor como demandante de empleo, documento obrante al folio 12 de los autos, según el cual el demandante permaneció inscrito como demandante de empleo desde el 22 de agosto de 1989 al 5 de agosto de 1996. Sostiene el INSS en su recurso que de los cinco informes emitidos por el INEM sobre la situación de demandante de empleo del causante, es en el obrante al folio 12 el único en el que se hace constar dicha fecha, pero ello no pone de manifiesto error del juzgador en la valoración de la prueba, sino que la conclusión fáctica alcanzada contaba con el soporte de un documento, cuya falsedad no fue alegada por el Instituto recurrente haciendo uso de la facultad que le confería el artículo 86.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que ha de mantenerse la eficacia probatoria del mismo.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, el Instituto recurrente alega infracción, por interpretación errónea, del artículo 2º apartados 2 y 4.e) de la Orden de 13 de febrero de 1967, señalando, en esencia, que el causante no se encontraba en alta ni en situación asimilada al alta, ya que desde su última situación de alta en la seguridad social (24.05.88) hasta su inscripción como demandante de empleo (21.03.94) transcurrió un plazo excesivo en el que no se exterioriza una voluntad de trabajo en el causante que permita hacer aplicación de la llamada "doctrina del paréntesis". Añadiendo que aunque se admitiera (aunque sólo fuera a efectos dialécticos) que la inscripción se llevó a cabo el 22.08.89 se llegaría a la misma conclusión, ya que habría transcurrido más de un año desde la extinción de la prestación hasta que se produce una manifestación de la voluntad de trabajo del interesado.

Partiendo del inalterado relato probatorio, la cuestión litigiosa consiste en determinar se la actora tiene derecho a la prestación de viudedad y de orfandad a favor de su hijo menor, pretensión denegada por el INSS en vía administrativa, por no estar el causante en alta o en situación asimilada al alta, ni tener 500 días cotizados en los últimos cinco años, en el momento del fallecimiento ocurrido el 20 de septiembre de 1996; criterio rechazado por el juzgador de instancia que aplicando la doctrina jurispru-

dencia flexible y humanizadora, así como la doctrina del paréntesis, acogió la pretensión actora. A propósito de la primera causa denegatoria, la que se invoca en este motivo de recurso, debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sentada, entre otras, en sus sentencias de 12 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2.565); 16-diciembre-1999 (Ar. 1.821) y 17 de abril y 23 de mayo de 2000 (RJ 2000, Ar. 3.959 y 5.524) en las que se establece que "de conformidad con el artículo 125 de la LGSS, hay que partir de la base de que uno de los requisitos legales para causar derecho a la prestación de viudedad lo constituye el hecho de que el cónyuge causante se halle al tiempo de su fallecimiento en alta o en situación asimilada a la de alta, pues así viene exigido expresamente en el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Por su parte el artículo 125.2 de la misma Ley especifica determinadas situaciones laborales del trabajador como asimiladas a la de alta". Uno de estos casos es el previsto en el artículo 29.2 por remisión al 28.2.e) del Decreto 3.158/66 que aprueba el Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social; precepto que posteriormente aparece reproducido en el precepto que se cita como infringido, artículo 2.4.d) de la Orden de 12 de febrero de 1967, regulador de las prestaciones por muerte y supervivencia; dichos preceptos consideran como situación asimilada al alta "el paro involuntario que subsiste después de haberse agotado las prestaciones por desempleo".

En el presente supuesto, el difunto esposo de la actora acredita 3.608 días cotizados en el período comprendido entre el 2 de diciembre de 1974 al 29 de septiembre de 1986, con diversas altas y bajas. En el período 25 de noviembre de 1986 al 24 de mayo de 1988 percibió subsidio de desempleo (H.P.-3Ĵ), aunque las resoluciones del INSS hacen referencia a una situación de Incapacidad Temporal, y permaneció inscrito como demandante de empleo ininterrumpidamente desde el 22 de agosto de 1989 al 5 de agosto de 1996; fecha en la que causó baja por no renovación. Asimismo consta en el relato de probanzas que el causante tuvo varios ingresos hospitalarios en el Complejo Juan Canalejo de esta Ciudad, concretamente en los siguiente períodos: del 29.03.96 al 18.04.96; 29.02.96 al 18.04.96; 03.05.96 al 07.05.96; 17.05.96 al 01.06.96; 23.07.96 al 22.08.96 y 07.09.96 al 20.09.96, fecha esta última en que falleció a consecuencia de una leucemia aguda. Y partiendo de las anteriores circunstancias fácticas, es preciso decidir si el causante se hallaba en situación de paro involuntario y cumplía con el requisito de hallarse en situación asimilada a la de alta. Pues bien, para demostrar la situación de paro involuntario no es exigencia necesaria la de hallarse el trabajador fallecido inscrito como demandante de empleo, sino que de conformidad con las Sentencias del Tribunal Supremo, anteriormente citadas, *"...la nota de involuntariedad en la situación de paro no sólo es posible acreditarla a través de la inscripción como demandante de empleo, puesto que dicho requisito formal no es constitutivo del derecho y no tiene otro alcance que el de su consideración como falta sancionable; dicha circunstancia también puede deducirse de otras situaciones, entre las que se hallan aquellas en las que el trabajador figuraba inscrito como demandante de empleo cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y resulta fundadamente explicable que por causa de la enfermedad o deterioro físico o psíquico que le aqueja se haya descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, pues en tal caso su baja en la oficina de empleo no puede imputarse a su voluntad de apartarse del mundo laboral..."*.

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, el motivo de recurso no puede prosperar, por cuanto en la fecha en que el actor tenía que renovar su demanda de empleo, se hallaba ingresado en el Hospital Juan Canalejo de esta Capital, por lo que consta una imposibilidad física objetiva, debidamente justificada, de no poder cumplir con su deber de renovación periódica de la demanda de empleo, y precisamente la enfermedad que le mantenía ingresado, fue la causa del fallecimiento ocurridos días después. El INSS también alega que causante esperó, en el mejor de los casos, más de un año para inscribirse como demandante de empleo, pero su permanencia posterior en la situación de paro, durante más de siete años, con inscripción y renovación de la demanda, excepto la última, días antes de sus fallecimiento, revela una voluntad cierta e inequívoca de no apartarse del mundo laboral, sin que los familiares del causante deban resultar perjudicados por una conducta inicialmente pasiva del causante, singularmente a la vista de lo que dispone el artículo 41 de la Constitución que obliga a mantener un régimen público de la Seguridad Social que garantice prestaciones ante situaciones de necesidad.

CUARTO.- Finalmente, en el último motivo dedicado a la censura jurídica, el INSS denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 7∫, apartado 1.b) y del artículo 16, ambos de la Orden de 13 de febrero de 1967; señalando que de acuerdo con lo dispuesto en ambos en ambos artículos, para causar derecho a las prestaciones de viudedad y de orfandad, desde la situación de alta o asimilada a la de alta, es necesario tener cotizados 500 días en los últimos cinco años, añadiendo que a la vista de las cotizaciones que acredita el causante no reúne el citado requisito. Aplicando dichos preceptos en su literalidad, ciertamente la actora no podría causar derecho a la prestación solicitada, por no reunir el causante el requisito invocado por el Organismo recurrente. Sin embargo, debe señalarse que este requisito se ha visto mitigado por la doctrina jurisprudencial denominada "teoría del paréntesis", referida a aquellos casos en los que durante un determinado límite temporal existen períodos en los que no existe posibilidad de cotizar. Con el fin de evitar situaciones de desprotección, ya el extinto Tribunal Central de Trabajo elaboró esta doctrina, según la cual el período en que existe imposibilidad de cotizar se ponía entre paréntesis, como una especie de "tiempo muerto" y el límite temporal se ampliaba en el tiempo equivalente hacia el pasado. Y de acuerdo con este doctrina, habría que hacer un paréntesis durante todo el período en que el causante permaneció inscrito como demandante de empleo, en el que no tenía obligación de cotizar, y computándose los últimos cinco años hacia atrás, sí cumpliría el requisito de tener 500 días cotizados.

Por todo ello, debe rechazarse la censura jurídica a que el motivo se contrae y, con desestimación del recurso, procede dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. En consecuencia:

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de A Coruña, de fecha dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, recaída en proceso sobre prestaciones de viudedad/orfandad, promovido por la demandante doña P.D.C.B. en su propio nombre y en el de su hijo don F.J.M.D.C., frente al Organismo recurrente, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

**3273** **Recurso número: 03/0007760/1997**

**S.CA.** INFRACCIÓNS EN MATERIA DE SEGURIDADE E HIXIENE NO TRABALLO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRINCIPAL E DA EMPRESA CONTRATISTA. CONDICIÓN DE EMPRESARIO-INFRACTOR. CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDADE.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez*

A Coruña, dieciséis de octubre de dos mil uno.

**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 03/0007760/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "R.P., S.A.", domiciliado en... (Vigo), representado y dirigido por el Letrado don J.M.F.L., contra Resolución de 27.01.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegac. Provinc. de Pontevedra de la C. Xustiza, Interior e R. Laborais sobre acta de infracción nº 2621/92, Expte. nº 303/94.. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada por el Letrado de la XUNTA DE GALICIA. 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 conclusio-

nes, se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

## Fundamentos de derecho

I.- Los tipos infraccionales previstos en los arts. 9.4, 10.9 y 11.4 de la Ley 8/88 de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, responden a la técnica del tipo abierto, pues conteniendo la precisa descripción de los elementos subjetivos y normativos del tipo, deja o remite a otro ámbito normativo la descripción de simples elementos fácticos de la acción típica. Consistiendo la acción típica en la infracción de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, encuentran su elemento principal constitutivo en el incumplimiento de las disposiciones que tutelan ese ámbito con independencia, tanto de otras posibles responsabilidades, como de otras posibles circunstancias. Como quiera que la razón de ser de éstas infracciones en su triple modalidad de muy graves, graves y leves, radica en el incumplimiento de tales disposiciones, sancionándose en definitiva, la vulneración del deber de protección pesa sobre el empresario correlativo al derecho del trabajador a que se le dispense una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 4.2 d y 19 del Estatuto de los Trabajadores, arts. 21 y 22 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el art. 43 de la Constitución junto con la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de 11-95) el reproche que conlleva este tipo infraccional, alcanzaría tanto el supuesto de que el empresario no esté en posesión o disposición de los elementos o mecanismos reglamentarios de seguridad e higiene, como el supuesto de que, aún acreditada aquélla posesión y puesta a disposición de los mismos a los trabajadores, se descuide la llamada implantación de los mismos, lo que supone que el empresario debe garantizar hasta el límite de lo racionalmente exigible su efectivo uso o utilización por todos los trabajadores, lo que implica que el empresario vería exonerada su responsabilidad, si acredita el ejercicio puntual de sus facultades de dirección e inspección de sus servicios, mediante la vigilancia y advertencia a los trabajadores en orden al uso efectivo de las medidas de seguridad e higiene de que dispone la empresa, pues no puede olvidarse que el derecho a una adecuada política en materia de seguridad e higiene en el trabajo forma parte, tanto del cúmulo de derechos laborales consignadas en el art. 4 del E.T., como de los principios rectores de la política social y económica consagrados en el art. 40.2 de la C.E., postulados dirigidos no sólo a los poderes públicos sino también a los empleadores y trabajadores, de tal forma que sobre los primeros pesa aquella doble obligación de disponer de las medidas y elementos e instrumentos de seguridad e higiene y la de su efectiva implantación de los centros de trabajo, y sobre los segundos, la obligación de su efectivo uso y utilización, obligación de carácter autónomo y cuyo incumplimiento puede dar lugar al ejercicio de la actividad disciplinaria por parte del empresario.

De otra parte, el criterio que determina la distinción entre el tipo infraccional muy grave y el grave reside en el carácter inminente o no del riesgo grave que para la integridad física o salud de los trabajadores pueda derivarse del incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene, diferenciándose la infracción grave de la leve en la concurrencia o no de trascendencia grave para aquéllos bienes.

II.- Sabido es que el derecho a una adecuada política en materia de seguridad e higiene en el trabajo forma parte tanto de los derechos laborales consignados en el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores, como de los propios principios rectores de la política social y económica consagrados constitucionalmente y mas concretamente, del art. 40.2 C.E. Tales postulados normativos no pueden estimarse dirigidos exclusivamente a los poderes públicos –a quienes corresponde la garantía de los derechos de los trabajadores en materia de seguridad e higiene en el trabajo—sino que deben ser eficientemente ejecutados por los empleadores, procurando los medios precisos al efecto y garantizando su efectivo uso, como se corresponde con una relación laboral ejecutiva en un medio social y jurídico completamente diferente al ya superado que justificó precisamente el que tales medidas de protección e higiene se considerasen inherentes a una digna prestación de la actividad laboral.

III.- En consecuencia es evidente que de lo actuado se desprende que la Empresa principal no advirtió a la subcontratada, ni tampoco previno las adecuadas medidas de seguridad e higiene en el trabajo para evitar los riesgos que podían afectar a la vida e inte-

gridad física de los trabajadores de la subcontratada de tal manera que incumplió las prescripciones a que se refiere el Acta de infracción en los arts. 51, 52, 68 y 70 de la Orden de 9 de septiembre de 1971, por ello se le ha sancionado a tenor del art. 10.9 de la LISOS en cuanto no se han puesto avisos o advertencias a los trabajadores de la peligrosidad de la zona y máxime dada la peligrosidad evidente de electrocución al manejar un andamio que podía producir un arco voltaico como así fatalmente sucedió, al consentir pasar bajo la zona de influencia de unos cables de alta tensión de 20.000 voltios que eran utilizados para una central eléctrica al servicio del Taller de reparaciones de las embarcaciones que en ese centro de trabajo se construyen en la localidad de... (Vigo), lo que determinó que al sobrepasar la altura permitida los elementos del andamio, le produjo el fallecimiento, hecho de por si suficientemente clarificador de las circunstancias sin que pudiera imputársele a una posible imprudencia o negligencia de trabajador pues era preciso que se le hubiera dado unas órdenes tajantes de no circular con dicho andamio por debajo de la zona de influencia eléctrica.

IV.- Se alega que la actividad de la empresa subcontratada está dedicada a otra actividad totalmente distinta y diferenciada de la Empresa principal lo cual no es de recibo por cuanto si bien se habla que la principal actividad era dedicada a la reparación y conservación de embarcaciones y la de la subcontratada estaba dedicada a la recepción y mantenimiento de las fachadas, sin embargo está incardinada en el precepto mencionado del art. 40 del E. de los Trabajadores que se refiere a una actividad relacionada con la subcontratada, ya que había realizado otra similar a la misma, lo cual implica una aceptación de los posibles riesgos que podría sufrir en el transcurso de los trabajos.

V.- Sabido es que según doctrina jurisprudencial y responsabilidad derivada del incumplimiento de determinadas obligaciones, que se denomina laboral, por la que se impone un recargo en la prestación de Seguridad Social, se recoge en el art. 93.2 de la LGSS, que impone otra sanción que exige que aquella infracción sea causa del siniestro o accidente laboral.

Como antecedente, en esta materia, hay que partir del art. 153, apartado 2, de la Ordenanza General de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo (OM de 9 de marzo de 1971), su distinción con la previsión del Estatuto de los Trabajadores, junto a la aplicación que de tales normas se ha hecho por los Tribunales y la posterior regulación.

Hay, según el precepto citado, una responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de los trabajadores de las contratistas o subcontratistas que presten servicios en los centros de trabajo de aquéllas.

Las normas que vienen a cubrir el tratamiento de las infracciones de medidas de seguridad e higiene en el trabajo se encuentran en el art. 17 del Convenio 155 de la OIT, art. 6.4 de la Directiva 89/391 –en las que se marca el aspecto preventivo, de control y evitación del riesgo, mediante un deber de colaboración de las empresas; así, se dice que "cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales... "—, art. 93.2 de la LGSS, art. 40.2 de la Ley 8/88, de Infracciones y Sanciones, en relación con el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, planteándose en torno a ellas la cuestión relativa a si en los supuestos de contratas y subcontratas, el empresario principal responde, junto al contratista, del incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad e higiene –art. 40.2 de la Ley 8/88 —; si debe cumplir las medidas de seguridad y, en su caso, determinar quién tiene legalmente la condición de responsable de las infracciones de dichas medidas y, por tanto, del recargo que puede corresponder –art. 93.2 de la LGSS—.

En relación con los trabajadores del contratista o subcontratista, como ya se ha expuesto, debe acudirse al art. 40.2 de la LISOS. Este precepto se ha calificado por los Tribunales como "norma e indudable sentido social" que, "con mayor proyección subjetiva, atribuye al empresario principal el deber de cumplir con las normas de seguridad en el trabajo", imponiéndole una responsabilidad. Esta exige la concurrencia de los requisitos que se contemplan en el art. 42 del ET –realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad, durante el período de vigencia de la contrata—y que la infracción se produzca en el centro de trabajo del empresario principal. Se ha criticado por la doctrina la limitación que se contiene en este precepto respec-

to de los servicios concertados, relativos a la propia actividad, pero al quedar así concretada la regulación del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite la LISOS en el apartado primero del citado artículo, no es comprensible que se eluda tal condición cuando parece completar esta Ley la regulación en esta específica materia, al hacer extensiva la responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas de obras y servicios a materia referida a medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Por otro lado, y por remisión al art. 42.2 del ET, según parte de la doctrina, debe entenderse que la responsabilidad es solidaria, si bien para otro sector sólo procede una responsabilidad propia y personal de cada empresario –principal y auxiliar—por las infracciones administrativas cometidas por cada uno de ellos. Se pone de manifiesto que la obligación en esta materia es de ambos empresarios y, por tanto, la acción u omisión puede recaer sobre uno u otro, o sobre ambos.

Se viene sosteniendo que, "dentro de la infracción, la responsabilidad es personal e individual, nunca solidaria, pues no es responsabilidad civil económica", así como que a ambas empresas habrían "de aplicarse las sanciones correspondientes, pues las penas o sanciones siempre entrañan un alcance personalista que –a diferencia de lo que ocurre con las responsabilidades patrimoniales de índole extrapunitiva—impide la conjunta operatividad de cada una de ellas sobre los diversos sujetos pasivos y, consiguientemente, la coparticipación de éstos en su cumplimiento, no susceptible, en modo alguno, de división entre los diversos actores de la infracción. Los Tribunales sientan los criterios de responsabilidad se encuentra en el hecho de que la prestación de servicios de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista "en muchas ocasiones se desarrolla bajo el control e inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella".

El contratista, que mantiene el vínculo laboral, debe garantizar la seguridad de sus trabajadores observando las medidas reglamentarias exigibles en cada supuesto, sino que el empresario principal debe cooperar en ese deber cuando se desarrolle la actividad en su centro de trabajo, por lo que su responsabilidad en el recargo vendrá determinada por "su conducta negligente o inadecuada, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo".

En conclusión, la condición de empresario infractor, por tanto, es predicable no sólo de la empresa auxiliar, como empleador directo de los trabajadores, sino también del empresario principal, de forma individual e independiente, que, de concurrir conjuntamente, será generadora de una responsabilidad solidaria de ambos.

VI.- 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.P., S.A." contra Resolución de 27.01.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegac. Provinc. de Pontevedra de la C. Xustiza, Interior e R. Laborais sobre acta de infracción nº 2.621/92, Expte. nº 303/94, dictado por CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS. Sin imposición de costas.

**3274** **Recurso número: 03/0008036/1997**

**S.CA.** BENEFICIOS POR TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO EN PRÁCTICAS EN CONTRATO INDEFINIDO. DENEGACIÓN INDEBIDA. O TRABALLADOR XA ADQUIRIRA A CONDICIÓN DE FIXO NO MOMENTO DA CONVERSIÓN, POR CAUSA DE CERTIFICACIÓN ERRÓNEA DO INEM.

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

A Coruña, dieciséis de octubre de dos mil uno.

**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 03/0008036/1997,

pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "A.I. Y S., S.L." domiciliado en C/... (Vigo), representado por don X.L.V. y dirigido por el Letrado don J.M.O.R., contra Resolución de 20.03.97 desestimatoria de solicitud denegando los beneficios solicitados por la transformación del contrato en prácticas en indefinido del trabajador C.M.R., Expte. nº 2.855.. Es parte la Administración demandada INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 550.000 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 2 de octubre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

## Fundamentos de derecho

I.- La resolución recurrida, dictada por el Director Provincial del INEM en Vigo, por delegación del Director General del INEM, denegó los beneficios o incentivos que solicitara la entidad recurrente al amparo de la Ley 22/92, de 30-VII, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, por transformación de un contrato en prácticas en otro de carácter indefinido, con fundamento en que no se cumplieran los requisitos establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 10/94, pues "en la fecha de la transformación del contrato el trabajador había adquirido la condición de fijo por ministerio de la ley", ya que el trabajador "estuviera contratado en prácticas, en otra empresa en virtud de la misma titulación, desde el 02.01.95 hasta el 10.02.95".

II.- Quedando acreditado que el trabajador fue contratado por la entidad demandante bajo la modalidad de contrato en prácticas, y ello desde la fecha 20 de febrero de 1995, que es la de diligencia de presentación del contrato ante la oficina del INEM, siendo transformado en indefinido en fecha 13 de febrero de 1997, como también que con fecha 17 de febrero de 1995 la entidad demandante interesara de aquel Organismo expedición de certificación sobre el período en prácticas acumulado por dicho trabajador, certificación que fue expedida el 21 de febrero, en la que se hizo constar literalmente que no constaba que estuviera contratado en prácticas con anterioridad, ya se concluye que la actuación de la empresa vino condicionada o determinada por aquella información suministrada por el órgano competente, generando una situación de buena fe, de confianza, para la empresa, que le permita creer fundadamente que la relación contractual en prácticas con el trabajador se iniciaba sin el aporte de una acumulación anterior de la misma naturaleza, y en atención a ello, diseñar las opciones futuras, de suerte que si al tiempo de interesarse de la Administración el reconocimiento de aquella transformación y la concesión de la subvención consecuente, descubre aquella o deja en evidencia, lo que sin duda es una situación de error por ella misma provocada, al comprobarse, entonces, que el trabajador tenía acumulado aquel breve período en prácticas, ello podrá determinar que, objetivamente, no concurra el requisito preciso para el reconocimiento de la subvención, por superación del tiempo máximo de duración de tal clase de contratos, y por la operatividad de aquella presunción legal de indefinidad, pero tal comportamiento de la Administración sí que genera un título imputativo de responsabilidad patrimonial, pues es evidente que si la información suministrada por el INEM en su momento no incurriera en aquel error, el comportamiento de la demandante hubiera sido otro muy distinto, pues hubiera podido tener en cuenta ese corto período de tiempo de relación laboral previa, ajustando tanto la duración del contrato en prácticas como su transformación en indefinido a tal circunstancia, e impidiendo el agotamiento del tiempo máximo de contratación, por lo que el derecho a percibir el importe de la subvención (550.000 ptas.), le debe ser reconocido a la demandante no

tanto por el título jurídico derivado de aquella actividad subvencionadora, como por el título de responsabilidad patrimonial en que ha incurrido la Administración.

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 "A.I. Y S., S.L." contra Resolución de 20.03.97 desestimatoria de solicitud denegando los beneficios solicitados por la transformación del contrato en prácticas en indefinido del trabajador C.M.R. Expte. nº 2.855, dictado por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO; y en consecuencia, anulamos la resolución recurrida declarando el derecho de la demandante a percibir de la Administración demandada el importe de 550.000 ptas. Sin imposición de costas.

## 3275 Recurso número: 03/0008046/1997

**S.CA.** INFRACCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL: CONNIVENCIA DO EMPRESARIO E DO TRABALLADOR PARA A OBTENCIÓN INDEBIDA DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO. PROBA DE INDICIOS. ALCANCE DA PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO. BAIXA VOLUNTARIA EN CONTRATO INDEFINIDO E CONTRATO ULTERIOR DE ESCASA DURACIÓN.

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

A Coruña, dieciséis de octubre de dos mil uno.

**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 03/0008046/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por D.J.L.R., con D.N.I... con domicilio en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don B.J.L.M., contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 28/96, Expte. nº 13.199/96.. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 2 de octubre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- Es objeto de impugnación a través del presente recurso contencioso-administrativo las resoluciones que imputaron al demandante la infracción tipificada en el art. 30.3.3 de la Ley 8/88 de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social (connivencia empresario y trabajador para la obtención indebida de prestaciones por desempleo).

El demandante alega que la infracción se le había imputado con fundamento en que había presentado documentos inexactos con el propósito de obtener prestaciones por desempleo, cuando tal apreciación se contradecía con los propios términos del acta que aludía a la coincidencia entre los datos del certificado de empresa y del contrato de trabajo. Que para la apreciación de fraude, el controlador laboral se basara en meras apreciaciones subjetivas no comprobadas personal y directamente, por lo

que el acta no merecía el reconocimiento de la presunción de certeza. Que en ningún caso la connivencia entre empresario y trabajador podía sustentarse en la circunstancia de que se hubieran efectuado cotizaciones calificadas en el acta como desorbitadas y sin fundamento, pues ello sería tanto como desconocer lo prevenido en el art. 211.3 de la LGSS sobre tope máximo, por cuanto el trabajador percibiría el nivel máximo de las prestaciones por desempleo aún habiendo cotizado por 142.824 ptas., esto es, menos de la mitad de lo que se había cotizado, sin olvidar que ese exceso de cotización sería imputable en todo caso a la empresa no al demandante.

II.- En multitud de sentencias de esta Sala se tiene dicho que los elementos constitutivos del tipo referidos a la connivencia y, en fin, a la propia conducta fraudulenta, pueden quedar acreditados mediante la prueba de indicios, siempre que éstos vengan adornados por la doble nota de su variedad y carácter probado.

Antes de analizar la fuerza probatoria de dichos indicios ha de recordarse que doctrina jurisprudencial muy consolidada viene interpretando la presunción de certeza o veracidad reconocida a las actas de la Inspección de Trabajo por el art. 52 de la Ley 8/88, en el sentido de que dicha presunción se extiende a los datos fácticos que permitan sustanciar la infracción imputada, siempre que sean susceptibles, por su realidad objetiva y visible, de ser apreciados personal y directamente por el inspector o Controlador de Empleo en el acto de la visita al centro de trabajo, o que resulten acreditados bien documentalmente o por testimonios entonces recogidos o, en su caso, mediante la instrucción del oportuno expediente; de ello se desprende que aquella presunción no puede extenderse a meras apreciaciones, valoraciones, conjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas.

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

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

III.- Pues bien, los indicios que recoge el Acta, fruto de una investigación muy exhaustiva llevada a cabo por el Controlador Laboral, comprensiva de toma de declaración del trabajador, supuestos compañeros de trabajo y del propio empresario, sin olvidar la documentación laboral, son los siguientes:

- el trabajador concierta un contrato de trabajo de corta duración, no más de 6 meses, que sigue a una baja voluntaria en un contrato fijo o de larga duración.

- constan en el acta claras contradicciones en las declaraciones de las personas entrevistadas, y lo que es más importante, queda en entredicho la presencia del trabajador en las dependencias de la nueva empresa, e incluso la dedicación a la actividad para la que fuera contratado, al negar el trabajador conocimientos en materia de informática, para cuya organización fuera supuestamente contratado.

- los propios compañeros de trabajo dijeron desconocer los términos de la supuesta relación laboral.

- contradicciones en que incurrieron trabajador y empresario respecto a datos tan esenciales como duración del contrato, inicio de la relación laboral, cometido a realizar e incluso ubicación de las oficinas de la empresa.

- el trabajador venía manteniendo en la empresa anterior unas bases de 308.700 ptas. mensuales, que prácticamente mantiene en la nueva empresa 308.000, nivel que no posee ningún trabajador, incluidos los socios y gerentes, lo que permitiría obtener una prestación de 160.000 ptas. mensuales, frente a las 100.000 ptas. que se alcanzarían de cotizar al máximo del resto de los trabajadores.

IV.- Siendo ello así, ya se concluye en que aquellos indicios se estiman como suficientes e idóneos para, a través de un juicio racional y lógico, inferir aquel hecho-consecuencia sobre el que se sustancia la infracción imputada, esto es, que hubo connivencia entre empresario y trabajador para posibilitar, tras un cese voluntario en una relación laboral de larga duración, que por sí sola no daría lugar a derecho al percibo de las prestaciones por desempleo, el acceso a dichas prestaciones, y además en el mismo nivel económico o cuántico, o dicho de otra forma, se gestó una relación laboral incursa en fraude de Ley a tenor de los arts. 6.4 y 3.1 del Código Civil, existente sólo en el aspecto formal, y que se articuló con la sola finalidad de procurar la percepción de las prestaciones por desempleo, que no se podían obtener con una extinguida relación laboral inmediatamente anterior, y, además, al mismo nivel prestacional si el cese de la anterior relación laboral posibilitara legalmente el acceso a las mismas.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

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

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por D.J.L.R. contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 28/96 Expte. nº 13.199/96. dectado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

## 3276 Recurso nº 5.212/00

**S.S.** COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL. ACCIÓN DE RECOÑECEMENTO DE CATEGORÍA PROFESIONAL Ó DEMANDANTE, QUE TEN A CONDICIÓN DE PERSOAL LABORAL Ó SERVICIO DA XUNTA DE GALICIA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel*

A Coruña, dieciocho de octubre de dos mil uno.

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. 5.212/00, interpuesto por Consellería de Familia e Promoción de Emprego, Muller e Xuventude 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 M.R.G. en reclamación de incompetencia, siendo demandado Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude y el Instituto Nacional de Empleo, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 92/00 sentencia con fecha 6 de julio de 2000, por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda y desestimó la excepción de incompetencia.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) Que el actor, don M.R.G., viene prestando servicios como personal laboral fijo para la Consellería demandada, en la Oficina de Empleo de Cee, con una antigüedad de 17 de septiembre de 1997, con la categoría profesional de Auxiliar Administrativo y percibiendo un salario según Convenio.- 2º) Que el actor, que posee el título de Graduado social, realiza las siguientes funciones: tramita las ofertas de empleo, firma ofertas de empleo, salvo las cartas que las firma el Director, tramita propuestas de suspensión de prestaciones y gestiona ofertas de actividad tales como cursos

de formación, remitiendo citaciones y realizando entrevistas, resolviendo todas las cuestiones que se plantean con autonomía, si bien las de mayor complejidad las realiza bajo la dirección y responsabilidad del Director del Centro.- 3º) Que el actor venía prestando servicios para el INEM en la Oficina de Cee, realizando idénticas funciones a las actuales hasta que fue transferido como personal laboral fijo de la Xunta de Galicia en virtud de R.D. 1.375/97 de 29 de agosto.- 4º) Que en el Convenio Único de aplicación al Personal Laboral de la Xunta de Galicia no consta definición alguna de las categorías profesionales y, en virtud de lo establecido en su Disposición Transitoria 3ª, se remite a estos efectos al Convenio de procedencia, en el caso que nos ocupa, al Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el que se definen las categorías de: Titulado de Grado Medio, Administrativo Oficial de 1ª y Auxiliar Administrativo; Convenio que obra unido a las actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido.- 5º) Que el actor solicita se declare que las funciones que realiza están encuadradas dentro de la categoría de Titulado o Técnico de Grado Medio o subsidiariamente como Oficial 1º Administrativo, así como el abono de las diferencias contributivas existentes entre la categoría reconocida y la que ahora reclama, que en el primer caso ascienden a la suma de 1.091.592 pesetas, y en el segundo supuesto a la suma de 419.072 pesetas, según los cálculos efectuados en el hecho cuarto de la demanda, cuyo contenido se da por reproducido.- 6º) Que el actor interpuso la preceptiva reclamación previa el 25 de octubre de 1999, la cual fue desestimada en virtud de resolución dictada por la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude de fecha 24 de noviembre de 1999".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la Consellería demandada y estimando en parte la demanda interpuesta por don M.R.G., contra la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude y el Instituto Nacional de Empleo, debo declarar y declaro que las funciones que desempeña el actor están encuadradas dentro de la categoría profesional de "Oficial 1ª Administrativo" (Grupo III del Convenio Colectivo), condenando a dichos demandados a estar y pasar por tal declaración y a la Consellería demandada a que se le abonen en concepto de diferencias salariales la suma de 419.072 pesetas, devengadas durante el período comprendido entre el 01.10.98 al 30.11.99".- El 28.07.200(sic) se dictó Auto aclarando la referida Sentencia, cuya parte dispositiva literalmente dice: "Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la Consellería demandada y estimando en parte la demanda interpuesta por don M.R.G., contra la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude y el Instituto Nacional de Empleo, debo declarar y declaro que las funciones que desempeña el actor están encuadradas dentro de la categoría profesional de "Oficial 1ª Administrativo" (Grupo III del Convenio Colectivo), reconociéndole por ello dicha categoría profesional, condenando a dichos demandados a estar y pasar por tal declaración y a la Consellería demandada a que se le abonen en concepto de diferencias salariales la suma de 419.072 pesetas, devengadas durante el período comprendido entre el 01.10.98 al 30.11.99".

CUARTO.- El día 15 de enero de 2001, Sala dictó Auto acordando no admitir, por razón de la materia, el recurso interpuesto por la Consellería de Familia de la Xunta de Galicia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de A Coruña, de fecha 6 de julio de 2000. Declarándola firme. Frente a dicho Auto, interpuso recurso de Súplica la Consellería recurrente y, previos los trámites legales, la Sala dictó nuevo Auto con fecha 15 de febrero siguiente, resolviendo estimar el mencionado recurso y continuar con la tramitación del recurso de suplicación, si bien a los solos efectos del examen de la competencia.

QUINTO.- El 09.10.2001 se dispuso el paso de los autos y recurso al Magistrado-Ponente.

## Fundamentos de derecho

ÚNICO.- En virtud de lo acordado en el Auto de fecha 15 de febrero de 2001, la única cuestión a resolver ahora es la referente a si la competencia para examinar y resolver la cuestión sometida a debate, viene atribuida a la jurisdicción social, como sostiene la sentencia recurrida; o si, por el contrario, el conocimiento y decisión de la misma debe asignarse a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como pretende la parte recurrente.

El juzgador de instancia, como razona en el primero de los fundamentos de derecho

de su sentencia, sustenta su decisión, esencialmente, en que el supuesto litigioso se refiere a una relación de trabajo del demandante con la Administración en virtud de un contrato de trabajo y en que se ejercita una acción típicamente laboral, cual es la de clasificación profesional y reclamación de diferencias salariales devengadas entre la categoría reconocida y la superior, en virtud de las funciones propias de ésta que manifiesta desempeña. Mientras que la parte recurrente estima, como aduce en el tercero de los motivos del recurso, que considera infringido los art. 14, 23 y 103.3 de la Constitución, 9.4 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 3.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, 15 y 16.1 de la Ley 30/84, 3 y 9 de la Ley 4/88, 6, 7 y 15 del III Convenio Único de la Xunta de Galicia y 24 y demás normativa y jurisprudencia, invocando el Auto del Tribunal Constitucional 858/88, e 4 de julio las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1993 y 8 de mayo de 1998, con transcripción fragmentaria de sus argumentaciones; citando, asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Granada, de 30 de abril de 1996 y otra del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León-Valladolid, sin mención de fecha y, solamente, con la referencia AS 5.758 (cita, asimismo, la del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña, de 7 de julio de 1999); por estimar, esencialmente, después de hacer referencia a que la incompetencia de jurisdicción es una cuestión de orden público, que el actor fue transferido de la Administración estatal e integrado en la autonómica como auxiliar administrativo dentro de la relación de puestos de trabajo en la oficina de empleo de Cee, con dicha categoría, y que el auto de aclaración al conceder al actor la categoría de Oficial de 1ª, este puesto no existe en la RPT y salvo el, puesto que ocupa ningún otro puede ser ocupado por un laboral fijo, condición que tiene el actor; estimando la recurrente que con la estimación de la demanda se está a crear una situación de hecho contraria a la realidad jurídica a que debe estar sometida(sic) los puestos en la Administración Pública, existiendo ciertas especialidades cuando el empleador es una Administración Públicas que derivan de una mayor exigencia a la misma de sometimiento a la legalidad; y en el caso de confirmarse el pronunciamiento de instancia, afirma la recurrente. estaríamos ante el reconocimiento al actor de una categoría inexistente en la RPT y que no puede ser ocupado por un laboral fijo, sin que encuentre aplicación para solventar esa discrepancia; y esta jurisdicción no puede obligar a modificar una disposición de carácter general administrativo, derivada del poder de autoorganización de la Administración -art. 97 CE- , que no puede ser sustituido por el poder judicial.

El dilema que plantean las antagónicos posicionamientos que quedan expuestos (debe destacarse que la argumentación de la parte recurrente, en casi todo su contexto va dirigido a la cuestión de fondo en el debate planteada, como así lo pone de manifiesto, no sólo el propio contenido del motivo que se analiza, sino también que así parece admitirlo la parte recurrente, al decir en el párrafo final del mismo: "Todo esto también lo alegamos en cuanto al fondo") debe resolverse en favor de la tesis que mantiene el juzgador de instancia; teniendo en cuenta, por un lado, que el actor, como se recoge en el incombatido ordinal primero del relato histórico de la sentencia recurrida, viene prestando servicios como personal laboral fijo para la codemandada, Consellería de Familia e Promoción de Emprego, Muller e Xuventude, de la Xunta de Galicia, en la oficina de empleo de Cee, con una antigüedad de 17 de septiembre de 1997, categoría profesional de auxiliar administrativo y percibiendo salario según Convenio. Por otra parte, la pretensión deducida en la demanda, a la que dio acogida la sentencia recurrida, iba dirigida a la declaración de que las funciones que el actor realiza están encuadradas en el Grupo II del Convenio Colectivo, siendo su categoría de Oficial 1ª Administrativo, y al abono de diferencias salariales. De ello se desprende, sin duda alguna, que el demandante y la Consellería codemandada están unidos por una relación jurídico-laboral, encuadrable dentro del art. 1 el Estatuto de los Trabajadores, y, con base en ello, el demandante postula el reconocimiento de una categoría profesional a la que tiene reconocida, haciendo uso de la modalidad procesal, clasificación profesional, prevista en el art. 137 de la Ley Adjetiva Laboral.

Lo que queda expuesto habrá de conducir a ubicar el caso litigioso dentro de los atribuidos al conocimiento y decisión de los órganos jurisdiccionales del orden social, por imperio de lo preceptuado en los art. 9º.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 y 2.a), de la Ley Adjetiva Laboral; y al haberlo apreciado y declarado así el "iudex a quo", su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso, y con la limitación antes referida, se le dirige. Procediendo, en consecuencia, dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, en el particular examinado. En consecuencia,

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la Consellería de Familia e Promoción de Emprego, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia, en cuanto referido, exclusivamente, a la competencia de jurisdicción, contra la sentencia de fecha seis de julio de dos mil -aclarada por auto de fecha veintiocho del mismo mes-, en proceso sobre clasificación profesional promovido por don M.R.G. frente a la recurrente y el Instituto Nacional de Empleo, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

## 3277 Recurso nº 2.539/2001

**S.S.** LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. SUCESIÓN DE EMPRESA SEN QUE SEXA DEMANDADA A EMPRESA CESIONARIA. NULIDADE DAS ACTUACIÓNS E REPOSICIÓN DESTAS Ó MOMENTO ANTERIOR Á ADMISIÓN DA DEMANDA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José M. Mariño Cotelo*

A Coruña, veinticuatro de octubre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.539/2001 interpuesto por don J.C.A.V. 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 J.C.A.V. en reclamación de NULIDAD CONTRATO siendo demandado INEM y la empresa "M.L.C." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 371/2000 sentencia con fecha catorce de marzo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que (sic)la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- El actor, don J.C.A.V. cuyos datos personales constan en autos, nacido el 27.05.74, suscribió con la empresa "M.L.C.", dedicada a la actividad de aserradero de maderas, contrato de trabajo de aprendizaje con una duración de 6 meses, extendiéndose desde 18.05.94 hasta 17.11.94, el contrato tenía por objeto el aprendizaje de aserrador y la formación teórica era impartida por ANCED (ASOCIACION NACIONAL DE CENTROS DE ENSEÑANZA A DISTANCIA). El citado contrato fue objeto de una primera prórroga de seis meses, con una duración de 18.11.94 a 17.05.95./ Segundo.- En fecha 14.04.95 don M.L.C. como representante de la empresa "M.P., S.L", dirige escrito a la Oficina de Empleo de Lugo en el que comunica la subrogación de contratos de trabajo, entre los que figura el del actor don J.C.A.V./ Tercero.- El contrato anteriormente citado fue objeto de una segunda prórroga, entre la empresa "M.O., S.L" y el actor, la duración prevista era de 18.05.95 hasta el 17.05.97./ Cuarto.- Con fecha 19.05.98, el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo dictó sentencia declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, con derecho a una renta vitalicia del 55% de la base reguladora anual de 690.580 ptas. Contra la referida sentencia, el actor interpuso recurso de suplicación con objeto de modificar la base reguladora. Habiendo presentado el actor la formalización del recurso una vez transcurrido el plazo concedido, se dio por finalizado el trámite del recurso de suplicación en auto del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo de fecha 09.07.98./ Quinto.- Con fecha de entrada 03.01.00 el actor dirige escrito a la Dirección provincial del INEM de Lugo solicitando dicte resolución declarando la nulidad del contrato de aprendizaje de fecha 18.05.94./ Sexto.- Se presentó reclamación previa ante el INEM en fecha de entrada 17.04.00 sin obtener contestación a la misma."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario invocada por la empresa "M.L.C." y sin entrar en el fondo del asunto absuelvo a los demandados en la instancia."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO. La sentencia de instancia, estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario invocada por la empresa M.L.C. y sin entrar en el fondo del asunto, absolvió a los demandados en la instancia. Contra dicha resolución se alza el demandante, J.C.A.V., 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, interesa la revisión de los hechos declarados probados y en el segundo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende el examen del Derecho aplicado en la sentencia impugnada.

SEGUNDO. En lo concerniente al primero de los motivos de recurso, interesa el actor recurrente que se modifique el ordinal primero de los que constituyen el relato histórico de la resolución "a quo", ofreciendo redacción alternativa del tenor literal siguiente: "El actor, don J.C.A.V. suscribió con la empresa M.L.C., dedicada a la actividad de aserradero de maderas, contrato de aprendizaje con una duración de 6 meses, extendiéndose desde el 18.05.94 hasta el día 18.11.94, siendo prorrogado hasta el día 17.05.95 y la formación teórica según el contrato era impartida por Anced, lo que es incierto porque no disponía este Centro del curso de aserrador y sólo se le ha entregado los libros de tecnología educativa del curso de carpintería de armar y taller".

TERCERO. No invoca el recurrente prueba alguna, documental y/o pericial, en que sustentar su pretensión revisoria, siendo así que, como esta propia Sala ha tenido oportunidad de manifestar en anteriores ocasiones, el recurrente está obligado a justificar toda pretensión de modificación del relato histórico de la sentencia recurrida con la ineludible indicación de los concretos medios de revisión que pongan de manifiesto el error del Juez de instancia en la valoración de la prueba, siendo también obligada para la parte la expresión de la nueva redacción que pretenda como modificación o añadido de lo recogido en la resolución combatida y aunque el recurrente ofrece redacción alternativa a la recogida en el ordinal primero, no establece cual sea la prueba documental y/o pericial en que se apoya, lo que sería determinante para el éxito de su pretensión revisoria, siendo así que, en consecuencia, ha rechazarse la modificación del hecho probado primero solicitada por el demandante en el primer motivo del recurso de suplicación articulado contra la sentencia de instancia.

CUARTO. Constituyendo el motivo segundo del recurso, con amparo procesal correcto, el demandante interesa el examen del Derecho aplicado en la sentencia recurrida, denunciando la violación, por no aplicación del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por más que las cuestiones relativas a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario han de plantearse, en el ámbito del recurso de suplicación, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral al tratarse de materia inherente a la esencia de la relación jurídico procesal y su constitución con arreglo a Derecho, no puede olvidarse que la figura jurídico procesal en cuestión tiene como fin lograr que tengan intervención, o posibilidad de intervenir cuando menos, todos aquellos a quienes pudiera afectar el resultado de la sentencia que dictase el Organo Jurisdiccional en atención a una hipotética y potencial responsabilidad en la cuestión objeto del proceso, habiendo establecido el Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 23.11.1990, 10.03.1986 y 24.05.86 que "la relación jurídico - procesal se ha de constituir de modo que sean convocadas al proceso todas aquellas personas a quienes la cuestión debatida afecta, por cuanto la declaración que se pretende obtener decide sobre posibles derechos o situaciones jurídicas de dichas personas", y que "el litisconsorcio, obedece a la necesidad de llamar a los autos a cuantos estén interesados en la relación jurídica debatida y puedan resultar afectados por los pronunciamientos correspondientes, evitando de esa manera la indefensión de las personas que no han sido oídas", de manera que, en el presente caso, como se desprende del inalterado relato fáctico de la resolución de instancia, habiéndose iniciado la relación laboral, a medio de un contrato de aprendizaje, entre el actor y la empresa M.L.C., el día 18.05.94 con duración hasta el día 17.11.94, que tuvo por objeto el aprendizaje de aserrador, prorrogándose el contrato, en un primer momento, por seis meses con una duración de 18.11.94 a 17.05.95, se produjo la subrogación del contrato de trabajo de la empleadora antedicha a la empresa "M.P., S.L." con fecha 01.04.95, teniendo lugar una segunda prórroga del contrato de aprendizaje, antes reseñado, con fecha 18.05.95 hasta el 17.05.97, es claro que la patronal "M.P., S.L." debió de haber sido llamada al proceso pues es titular de un interés legítimo que podría verse perjudicado por la resolución que pudiera recaer en un procedimiento en el que no habría

sido oída, lo que constituiría una transgresión del principio de audiencia y la posibilidad de que pudiera seguirse otro proceso cuya resolución podría entrar en contradicción con la que recayese en la anterior controversia, sin que a ello sea óbice el vinculo de solidaridad entre empresas cedente y cesionaria a que se contrae el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues tal precepto se refiere a obligaciones laborales no satisfechas nacidas antes de la transmisión o aún después cuando la cesión fuese declarada delito, situaciones que no son del caso, si bien la estimación de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, no puede conducir en este caso, a la desestimación de la demanda origen de las presentes actuaciones, cuando puede ser subsanada, mediante una declaración de nulidad de actuaciones, reponiéndolas al momento procesal oportuno, para su ampliación frente a la empresa citada, solución procesal que es la más habitual en el proceso laboral, siendo así que, en este caso, tal momento será el inmediato anterior a la providencia de 14.11.00 en que se tuvo por duplicada la demanda contra la empresa M.L.C. y se señaló fecha para juicio, habida cuenta de que la excepción procesal se articuló una vez llamada a juicio la empresa M.L.C., después de que la demanda rectora del proceso se dirigiese única y exclusivamente frente al Instituto Nacional de Empleo, debiendo estimarse el recurso, con el efecto de declarar la nulidad de las actuaciones producidas desde el momento antes referido al objeto de que se posibilite a la parte demandante configurar correctamente la relación procesal, siendo de tener en cuenta que, ex artículo 81.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, "el Organo Jurisdiccional advertirá a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido en la demanda, concediendo un plazo de cuatro días para su subsanación, con el apercibimiento de que, si no lo efectuase, se procederá a su archivo".

QUINTO. Debe, pues, decretarse la nulidad de las actuaciones, acordando que se repongan los autos al momento antes referido, debiendo el Organo Jurisdiccional de instancia requerir a la parte actora a efectos de que, en el plazo de cuatro días, amplíe la demanda frente a "M.P., S.L." advirtiéndole que, de no hacerlo así, se ordenará su archivo y, una vez ampliada ésta, seguir el juicio por sus tramites y con libertad de criterio, dicte en su caso nueva sentencia entrando en el fondo del asunto, sin que ello signifique prejuzgar la hipotética responsabilidad de la citada mercantil en relación con lo que es objeto del pleito. En consecuencia,

### Fallamos

Declaramos la nulidad de actuaciones desde el momento inmediatamente anterior a la providencia de 14 de noviembre de 2000, debiendo el Organo Jurisdiccional de instancia requerir a la parte actora a efectos de que, en el plazo de cuatro días, amplíe la demanda frente a "M.P., S.L." advirtiéndole que, de no hacerlo así, se ordenará su archivo y, una vez ampliada ésta, seguir el juicio por sus tramites con libertad de criterio, y en su caso dicte nueva sentencia entrando en el fondo del asunto, sin que ello signifique prejuzgar la hipotética responsabilidad de la citada mercantil en relación con lo que es objeto del pleito.

**3278** **Recurso número: 03/0009807/1997**

**S.CA.** NULIDADE DE ACTUACIÓNS E SUBSEGUINTE REAPERTURA DO PROCEDEMENTO SANCIONADOR POLOS MESMOS FEITOS E EN VIRTUDE DESTA VISTA DE CONTROLADOR LABORAL. NULIDADE DAS ACTUACIÓNS. CADUCIDADE DO PROCEDEMENTO SANCIONADOR.

*Ponente: Ilmo. Sr. Don Enrique García Llovet.*

A Coruña, veintiséis de octubre de dos mil uno.

**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 03/0009807/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por C.R.F., con D.N.I... domiciliado en c/... (Ferrol), representado por don J.A.C.B. y dirigido por el Letrado don E.D.R., contra Resolución de 22.07.97 desestimatoria de recurso ordinario sobre acta de infracción nº 1.718/94, Expte. nº 471/94.. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 ptas.

## Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 16 de octubre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

## Fundamentos de derecho

I.- La parte recurrente impugna en esta vía jurisdiccional la resolución de 31 de enero de 1996 desestimatoria de recurso ordinario sobre acta de infracción núm. 1.718/94; constituyendo el suplico de la demanda el que por esta Sala se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución recurrida o bien con carácter subsidiario se declare la caducidad del procedimiento.

II.- Los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda se contraen a los siguientes extremos:

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social remitió al actor una primera Acta de Infracción en fecha de 21 de enero de 1994 (acta núm. 2.689/93), por una falta de comunicación de alta en la Seguridad Social, siendo el trabajador perceptor de la prestación de desempleo, y realizadas las alegaciones de descargo por el actor, se procede a la anulación y archivo del expediente de acuerdo Resolución de 13 de mayo de 1994. En data posterior el 4 de octubre de 1994 se extiende, sobre los mismos hechos, una segunda Acta de Infracción con número 1.718/1994.

Frente a esa segunda Acta de Infracción se remite un nuevo escrito de descargo de fecha 20 de octubre de 1994, escrito que tras diversas incidencias de procedimiento, sin relevancia alguna en este momento, se desestima por resolución de 25 de mayo de 1995 e interpuesto recurso ordinario se desestima igualmente dicho recurso por resolución de 31 de enero de 1996, notificada el 4 de agosto de 1997, siendo estas últimas resoluciones frente a las que ahora se alza el actor en esta vía jurisdiccional.

El actor funda su pretensión anulatoria en una invocación del art. 64 y concordantes de la Ley 30/91 así como en, un plano distinto pero conexo, en una alegación de caducidad del procedimiento sancionador al amparo de lo dispuesto en el art. 20.6 del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora y en relación con el mismo a las disposiciones atinentes en el art. 43.4 de la Ley 80/92 respecto de los efectos de tal instituto. Por último se denuncia una vulneración del principio de inmediatez temporal que ha de acompañar necesariamente al acta infractora para que la misma goce de la presunción de certeza que constituye el fundamento de la resolución sancionadora.

III.- El examen de las alegaciones del actor ha de comenzar por su invocación del art. 64 de la Ley 30/92, precepto que no impone, como erróneamente interpreta el actor, la nulidad de los actos conexos con uno viciado de nulidad, por el contrario ese precepto se articula como un sólido valladar a la comunicabilidad o transmisibilidad de tales vicios o, mejor dicho, sus efectos en pro del principio de conservación; con la reserva naturalmente de aquellos actos "cuya parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado"

Pero es justamente ese último inciso el que ahora debe centrar el debate pues como nos recuerda nuestro Tribunal Supremo, "El art. 64-1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992 (y el 50-1 de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo, sustancialmente igual), establece "a sensu contrario" que la invalidez de un acto implicara la de los actos sucesivos que no sean independientes" (Sentencia de 20 de septiembre de 1995).

Pues bien en el caso que nos ocupa el archivo de las actuaciones seguidas no impidió a la Administración demandada reabrir, por idénticos hechos y tomando razón de aquella primera visita realizada el 22 de septiembre de 1993 por la controladora laboral (así se deduce inmediatamente del encabezamiento del anexo del Acta de infracción número 1.718/94), el procedimien-

to sancionador dando lugar a la resolución que ahora se impugna en esta vía jurisdiccional.

Este dato por si solo y en razón de la comunicabilidad de los vicios que afectaban a aquel primer acto, vicios que dieron lugar al archivo de las actuaciones en un primer momento "por carecer de los elementos subjetivos necesarios, que de conformidad con el art. 52 de la Ley 8/88 de 7 de abril" (así se señala entre otros en el Informe del Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social de fecha de 14 de julio de 1995), y en los términos ya reseñados debería ser suficiente para estimar el presente recurso.

Pero aún si pudiéramos limitar esos efectos debería igualmente apreciarse la caducidad del procedimiento sancionador, conforme impone el art. 20 del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. Una caducidad que debe recordarse opera en nuestro ordenamiento como instituto de garantía del principio de seguridad jurídica, principio no puede olvidarse de rango constitucional y de especial relevancia cuando nos encontramos en presencia del ejercicio de potestades de naturaleza punitiva. Una caducidad que no admite por su propia naturaleza y en contra de lo que señal en la resolución impugnada interrupción alguna en su cómputo sino es por la inactividad del propio interesado y ello porque así lo impone el art. 43 de la Ley 30/92, a diferencia del instituto de la prescripción (STS de 9 de noviembre de 2000, entre muchas otras), debiendo recordarse en este caso que la dilación temporal excesiva en la resolución no fue responsabilidad del ahora actor sino de la propia administración demandada que obvió o extravió un escrito de descargo presentado en plazo, así se reconoce en la misma resolución combatida.

Debe recordarse además que la obligación legal de resolver en un plazo impide un uso espurio del procedimiento para interrumpir la prescripción de infracciones y sanciones. Pero esa necesaria articulación entre los dos institutos precitados se vería burlada si la Administración iniciara y archivara, por defectos o vicios formales, de forma sucesivas actuaciones en el marco varios procedimientos sancionadores, formalmente diferenciados, respecto de unos mismos hechos, actuaciones que por lo dicho deberían entenderse como un todo.

En último lugar si consideráramos esta Segunda Acta de infracción como distinta y formando parte de un procedimiento formal y sustancialmente diferente de aquel que dio lugar a la primera Acta de infracción, además de deber considerar de nuevo la posible caducidad del procedimiento a la vista de las datas de iniciación y de notificación de la resolución final del mismo, debemos apreciar un defecto en la exigida, por nuestra jurisprudencia, inmediatez de la acción inspectora, en este caso circunscrita al informe del controlador laboral, con más de un año de distancia entre la comprobación material y el informe referido, viciando así la presunción de veracidad y la eficacia probatoria en el procedimiento de las actas.

Por todo lo cual procede la estimación del recurso.

IV.- Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa condena en las cuotas del mismo, de conformidad a las previsiones del art. 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

## Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por C.R.F. contra Resolución de 22.07.97 desestimatoria de recurso ordinario sobre acta de infracción nº 1.718/94, Expte. nº 471/94, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES; y en consecuencia, anulamos dicha resolución por ser contraria a Derecho. Sin imposición de costas.

**3279** **Recurso nº 2.132/98**

**S.S.** PENSIÓN DE ORFANDADE EXTINGUIDA POLO CUMPRIMENTO DA IDADE DE DEZAOITO ANOS ANTES DA LEI 24/1997, DO 15 DE XULLO. REPOSICIÓN Á ACTORA NO SEU DEREITO.

*Ponente: Ilma. Sra. Dª. Pilar Yebra Pimentel Vilar*

A Coruña, veintinueve de octubre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.132/98 interpuesto por doña M.D.S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.D.S.A. en reclamación de 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. 126/98 sentencia con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La actora, doña M.D.S.A., nacida el 21 de mayo de 1979, le fue extinguida la pensión de Orfandad de la que era beneficiaria y que venía percibiendo su madre doña M.D.A.R. por Resolución del I.N.S.S. de fecha 16 de junio de 1997, por haber cumplido 18 años de edad.- SEGUNDO.- La actora solicitó en fecha 28 de noviembre de 1997 el reconocimiento de la pensión de Orfandad, en base a no realizar trabajo lucrativo alguno por cuenta propia o ajena.- TERCERO.- En fecha 29 de enero de 1998, formuló reclamación previa, presentando demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 23 de febrero de 1998".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña M.D.S.A. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos por la actora".

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

### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- No se discuten en el recurso los hechos que la sentencia que se recurre declara probados, a saber: la actora, nacida el 21.05.1979, percibía pensión de orfandad. Por resolución del I.N.S.S. de fecha 16 de junio de 1997 se dejó extinguida dicha pensión por haber cumplido 18 años de edad. El 28.11.1997, con base en el nuevo artículo 175.2 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994\1.825), según la redacción dada por el artículo 10 de la Ley 24/1997, de 15 de julio (RCL 1997\1.806), solicitó la actora el reconocimiento de la pensión de orfandad, en base a no realizar trabajo lucrativo alguno por cuenta propia o ajena. Su petición fue denegada tanto en vía administrativa como judicial, por lo que acude a la suplicación, por la vía del artículo 191.c) de la Ley Procesal Laboral (RCL 1995\1.144 y 1.563) y denuncia la infracción por interpretación errónea del articulo 10.1 apartado 2 de la ley 24/97 de 15 de julio.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia justificó su denegación por entender que a la entrada en vigor de la nueva norma –el 5 de agosto de 1997– ya estaba extinguido el derecho a la pensión de orfandad que le había sido reconocido conforme a la legislación precedente ("tempus regit actum") vigente al tiempo del fallecimiento de su padre, sin posibilidad de rehabilitación; porque además, la disposición adicional octava mencionada redactada conforme al artículo 13 de la Ley 24/1997, en su apartado 4, preveía que "las disposiciones previstas en el artículo 175 de esta Ley serán de aplicación a quienes a la fecha de entrada en vigor de la Ley de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social se encontrasen percibiendo la prestación de orfandad", siendo claro que al 5 de agosto del 97 (fecha de entrada en vigor de la nueva norma) no se encontraba la reclamante percibiendo pensión de orfandad que había quedado extinguida el 16.06.1997.

TERCERO.- No obstante, el tema que nos ocupa y que se refiere a la aplicación o no del artículo 10 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, a quienes se les extinguió el derecho al percibo de la pensión de orfandad por haber cumplido 18 años, antes de la entrada en vigor de la citada Ley, al objeto de que puedan ser repuestos en el percibo de dicha pensión beneficiándose de los nuevos límites de edad establecido en la reforma operada por la misma del artículo 175 de la Ley General de la Seguridad Social, ha sido resuelto por la jurisprudencia unificadora de doctrina en sentencias de 12 de mayo (RJ 1999\4.815), 25 de junio (RJ 1999\5.785) y 23 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7.487) en el sentido de que "aunque por aplicación de la normativa vigen-

te con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/1997, la actora perdía su pensión de orfandad al cumplir los 18 años, los efectos de la nueva ley ampliadora de los beneficios de orfandad le son aplicables si se tiene en cuenta y se armoniza el contenido de las recientes disposiciones. Entre ellas hay dos que justifican sobradamente el derecho de la actora desconocido por la sentencia recurrida. Una es la citada disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social, carente de sentido si no se aplicara la Ley 15 de julio de 1997 a las prestaciones de orfandad ya causadas antes del 5 de agosto de 1997, fecha de entrada en vigor de aquella Ley, con arreglo a la legislación anterior, pues, obviamente, la entrada en vigor de las leyes señala el momento de aplicación de las mismas a las situaciones surgidas desde entonces. Y la otra disposición, es la transitoria 6ª bis, añadida por el artículo 10.3 de la Ley, en la que establece un principio general para determinar los nuevos límites de edad respecto a la condición de beneficiarios de la prestación de orfandad, cual es la aplicación a partir del 1 de enero de 1999, pero seguidamente se instaura un régimen transitorio paulatino aplicable a los años 1997 y 1998, respectivamente, de 19 y 20 años y de 20 y 21 en el supuesto de inexistencia de ambos padres".

Como la actora tiene 18 años en 1997 y 19 en 1998 con lo que está dentro de los límites señalados por la disposición 6ª mencionada, que tampoco se entendería si sólo se aplicara a quienes teniendo 18 años en 1997 como la actora, los cumplieran sin embargo a partir del 5 de agosto de dicho año, de conformidad con dicha doctrina jurisprudencial debe estimada la pretensión de la recurrente y en su consecuencia, con revocación de la sentencia, estimar la demanda originaria de los autos, manteniendo el derecho a la pensión de orfandad, con efectos desde 5 de agosto de 1997 fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997.

### Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña D.S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de los de Ourense de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, dictada en autos seguidos a instancia de la recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre pensión de orfandad, y con revocación de la misma y en sustitución de ella, estimamos la demanda originaria de los autos y consecuentemente condenamos a las entidades gestoras por el orden legal de sus respectivas responsabilidades a reponer a la actora en el derecho a su pensión de orfandad en cuantía reglamentaria, con efectos desde 5 de agosto de 1997 y hasta que concurra causa legal de extinción.

## 3280 Recurso nº 4.554/98

**S.S.** SOCIA TRABALLADORA DUNHA SOCIEDADE ANÓNIMA LABORAL QUE OCUPA A CONDICIÓN DE PRESIDENTA DO CONSELLO DE ADMINISTRACIÓN. TEN A CONDICIÓN DE TRABALLADORA POR CONTA ALLEA E MANTÉN AS EXPECTATIVAS Á PRESTACIÓN POR DESEMPREGO.

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

A Coruña, treinta de octubre de dos mil uno.

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. 4.554/98 interpuesto por doña M.S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.S.C. en reclamación de DESEMPLEO siendo demandado INEM en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 411/1998 sentencia con fecha veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- La actora M.S.C. prestaba servicios para la empresa "E.M.V., S.A.L." con salario mensual de 145.586 ptas., con la prorrata de pagas extras./ Segundo.- La actora era socia trabajadora y presidenta del Consejo de Adminis-

tración de la "E.M.V., S.A.L." que se constituyó el 14.02.92 y consejera delegada con otros cuatro consejeros, y con poderes mancomunados./ Tercero.- La actora como presidenta el Consejo de Administración de la S.A.L. efectúa la contratación de los directores gerente, de fabricación y comercial, y la prórroga de sus contratos./ Cuarto.- El INEM dicta una resolución el 29.09.98 por la que declara indebida la prestación por desempleo de la actora en el período de 21.12.97 a 06.01.98 y le demanda el reintegro de 34.920 ptas. percibidas en dicho período, por no poder reanudar la percepción de la prestación por desempleo que le había sido reconocida tras el expediente de regulación de empleo en la empresa "O.E.E., S.A.", porque tras haberse colocado en la empresa "E." de la que es Presidente del Consejo de Administración y socia, al no existir relación de ajeneidad, no se encuentra en situación de desempleo, tras la pérdida de esta última colocación./ Quinto.- Se ha agotado la vía administrativa previa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre Prestaciones de Desempleo ha sido interpuesta por M.S.C. contra INEM, al que absuelvo.

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 demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó la impugnación del acuerdo del Instituto Nacional de Empleo (INEM) de 29.09.98, que declaró indebidamente percibida la prestación de desempleo por importe de 34.920 pesetas en el período 21.12.97/06.01.98 y reclamó la devolución de esa cuantía, y solicita con amparo procesal correcto examinar el derecho que contiene esa resolución, por entender que infringe los artículos 14 de la Constitución, 1 y 31 de la Ley 31/84 de 2-8 (Protección por Desempleo) en relación con los artículos 1 y 10 de la Ley 15/86 de 25-4 (Sociedades Anónimas Laborales, SAL), así como la jurisprudencia que cita, pues los cargos que desempeñó en una SAL no impiden su condición de trabajadora por cuenta ajena.

SEGUNDO.- Según los hechos probados de la sentencia recurrida, los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1) El 14.02.92 se constituyó "E.M.V., S.A.L."(ENVISAL). 2) La actora es presidenta del consejo de administración, en cuyo ejercicio contrató a los directores de gerencia, de fabricación y de comercial; junto a otras cuatro personas, es consejera delegada con poderes mancomunados. 3) La demandante es socia trabajadora y prestó servicios con salario de 145.586 pesetas mensuales. 4) El INEM, por acuerdo de 29.09.98, denegó reanudar la prestación de desempleo que tenía reconocida tras expediente de regulación de empleo en Ormis Embalajes España SA, por carecer de ajeneidad su relación con ENVISAL, y le reclamó 34.920 pesetas como indebidamente percibidas por tal concepto en el período 21.12.97/06.01.98.

TERCERO.- Los datos expuestos llevan a estimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- La jurisprudencia afirma que "...las sociedades de trabajadores cuyo modelo institucional, las llamadas sociedades laborales, admiten naturalmente la compatibilidad de socio trabajador y administrador social, y (en ellas) la asunción de cargos sociales representa más una continuidad de la colaboración que una situación de poder específico frente a los restantes socios trabajadores" (s. 14.10.98), así como que "...cabe admitir la posibilidad de coexistencia de ejercicio simultáneo de cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria... la inclusión o exclusión del trabajador -socio- gestor de una sociedad, dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad" (s. 20.10.98). 2ª.- En el actual supuesto, no consta que la demandante hubiese sido remunerada por haber ejecutado las descritas tareas de dirección y organización de la SAL, mientras que, al contrario, sí percibió la ordinaria y correspondiente retribución (salario) por los servicios que desempeñó como trabajadora común, lo cual revela la compatibilidad entre el ejercicio de unas y otras funciones. 3ª.- La decisión que adoptamos es conforme con supuestos específicos y semejantes al actual, decididos por sentencias del Tribunal Supremo de 11.11.97 ó 17.05.99. Esta última resolución afirma que "...este criterio se desprende de la nueva redacción del artículo 21 de la antes citada Ley de Sociedades Laborales, dada por el artículo 34 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que aclara la ambigüedad y llena el vacío de la anterior redacción de este precepto... Con lo que resulta incuestionable el derecho a las prestacio-

nes de desempleo del actor socio y consejero delegado, no retribuido por el desempeño de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, pues el apartado 2.a) de este artículo según la nueva redacción, sólo excluye de aquella protección, a los socios trabajadores 'cuando por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo, estén o no vinculados, simultáneamente a la misma mediante relación laboral común o especial...". Por todo ello,

### Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de doña M.S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 22 de septiembre de 1998 en autos nº 411/98, que revocamos, acogemos su demanda contra el Instituto Nacional de Empleo, anulamos el acuerdo de 29 de septiembre de 1998 de la entidad demandada y declaramos el derecho de la recurrente a percibir prestación de desempleo y su inexistente obligación de restituir a la entidad gestora la cantidad que ésta le había requerido.

## 3281 Recurso nº 3.368/01

**S.S.** DESPEDIMENTO DO TRABALLADOR TEMPORAL ANTES DO VENCEMENTO DO SEU CONTRATO. OS SALARIOS DE TRAMITACIÓN LIMÍTANSE ATA A DATA DO SEU VENCEMENTO. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO NO CASO DOUTRO TRABALLADOR, QUE DIMITIRA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel*

A Coruña, treinta y uno de octubre de dos mil uno.

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. 3.368/01, interpuesto por don M.D.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.D.V. en reclamación de despido, siendo demandado "T.B.N.V., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 156/01 sentencia con fecha 20 de abril de 2001, por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- el actor M.D.V. presta servicios para le empresa demandada "T.B.N.V., S.L." desde el 13.03.95, con la categoría profesional de oficial de 1ª advtvo. y salario mensual con prorrata de pagas de 187.576 ptas. y A.B. desde el 04.10.2000 con la categoría de auxiliar administrativo y salario mensual de 105.822 ptas. con la prorrata de pagas extras.- II.- M.D.V. es delegado de personal y A.B. no es ni ha sido representante de los trabajadores.- III.- El día 06.03.01 A.B. fue despedido verbalmente, tenía suscrito un contrato temporal que se extinguió el 03.04.01.- IV.- El día 05.03.01 en la empresa demandada hubo una reunión de los trabajadores donde M.D.V. manifestó que quería la cuenta porque se marchaba de la empresa, porque tenía otro trabajo en La Coruña, y por la tarde ya no fue a trabajar.- El día 06.03.01 acudió M.D. a la empresa con dos testigos, el Sr. D.B., que trabaja en una cafetería de la que el actor es cliente, y el Sr. A. cliente de la cafetería; delante de ellos empresario le dijo que no tenía nada que hacer allí, que recogiera sus cosas y se fuera y dejara las llaves.- Desde el día 7 u 8 de marzo, M.D. presta servicios para la empresa de transportes "B.".- V.- El día 05.03.01 la empresa y marca "B.", rescinde toda relación comercial con la demandada "T.B.N.V., S.L." y desde el día 15 esta empresa carece de actividad y ha rescindido los contratos con todos los trabajadores.- VI.- La carta del 6-301(sic) que el Sr. D.V. presenta en la prueba documental no fue firmada ni entregada por el representante de la empresa, A.A.- VII.- Se ha intentado conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Con estimación de la demanda interpuesta por A.B.R., declaro IMPROCEDENTE el despido de que el mismo fue objeto con fecha 06.03.01. Y condeno a la demandada "T.B.N.V., S.L."

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

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

QUINTO.- El 12.09.01 la parte demandante presentó escrito aportando informe cotización de la TGSS, escrito de 6 de marzo de 2001 y copia de sentencia. Por Providencia de 13.09.01 se acordó dar traslado a la otra parte tanto de los documentos aportados, como de los acompañados al escrito de formalización del recurso de suplicación, para que en el plazo de tres días alegase lo que a su derecho estimase oportuno. Transcurrido el mismo no se presentó contestación.

SEXTO.- Por Auto de 09.01.01 se acordó unir a los autos los informes de cotización durante la vida laboral del actor aportados tanto en el escrito de formalización como posteriormente, y que se devolvieran al demandante el escrito de 6 de marzo de 2001 y la copia de la sentencia, asimismo, aportados. Contra dicho Auto no cabía recurso alguno, el que fue notificado a las partes.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, en cuanto formulada por A.B.R., declarando improcedente el despido de éste, con las consecuencias señaladas en el fallo de la mencionada resolución; la que, por otra parte, desestima la demanda respecto al también demandante M.D.V., absolviendo a la empresa de la pretensión de este. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación letrada de los demandantes, construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo de lo dispuesto en el art. 191, letra a), de la Ley Procesal Laboral, interesando la nulidad de la sentencia por conculcarse, aduce, el art. 86.2 y lo declarado en sentencia de este Tribunal de 05.01.94 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 03.04.95. Aduciendo que en el hecho probado VI de la sentencia recurrida se hace referencia a la carta de 6 de marzo de 2001 presentada por el correcurrente Sr. D.V., no habiendo sido firmada ni tampoco entregada por el representante legal de la empresa demandada, pudiéndose comprobar, añade, que incluso el representante manifiesta que la carta de despido es una falsificación porque no estaba firmada por el deponente, negando la firma de la misma, que por cierto se hallaba debidamente sellada con el mismo sello que la empresa utilizó en documento aportado por ella -folios 113 y 114- por lo que estima que se imputa la falsedad en el acto del juicio de un documento que, de ser auténtico y verdadero, obligaría a modificar el signo del fallo, por ser de notoria influencia en el pleito, y la juzgadora debió conceder, una vez terminado el juicio un plazo de 8 días para la interposición de la querella, conforme al art. 86.2 de la Ley de Procedimiento Labora, omisión que, entiende el recurrente acarrea ineludiblemente la declaración de nulidad de las actuaciones, conforme a la doctrina de esta Sala, manifestada en la sentencia antes citada, al no haberse otorgado dicho trámite.

La censura no puede prosperar, porque la carta anteriormente referida no puede conceptuarse como documento que pueda tener influencia notoria en el pleito y que dé lugar a que no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta; circunstancias éstas que serán precisas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.2 de la Ley Rituaria Laboral, para producir el efecto suspensivo de las actuaciones y concesión de plazo para la presentación de la querella que la propia norma señala; y no es así, teniendo en cuenta, tanto el propio contenido formal del documento -singularmente al aparecer suscrito con una firma ilegible -mejor, una rúbrica- trazada por persona desconocida y, sin duda alguna, de que no ha sido la autorizada para comunicar el despido (así se afirma en el hecho probado VI y se admite expresamente por la parte recurrente). Pero es que, además, cualquiera que fuera el resultado final del hipotético proceso penal que pudiera iniciarse por tal motivo, sería irrelevante a los fines de la controversia, teniendo en cuenta las situaciones fácticas relatadas en el hecho probado IV y afirmaciones, con el mismo valor, vertidas en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, letra b), de la Ley Adjetiva Laboral, se articula el segundo de lo motivos, en el que se pretende la revisión de hechos probados, formulando, al efecto, las tres peticiones reviras siguientes: A) Que el hecho III quede redactado con el siguiente texto: "El día 06.03.01 A.B.R. fue despedido verbalmente. Tenía suscrito un contrato temporal por circunstancias de la producción, de fecha 4 de octubre de 2000, en el que se hacía constar como objeto contractual: "necesidades de la empresa-acumulación de tareas", y con una duración inicial de tres meses, siendo prorrogado el 4 de enero de 2000 por tres meses más". B) Que el hecho IV quede redactado del siguiente modo: "El día 06.03.01 don M.D.V. acu-

dió a la empresa con dos testigos, el Sr. J.M.A.V., que trabaja en una cafetería de la que el actor es cliente, y el Sr. B.M., cliente de la cafetería; delante de ellos y de otro trabajador de la empresa, don J.M.C., el empresario le dijo a don M. que no tenía nada que hacer allí, que recogiera sus cosas y se fuera y dejara las llaves pues no pertenecía a la empresa. Al día siguiente, don M.D.V. y don A.B.R. presenta demanda en materia de DESPIDO ante el Juzgado de lo Social de Vigo, en cuyo tercer otrosí solicitaban el embargo preventivo de los bienes de la empresa. Con fecha de 14 de marzo de 2001, se dictó Auto por el que se decretaba el embargo preventivo de los bienes de la empresa demandada, siendo ampliado a medio de providencia de fecha 26 de marzo de 2001". C) Que el hecho VI quede redactado así: "La carta del 06.03.01 de la empresa "T.B.N.V., S.L." que el Sr. D.V. había presentado ante el Juzgado el 14 de marzo de 2001 y en el acto de juicio oral, señalaba que "sirva el presente comunicado para que con esta fecha queda rota nuestra relación laboral a tenor de las circunstancias y actuaciones por su parte emprendidas el día 5 de marzo de 2001, tras el lamentable comunicado de ruptura de la sociedad "B.T.B.N.V., S.L." consideramos a todas luces improcedente su solicitud de comparencia de un notario cuando esta empresa a Dios Gracias todavía no ha quebrado. En vista de esto, considero rescindida nuestra relación laboral. Tal documento aparece rubricado y con sello de la empresa aunque no fue firmado ni entregado por el representante de la empresa, don A.A.".

Se accede a la primera de las revisiones -apartado A- , a la vista de la prueba documental invocada por la parte recurrente -folios 3 a 6- .Por el contrario, no se admiten las restantes. La segunda -apartado B), porque los medios de prueba de apoyatura no la justificarían; así, el acta de juicio es ineficaz a tal fin; la prueba acompañada al escrito de formalización - ...nada acreditaría, y lo mismo acontece con los documentos de los folios 212 a 215, ya que el cese voluntario del trabajador no requiere una manifestación escrita, sino que puede manifestarse verbalmente y el no recibo de la liquidación tampoco obsta a la afirmación vertida en el hecho probado impugnado. La tercera -apartado C)-, porque aún siendo cierto el contenido de la carta de fecha 06.03.01, el mismo carece de relevancia, al mantenerse inalterado, en lo demás, el hecho probado VI, que es lo fundamental.

TERCERO.- Con cobertura en el art. 191, apartado c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el tercero de los motivos se denuncia infracción, por aplicación errónea o interpretación incorrecta, de los art. 82., 15.3, 49.1.c), 55.1 y 4 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores 108.1 y 110 de la citada Ley Procesal y 1.214 del Código Civil; además de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias, del Tribunal Supremo -Unificación de Doctrina- de 7 de noviembre de 1995 y de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y Comunidad Valenciana de 22/02/95 y 19/09/95, respectivamente; por estimar, esencialmente, que la declaración contenida en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida, fijando los salarios de tramitación del codemandante A.B.R. hasta el momento en el que el contrato de éste debió extinguirse, no es correcta, ya que la juzgadora reconoce expresamente que se había alegado el carácter fraudulento del contrato aunque no se había logrado acreditar tal argumentación, decisión que considera errónea por contradecir las cláusulas establecidas en el contrato del actor -folios 4 y 5- , en las que se pude observar con la precisión y claridad que exige el art. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores la causa y circunstancia que justificaba el carácter temporal del mismo; siendo, por ello, fraudulento el contrato al no haberse reflejado en el mismo el carácter de la contratación o el trabajo concreto a desarrollar por el actor, lo que haría nacer la presunción del fraude de ley, sería al empleador al que le correspondería acreditar la voluntad de las partes de concertar un contrato de esa naturaleza, además de demostrar la concurrencia de las circunstancias justificadoras de la eventualidad, lo que no ha hecho; y lo contrario sigue diciendo el recurrente, que parece deducirse de la sentencia sería contradecir el principio de inversión de la carga de la prueba , tarea exclusiva de la empresa ; y siendo el contrato indefinido, no era posible cesar al actor el día 03.04.01, ni limitar los salarios de tramitación a esta fecha, al convertirse el cese en un despido, con las consecuencias legales del despido improcedente, sin la limitación temporal fijada en la sentencia.

El motivo no puede alcanzar éxito, por cuanto la cláusula de temporalidad "necesidades de la empresa-acumulación de tareas", fijada en el contrato de trabajo del codemandante A.B.R. habrá de conceptuarse legalmente válida y eficaz a efectos de duración de la relación laboral, que debía extinguirse el 3 de abril de 2001; pero al haber sido despedido el trabajador, verbalmente, el día 6 de marzo anterior, los efectos del despido del mismo, en cuanto a salarios de tramitación e indemnización, alcanzan hasta la fecha en que la relación jurídico-contractual

debía haber perdurado; y al estimarlo así la juzgadora de instancia su resolución se acomoda a derecho y a la reiterada doctrina jurisprudencial -por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1998-. No pudiendo, por tanto, fijarse el alcance económico del despido del modo pretendido en el motivo que se analiza.

CUARTO.- En el correlativo, y último, de los motivos del recurso y con apoyo en el art. 191, letra c), de la Ley de Trámites Laboral se denuncia infracción, por no aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de los art. 49.1.d), 54. 1 y 2, 55.4, párrafo segundo y 56 del Estatuto de los Trabajadores, y de los artículos 1.249, 1.253, 1.265, 1.266 y 1.282 del Código Civil, así como infracción, por aplicación indebida del art. 49.1.d) del citado Estatuto; argumentando, sustancialmente, que discrepa totalmente del fallo y fundamentación del juzgador al considerar que el codemandante don M.D.V. tenía intención de abandonar la empresa el día 5 de abril de 2001, olvidándose del contenido claro y rotundo de la carta de despido que le fue notificada al trabajador (obrante al folio 13 de los autos), basándose en la valoración de la prueba testifical presentada por la empresa; existiendo, dice, error patente que se puede deducir de la valoración objetiva de las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la extinción de su contrato; haciendo una serie de consideraciones acerca del carácter de representante de los trabajadores del nombrado demandante, despido verbal del mismo y otros, presentación de la demanda por el recurrente, con solicitud de embargo preventivo de los bienes de la empresa; haciendo una valoración de esta situaciones y refiriéndose, así bien, a que pocos días después se le notifico una carta de despido, claramente imprecisa y defectuosa, que se incorpora a las actuaciones el 14 de marzo de 2001, a la que se hizo mención anteriormente, reiterando el recurrente la denuncia que efectúa en el motivo primero, y haciendo referencia, asimismo, a la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia, el que, afirma el recurrente finalmente, no basó su fallo en prueba alguna convincente, sacando la conclusión del conjunto parcial de la prueba aportada por una de las partes, pero determinado en gran medida por una intuición personal, contrarios no sólo a la falta de pruebas e inactividad de la empleadora sino también contrario al sentido común, la experiencia humana y la lógica, confiada en la creación fantasmal, hábil y teatral de una versión de la demandada que sólo concurrieron en el acto del juicio oral y que, a la postre, ha perjudicado los derechos de ambos recurrentes.

Del inmodificado relato fáctico -hecho probado VI- de la sentencia recurrida, se desprende que el día 05.03.01 la empresa y marca "B.", rescinde toda relación comercial con la demandada "T.B.N.V., S.L." y desde el día 15 esta empresa carece de actividad y ha rescindido los contratos con todos los trabajadores. Esta situación pone de manifiesto, sin lugar a dudas, que no se está en presencia de un acto de despido respecto al nombrado codemandante, sino de la causa de extinción del contrato de trabajo, prevista en el art. 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, cual es la dimisión del trabajador; y al haberlo apreciado y declarado así el "iudex a quo", su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el motivo que se analiza se le dirige.

QUINTO.- Por todo lo que queda expuesto procede desestimar el recurso y, en definitiva, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

## Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de los demandantes don M.D.V. y don A.B.R., contra la sentencia de fecha veinte de abril de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Vigo, en proceso por despido, promovido por los recurrentes frente a la empresa "T.B.N.V., S.L." debemos confirmar y confirmamos, íntegramente, la sentencia recurrida.

**3282** **Recurso nº 3.611/01**

**S.S.** DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN: TEMPO DE SERVICIO NO CASO DE ENCADEAMENTO DE CONTRATOS CON INTERVALOS DE POUCA ENTIDADE ENTRE ELES. CONSIGNACIÓN INSUFICIENTE DE INDEMNIZACIÓN LOGO DE RECOÑECEMENTO DA IMPROCEDENCIA NO SMAC QUE NON PARALIZA O DEVENGO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN. CONTÍA DO SALARIO: REMISIÓN Ó CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.

*Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Yebra-Pimentel Vilar*

A Coruña, treinta y uno de octubre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el Rollo nº 3.611/01, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por la Letrada doña E.S.P., en nombre y representación de don J.M.S.B., y por el Letrado don L.A.M., en nombre y representación de "E., S.A.", contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de Santiago de Compostela.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 784/00 se presentó demanda por don J.M.S.B., sobre DESPIDO, frente a la empresa "E., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha once de diciembre de 2000 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que el actor viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la parte demandada, "E., S.A.", con domicilio en… (Coruña), dedicado a la actividad de hostelería, con un contrato de duración determinada, con fecha de inicio el 25 de febrero de 1999, con la categoría profesional de Camarero, siendo el centro de trabajo la Fundación Pública Hospital Da Barbanza-Ribeira, percibiendo un salario de 114.595´-pts. El 27 de agosto de 1999 dicho contrato se transformó en indefinido por acuerdo de ambas partes. SEGUNDO.- El día 14 de septiembre de 2000 al actor se le comunica mediante fax carta de despido, en los siguientes términos: "Muy Sr. nuestro: Esta Dirección ha tenido reciente conocimiento de las graves irregularidades que se han venido detectando en el servicio que presta Vd. como Camarero en el Hospital de Barbanza en Sta. Eugenia de Ribeira. Dichas irregularidades se concretan en: a) actitud indisciplinada con desobediencia de instrucciones relativas al cumplimiento de sus funciones; b) enfrentamientos con sus compañeros por abandono de sus tareas, y c) irregularidades en los arqueos de caja, que han originado discusiones y malos modos con sus compañeros y que podrían constituir, en algún caso, una apropiación indebida de su parte, en concreto de parte de la recaudación de caja correspondiente al pasado día 08.07.00. Estos hechos constituyen incumplimientos graves y culpables de su contrato de trabajo, a tenor de lo dispuesto en el art. 56.2, apartados c) y d) del Estatuto de los Trabajadores (R.D. Legislativo 1/95, de 24 de marzo), motivo por el cual esta empresa ha decidido proceder a su inmediato despido disciplinario con efectos del día 15.09.00. Con tal motivo y en esa misma fecha, causará baja en nuestra plantilla, quedando a su disposición la liquidación de los haberes y partes proporcionales que por todos los conceptos puedan corresponderle, debiendo, por su parte, entregar las prendas de uniformidad que esta empresa le haya proporcionado". TERCERO.- Que el actor no ostenta ni ha ostentado la condición de Delegado de Personal, ni miembro de Comité de Empresa o Delegado Sindical. CUARTO.- Que en fecha 17 de octubre de 2000 tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado siguiente: "*Pola representación da conciliada se manifesta que pese a considerar certos os feitos imputados na carta de despedimento ante a dificultade de probar os mesmos e tendo en conta a escasa antigüedade do traballador se recoñece a improcedencia do despedimento posto que en caso contrario de ter unha sentencia desfavorable os salarios de tramitación superarían a indemnización. Por iso se ofrece neste acto a cantidade de 284.800´-pts. nas que está incluida a indemnización e os salarios de trámite que regulamentariamente corresponderían ó actor polo seu despedimento, cantidade que de non ser aceptada será depositada na conta correspondente do Xulgado do Social, a tenor do disposto no artigo 56.2 do E.T. Pola parte conciliante se manifesta que non acepta a cantidade ofertada por non estar de acordo as partes, nin a antigüedade do traballador, nin o salario tido en conta para o cálculo da indemnización, nin dos salarios de tramitación. O acto remata sen avinza*".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO. Que estimando la demanda formulada por don J.M.S.B. contra la empresa "E., S.A.", debía de declarar y declaraba la improcedencia del despido efectuado, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir al

actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la siguiente cantidad, en concepto de indemnización por despido: 267.505´- pts., y a que le abone, en todo caso, la cantidad de 332.340´- pts. en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de 3.820´- pts. desde este día hasta la fecha de notificación de esta sentencia. Notifíquese... etc.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de Suplicación por ambas partes, respectivamente impugnados. 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 estimando la demanda formulada por el actor contra la empresa "E., S.A." declara la improcedencia del despido efectuado, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata en las mismas condiciones que regían antes del despido o a abonarle la cantidad de 276.505 ptas., en concepto de indemnización por despido y la cantidad de 332.340 pts en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de 2.820 pts desde este día hasta la fecha de la notificación de la sentencia.

Frente a esta resolución interponen recurso ambas partes, construyéndose el del trabajador-accionante a través de un único motivo de suplicación, denunciando infracciones jurídicas. Y articulando el de la empresa demandada, solicitando, por un lado, la revisión fáctica, y, por otro, censurando jurídicamente el pronunciamiento que impugna, postulando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestime la demanda planteada. A la vista de las pretensiones deducidas por ambos recurrentes en sus respectivos escritos de formalización de recursos, razones jurídico-procesales imponen el análisis prioritario del recurso interpuesto por la parte demandada.

SEGUNDO.- La empresa demandada fundamenta su impugnación, en revisión de hechos probados y posteriormente denuncia de normativa jurídica infringida, lo que constituye el fondo del asunto, articulando así el recurso de suplicación invocando dos motivos, el primero y al amparo del apartado b) del art. 191 de la LPL ,pretende la modificación del HDP 1 y que se sustituya por otro con el siguiente tenor literal: "El actor comenzó a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la parte demandada "E., S.A." con domicilio en…(Coruña), con un contrato de duración determinada, celebrado al amparo del articulo 15 del Estatuto de los trabajadores, suscrito el día 25 de febrero de 1999. En fecha 25 de mayo de 1999, las partes acordaron una primera prorroga de tres meses de duración del anterior contrato de trabajo, hasta el día 24 de agosto de 1999, fecha en la cual finalizo la relación laboral existente entre el demandante y la demandada. Con posterioridad, el 27 de agosto de 1999, las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo, por tiempo indefinido, celebrado al amparo de la ley 63/1997,y de la ley 50/1998, con la categoría profesional de camarero, siendo el centro de trabajo la fundación publica Hospital de Barbanza –Ribeira, percibiendo un salario total anual de 1.375.132 pts brutas anuales, que se distribuyen en los siguientes conceptos salariales: salario base, plus transporte, plus de vestuario, paga extra y gratificación voluntaria. Por su parte el salario regulador a efectos del calculo de la indemnización por despido consiste en la cantidad de 106.800 ptas., habida cuenta que no se incluyen en el mismo los pluses de vestuario y transporte. "Modificación que tiene su apoyatura en la documental obrante en autos, a saber contratos de trabajo suscritos por el actor y los recibos de salarios, y la misma no puede prosperar, por cuanto que los documentos en que se apoya la parte recurrente para tratar de modificar la versión judicial de los hechos, ya han sido valorados por la juez "a quo", la cual formó su convicción valorando los diversos datos y elementos que convergen en el proceso, y la totalidad de las pruebas practicadas, y no es lícito sustituir la versión objetiva e imparcial del juzgador, por el criterio interesado de la recurrente. Si bien ha de puntualizarse que si cabe la supresión en el hecho declarado probado primero de la frase..." dedicado a la actividad de hostelería..." y ello por cuanto que de la documental invocada resulta que en efecto la empresa "E., S.A." no se dedica a la actividad de hostelería, sino a la actividad de servicios y limpieza.

La empresa recurrente con amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia ,en primer lugar alega que la sen-

tencia de instancia aplica indebidamente el articulo 49.1.c) del E.T, alegando en esencia que en el supuesto de autos la mera constatación de un contrato temporal y la suscripción de otro indefinido entre las mismas partes a los pocos días de extinguirse y finiquitarse el primero ,no significa que exista fraude de ley y que deba reputarse la antigüedad como la del primer contrato suscrito.

Asimismo denuncia que la sentencia aplica indebidamente lo dispuesto en el articulo 56.1.a) y 56.2 del ETT ,alegando que si en virtud de lo antes expuesto la antigüedad del actor no es la recogida en la sentencia, sino la de 27 de agosto de 1999 ,también habrá de entender que el salario regulador para fijar la indemnización por despido no es el que la sentencia recoge, sino el de 106.800 pesetas mensuales, con prorrata de pagas extras, y por ello la cantidad ofrecida al actor en el acto de conciliación ante el SMAC y después consignada en el juzgado si es correcta, por lo que dicho ofrecimiento ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el articulo 56.2 del ETT, por todo lo cual solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a la demandada.

Pues bien respecto de ello cabe decir que, la sala estima que la sentencia de instancia no ha incurrido en las infracciones denunciadas, y ello por cuanto que en efecto, a efectos de la indemnización por despido se tienen en cuenta la totalidad de los contratos temporales siempre que no se haya producido una interrupción en la prestación de servicios entre contrato y contrato superior a 20 días hábiles, pues ello permite considerar la relación laboral como única; y dado que en el supuesto de autos, el actor comenzó a prestar servicios en la cafetería del hospital da Barbanza, desde el 25 de febrero de 1999, y continuo prestando servicios en dicho centro sin solución de continuidad hasta la fecha del despido aun cuando el primer contrato temporal hubiese finalizado el 24 de agosto de 1999, y se suscribió otro indefinido el 27 de agosto, realizando las mismas tareas, con el mismo horario, y en el mismo centro de trabajo, por consiguiente ha de decaer el motivo invocado, por cuanto que para el calculo de la indemnización por despido, debe partirse del día 25 de febrero de 1999, fecha de inicio de la relación laboral, por tanto la cantidad ofrecida y consignada es insuficiente y por ello el ofrecimiento y posterior consignación en el juzgado del importe de la indemnización y salarios de tramitación no tiene efectos limitativos del devengo de los salarios de tramitación, manteniendo en este punto el pronunciamiento de la sentencia de instancia, lo que conduce a la desestimación del recurso interpuesto por la empresa.

TERCERO.- Que la representación procesal del trabajador don J.M.S.B. interpone recurso de suplicación correctamente amparado en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando infracción jurídica, concretamente infracción por inaplicación de los artículos 1y 2 del convenio colectivo para el sector de hostelería, alegando en esencia que en la sentencia de instancia, aun manteniendo la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, para el calculo de la indemnización y de los salarios de tramitación el magistrado de instancia utiliza como modulo salarial de aplicación es el reflejado en la cláusula tercera del contrato de trabajo que une a las partes en aplicación del artículo 3 del ETT e inaplicación del convenio colectivo alguno, sin embargo la parte recurrente estima que es de aplicación el convenio colectivo para el sector de la hostelería y ello por cuanto que el actor presta sus servicios como camarero en la cafetería del Hospital de Barbanza y por ello estima que no cabe duda alguna de que, a este tipo de establecimientos le resulta de aplicación el convenio colectivo de hostelería de la provincia de la Coruña, de conformidad con lo establecido en los artículos citados, y en consonancia con ello, y con lo establecido en los artículos 82.3 del ETT y en el articulo 37 de la CE que proclaman la fuerza vinculante y obligatoria de los convenios colectivos a las empresas y trabajadores del sector y su eficacia erga onmes y por ello solicita que se modifique la sentencia de instancia y manteniendo la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, condenar a la empresa demandada a readmitir o indennizar al actor en cuantía de 365.626 pesetas correspondientes a 45 días de salario por año de servicio, con abono de 454.662 pesetas en concepto de salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha de notificación de la sentencia, siendo estos calculados de acuerdo con las tablas salariales del convenio colectivo aplicable.

Pues bien respecto de ello cabe decir que, en efecto el articulo 1 del convenio colectivo para el sector de hostelería de la provincia de la Coruña que regula el ámbito funcional establece que: “el presente convenio afecta a todas las empresas y establecimientos encuadrados en el sector de hostelería a los

que le sea de aplicación el acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería; y asimismo el articulo 2 del citado convenio establece que: "este convenio es de aplicación a las relaciones laborales de las empresas y trabajadores que presten sus servicios en aquellas encuadradas en el sector de la hostelería, conforme a lo dispuesto en el articulo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores .

Por consiguiente existe una remisión del convenio de referencia al acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería respecto de las empresas que conforman el mencionado sector y así en el articulo 4 del mismo que regula el ámbito funcional se establece que: "el acuerdo es de aplicación a las empresas y trabajadores del sector de hostelería. Se incluyen en el sector de hostelería todas las empresas que independientemente de su titularidad y fines perseguidos, realicen en instalaciones fijas o móviles, y tanto de manera permanente como ocasional, actividades de alojamiento en hoteles, hostales, residencias, incluidas las geriátricas, apartamentos que presten algún servicio hotelero, balnearios, albergues, pensiones, moteles, alojamientos rurales, campings y todos aquellos establecimientos que presten servicios de hospedaje en general; asimismo se incluyen las empresas que presten servicios de productos listos para su consumo, tales como restaurantes, establecimientos de catering, colectividades, de comida rápida, pizzeria, hamburgueserias, creperias etc, y cafes, ares, cafeterias, cervecerías, heladerías, chocolaterías, degustaciones, salones de té y similares, además de las salas de baile o discotecas, cafes-teatro, tablaos y similares, así como los servicios de comidas y/o bebidas en casinos, bingos; asimismo billares y salones recreativos.

La citada relación no es exhaustiva, por lo que es susceptible de ser ampliada o complementada con actividades no incluidas en ella que figuren en la clasificación de actividades económicas actual o futura. La inclusión requerirá dictamen previo de la Comisión paritaria de este acuerdo. "Pues bien el citado precepto del acuerdo define el ámbito funcional y resulta de aplicación a todas aquellas a todas aquellas empresas que presten servicios de hospedaje y alojamiento en general ,asimismo se aplica a las empresas que presten servicios de productos listos para el consumo(restaurantes...) y también a aquellas que realicen los servicios propios de una cafetería. Y dado que el actor presta servicios para la demandada "E., S.A." como camarero en la cafetería del Hospital da Barbanza –Ribeira y por consiguiente y prestando servicios en una cafetería, no cabe duda de que, a este tipo de establecimientos, en aplicación del acuerdo citado, resulta de aplicación el convenio colectivo de hostelería de la provincia de la Coruña, sin que para su aplicación, como para el resto de las cafeterías en general, se exigua, ni que se atienda a servicios de hospedaje ni alojamiento. Por consiguiente, y de acuerdo con lo establecido en el articulo 82.3 del ETT y en el artículo 37 de la CE que proclaman la fuerza obligatoria y vinculante de los convenios colectivos a las empresas y trabajadores del sector y su eficacia erga onmes es de aplicación al actor, como modulo salarial para el calculo de la indemnización y de los salarios de tramitación, el salario establecido en el convenio colectivo de aplicación para la categoría de camarero, que ostentaba al actor y de acuerdo con ello la indemnización por despido asciende a la cantidad indicada por el recurrente en el recurso, no impugnada por la parte contraria, de 365.662 ptas. y la cantidad en concepto de salarios de tramitación asciende a 454.662 ptas. Todo lo cual conduce a la estimación del recurso interpuesto por la representación del trabajador. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa "E., S.A.", contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Santiago de Compostela en autos nº 784/00, y estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del trabajador J.M.B.S., se revoca parcialmente la sentencia recurrida y manteniendo la declaración de improcedencia del despido de que fue objeto el actor, se condena a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a readmitirlo en su puesto de trabajo o indemnizar a razón de 45 días de salario por año de servicio y, en todo caso, a los salarios dejados de percibir conforme a las tablas salariales del convenio colectivo de hostelería para la provincia de A Coruña, conforme a todos los demás efectos inherentes a tal declaración. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y el mantenimiento de las consignaciones efectuadas -esto último a efectos de ejecución de la sentencia-, condenándose a la Mutua recurrente al pago de la cantidad

de 25.000´- pts., en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante.

**3283** **Recurso nº 5.146/01**

**S.S.** MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO DE CARÁCTER COLECTIVO. RÉXIME DE TRABALLO POR QUENDAS. MODIFICACIÓN XUSTIFICADA. EXISTENCIA DE CAUSAS ORGANIZATIVAS.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto*

A Coruña, treinta y uno de octubre de dos mil uno.

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. 5.146/01 interpuesto por don L.A.C., don C.O.M., don V.A.O., don J.M.B.P., don J.O.C. y don F.A.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don L.A.C., don C.O.M., don V.A.O., don J.M.B.P., don J.O.C. y don F.A.R. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "TAFISA, S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 522/01 sentencia con fecha veintisiete de agosto de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º. Don L.A.C., mayor de edad, con D.N.I…; don C.O.M., mayor de edad, con D.N.I…; don V.A.O., mayor de edad, con D.N.I…; don J.M.B.P., mayor de edad, con D.N.I…; don J.O.C., mayor de edad, con D.N.I… y don F.A.R., mayor de edad con D.N.I… son miembros del Comité de Empresa del Centro de trabajo del Grupo de Empresa "TAFISA, S.A." situado en la ciudad de Pontevedra.- 2º.- El día 18.06.01, el Comité de Empresa recibió comunicación de la empresa en la que se indica que "debido a problemas ya conocidos de exceso de producto en los almacenes y a otras causas también ya comentadas con el Comité, en el proceso de fabricación normal se tendrá que pasar del sistema de trabajo de 4,5 turnos a 4 turnos, para lo cual se elaborarán nuevos calendarios..." (doc. nº 1 del ramo de prueba de la parte actora).- 3º.- Iniciándose el período de consultas entre Empresa y Comité sobre la materia de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo al personal de línea de partículas/aglomerados formado por 27 trabajadores, al personal de la línea de fibras/tablex formado por 27 trabajadores, al personal del parque de astillas formado por 7 trabajadores y al personal-encargados formado por 9 trabajadores, afectando a un total de 70 trabajadores, de los 149 que constituyen la plantilla de la entidad demandada.- 4º.- Tuvo lugar la primera de las reuniones en fecha 02.07.01 dentro del período de consultas entre la Representación de la empresa y la Representación de los Trabajadores, extendiéndose el acta correspondiente y que se da por reproducido en aras de economía. No se alcanzó acuerdo. (doc. nº 3 del ramo de prueba de la parte actora).- 5º.- En fecha 09.07.01 la empresa demandada remitió al Comité de Empresa a través de su Presidente, el. Sr. A.C., nota explicativa de las razones del cambio del sistema de turnos, dándose por reproducido. (doc. nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada).- 6º.- En fecha 10.07.01 tuvo lugar una segunda reunió entre los representantes de la empresa y los representantes de los trabajadores extendiéndose el acta correspondiente que se da por reproducido. No se alcanzó acuerdo. (doc. nº 4 del ramo de prueba de la parte demandada).- 7º.- En fecha 18.07.01, el Comité de empresa, remitió escrito a la empresa exponiendo sus consideraciones en orden a la modificación pretendida por la empresa, que se da por reproducido. (doc. nº 5 del ramo de prueba de la parte demandada).- 8º.- En fecha 24.07.01, se comunicó por la empresa al Comité y a todos los trabajadores el cambio en el régimen de turnos, estableciéndose en 4 turnos, acompañando a la misma nota explicativa de las razones provocadoras del cambio de sistema de turnos, dando por finalizado el período de consultas y su decisión de modificación de los calendarios de trabajo a partir de 29.08.01. (doc. nº 6 del ramo de prueba de la parte demandada).- 9º.- En fecha 24.07.01 la empresa remitió al Comité los nuevos calendarios de trabajo a cuatro turnos para el personal de la línea de

partículas/aglomerados, de la línea de fibras/tablex, del personal del parque de astillas y del personal-encargados. (docs. nº 7, 8, 9 y 10 del ramo de prueba de la parte demandada).- 10º.- El sistema de trabajo seguido por los trabajadores afectados se desarrollaba en 4,5 turnos rotativos con tres días de descanso.- 11º.- El sistema de trabajo propuesto por la empresa demandada a cuatro turnos tiene una cadencia de 6 días de trabajo y los descansos, ampliándose en contrapartida los períodos vacacionales de agosto, Semana Santa, Navidades, etc.- 12º.- La empresa demandada presenta a 31 de mayo de 2001 unas pérdidas económicas cifradas en 65.894.400 pesetas (doc. nº 13 del ramo de prueba de la parte demandada).- 13º.- La empresa demandada a 31 de julio de 2001 presenta un "stock" en el almacén, en línea de fibras, de 7.546 m3 y en línea de partículas de 7.070 m3. (doc. nº 12 del ramo de prueba de la parte demandada).- 14º.- La documentación acreditativa de la situación alegada por la empresa justificativa de la medida adoptada consistente en: informe anual de 1998, informe anula de 1999, informe anual de 2000, consolidated profit. And loss account, avance trimestral de resultados. General Trimestre-1 de 2001 y Presupuesto de ventas del 2001 de Fábricas, fue entregada, por primera vez, en fecha 07.08.01 al Comité de Empresa, a petición de sus Presidentes efectuada en fecha 02.08.01.- 15º.- Se intentó sin avenencia la obligatoria conciliatoria ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por don L.A.C., don C.O.M., don V.A.O., don J.M.B.P., don J.O.C. y don F.A.R., contra la Entidad Mercantil "TAFISA, S.A." absuelvo a esta demandada de todas las peticiones de la demanda".

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

## Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Por la representación letrada de la parte actora, se interpone recurso de Suplicación, contra la sentencia de instancia, que desestima la demanda de conflicto colectivo declaró justificada la modificación sustancial de condiciones de trabajo acordada por la empresa, que constituye el objeto del litigio, y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia en único motivo, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, infracción del art. 41.1 y 4º del E.T., alegando sustancialmente, la ilegalidad de la decisión empresarial al no estar debidamente justificada la decisión de la empresa, al pasar los trabajadores que prestaban servicios en la línea de producción del centro de trabajo ubicado en Pontevedra, actividad que desarrollaban en 4,5 turnos rotativos con 3 días de descanso, a 4 turnos, con dos días de descanso, con el consiguiente perjuicio para los trabajadores, sin una causa que lo justificara y que en todo caso, en el período de consultas por parte de la empresa no había actuado de buena fe, al no haber facilitado una información completa y detallada o cuando menos aquella documentación que justificara la medida adoptada, habiéndose ocultado por parte de aquella información a los representantes legales de los trabajadores.

Censura jurídica que no puede merecer favorable acogida, y ello por cuanto: a) de conformidad con el art. 41.1 y 4 del E.T.: "la dirección de la empresa cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: "...Régimen de trabajo a turnos". Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de represen-

taciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos. Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos una vez transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo. b) La doctrina jurisprudencial ha venido definiendo las causas organizativas, como aquellas que corresponden a la necesidad de adecuar su propia estructura así como los medios personales y materiales, de que dispone la empresa, a las líneas de producción que desarrolla, de forma que produzca una mejor presencia en los mercados en que ha de actuar; la de producción, es la que afecta a los costes y volumen de esta, para adecuarla a las exigencias del mercado, impidiendo que su desajuste ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa. c) Las modificaciones sustanciales han de ser medidas, cuya "adopción... contribuye a mejorar la situación de la empresa a través de una mas adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda", y estas valoraciones que corresponden al empresario, deben ser aceptadas por el juez, salvo que supongan desviación notoria de la finalidad perseguida o que constituyan un abuso o ejercicio antisocial del derecho en el sentido propio y fuerte del Código Civil (art. 7.2). d) Con carácter previo al acuerdo de la empresa de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, el párrafo cuarto del art. comentado, exige un período de consultas entre empresa y trabajadores no inferior a 15 días, no vinculante y en el que ambas partes han de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo al respecto. Dicho período ha de versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados; de tal modo, que de seguirse el período de consultas bajo estas premisas, ha de entenderse adecuado y suficientemente cumplido el requisito, y desde el punto de vista formal, podrá la empresa adoptar válida y unilateralmente su decisión, aun contra la voluntad de los trabajadores.

En el supuesto de autos y como se desprende de la inatacada resultancia fáctica, y del examen complementario de los autos, concurren circunstancias que justificaron la medida adoptada por la empresa, a fin de equilibrar la producción con la capacidad de mercado y absorber las existencias acumuladas, viéndose obligada a reducir la producción para mantener un "stock" que permita no aumentar los almacenes de forma antieconómica y que evite el exceso de oferta que estaba forzando los precios a la baja y que a 31 de mayo de 2001, le había ocasionado unas pérdidas de 65.814.400 pts., y a cambiar el sistema de turnos, elaborando nuevo calendario de trabajo del personal de la línea de producción (en total 70 trabajadores), en el centro de trabajo ubicado en Pontevedra, para adaptar la producción vendible de la forma menos perjudicial, sin que ninguno de los trabajadores sufriera merma en sus ingresos efectivos, y aun cuando la nueva carencia de trabajo, al pasar de 4, 5 turnos rotativos, con 3 días de descanso, a 4 turnos con una carencia de 6 días de trabajo y 2 de descanso, (supuso disminución de un día de descanso) se vio compensado, con descansos mas largos en épocas de mayor interés como Semana Santa, verano o Navidades; en todo caso, no se ha acreditado que tales medidas supongan un abuso o ejercicio antisocial del derecho, antes al contrario, contribuyen a mejorar la situación de la empresa, a través de una mas adecuada organización de sus recursos, habiéndose dado cumplimiento a los requisitos que al efecto se establecen en el art. 41.4 del E.T., pues, por aquélla en todo momento se negoció con los representantes legales de los trabajadores, y aun cuando no se llegó a ningún acuerdo, sólo estaba obligada a negociar de buena fe, aun cuando no lograse un resultado concreto; buena fe, que a juicio de esta Sala, se dio en todo momento en el ánimo negociador de la empresa, pues, en las reuniones que al efecto se celebraron, (dos en total) el Comité, únicamente manifestó su desacuerdo con la medida a adoptar, sin que propusiera plan alternativo alguno, lo que evidentemente no puede calificarse de mala fe empresarial, sino, exclusivamente, de falta de acuerdo de partes, (social y patronal), y aun cuando la documentación, fue entregada al Comité en fecha 7 de agosto del 2001, en ningún caso se ha probado, ese supuesto animo fraudulento, de ocultar información o documentación; pues por la empresa desde el primer momento se remitió al Comité nota explicativa de las razones del cambio de turno, por lo que esta Sala entiende, plenamente cumplidos los requisitos legales establecido en los párrafos 1º y 4º del art. 41, y todo ello de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, en la que se señala: "que la mayor o menor precisión del escrito de la empresa con que se inicia el proceso negociador, no puede invalidar su eficacia si con posterioridad se

celebra una reunión en la que la representación de los trabajadores cuenta con la posibilidad de solicitar cualquier aclaración que tenga por conveniente y exigir todos los detalles y precisiones que estime necesarios". En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia desestimar el recurso y confirmar el fallo combatido.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don L.A.C., don L.A.C., don C.O.M., don V.A.O., don J.M.B.P., don J.O.C. y don F.A.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra, de fecha veintisiete de agosto de dos mil uno, dictada en autos núm. 522/01 seguidos a instancia de los demandantes-recurrentes contra "TAFISA, S.A." sobre CONFLICTO COLECTIVO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

## 3284 Recurso nº 4.746/2001

**S.S.** DESPEDIMENTO VERBAL E POSTERIOR SUBSANACIÓN. INEFICACIA DO PRIMEIRO ACTO EXTINTIVO E VALIDEZ DO SEGUNDO, QUE PRODUCE A SUBSANACIÓN. A SENTENCIA QUE COÑECE EXCLUSIVAMENTE DO PRIMEIRO INCORRE EN INCONGRUENCIA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis F. De Castro Fernández*

A Coruña, tres de noviembre de dos mil uno.

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. 4.746/2001 interpuesto por "E.V., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1S.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.S.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "E.V., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 210/01 sentencia con fecha cuatro de junio de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que el actor viene prestando sus servicios desde el quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en virtud de contrato de duración determinada celebrado al amparo del articulo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por la Ley 63/97 de veintiséis de diciembre, con la categoría profesional de Oficial de Primera, Repartidor, en la empresa "E.V., S.A." con domicilio social en… (Santiago de Compostela), dedicada al ramo de Industrias Cárnicas. SEGUNDO.- Que el salario mensual que percibe es de ciento treinta y tres mil cuatrocientas noventa y cinco pesetas (133.494 ptas.) y ciento cincuenta y cinco mil quinientas veinticuatro pesetas (155.524 ptas.) una vez incluidas las pagas extras. TERCERO.- Que en fecha cinco de marzo de dos mil uno, ha sido despedido por el representante de la empresa en forma verbal, sin habérsele entregado la preceptiva carta de despido. CUARTO.- Que durante el último año no ha ostentado la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. QUINTO.- Que en fecha veintidós de marzo de dos mil uno se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación previo con el resultado de "sin efecto" por la no comparecencia de la demandada. SEXTO.- Que en fecha veinte de marzo de dos mil uno, la empresa demandada, mediante certificado nº 003159 con acuse de recibo envió a la actora la carta de despido cuyo texto literal es el siguiente: "Muy Sr. nuestro: En los dos últimos meses y ante las protestas de varios clientes incluidos en su ruta de actividad, que no eran visitados, fue apercibido verbalmente en varias ocasiones por don M.A.R.V., responsable de zona.

En veintiocho de febrero, día en que usted disfrutó de un permiso para asistir al médico, su ruta de actividad fue realizada por don D.T.E., responsable de rutas, pudiendo constatar que muchos clientes de su ruta no eran visitados cada semana, como es preceptivo, figurando entre los mismos: Congelados Olar, Carnicería Becerra, Charcutería Carmiña, Carnicería Dopico, Charcutería Bouzas, Carnicería Jacinto, Casa Galega, Supercosa, Carnicería Curtis, Supermercados Froiz, Bar Mallorca,

Restaurante Casa Alfredo, Autoservicio Pravio, Charcutería Hersil, Cafetería Bel-aim. Asimismo el día uno de marzo, fue acompañado por el responsable de Rutas en su jornada de trabajo, volviendo a constatar éste, como varios clientes de su ruta estaban desatendidos así: Carnicería Chucho, Autoservicio Blanco, Café Bar Sol y Mar, Carnicería Manolo, María Josefa González, Carnicería Rocha, Charcutería Salamanca, Carnicería Paquita. Frutería María Jesús, Café Bar A Queimada.

La situación descrita supone un grave perjuicio para la empresa, no sólo desde el punto de vista económico, por la pérdida de ventas, sino también para la imagen de la misma, por ello y entendiendo que los mencionados hechos constituyen una falta muy grave de las tipificadas en el artículo 67.2 y 67.5 del Convenio Colectivo de Industrias Cárnicas que le es de aplicación, la Dirección de la Empresa ha tomado la decisión disciplinaria de despedirle, y ello con efectos del día de recepción de la presente. Atentamente (Firma: C.M.V.S.)" SÉPTIMO.- En fecha veintiséis de marzo, por carta certificada con acuse de recibo se le comunica al actor escrito de fecha veintidós de marzo de dos mil uno: "Muy Sr. nuestro: Por medio de la presente le reiteramos que siguen a su disposición los salarios devengados por Vd. hasta el veinte de marzo de dos mil uno, fecha de efectos de la medida disciplinaria adoptada por la empresa contra usted, así como los boletines de cotización correspondientes, a fin de que pueda darles el uso que estime oportuno. Sin más agradezco la ocasión para saludarle. Atentamente. Firmado: C.V.S."

Igualmente consta en autos la comunicación del despido al Sr. Presidente del Comité de Empresa en escrito de fecha diecinueve de marzo de dos mil uno.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don M.S.F., contra "E.V., S.A.", debo declarar y declaro el despido improcedente, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte en el término de cinco días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo de inmediato y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o a abonarle la cantidad de doscientas noventa y cuatro mil cincuenta y tres pesetas (294.053 ptas.) en concepto de indemnización por despido y a que le abone en todo caso la cantidad de trescientas noventa y nueve mil doscientas cuarenta y cinco pesetas (399.245 ptas.) en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de cinco mil ciento ochenta y cinco pesetas (5.185 ptas.), desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia.

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la Empresa la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido, con tres motivos que destina –respectivamente– a interesar la nulidad de actuaciones por infracción del art. 218 LEC, a solicitar la revisión de los HDP y a denunciar la vulneración de los art. 55.2 y 59.3 ET, y 103 y 108 LPL.

1.- La primera de las denuncias impone una elemental referencia a los datos sobre cuya base se argumenta la incongruencia, en parte obtenibles de las actuaciones judiciales y en parte del relato de hechos, es aspectos no cuestionados: (1) el actor fue despido en forma verbal el 5-marzo del presente año; (2) en 20-marzo se le remite carta certificada en la que se enumeran supuestas infracciones contractuales como causa de su despido a partir del siguiente día de la recepción del escrito; (3) esta comunicación le fue entregada al accionante el mismo día 20-marzo, tal como refiere –con valor fáctico y de HDP– el fundamento segundo; (4) en 22-marzo se celebra –sin efecto, por incomparecencia de la demandada– el acto de conciliación ante el SMAC; (5) con fecha 26-marzo, el trabajador recibe comunicación –fechada el precedente día 22– en la que se le participa que tiene a su disposición los salarios devengados hasta el día 20 y los boletines de cotización correspondientes; (6) en 27-marzo el actor presenta demanda en la que se alega –exclusivamente– el despido verbal del día 5-marzo, con petición de que fuese declarado nulo o subsidiariamente improcedente; (7) en el acto de juicio –celebrado en 8-mayo– la Empresa se opone alegando, entre otros extremos, la subsanación del inicial despido y la caducidad de la acción para combatir la decisión adoptada en la carta de 20-marzo; (8) el actor se opone a tal planteamiento afirmando que la carta de despido

no llegó a su destinatario; y (9) el Magistrado de instancia declara la improcedencia del despido, pese a razonar que el cese acordado verbalmente había sido subsanado en tiempo por la comunicación escrita de fecha de 20-marzo, por entender que las infracciones imputadas en la misma no habían sido acreditadas.

2.- Y en la misma forma, los términos del recurso imponen que se analice someramente el significado que tiene la "subsanación" de defectos formales que autoriza el art. 55.2 ET. Como señala la STS 14-abril-00 Ar. 3.957, "Si se trata de una carta de simple subsanación cuyo objetivo es, en términos del art. 55.2 ET, "cumplir con los requisitos omitidos en el precedente" despido verbal mediante la concreción escrita de los hechos que lo motivaron, es evidente que nos encontramos, a efectos de caducidad, ante un despido que, en su manifestación verbal, queda sin efecto por la posterior carta explicativa que lo anula. Esa es la razón por la que, en tales casos, el art. 55 ET impone al empresario la obligación de "poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social", como si éste hubiera permanecido trabajando durante ese período". Y en este caso, de "despido producido primero verbalmente y luego por escrito que lo concreta y aclara, el mandato del art. 55.2: "dicho nuevo despido [...] sólo surtirá sus efectos desde su fecha" debe interpretarse en el sentido de que el plazo de caducidad del art. 59.2 ET comienza a contar sólo a partir de la fecha de la recepción de la carta de despido".

Se quiere decir con ello, según entendemos, que en tales supuestos de "subsanación" en la forma que el Estatuto prescribe el primer despido queda jurídicamente sin efecto y la acción únicamente puede dirigirse de forma eficaz contra la segunda decisión extintiva –"nuevo despido", al decir de la Ley–, que desde una perspectiva de la defensa de los intereses del trabajador viene a ser el único despido a combatir en vía judicial.

SEGUNDO.- En el precedente contexto –normativo y fáctico– apreciamos que media la denunciada infracción procesal de incongruencia. 1.- Sobre su concepto reproducimos criterio expuesto en tantas ocasiones –entre otras, SSTSJ Galicia de 30-Septiembre-00 R, 1.717/97, 30-noviembre-00 R. 4.694/00, 13-febrero-01 R. 3.947/97, 15-febrero-01 R. 4.062/97, 9-mayo-01 R. 264/98, 26-junio-01 R. 1.679/98, 26-septiembre-01 R. 3.371/01, 26-septiembre-01 R. 4.146 y 4-octubre-01 R. 3.976/98–, y del que es claro exponente la STC 136/1998 (29-junio), en la que literalmente se indica que "desde la STC 20/1982, hemos declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, 191/1987, 88/1992, 369/1993, 172/1994, 311/1994, 111/1997 y 220/1997)". Y añade el intérprete máximo de la Constitución que "el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*–. Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*. La congruencia es compatible sin embargo, con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico expresado en el aforismo *iura novit curia* en cuya virtud los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes STC 88/1992, por todas)".

Y asimismo afirma el Tribunal Constitucional que "a partir de este planteamiento general, hemos distinguido dos tipos de incongruencia y precisado las condiciones para apreciar su existencia. La llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva,

una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, 56/1996, 58/1996, 85/1996 y 26/1997). Y la denominada incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido así a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, 172/1994, 116/1995, 60/1996 y 98/1996, entre otras). En ocasiones, ambas clases de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo la llamada "incongruencia por error", denominación adoptada en la STC 28/1987, seguida por las SSTC 369/1993 y 111/1997, y que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta".

2.- En el ámbito de la jurisprudencia ordinaria, el Tribunal Supremo (así, sentencias de 21-enero-99 R. 4.031/96, 15-abril-99 R. 651/96, 11-mayo-99 R. 2.165/96, 13-mayo-99 R. 1.847/96, 30-junio-99 R. 2.804/97, 4-noviembre-99 R. 4.180/99, 22-febrero-00 R. 438/00, 20-marzo-00 R. 5.096/96 y 20-marzo-00 R. 2.568/98, y 30-septiembre-00 R. 1.712/97) sostiene que la cuestión de incongruencia ha de resultar de un juicio comparativo entre la pretensión ejercitada en la demanda y los términos del fallo combatido, y no existe tal vicio interno –incluida la exhaustividad o plenitud como requisito interno de la sentencia– cuando entre dicha pretensión y la resolución judicial existe una máxima concordancia y correlatividad, que afecte tanto a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como a la acción ejercitada; habiendo precisado la misma doctrina que la congruencia no exige una respuesta prolija y pormenorizada a las argumentaciones de las partes, sobre todo en el supuesto de fallo desestimatorio, en cuanto éste supone una denegación de todas y cada una de las pretensiones deducidas en la demanda (SSTS 4-noviembre-1997 Ar. 8.025 y 12-julio-1993 Ar. 5.670).

3.- Lo precedentemente indicado nos lleva –como ya adelantamos– a admitir la argumentada incongruencia. Nos resulta indudable que el demandante limitó los presupuestos de su pretensión a la circunstancia de haber sido despedido verbalmente en 5-marzo, negando incluso haber recibido comunicación escrita alguna al respecto. Ello supone que el Magistrado de instancia debiera haberse limitado –en obligada congruencia– a examinar si la decisión extintiva –comunicada– se limitaba a la verbal que el demandante aducía o bien si había mediado la comunicación escrita subsanadora que la empleadora argumentaba; en el primer supuesto, para acto continuo declarar la nulidad del despido, por defecto de forma (art. 55.4 ET); y en el segundo caso, para entenderse producida la legal subsanación de defectos que contempla el art. 55.2 ET y desestimar consecuentemente la demanda, en razón a la exclusiva causa de pedir de la pretensión (despido verbal), sin que en forma alguna procediese examinar la acreditación –o su falta– de las imputaciones efectuadas en la carta de despido, dado el exclusivo planteamiento de la demanda -accionando tan solo contra el despido verbal-, y sin que ni siquiera fuese de adecuado tratamiento la caducidad de la acción frente al segundo despido que la demandada excepcionaba. Y dado que el Juzgador de instancia tuvo por acreditado el acto subsanador del despido verbal (así lo manifiesta con rotundidad en la fundamentación jurídica; y lo evidencia inequívocamente los acuses de recibo, firmados por el propio interesado y su cuñada: folios 132 y 137), su enjuiciamiento no debiera ir mas allá de tal constatación, debiendo ceñir su pronunciamiento a apreciar la falta de acción que se derivaba de que tal despido verbal se hubiese dejado válidamente sin efecto, sin valorar extremo alguno relativo al "nuevo despido" por el que no se demandaba y que incluso se negaba. En consecuencia,

## Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por "E.V., S.A.", revocamos la sentencia que con fecha 4-junio-2001 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Santiago de Compostela, y apreciando falta de acción desestimamos la demanda presentada por don M.S.F., absolvemos a la parte demandada.

**3285 Autos nº 5/01**

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. ADMISIBILIDADE DAS ACCIÓNS DECLARATIVAS. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA QUE MERECE PARCIAL ACOLLIDA. APLICACIÓN DAS REGLAS DA DIRECTIVA DE XORNADA DE LIMITACIÓN DA MÁXIMA SEMANAL DE 48 HORAS E DE TRABALLO POR QUENDAS.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José M. Mariño Cotelo*

A Coruña, seis de noviembre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En autos nº 5/01 seguidos a instancias del Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA) –CESM GALICIA contra el Servicio Galego de Saúde (SERGAS) y la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, sobre Conflicto Colectivo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO. El día 19 de mayo de 2001 se recibió en la Secretaría de esta Sala de lo Social, la demanda formulada por el Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA) – CESM GALICIA contra el Servicio Galego de Saúde (Servicio Galego da Saúde) y la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais sobre Conflicto Colectivo en cuyo suplico se solicitaba: "Que se dictase sentencia estimando la demanda y declarando que la practica empresarial cuestionada debe aplicarse respetando los artículos nº 6, 8, 15, 17 y concordantes de la Directiva 93/104/C E del Consejo, de 232 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y, en concreto, reconociendo el derecho de los facultativos afectados a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de 7 días en cómputo de 4 meses (o subsidiariamente en cómputo de 12 meses); y asimismo declarando que dichos facultativos, por realizar el período de atención continuada cíclicamente y a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas, tienen la condición de trabajadores a turnos y, en consecuencia, debe establecerse previamente a su incorporación a este tipo de trabajo y periódicamente con posterioridad, las medidas de especial protección establecidas en el artículo 12 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, condenando a las partes demandadas a aplicarla en dichos términos".

SEGUNDO. Por providencia de 29 de mayo de 2001 se registró y admitió a trámite la antedicha demanda de Conflicto Colectivo y, en el mismo proveído, se hizo saber a las partes que: "Toda vez que esta Sala tiene planteada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los autos nº 3/99, seguidos a instancia de la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra el Servicio Galego da Saúde sobre Conflicto Colectivo, en relación con extremos análogos a los planteados en la presente demanda, espérese a que se reciba la resolución de dicho Tribunal para señalar el acto de juicio".

TERCERO. Por providencia de 20 de septiembre de 2001, una vez recibida la resolución del TJCE y después de que esta propia Sala dictase sentencia en el procedimiento 3/99, se convocó a las partes para la celebración de los actos de Conciliación y Juicio, señalando, a tal efecto, las 10.30 horas del día 17 de octubre de 2001, acordando la unión de la documental reseñada en los apartados a) y b) del primer otrosí del escrito de demanda y por hecha la manifestación del segundo apartado del mismo, así como la manifestación contenida en el segundo otrosí. El día reseñado se celebraron los actos antes referidos y con posterioridad, previa deliberación, pasaron los Autos al ponente a los efectos procedentes.

### Hechos probados

PRIMERO. Por don C.A.N., en nombre y representación del Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA- CESM GALICIA) en virtud de las facultades que al efecto le fueron conferidas según resulta de la escritura de poder que acompañó, se presentó ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xusticia de Galicia demanda de Conflicto Colectivo frente al Servicio Galego de Saúde (SERGAS) y la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, que tuvo entrada en este Tribunal con fecha 19 de Mayo de 2001, en la que la parte demandante solicitó que, teniendo por interpuesta demanda de Conflicto Colectivo y pre-

vios los trámites legales oportunos, incluso recibimiento a prueba que expresamente pidió, "se dicte sentencia estimando la demanda y declarando que la practica empresarial cuestionada debe aplicarse respetando los artículos nº 6, 8, 15, 17 y concordantes de la Directiva 93/104/C E del Consejo, de 232 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y, en concreto, reconociendo el derecho de los facultativos afectados a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de 7 días en cómputo de 4 meses (o subsidiariamente en cómputo de 12 meses); y asimismo declarando que dichos facultativos, por realizar el período de atención continuada cíclicamente y a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas, tienen la condición de trabajadores a turnos y, en consecuencia, debe establecerse previamente a su incorporación a este tipo de trabajo y periódicamente con posterioridad, las medidas de especial protección establecidas en el artículo 12 de la Directiva 93/104/CEE del Consejo, condenando a las partes demandadas a aplicarla en dichos términos".

SEGUNDO. El presente Conflicto Colectivo se inserta en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia y afecta a los intereses generales de numerosos facultativos que prestan servicios, tanto en Atención Especializada como Atención Primaria, para el Servicio Galego da Saúde, y cuya jornada de trabajo excede de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de 7 días.

TERCERO. La práctica empresarial conlleva que los facultativos afectados por el presente Conflicto (tanto de Atención Especializada como de Atención Primaria) realizan una jornada ordinaria de trabajo semanal de 35 – 40 horas y están obligados a realizar guardias (atención continuada) tanto en días laborables como festivos, implicando la realización de tales guardias la presencia y permanencia de los facultativos en el correspondiente centro con carácter cíclico en horarios de mañana, tarde y noche. Sumando a la jornada ordinaria de trabajo semanal el tiempo de trabajo dedicado a la atención continuada, los facultativos a que se contrae el Conflicto llevan a cabo más de 48 horas semanales de trabajo, teniendo una duración media superior a las 48 horas semanales por cada período de 7 días en período de referencia de 12 meses, incluido el tiempo de trabajo dedicado a la atención continuada (guardias).

CUARTO. Con fecha 10 de septiembre de 2001, esta Sala dictó Sentencia, en el Conflicto Colectivo tramitado con el nº 3/99 a instancias de, en cuya parte dispositiva se estableció que: "Estimando en parte la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) frente al Servicio Galego da Saúde, declaramos el derecho del personal afectado: 1º) A una jornada laboral que no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las de atención continuada, por cada período de siete días en un período de referencia máximo de doce meses. 2º) A disfrutar de un período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas, al finalizar la realización de cada guardia de presencia física de veinticuatro horas, en el día siguiente a aquel en que se realizó, sin detrimento de sus retribuciones y, en todo caso, a continuación de veinticuatro horas de prestación continuada, sin perjuicio de lo establecido en el fundamento jurídico cuarto en orden a la posibilidad de establecer excepciones a lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 93/104/CEE.", estableciendo el ordinal segundo de la citada Sentencia que: "Resultan afectados por el presente Conflicto Colectivo (Ambito del Conflicto): Todo el personal estatutario facultativo y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego da Saúde en los centros denominados Puntos de Atención Continuada (PAC) en los que se lleva a cabo la atención de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo el personal facultativo y de enfermería de las localidades en donde actualmente existen Servicios normales o especiales de Urgencia aún no sustituidos por los PAC, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. También los profesionales de los actuales Equipos de Atención Primaria (EAP), en los términos descritos en el artículo 5.4 del Decreto 172/1995 de 18 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Urgencias Extrahospitalarias de la Comunidad Autónoma de Galicia."

QUINTO. Con fecha 3 de Octubre de 2001, se dictó providencia por esta propia Sala en la que se tuvo por preparado el recurso de casación articulado contra la sentencia de 10 de Septiembre de 2001, en autos de Conflicto Colectivo 3/99, y se acordó emplazar a las partes para que compareciesen personalmente o por medio de Abogado o Representante ante

la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) en el plazo de quince días hábiles y verificado se remitiesen las actuaciones a dicho Tribunal.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO. En el acto del juicio, la representación del Servicio Galego da Saúde y la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais alegó, en relación con el primero de los pedimentos de la demanda, relativo a que se declare que "la practica empresarial cuestionada debe aplicarse respetando los artículos 6, 8, 15, 17 y concordantes de la Directiva 93/104/CEE del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo", el óbice de falta de acción, arguyendo, en síntesis, que se trata de una petición genérica por lo que tal pronunciamiento no podría llevarse a cabo.

En relación con tal aspecto, cabe desestimar la pretensión esgrimida por la parte demandada, sin que sea acogible el óbice de falta de acción que postula, pues, si para el caso de que la pretensión de la parte actora al respecto constituyese un único e independiente pronunciamiento, cabría englobarlo dentro del concepto de las acciones declarativas, que la doctrina Jurisprudencial considera como supuestos de falta de acción - se afirma por ésta que no pueden plantearse ante los Organos Jurisdiccionales cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, y que debe ser rechazada la pretensión declarativa que tenga sólo un interés preventivo o cautelar, no efectivo ni actual (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988, 31 de mayo, 23 de noviembre y 17 de diciembre de 1999) - lo cierto es que, en el presente procedimiento, tal petición va enlazada con lo que a continuación se solicita, que no es sino la aplicación de las concretas medidas a que se contrae la normativa Comunitaria que allí se cita, y que la parte actora entiende de aplicación al caso que nos ocupa.

SEGUNDO. En segundo lugar, opone la parte demandada la excepción procesal de litispendencia, en relación con la pretensión del Sindicato demandante relativa a que "se reconozca a los médicos de Atención Primaria y a los de Especializada, el derecho a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de 7 días en cómputo de 4 meses (o subsidiariamente en cómputo de 12 meses)", argumentando que, en fecha 29 de marzo de 1999 fue planteada demanda de Conflicto Colectivo que se tramitó bajo los autos de esta Sala nº 3/99 por la CIG en la que, afectando a los facultativos de Atención Primaria del ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, solicitaba la aplicación de la Directiva 93/104/CEE y en concreto, solicitaba lo que ahora también se pide, es decir, el reconocimiento del derecho de los facultativos de Atención Primaria a una jornada laboral que no exceda de 48 horas, incluidas las de atención continuada y entendiendo, la parte aquí demandada, que se cumplen los requisitos para que sea estimada la excepción procesal de litispendencia, resultando, en su opinión, obvio que lo que se resuelva en el pleito planteado por la CIG, afecta o condiciona decisivamente la solución al presente procedimiento pues las acciones de uno y otro proceso tienen un mismo origen fáctico e igual pretensión y considerando, la tan citada demandada, que el efecto de la litispendencia es extensible al personal facultativo que presta servicios en la especializada pues lo que se discute, en el fondo, es la aplicabilidad o no de la Directiva 93/104/CE.

La pretensión de la parte demandada a que se circunscribe el punto segundo de los de oposición a la demanda por aquella articulados, ha de tener acogida aunque solo en parte y es que, si bien en relación con los facultativos que prestan servicios para la demandada en el ámbito de la Atención Primaria, es cierto que esta Sala, como recoge el relato histórico de la presente resolución, se pronunció en Sentencia de 10 de septiembre de 2001, en cuyo relato histórico obra el ordinal segundo del siguiente tenor: "Resultan afectados por el presente Conflicto Colectivo (Ambito del Conflicto): Todo el personal estatutario facultativo y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego da Saúde en los centros denominados Puntos de Atención Continuada (PAC) en los que se lleva a cabo la atención de urgencias extrahospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo el personal facultativo y de enfermería de las localidades en donde actualmente existen Servicios normales o especiales de Urgencia aún no sustituidos por los PAC, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. También los profesionales de los actuales Equipos de Atención Primaria (EAP), en los términos descritos en el artículo 5.4 del Decreto 172/1995 de 18 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Urgencias Extrahospitalarias de la Comunidad Autónoma

de Galicia", determinando, en la parte dispositiva de aquella resolución que: "Estimando en parte la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) frente al Servicio Galego da Saúde, declaramos el derecho del personal afectado: 1º) A una jornada laboral que no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las de atención continuada, por cada período de siete días en un período de referencia máximo de doce meses". 2º) A disfrutar de un período mínimo de descanso de 11 horas consecutivas, al finalizar la realización de cada guardia de presencia física de veinticuatro horas, en el día siguiente a aquel en que se realizó, sin detrimento de sus retribuciones y, en todo caso, a continuación de veinticuatro horas de prestación continuada, sin perjuicio de lo establecido en el fundamento jurídico cuarto en orden a la posibilidad de establecer excepciones a lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 93/104/CEE", de manera que concurren, en esencia, las circunstancias a que se contrae el artículo 1252 del Código Civil, lo que ampara la estimación de la excepción de litispendencia en relación con aquellos facultativos, esto es, los que prestan servicios para la parte demandada en el ámbito de la Atención Primaria, por más que, versando aquel procedimiento, el tramitado ante este Tribunal con el nº 3/99, en síntesis, acerca de la aplicación de medidas contempladas en la Directiva antes referida en relación con tales facultativos, lo resuelto en el mismo constituye presupuesto esencial para la sustanciación del presente, no considera la Sala que ello sea predicable en relación con los facultativos de la Atención Especializada a que, asimismo, se contrae el presente procedimiento y es que, por más que no están comprendidos en el ámbito personal del Conflicto Colectivo tramitado ante esta Sala con el nº 3/99, a que antes se hizo mención, tampoco puede entenderse, a juicio de esta Sala, que el hecho de que se pretenda la aplicación de lo dispuesto en la misma Directiva Comunitaria allí invocada, a la sazón la 93/104/CEE, determine "per se" la concurrencia, en relación con tales facultativos, de la excepción de litispendencia invocada por las Entidades interpeladas, pues lo que allí se resuelva en orden a la aplicación o no de la normativa comunitaria, no condiciona decisivamente la solución del presente procedimiento, es decir, la resolución que allí recaiga afectará al ámbito personal a que se contrae aquel pleito, pero no determinará, "ex ante", lo que haya de resolverse en relación con el presente, siendo de tener en cuenta que, como se desprende de lo ya establecido por esta propia Sala en sentencias, entre otras de 20.03.00, 30.04.98, 22.07.99, 13.01.99 y 21.01.99, "si bien en algunas ocasiones esta Sala se ha pronunciado en favor de una interpretación amplia de la litispendencia, prescindiendo de exigir la más completa identidad entre los procesos como si de la excepción de cosa juzgada se tratase (la exigida por el art. 1.252 CC), y más bien hemos atendido -siguiendo la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 27.10.43, 16.02.74, 17.05.75 y 25.05.82 - a la existencia de mera conexión o prejudicialidad entre los mismos, al objeto de evitar con esta más flexible interpretación que se divida la continencia de la causa o que se dicten sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea (así, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24.10.90, 01.03.93, 24.10.94, 07.05.96 y 08.10.97), no podemos prescindir de la circunstancia de que la más reciente doctrina jurisprudencial (Sala Cuarta) sigue insistiendo con todo rigor en la vinculación existente entre el art. 533.5 Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1.252 Código Civil, en el sentido de que para apreciar la litispendencia prevista en el precepto primeramente citado, debe concurrir entre las sentencias que pongan fin a los litigios la excepción de cosa juzgada tal y como se conceptúa en el artículo 1.252 del Código Civil o, lo que es lo mismo, la conexión entre ambas figuras determina la exigencia - para que prospere la litispendencia - que el segundo proceso recaiga sobre el mismo objeto que el primero y se formulen en ellos pretensiones idénticas respecto de los mismos elementos individualizados, sujeto, objeto y causa, que es lo que exige el artículo 1.252 del Código Civil al invocar la identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (Sentencias del Tribunal Supremo de 29.03.96, 20.12.95); y a mayor abundamiento, la conexión entre litispendencia y cosa juzgada se manifiesta en relación con el efecto o función negativa de esta última (sentencia del Tribunal Supremo de 30.06.94), efecto éste negativo o preclusivo de la cosa juzgada, que impide volver a juzgar, esto es, que los Tribunales se planteen de nuevo la misma cuestión ya debatida por las partes y resuelta en la sentencia firme, prohibiendo así una nueva decisión judicial, y en aunque en ocasiones igualmente recientes también se haya sostenido por la Jurisprudencia que aquellas identidades no pueden ser exigidas de una forma rígida y literal, sino que es preciso atender sobre todo a

su esencia fundamental y a la finalidad que con las respectivas acciones se persigan, de tal modo que si la resolución que recaiga en el primer proceso constituye un presupuesto esencial para la adecuada resolución del segundo, la excepción debe ser acogida (Sentencia del Tribunal Supremo 20.10.93), lo cierto y verdad es que mayoritariamente sigue sosteniéndose una interpretación estricta, y se indica que aunque exista un cierto riesgo de resoluciones judiciales no coherentes entre sí, ello no necesariamente ha de llevar a apreciar la litispendencia, porque, si bien su finalidad esencial es evitar sentencias contradictorias, sin embargo esta contradicción ha de ser plena y no meramente circunstancial (Sentencias del Tribunal Supremo de 25.10.95 y 15.05.95), siendo así que la vinculación entre el artículo 533.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1.252 del Código Civil, está en función de evitar una contradicción estricta y concreta entre sentencias, de modo que la efectividad de una fuera incompatible con la efectividad de la otra, y en este sentido es como han de tomarse las identidades del artículo 1.252 del Código Civil, a efectos de apreciar la litispendencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 27.03.9), planteamiento que responde a estar configurada la litispendencia como una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, expresiva además del derecho de las partes a no someterse a un doble litigio, con la consiguiente exigencia de que exista identidad subjetiva, objetiva y causal entre los procedimientos que se cuestionan, de modo que en todos ellos sean los mismos los sujetos que intervienen, el objeto sobre el que versan y la causa de pedir o fundamento de la pretensión deducida (así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22.09.95, 29.05.95, 25.11.94, 01.02.93, 11.06.90, entre otras) y "en todo caso ha de resaltarse que el criterio indicado por la Sala Cuarta es plenamente coincidente con el más reciente manifestado por la Sala Primera, que insiste en planteamiento igualmente rigorista a la hora de apreciar los requisitos propios de la litispendencia (así, Sentencias de 13.10.97, 16.01.97, 15.03.97, 23.03.96)"

TERCERO. En tercer lugar, la parte demandada se refiere, en términos de oposición a las pretensiones deducidas en el escrito rector del proceso, a que, después de planteada la demanda en el juicio de Conflicto Colectivo nº 3/99, la Administración Sanitaria abrió una "Mesa de negociación" con las Organizaciones Sindicales con representación en la "Mesa de Negociación del Personal Sanitario (C.C.O.O., CESM, CIG, CSI-CSFI, SATSE Y UGT), llegando a un acuerdo firmado el 30 de noviembre de 1999, publicado el 02.03.01, en el que, según asevera, regula de nuevo en su norma 5ª las jornadas y descansos del personal afectado por el Conflicto Colectivo (médicos de Atención Primaria), optando por regular, por vía de convenio tal materia con respeto a los parámetros contenidos en la Directiva, retrotrayendo los efectos al día 30.11.99, por lo que, en su opinión, se habría llegado a una satisfacción extraprocesal en cuya virtud habría de entenderse resuelto lo solicitado en la demanda.

No comparte la Sala la tesis argumental esgrimida por la parte demandante y es que, una vez establecido que el ámbito del presente Conflicto Colectivo no debe extenderse a los facultativos que prestan servicios para el Servicio Galego da Saúde en Atención Primaria, cabe expresar que, como se desprende de lo establecido en el propio texto del Pacto, éste fue suscrito por la Administración Sanitaria con las Centrales Sindicales "ut supra" reseñadas, y por él se regulan "determinadas condicions de traballo do persoal que presta servicios no ámbito das urxencias extrahospitalarias na atención primaria do Servicio Galego de Saúde", estableciendo el artículo 1.1 del referido Pacto que "será de aplicación ó persoal facultativo e sanitario non facultativo que presta servicios nos dispositivos de atención urxente extrahospitalaria constituidos con base no Decreto 172/95 de urxencias extrahospitalarias", lo que determina que no deviene aplicable a los facultativos que prestan servicios en el ámbito de la Atención Especializada y ello con independencia del alcance que pudiera otorgársele a lo allí establecido en relación con lo dispuesto en la normativa comunitaria antes referida.

CUARTO. Así las cosas, en cuanto a las pretensiones auspiciadas por la parte actora invocando la normativa comunitaria recogida en la Directiva 93/104/CEE, en orden a la jornada máxima de trabajo y la consideración de la condición de trabajadores a turnos en relación con los facultativos afectados esto es, los que prestan servicios en la Atención Especializada, partiendo de lo establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) a medio de Auto de fecha 3 de julio de 2001, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal por Auto de 14.06.99, en el procedimiento 3/99, considera que la actividad del personal

médico antedicho que presta servicios por cuenta del Servicio Galego da Saúde en el ámbito de la Atención Especializada, está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en cuyo preámbulo se hace una invocación al articulo 118 del Tratado, en el que se prevé que, a través de Directivas, el Consejo establezca las condiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, así como a la Directiva 89/391/CE dirigida a la aplicación de medidas que promuevan la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, para afirmar que las disposiciones de tal Directiva son de aplicación en el ámbito de la 93/104, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas y/o específicas que ésta contenga, sin soslayar que el propio Auto del Tribunal Comunitario determina que el tiempo de atención continuada en régimen de presencia física del personal en cuestión debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104, y que, en atención a la misma resolución del TJCE, es de considerar que la actividad del personal facultativo de referencia no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las excepciones o exclusiones previstas en el artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y aún cuando admite aquella resolución, que pueda estar comprendida en las excepciones previstas en el artículo 17 de la Directiva 93/104, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos por dicha disposición, como quiera que el artículo 6 de la citada disposición comunitaria, asevera que "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección, de seguridad y de la salud de los trabajadores... 2) la duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días", tal declaración constituye, como ya se estableció en la resolución de 10.09.01 por este propio Tribunal, un "mínimum" asegurado en pro de los intereses de los trabajadores que solo pudiera concurcarse en el supuesto de que concurriesen las condiciones y requisitos para la aplicación de alguna de las excepciones del artículo 17 de la propia disposición comunitaria, siendo de tener en cuenta que, a juicio de la Sala, no es de considerar que la jornada de trabajo del personal a que se contrae este litigio no tenga una duración determinada y/o establecida previamente ni que pueda ser determinada por los propios trabajadores de manera que no entraría en el ámbito de las actividades allí contempladas y claramente no aparece citada entre las que, de modo expreso, refiere dicho párrafo 1 en sus apartados a), b) y c), siendo así que aún cuando la actividad del colectivo demandante pudiera, "prima facie", incardinarse en el párrafo 2 del citado artículo 17 de la Directiva 93/104, al referirse éste, en el apartado 2.1.i) a "servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares, instituciones residenciales y prisiones", no puede obviarse el hecho de que, las excepciones podrían, en su caso, referirse a lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5, 8 y 16, siendo así que lo relativo a la jornada máxima viene contemplado, como se dijo, en el artículo 6 de la tan citada disposición comunitaria, y aún más, en todo caso, exigiría la adopción de las medidas y el cumplimiento de los requisitos allí contemplados - a la sazón concesión de períodos equivalentes de descanso compensatorio o cuando ello no sea posible, concesión equivalente a los trabajadores de que se trate- cuya concurrencia, esto a mayor abundamiento, no se evidencia en el presente supuesto, y si bien es cierto que en el artículo 18 de la propia Directiva se contempla la posibilidad de no aplicación del artículo 6, tampoco se ha puesto de manifiesto la coincidencia, en este supuesto, de los requisitos que ello conllevaría, según refiere la propia norma, a saber, transposición de la norma y adopción de las medidas allí contempladas singularmente, consentimiento del trabajador para efectuar el trabajo en períodos de tiempo superiores a los establecidos en la disposición y que ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por no estar dispuesto a dar dicho consentimiento, de manera que, en atención a lo hasta ahora expuesto, no deviene procedente entender como excepción a la preceptuado en el artículo 6.2 de la Directiva 93/104, al contemplar un "mínimun" asegurado en pro de los trabajadores, en relación con lo acordado en el Auto del TJCE de 3 de julio de 2001, lo establecido en disposición del Derecho interno que se opusiese a lo allí establecido adicionando a la jornada laboral semanal la dedicación del trabajador en los turnos de atención continuada en forma y duración tales que en conjunto, implicase un período temporal superior a las 48 horas en el período de 7 días, siendo de estimar, en parte, la pretensión del Sindicato accionante, en atención al punto 6 de la Sentencia del TJCE, de 3 de octubre de

2000, al sustanciar una cuestión prejudicial planteada por el T.S.J. de Valencia en un supuesto de análogas características al presente, en el sentido de que la jornada laboral del personal afectado por el presente procedimiento no ha de exceder de cuarenta y ocho horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a la atención continuada, por cada período de siete días, y en cómputo de doce meses y en orden a la pretensión relativa a la consideración de que dichos facultativos tienen la condición de trabajadores a turnos y por ello debe establecerse previamente a su incorporación a este tipo de trabajo y periódicamente con posterioridad las medidas establecidas en el artículo 12 de la Directiva 93/1043/CEE, la aplicación al presente supuesto de lo resuelto por el TJCE en Sentencia de 03.10.00, resolviendo cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, habida cuenta del carácter cíclico de los servicios prestados por los facultativos a que se contrae el presente procedimiento, debiendo realizar su trabajo en horarios de mañana, tarde y noche, determina la estimación de tal pretensión. En consecuencia,

### Fallamos

Estimando en parte la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por el Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA-CESM GALICIA) frente al Servicio Galego da Saúde y la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, acogemos la excepción de litispendencia en relación con los facultativos que prestan servicios en atención primaria, absolviendo a la parte demandada de tal pretensión sin entrar en el fondo del asunto, y asimismo, declaramos que la practica empresarial cuestionada debe aplicarse respetando los artículos 6, 8, 15, 17 y concordantes de la Directiva 93/104/CEE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y en concreto, declaramos el derecho de los facultativos que prestan servicios en Atención Especializada a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de 7 días en un período de referencia de 12 meses y asimismo, declaramos que dichos facultativos, por realizar el período de atención continuada cíclicamente y a distintas horas a lo largo de un período de días o semanas, tienen la consideración de trabajadores a turnos y en consecuencia debe establecerse previamente a su incorporación a este tipo de trabajo y periódicamente con posterioridad, las medidas de especial protección establecidas en el artículo 12 de la Directiva 93/104/CEE del Consejo, condenando a los demandados Servicio Galego da Saúde y Consellería de Sanidade e Servicios Sociais a estar y pasar por lo declarado.

## 3286 Recurso nº 4.269/2001

**S.S.** INEXISTENCIA DE PREXUDICIABILIDADE POR PENDENCIA DE PROCEDEMENTO ANTE A XURISDICCIÓN PENAL. ACOSO SEXUAL AMBIENTAL DERIVADO DA EXISTENCIA DUN AMBIENTE HOSTIL E INTIMIDATORIO PARA A TRABALLADORA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López*

A Coruña, seis de noviembre de dos mil uno.

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. 4.269/2001 interpuesto por J.L.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.C.G.P. en reclamación de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado empresa "A.S., S.A.", J.L.B. y Ministerio Fiscal, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 280/01 sentencia con fecha 24 de mayo de 2001 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Dª M.C.G.P., mayor de edad, con DNI nº…, viene prestando servicios por cuenta de "A.S., S.A.", como Vigilante de Seguridad, desde el 02.12.00 a medio de contrato temporal de 6 meses de duración por "incremento puntual de los servicios que constitu-

yen el objeto social… prestará servicios en las instalaciones del cliente "Vi"; el 23.03.01 se comunicó al Instituto Nacional de Empleo que se modificaba la clausula 6ª del contrato pasado a prestar "Servicios en las instalaciones del cliente "F.S. y B.M." de Vigo".- El contrato era a tiempo parcial de 82,5 horas a la semana, haciendo turnos habitualmente dos días del fin de semana o festivos, ya que en otros días trabaja como conductora en una empresa de autobuses.- El salario percibido era de 65.747 ptas. mensuales, con prorrata de pagas extras.- 2º) La actora está separada y tiene a su cargo dos hijas menores –una de ellas minusválida.- situación conocida por el demandado Sr. L. y los mandos de la empresa.- 3º) La demandante contactó con la empresa a través de otra trabajadora –la Sra. R.- con quien había coincidido en un curso de formación; ésta la llevó a una cena, para que conociera a los mandos y compañeros, en la cual la actora se sintió molesta por la forma en que el Sr. L. la miraba; sin embargo, en el mes de diciembre no coincidió de turno con él nunca.- 4º) Los servicios del mes de enero fueron confeccionados por el Jefe de Equipo Sr. V., ayudado por el Sr. L.; en dicho mes, la actora trabajó las noches del 5 y 6, 12 y 13, 19 y 26 y 27, coincidiendo su servicios con el del Sr. L. los turnos de 6, 12, 26 y 27 de enero. En los servicios nocturnos hay tres vigilantes, quedando uno en la garita, mientras los otros dos patrullan, rotándose de hora en hora, más o menos, aún cuando, ocasionalmente, y por el mal tiempo pueden quedarse más tiempo en la garita.- 5º) Los días 6 y 12 de enero hicieron juntos la ronda y el Sr. L. hizo algún comentario escabroso sobre escenas o las actrices de una película que estaban poniendo en un televisor que el propio Sr. L. llevaba a la garita, que molestaron a la actora.- 6º) El día 26 de enero, cuando la actora y el Sr. L. iban a hacer la ronda, el demandado le dijo que "porqué no lo hacían", contestándole la actora que "ella ya estaba pasada", diciéndole el Sr. L. que a él le gustaban los "chochitos pasados". Como la actora en la ronda se apartó de él, disgustada, ante éste comentario, marchándose hacia otra zona, el demandado la siguió y cuando la miraba, se tocaba y frotaba los genitales. Al llegar a la garita, y encontrarse con el tercer miembro del servicio y un amigo del Sr. L., éste comentó dirigiéndose al compañero que "a ésta ya la he trabajado, ahora te toca a ti". Cuando más tarde la actora se levantó para ir al servicio, el Sr. L. le preguntó "Si ya estaba excitada".- 7º) El día 27 de enero, el Sr. L. y la actora salieron a hacer la ronda, llevándola el demandado hacia zonas alejadas, y cuando indicó que fueran al fondo del muelle, ella, ante el fortísimo temporal, le dijo que le daba miedo, diciéndole que no quería ir con él y marchándose a controlar otra zona; el Sr. L. llamó al compañero de la garita y dijo que ella había desobedecido sus órdenes, por lo que iba a hacer un parte de incidencias, lo que hizo al volver a la garita. Cuando la actora volvió a tal lugar se negó a firmar el parte; esa noche, salió con dicho compañero, Sr. M., a hacer dos rondas, y en una de ellas, al llegar a una zona de fuerte viento la actora dijo a su compañero que la atemorizaba ir por allí, diciéndole éste que fuera a controlar otra zona.- 8º) Al día siguiente la actora llamó al Sr. C. –que hace funciones de Inspector en Vigo- comentándole lo que le había pasado esos días, que se sentía acosada y que no quería hacer turnos con el Sr. L. y el Sr. C. le dijo que cambiaría los servicios para que no fueran juntos. Ese mismo día, como la actora tenía un recado de que llamara a la Jefe de Personal sobre una reclamación colectiva a propósito de los cuadrantes, le contó a ésta que tenía problemas con el Sr. L. por sus comentarios, diciéndole la Jefe de Personal Dª V. que mandara un informe escrito, contestando la actora que no quería problemas y que le bastaba con no tener servicios juntos. El Sr. C. llamó a continuación a Madrid, comunicando a Dª V. la solución adoptada, diciéndole ésta que había hecho lo correcto.- 9º) Ese mismo día el Sr. C. llamó al Sr. L., contándole la llamada de la actora, y advirtiéndole que "Madrid ya lo sabía" y que los iba a separar en los turnos, diciendo el Sr. L. que era falso y él tampoco quería coincidir con la actora. Como el Sr. L. también tenía un recado de la Jefa de Personal sobre el tema de los cuadrantes, habló con ella y, al preguntarle que iban a hacer con la denuncia de la demandante, le contestó que no iban a entrarle en el juego, y que le habían dicho a la actora que, si quería, que lo denunciara por escrito.- 10º) En los días siguientes, toda la plantilla de Vigo de la empresa comentaba los hechos, y los compañeros de la actora empezaron a decir que no querían estar de servicio con ella, con críticas a su trabajo, llegando a solicitar al Sr. C. que no los pusiera de ronda con ella" porque no querían problemas".- Ante ello, la demandante llamó a una de sus compañeras –sólo hay cuatro vigilantes de sexo femenino- para darle su versión de los hechos; con anterioridad el 29 de enero había llamado a P.R. para contarle lo que sucediera el último fin de semana. Varios compañeros hablaron con la actora y el Sr. L. para que arreglaran las cosas, desde entonces.-

11º) El día 8 de febrero el Sr. L. presentó denuncia ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo contra la actora, iniciándose Diligencias Previas nº 8.371.- 12º) El 13.03.01 la actora presentó denuncia contra el Sr. L. ante la Policia Autonómica, iniciándose Diligencias Previas nº 1.423/01 por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Vigo; ese mismo día remitió a la empresa una denuncia escrita sobre los hechos del mes de enero, sin que se iniciara expediente alguno.- 13º) En fecha que no consta, en el mes de febrero, el Sr. L. fue elegido Delegado de Personal.- 14º) En el Boletin "Seguridad Privada" editado por la U.G.T., y en el número enero-febrero 2001, publicó el Sr. L. un artículo, bajo el título "Las tribulaciones de un puto vigilante", en el que, comentando actitudes diversas de las Empresas del Sector, escribe "también sea dicho de paso, que cometen algunas irregularidades, en mi modesta opinión, porque parece ser que no les gustan las mujeres (en el plano profesional) claro está… con lo bien que les sienta los uniformes ensalzando sus curvas y porte majestuoso, o no? Pero también hay verdaderas profesionales en este sexo, al menos yo tengo la suerte de trabajar con alguna de ellas, pero como mi mujer ninguna". 15º) Sobre el día 10 de febrero, la demandante habló con una amiga, comentándole lo que había pasado y la angustia que sentía, recomendándole ésta que lo denunciara, diciéndole la actora que había pedido el cambio de turno al encargado, y no quería otra cosa, pues tenía miedo de perder su trabajo.- 16º) Como la actora tenía fijadas vacaciones para l período de Semana Santa (del 6 al 15 de abril), a finales de marzo habló con el Sr. C., diciéndole que estaba muy mal por lo ocurrido y pidiéndole vacaciones los días 30 y 31 de marzo (viernes y sábados), que le fueron concedidos. la actora fue sancionada, previa consulta al Sr. L. como Delegado de Personal, por no acudir a trabajar el domingo día 1 de abril, por falta grave, con suspensión de empleo y sueldo de una semana; dicha sanción ha sido impugnada.- 17º) El día 08.05.01 la Sra. G.P., acudió a la médico de cabecera, aduciendo que sufría de ansiedad y pérdida de peso (6 kg), por los problemas con el Sr. L., y al indicarle ésta que cogiera la baja médica, se negó diciendo que tenía dos trabajos y no podía permitírselo por su situación familiar; la médico, previa consulta con la Inspección, le extendió parte de I.T., sólo para la empresa demandada, remitiéndola al Psiquiatra, quien el día 10.05.01 diagnostica "depresión ansiosa" por conflicto simultáneo de acoso sexual y "contrariedad en territorio (no dirigir la situación)"; la actora sigue en I.T.- 18º) Con fecha 11.05.01 la empresa remitió a la actora carta por la que se le comunicaba la extinción de su contrato con efectos del 01.06.01.- 19º) El 30.03.01 presentó la actora papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el 10.04.01 sin avenencia con respecto a la empresa y sin efecto respecto al Sr. L., al no constar éste citado."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.C.G.P. estimo la existencia de una conducta violadora de derechos fundamentales por parte de los demandados don J.L.B. y "A.S., S.A." condenando a su cese inmediato, y a que para reparación de los daños causados don J.L.B. indemnice a la actora con la cantidad de 250.000 ptas. de las que responderá solidariamente "A.S., S.A.", a quien condeno, además, a indemnizar a la actora con otras 200.00 ptas., así como la publicación de esta sentencia en todos los centros de trabajo de la Empresa. Remítase copia de esta sentencia a la Inspección de Trabajo."

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.- Recurre el demandado Sr. L. la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, con amparo en el art. 191.a) LPL, insta la declaración de nulidad de la resolución recurrida invocando falta de acción en la actora bajo el argumento de que la demandante formulo denuncia ante la Policía lo que dio lugar a las diligencias nº1.423/2001 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Vigo en las cuales se le hizo el ofrecimiento de acciones manifestando que se mostraba parte, por lo que concluye que ejercita en aquella vía la acción civil y en consecuencia entiende que no cabe ejercitar ante la jurisdicción social acción alguna mientras la vía penal no quede resuelta; como segundo argumento denuncia que no se ha practicado la conciliación ante el SMAC, con el recurrente, por falta de citación al mismo para dicho acto; y por último por cuanto el juez "a quo" erró en la valoración de la prueba, vul-

nerando así el art. 97.2 y 90.1 ambos de LPL, así como el art. 120.4 CE.

En cuanto a la falta de acción se ha de señalar que la parte recurrente en el acto de juicio ni siquiera planteó esta cuestión, por lo que en esta alzada constituye cuestión nueva que no puede ser debatida por cuanto priva, su conocimiento, de una instancia; por otra parte es evidente que la actora tiene acción para reclamar la tutela de sus derechos fundamentales, cuestión distinta será la jurisdicción ante la cual deba ejercitar dicha acción, no obstante la parte recurrente tampoco planteo la incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer de la cuestión, tema que por el contrario si planteo la empresa codemandada y que fue desestimado en la resolución recurrida, y aún cuando la determinación de la competencia pueda ser apreciable de oficio, a la vista de lo dispuesto en el art. 181 LPL, no cabe la menor duda de que la defensa del derecho a la intimidad y la protección frente a ofensas de carácter sexual dentro de la relación de trabajo corresponde su conocimiento a esta Jurisdicción social. Por último si lo que se pretende invocar en esta alzada y por primera vez es la existencia de una cuestión prejudicial penal, por haberse planteado con anterioridad a la demanda de tutela una denuncia en vía penal por tales hechos – extremo que ya conocía la parte en el acto de juicio -, el cauce adecuado sería efectuar la alegación en instancia y postular la suspensión del acto de juicio hasta la solución de dicha cuestión prejudicial, lo que no hizo y por tanto no cabe en esta alzada plantear una nulidad de actuaciones; aún así, decir que la suspensión por concurrencia de cuestión prejudicial penal solo está prevista en el art. 4.4 LPL cuando tal cuestión afecte a la falsedad documental, supuesto ajeno a la presente litis, por lo que las demás cuestiones prejudiciales serán resueltas en la sentencia, a los solos efectos del proceso en que se dicte, dada la independencia de ambas jurisdicciones, regidas por principios distintos y con distintas exigencias, y sólo en el caso previsto en el art. 86.3 de la LPL, ya sea por declaración en vía penal de inexistencia de hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedaría vinculada la jurisdicción social y de no hacerlo quedaría abierto el recurso extraordinario de revisión no exigiéndose la previa resolución penal de la denuncia, en similar sentido se pronuncia STSJ de Cataluña 10.03.2000, por lo que se desestima el motivo.

En cuanto a la nulidad por falta de citación al SMAC esta Sala ya dijo en S., de 21/5/2001 (R. 3.766-97) que la pretensión de nulidad de las actuaciones para que se inicie el trámite administrativo (conciliación administrativa previa), no puede prosperar por cuanto la conciliación administrativa previa (art. 63 LPL) tiene como finalidad dar a conocer a la parte contraria el ejercicio de la acción de reclamación, con la posibilidad de solucionar amistosamente el litigio planteado, al mismo tiempo determina -vía congruencia-, el contenido del litigio futuro e interrumpe con su presentación los plazos de prescripción y suspende los de caducidad (art. 65 LPL); de dichas funciones la posibilidad de conciliación vuelven a tenerla las partes ante el juzgador de instancia antes de iniciar la fase de alegaciones en el juicio (art. 84.1 LPL) consecuentemente el posible defecto de falta de citación al SMAC no es constitutivo de nulidad por cuanto es subsanable ante el juzgador; la incongruencia, entre conciliación y demanda, y la posibilidad de plantear reconvención no han sido planteadas en la instancia ni en esta alzada por el demandado recurrente por lo que ninguna de dichas deficiencias es analizable, por último señalar que la jurisprudencia (STS 3/2/88 y 7/2/89) ha establecido que “la falta de citación al demandado ante el SMAC no le supone indefensión por lo que no cabe la nulidad de actuaciones” y que los defectos en el trámite preprocesal no son impugnables ante esta jurisdicción a la que no corresponde su anulación ni reponer las actuaciones seguidas ante el SMAC.

En cuanto a la valoración de la prueba, el error del juzgador, ha de ser denunciado a través del art. 191.b) LPL, como profusamente ha realizado la parte recurrente, sin que quepa acudir al expediente extraordinario de la nulidad por defectos en el relato fáctico, no debiendo olvidarse que debe prevalecer el criterio valorativo del juzgador de instancia sobre el de la parte interesada en la apreciación del total material probatorio aportado por las partes a los autos, pues es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los artículos 348 y 376 NLEC – antiguos arts. 632 y 659 de LEC -, así como el artículo 97.2 del

Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en consecuencia decae el tercer argumento.

SEGUNDO.- En segundo lugar, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen diversos ordinales del relato histórico, así: A) para que se revise el hecho probado III proponiendo como redacción alternativa la siguiente: "La demandante contactó con la empresa a través de otra trabajadora -la Sra. R.-, con quien había coincidido en un curso de formación, esta la llevó a una cena, para que conociera a los mandos y compañeros. Hasta el 06.01.2001 el Sr. L. no coincide nunca de servicio con la actora"; cita en apoyo de la tesis los documentos obrantes en autos, f. 86, 87, 90, 105 a 113, y 141.

No se admite la modificación que se propone, cuya única finalidad es la supresión de la afirmación "…en la cual (cena) se sintió molesta por la forma en que el Sr. L. la miraba", por cuanto el resto de la propuesta es idéntico a lo que dice el propio hecho o aparece reflejado en el ordinal siguiente, sin que de los documentos que se invocan en apoyo de tal supresión se deduzca que la afirmación judicial que se pretende suprimir es errónea. En cuanto al resto de las revisiones que se citan en este motivo, es reiterada la doctrina que establece que la revisión de hechos probados requiere los siguientes requisitos: 1.º Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2.º Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. 3.º Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados (STS de 25.03.1998) con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable -sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables-, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya inmediación y la facultad de apreciación conjunta del total material probatorio según las reglas de la sana crítica, que le otorgan el artículo 97.2 de la LPL y los art. 348 y 376 NLEC, no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada, doctrina que no es atendida por el recurrente pues incurre en el defecto esencial de no efectuar la propuesta correspondiente a cada revisión fáctica, limitándose a criticar la valoración judicial de los testimonios rendidos por las partes y los testigos, así como a extraer valoraciones personales de la conducta de actor y demandado incluso con argumentos y citas jurídicas, lo que impide acceder a las pretensiones modificativas. En particular: B) se insta la modificación del ordinal cuarto, mas no se indica si ha de ser suprimido, adicionado, etc., y de todo lo que en el mismo se expone, nada contradice lo que afirma el juez de instancia sobre las coincidencias en el turno de trabajo entre actora y recurrente, lo único que argumenta es que el recurrente trabajó más que la actora y lo que calla es que el recurrente colaboró en la confección de los cuadrantes de dicho mes. C) Igualmente la revisión del hecho quinto, no se efectúa propuesta, pero se hace una valoración distinta de la testifical citando como documento de apoyo el acta de juicio que carece de tal calificación. D) En relación al ordinal sexto, la modificación se sustenta en un documento (f. 118) que carece de tal valor pues se trata de una testifical documentada, y habiendo depuesto en el acto del juicio (f. 145) el mismo testigo (Sr. Abilleira), son sus declaraciones en este acto, sometidas al contraste de ambas partes y en presencia del Juzgador, las que han de ser valoradas preponderantemente, valoraciones que conllevan que el criterio del juzgador no es revisable en esta alzada dada la inmediatez de aquel en dicho acto. E) En cuanto al hecho séptimo, se incurre en el mismo defecto de ausencia de propuesta clara y concrete, pretendiendo la parte recurrente desvirtuar la valoración judicial de la prueba testifical practicada en el acto de juicio, extrayendo sus propias conclusiones enjuiciando la capacidad profesional de la actora y citando la normativa relativa a las funciones de los vigilantes de seguridad, extremos intranscendentes pues ni se enjuicia la capacidad profesional de la actora, ni si cumplió o dejó de cumplir sus obligaciones laborales por tanto ninguna modificación procede efectuar. F) Modificación de los ordinales, octavo, noveno y décimo: se reitera la deficiencia de falta de propuesta de textos alternativos y ello de forma separada o mediante la indicación de cual de dichos hechos deba ser suprimido o sustituido; igualmente la parte recurrente efectúa su propia valoración de las testificales rendidas acudiendo a los documentos que recogen versiones de los testigos que luego declararon en el acto de juicio, por lo que solamente esta versión se ha de

tener en cuenta y su valoración judicial deviene en inatacable salvo la cita de documento auténtico que demuestre el error del juzgador, defectos que aquí no concurren, por lo que se debe mantener el relato judicial de dichos ordinales. G) En cuanto al ordinal decimosexto, se reitera el defectuoso planteamiento y además efectúa una afirmación de contenido jurídico "que la actora a pesar de no tener derecho a vacaciones", que carece de todo apoyo y es intranscendente para los fines del litigio que el recurrente firmara la carta de sanción a la actora o no. H) Por último se pide revisión "del ordinal decimoséptimo y prueba pericial", en dicho motivo se ataca la cualificación profesional del perito por no ser especialista por lo que entiende que su pericial no debe ser tomada en cuenta por el Juzgador de instancia, igualmente manifiesta que el recurrente también estuvo a tratamiento médico por estos hechos, olvidando que las afirmaciones de parte han de ser probadas y en todo caso deviene en intranscendente, terminando con la crítica de la valoración judicial de "todo el material probatorio existente en autos", por concluir dicho Juzgador dando mas valor a la versión de los hechos de la parte actora que a la versión del ahora recurrente, críticas que evidentemente no pueden tener acceso al relato fáctico, por todo lo cual se desestima el motivo.

TERCERO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia como infringido el art. 4.2.e) LET, en relación con el Código de Conducta de la Comunidad Europea de 27.11.91 así cono de la jurisprudencia, mas sin citar ninguna resolución del Tribunal Supremo, que a tenor de lo dispuesto en el art. 1.6 Código Civil es el único Organo Judicial que crea Jurisprudencia, argumentando, en esencia, que si el acoso sexual exige una manifestación de contenido sexual que es rechazada por aquel a quién va dirigida y no obstante se persiste en tal conducta, en el presente caso, a su entender, no existe el acoso denunciado por cuanto la actora no habría demostrado la existencia del acoso, pudiendo corresponder su actuación a un móvil de resentimiento o venganza, que el vocabulario del demandado, aun cuando pudiera ser entendido como soez o de contenido sexual, es el ordinario en el sector donde trabajan las partes y que no consta que haya existido reiteración ni continuidad en la conducta imputada al recurrente, por lo que solicita la revocación de la resolución recurrida.

El motivo no puede prosperar por cuanto de conformidad con en el art. 4 LET entre los derechos laborales del trabajador, resalta la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual [art. 4.2.e)], recayendo sobre el empresario el deber de vigilar que las circunstancias en que se realice el trabajo no mengüen la dignidad humana de aquel, 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 ha establecido que el acoso sexual ambiental se produce cuando el sujeto activo crea un entorno laboral intimatorio, 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, y el Código de conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual - Declaración CEE/27/1992- establece que, el acoso es la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, no deseados. Así las cosas lo que define una situación de acoso es la concurrencia de dos elementos: 1.º) 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 2.º) 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 13.12.1999), así lo hemos sostenido en nuestra S. de 23/7/94, 9/2/95 y 28/11/2000, y también STSJ de Cataluña de 14.01.2000.

En el supuesto enjuiciado, existen datos, en el relato de lo sucedido que revelan la concurrencia de los citados requisitos: a) el recurrente colaboró en la confección del cuadro de servicios del mes de Enero, coincidiendo con la actora en el servicio de los días 6, 12, 26 y 27 de dicho mes; b) el recurrente y la actora los días 6 y 12 realizaron juntos la ronda durante la cual aquel hizo comentarios escabrosos sobre escenas o las actrices de una película que estaban poniendo en TV, comentarios que molestaron a la actora; c) el día 26 el recurrente indicó a la actora que "por que no lo hacían", contestando la actora que "ella estaba pasada" a lo que el recurrente señala que le gustan "los chochitos pasados", y al volver a la garita se dirige a los compañeros que se encuentran en la misma señalando "a esta ya la he trabajado, ahora te toca a ti" y, posteriormente, cuando la actora se

levanta para acudir al lavabo le pregunta "si ya está excitada" (hecho probado VI), comentarios de un claro, explícito e indudable contenido sexual y calificables cuando menos de groseros. Frente a tal conducta, la actora se aparta del recurrente en la ronda del día 26 al tiempo que hace patente su desagrado ante tal comportamiento. Consecuentemente concurren los requisitos para que se produzca el acoso, conducta del recurrente de marcado carácter sexual, reiterada, y negativa clara de la víctima ante dicha conducta no obstante lo cual se insiste ya que el día 27 de enero cuando vuelven a coincidir en la ronda actora y demandado este pretende llevarla hacia lugares alejados, y existiendo un fuerte temporal pretende que lo acompañe hasta el fondo del muelle, lo que, a la par que no consta la necesidad de acudir hacia tales lugares, lleva a entender que el demandado pretendía dificultar y hacer mas difícil a la actora la prestación de sus servicios, creándole un ambiente laboral hostil, con denuncia por desobediencia en el trabajo, y ello como consecuencia de la negativa de la actora a los requerimientos del demandado, por todo ello no incurre la resolución recurrida en los defectos que se le imputan por lo que se desestima el motivo y se mantiene íntegramente el fallo de dicha resolución. Por todo lo expuesto,

### Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el demandado J.L.B. contra la sentencia dictada el día 24.05.2001 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo en autos nº 280-2001 sobre tutela de derechos fundamentales, seguidos a instancia de M.C.G.P. contra el recurrente y la mercantil "A.S., S.A.", resolución que se mantiene en su integridad.

## 3287 Recurso nº 4.290/01

**S.S.** EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE DO TRABALLADOR. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO XUSTIFICADA QUE NON REDUNDA EN PREXUÍZO DA DIGNIDADE OU DA FORMACIÓN PROFESIONAL DA TRABALLADORA.

*Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Yebra-Pimentel Vilar*

A Coruña, siete de noviembre de dos mil uno.

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. 4.290/01 interpuesto por doña P.A.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña P.A.G. en reclamación de RESCISIÓN DE CONTRATO siendo demandado el INSTITUTO DE FORMACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (I.F.E.S.) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 270/01 sentencia con fecha treinta de mayo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La demandante doña P.A.G., mayor de edad y con D.N.I. núm..., viene prestando servicios para la empresa INSTITUTO DE FORMACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES, desde el día 01.05.87, con la categoría de auxiliar administrativo y un salario prorrateado de 194.777 pts./ SEGUNDO.- Solicita la actor ala rescisión de su contrato en base a falta efectiva de trabajo e inactividad./ TERCERO.- Por causas organizativas la empresa decidió trasladar a Santiago el centro de trabajo que tenía en Vigo. Tras las oportunas negociaciones con el Comité, del que formaba parte la actora, la cual no intervino por encontrarse en situación de I.T., empresa y comité suscribieron con fecha 21.02.00 un acuerdo por el que a los trabajadores trasladados se les ofrecía la cantidad de 18.000 pts. en concepto de kilometraje o bien la posibilidad de rescindir su contrato con una indemnización mínima de 20 días por año trabajado hasta un máximo de 12 mensualidades. Para la actora, se acordó lo siguiente: "la trabajadora, independientemente del traslado de la Sede a Santiago, seguirá en Vigo, con la categoría de auxiliar administrativo a todos los efectos. En el supuesto de que dicha opción no interesase a la trabajadora, recibirá de la empresa una indemnización por resolución de su contrato de 25 días por año trabajado./ CUARTO.- La actora se reincorporó a su trabajo en la nueva

ofician que la empresa alquiló en la calle… Realiza las funciones propias de auxiliar administrativo: atiende al teléfono, correo, control del libro de matrícula, se encarga de que los monitores firmen el contrato de trabajo, que remite a Santiago, les entrega los certificados del IRPF, impresos de alta en la Seguridad Social, entrega de certificados a los alumnos etc. En general es un enlace entre Vigo y la oficina principal que se encuentra en Santiago de Compostela./ QUINTO.- La empresa se dedica a impartir cursos estando pendiente en la actualidad de que el FORCEM realice la convocatoria de los nuevos cursos./ SEXTO.- La actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 1, impugnando la rebaja de categoría y salario, así como la modificación de horario, y la falta efectiva de trabajo, demanda que fue desestimada por sentencia de 26.01.01. Damos aquí por reproducido el contenido de dicha resolución./ SÉPTIMO.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 10.04.01, la misma tuvo lugar en fecha 27.04.01 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora el día 30.04.01".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña P.A.G. contra el INSTITUTO DE FORMACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES, absuelvo a la misma de las pretensiones en su contra deducidas".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimando la demanda interpuesta por la actora frente a la empresa Instituto de formación y estudios sociales ,absuelve a la misma de las pretensiones contenidas en demanda. Se alza en suplicación la parte actora doña P.A.G., interponiendo recurso en base a dos motivos, con correcto amparo procesal en los apartados b) y c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado b) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la recurrente la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto pretende las siguientes revisiones: 1.- En primer lugar pretende la adición de un nuevo HDP, con el ordinal Octavo, con el siguiente tenor literal: "la empresa demandada posee otro centro de trabajo en Vigo, en la calle…". 2.- En segundo lugar se pretende la ampliación de un nuevo HDP, con el ordinal noveno, con el siguiente texto: "La actora una vez dada de alta de su IT el día 13 de octubre de 2000 se reincorporo a su puesto de trabajo en la calle… hasta que en fecha 14 de noviembre de 2000 la empresa le notifico el cambio de centro de trabajo a la calle…, donde esta sola, salvo un período de tres meses en que trabajo doña M.T.G.D., que acudió al juicio como testigo". 3.- En ultimo lugar se solicita la adición de un nuevo HDP, que llevaría el ordinal décimo, con el siguiente tenor literal: "En la oficina de la calle… donde está la actora no existe ninguna placa o letrero o similar que la identifique como centro IFES Galicia, no figurando tampoco en la guía telefónica. La actora solicitó trabajo a su empresa el jueves 1 de marzo de 2001, mediante correo electrónico."

En cuanto a la Adición pretendida en primer lugar y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 151 a 163 y 203 y 207 de los autos, la misma no puede prosperar, pues, por un lado, su contenido resulta ser meramente conjetural y conclusivo-valorativo, y por otro lado la documental que invoca, a saber, nominas, en modo alguno prueban la existencia de otro centro de trabajo, sino únicamente del domicilio de la empresa. Por lo que respecta a la Adición/modificación pretendida en segundo lugar y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 33 y 357 y 358 de los autos, la misma no puede prosperar tal y como esta propuesto el texto de la adición ,pues del contenido de los documentos invocados no se deduce el texto cuyo contenido se pretende adicionar, que por otra parte es meramente conjetural, extrayendo conclusiones valorativas.

Y finalmente por lo que se refiere a la adición pretendida en ultimo lugar y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 36 y 37 de los autos, a saber copia de acta de presencia notarial a instancia de la actora M.P.A.G., la misma tampoco puede prosperar tal y como esta propuesta su redacción, pues del contenido de los documentos invocados no se deduce el texto cuyo contenido se pretende adicionar, que además es conjetural y de contenido conclusivo–valorativo.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral la parte recurrente denuncia infracción por violación del articulo 50.1.a) y c), en relación con el articulo 4.2.a) y b) del ETT, en relación con las sentencia del tribunal supremo de 3 de abril de 1997, 31 de mayo de 1991 y 8 de febrero de 1993, alegando en esencia que la extinción del contrato de trabajo que autoriza y prevé el numero 1.a) del articulo 50 del ETT, requiere un doble requisito: por una parte, que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, esto es revelador de un voluntario y grave incumplimiento de sus obligaciones por el empresario, que suponga un deliberado enfrentamiento a la continuidad del anterior desarrollo de la relación laboral, y por otra parte, que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de la dignidad, condiciones que estima se dan en el caso de autos, porque a la actora no solo se le ha cambiado de centro de trabajo, sino que consta en autos que se le ha dejado sin trabajo es decir, sin ocupación efectiva ,lo cual no cabe duda que constituye una razón suficiente para que el trabajador solicite y obtenga la extinción indemnizada del contrato de trabajo, redundando en su perjuicio tanto respecto de su formación como de su prestigio. Por todo lo cual solicita la revocación de la sentencia ,y en su lugar se dicte otra por la que se declare la extinción del contrato de trabajo de la actora por incumplimiento empresarial grave de sus obligaciones contractuales, y se condene a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono de la indemnización prevista para el despido improcedente.

La parte suplicante da por sentado que la pretensión revisoria deducida en relación con las adiciones/modificaciones fácticas que postulaba en el primero de sus motivos, hubiera prosperado y, como quiera que ya se ha visto que no, se hace preciso recordar, que los hechos son una base indispensable para el examen del derecho aplicado, y en el caso que nos ocupa su estudio se aborda desde la plataforma de una narración fáctica inamovible en la cuestión que se dice, por no haber alcanzado éxito la pretensión revisoria pretendida en tal sentido, lo que hace necesario tener presente que la forma lógica de la norma, que es la de una proposición condicional, que consta como tal de dos elementos: la hipótesis o supuesto, que es el hecho o relación de vida a que se refiere la norma y la tesis o consecuencia que establece la ordenación adecuada de aquel hecho o relación, fijando los efectos jurídicos que produce. Se trata en definitiva, de un imperativo condicionado o hipotético: dadas ciertas premisas, el derecho impone consecuencias determinadas. De cuanto viene diciéndose se deduce la necesidad de poner en relación los hechos declarados probados con el contenido material y formal de los preceptos supuestamente infringidos en la sentencia combatida, en orden a determinar si las consecuencias deducidas por el Juez “a quo” son o no ajustadas a derecho y así, hallándose subordinado el éxito del motivo al de la revisión fáctica pretendida y no alcanzada, como ya se ha dicho, decae la argumentación breve e improcedente, por otro lado, que se utiliza al recurrir, haciendo inaplicable al supuesto del proceso la existencia de la vulneración acusada.

Por cuanto que recogiéndose en el inmodificado relato fáctico que la actora prestando servicios para la demandada desde 1987, y en el año 2000 por causas organizativas la empresa decidió trasladar a Santiago el centro de trabajo que tenía en Vigo, y tras las oportunas negociaciones con el comité del que formaba parte la actora, la cual no intervino por encontrarse en situación de IT, y empresa y comité suscriben en 21.02.2000 un acuerdo por el que a los trabajadores trasladados se les ofrecía la cantidad de 18.000.-pts en concepto de kilometraje o bien la posibilidad de rescindir su contrato con una indemnización mínima de 20 días por año trabajado hasta un máximo de 12 mensualidades y para la actora se acordó que independientemente del traslado de la sede a Santiago seguirá en Vigo, con la categoría de auxiliar Avda. a todos los efectos ,y en el supuesto de que la opción no le interesase recibiría de la empresa por la extinción de su contrato una indemnización de 25 días de salario por año de servicio; la actora se reincorporo a su trabajo a su trabajo en la nueva oficina que la empresa alquilo en la calle…, y realiza las funciones propias de auxiliar administrativo: atiende el teléfono, correo, control del libro de matricula, se encarga de que los monitores firmen el contrato de trabajo, que remite a Santiago, les entrega los certificados del IRPF ,impresos de alta en la seguridad social, entrega de certificados a los alumnos etc., siendo en general un enlace entre Vigo y la oficina principal que se encuentra en Santiago de Compostela y que la empresa demandada se dedica a impartir cursos, estando en la actualidad pendiente de que

el Forcem realice la convocatoria de los nuevos cursos. Por tanto y como acertadamente razona la juez "a quo" acreditado que la actora realiza determinadas actividades en la oficina que abrió la empresa en Vigo después del traslado a Santiago y en concreto las antes citadas aun cuando el trabajo halla decrecido tanto en Santiago como en Vigo, por cuanto que el Forcem aun no ha publicado la convocatoria de los cursos, ello no puede considerarse en modo alguno ,causa bastante para extinguir el contrato de trabajo, por todo ello, no puede apreciarse en la sentencia la infracción denunciada en el motivo.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia.

### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña P.A.G., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo, de fecha treinta de mayo de dos mil uno, dictada en autos núm. 270/01 seguidos a instancia de la recurrente contra el INSTITUTO DE FORMACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (I.F.E.S.) sobre RESCISIÓN DE CONTRATO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

## 3288 Recurso nº 4.777/01

**S.S.** NON DEVENGO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN DURANTE PERÍODO DE BAIXA POR INCAPACIDADE TEMPORAL DO TRABALLADOR.

*Ponente: Ilmo Sr. D. Juan L. Martínez López*

A Coruña, siete de noviembre de dos mil uno.

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. 4.777/01, interpuesto por "G., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don V.G.L. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado "C., S.L.", "G., S.A." y "T., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 279/01 sentencia con fecha 30 de mayo de 2001, 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 prestó servicios inicialmente para "C., S.L." como expendedor, iniciados el 5 de septiembre de 1992.- Con fecha 25 de marzo de 1999, y sin solución de continuidad pasa a la empresa "F.E.S., S.A." la cual respetándole la antigüedad lo contrata como ENCARGADO GENERAL. El 23 de diciembre de 1999 pasa a depender de la codemandada "G., S.A." con la citada categoría profesional y antigüedad señalada.- Percibía un salario mensual prorrateado de 260.448 pesetas.- SEGUNDO.- Con fecha 12 de marzo de 2001 es despedido por esta última empresa en base a los hechos recogidos en la carta unida a los autos que se da por reproducida.- TERCERO.- El actor es el Encargado de la Estación de Servicio doble margen sita en la Areas 1 y 2 de la Carretera Nacional 651 Coruña-Ferrol, situada en Campolongo, Pontedume.- El pasado 16 de enero tuvo una entrevista con el Supervisor de Zona, don J.M.S.C., para recibir los objetivos del año 2001. Tales objetivos consisten en una hoja de objetivos de ventas de carburantes, boutique, y lavados de vehículos. Dentro de este último apartado se le señalan unas ventas ascendentes que se inician en enero en 100.000 ptas. hasta llega a 1.500.000 en agosto.- La maquina de lavado está estropeada desde al menos diciembre de 2000, no estado previsto su arreglo ni sustitución, sufriendo continuos fallos ya desde octubre pasado.- CUARTO.- El actor discrepa de los objetivos señalados, haciendo ver al supervisor que los de lavado son no ya imposibles, sino absurdos, dada la inexistencia de la máquina de lavado. También le indica que como consecuencia de la falta de la máquina citada, las ventas de combustible disminuyen, fundamentalmente los fines de semana. Así se deduce de las partes acompañados en los que se comprueba que desde octubre, bajando el lavado, disminuyen las ventas de combustible.- QUINTO.- El 18 de enero la empresa entrega al actor a través del Supervisor un escrito en el que le comunica que no puede atender a la petición de renuncia del sistema de trabajo e incentivo. En ese mismo día

es sancionado a propuesta del supervisor por estar sin afeitar, como falta leve.- SEXTO.- El 13 de febrero el supervisor visita de nuevo la Gasolinera y de nuevo sanciona la actora por falta de afeitado, esta vez como falta grave.- SÉPTIMO.- El 3 de marzo el supervisor le entrega al actor los objetivos anuales de ventas y los previstos para el mes de marzo de visitas. El actor mantiene las razones que en su día expuso para su negativa y pone el no conforme en el escrito de actuaciones, por cuanto considera que supone una situación nueva que no venía realizando, exigiendo su comunicación por escrito. Continúa prestando su servicio en jornada de 8 de la mañana a 9 de la noche y sábados y domingos por las mañanas.- OCTAVO.- El actor percibió en su retribución incentivos trimestrales por las ventas de carburantes, boutique y lubricantes por importe total en el año 2000 de 270.000 pesetas.- Estos incentivos vienen fijados en razón a un mayor rendimiento en ventas del encargado pudiendo incluso no alcanzarlos."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don V.G.L. declaro la improcedencia de su despido y condeno a la empresa "G., S.A." 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 3.329.963 pesetas, 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 677.196 pesetas.- Absolviendo de la demanda a los codemandadas "C., S.L." y "T. S.A.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada "G., S.A." no 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 estima la demanda sobre despido y declara la improcedencia del mismo con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento, y frente a dicha declaración interpone recurso de suplicación la empresa demandada para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas, centrando el debate sobre la procedencia o no de abonar salarios de tramitación que, a juicio de la empresa recurrente, no tiene obligación de abonar en este caso concreto. La revisión solicitada tiene por objeto la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: "El 07.03.2001, el actor fue declarado en situación de incapacidad temporal derivada de una depresión reactiva".

Petición que se acepta, pues además de encontrar apoyo documental en la prueba obrante a los autos (folios 131 a 137) consistente en el parte médico de baja, comunicación de la misma, partes de consulta y del tratamiento a seguir, el propio demandante en su escrito de demanda hace constar expresamente que la actuación del empresario le ocasionó una depresión reactiva causante de un proceso de incapacidad temporal iniciado el 7 de marzo y en el que todavía permanecía bajo tratamiento médico a la fecha de la presentación de la demanda (09.04.2001). En el examen del derecho aplicado denuncia la infracción por inaplicación del artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 45.1.2. del mismo texto legal e infracción de la doctrina jurisprudencial señalada en las sentencias del T.S. que cita, alegando que durante el período en que el trabajador ha estado en situación de incapacidad temporal no puede entenderse que se le ha privado de los salarios de tramitación, por cuanto el contrato se encuentra suspendido, quedando el trabajador liberado de prestar servicios y, en contrapartida, el empresario de abonar salarios.

Para resolver la cuestión que plantea el recurso se ha de partir de la doctrina unificada plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio y 3 de octubre de 1994 y 17 de enero de 1995, en las que se declara que "corresponde a la entidad gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, cuando esta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente..." A ello añade la sentencia de casación para unificación de doctrina de 28 de mayo de 1999 que "la clave para la resolución del problema radica en la propia naturaleza de los salarios de tramitación; el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores concibe los salarios de tramitación como la suma que es debida al trabajador, cuando el despido es declarado improcedente, y equivale a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la notificación de la sentencia que declare su improcedencia o hasta que hubiere encontrado empleo si la colocación es anterior a la sentencia. Esto significa que la compensación se corresponde

con la falta de abono de salarios durante el tiempo de referencia, para evitar así que un comportamiento inaceptable del empresario llegue a causar perjuicios económicos al trabajador, privándole de las rentas de trabajo que en otro caso hubiere devengado, de modo que si no subsiste la obligación de satisfacer salarios tampoco cabría aplicar la medida compensatoria, para reparar un quebranto económico inexistente. Así se deduce del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores que, entre otras, menciona la incapacidad temporal de los trabajadores como causa de suspensión del contrato de trabajo, y en el número dos del mismo precepto se establece que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo; esa misma conclusión se alcanza partiendo del concepto de incapacidad temporal que facilita el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, motivada por la imposibilidad de trabajar".

También señala la mencionada sentencia que "si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal que coincidan el despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones derivadas por esta contingencia".

A tenor de la doctrina expuesta y teniendo en cuenta que, según la revisión operada, el trabajador fue declarado el día 07.03.2001 en situación de incapacidad temporal derivada de una depresión reactiva, como quiera que tal situación suspende el contrato de trabajo y durante la misma el trabajador se encuentra exonerado de la prestación de servicios, no cabe imponer a la empresa el pago de los salarios de tramitación durante el tiempo en que aquel ha permanecido en I.T., lo que determina la estimación del recurso de suplicación formulado y la revocación, en ese concreto extremo de la resolución recurrida. En consecuencia,

### Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación formulado por "G., S.A." contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, en el sentido de que la empresa condenada no tiene obligación de abonar los salarios de tramitación que coincidan con la situación de incapacidad temporal del actor, quedando, respecto a dicho extremo, sin efecto la sentencia recurrida.

## 3289 Recurso nº 5.104/2001

**S.S.** NO PROCESO POR DESPEDIMENTO PODE DEBATERSE A CONTÍA DO SALARIO QUE LLE CORRESPONDE Ó TRABALLADOR CO OBXECTO DO CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN E DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN. REALIZACIÓN DE XORNADA COMPLETA SIMULADA BAIXO A COBERTURA DUN CONTRATO A TEMPO PARCIAL CON HORAS EXTRAORDINARIAS.

*Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Yebra-Pimentel Vilar*

A Coruña, ocho de noviembre de dos mil uno.

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 5.104/2001 interpuesto por estación de servicios "S.L., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Santiago.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 344/01 se presentó demanda por C.P.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el estación de servicios "S.L., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de julio de 2001 por el Juzgado de referencia que desestima excepciones y estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Que el actor viene prestando sus servicios para la empresa demandada, ESTACION DE SERVICIO "S.L., S.L.", con domicilio social en la Carretera de Ourense,

km 336, con una antigüedad desde el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido, al amparo del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, con la categoría profesional de expendedor, con jornada de trabajo de 33,5 horas semanales (como ha quedado debidamente acreditado por la testifical practicada, a instancia de la actora en el acto de juicio y la no comparecencia de la demandada al interrogatorio de parte, teniéndola por confesa) y no las 22 que constan en el contrato, y siendo el salario a percibir por el actor el que le corresponde según Convenio Colectivo Estatal para las Estaciones de Servicio, por una cuantía de ciento veintiuna mil doscientas setenta y siete pesetas (121.277 ptas.) mensuales con prorrateo de pagas extras y no el de setenta y siete mil pesetas (77.000 ptas.), fijado por la actora en el acto del juicio.- 2º) Que en fecha veinte de abril de dos mil uno, la empresa demandada le comunicó al trabajador, escrito de fecha diecinueve de abril de dos mil uno, o carta de despido, cuyo contenido literal es el siguiente: "Estimado Sr. P.L.: La presente carta es para comunicarle la decisión empresarial de proceder a su despido con fecha diecinueve de abril de dos mil uno. Usted tiene una antigüedad en la empresa, desde el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Desde el día veintiuno de septiembre de dos mil, estuvo usted en situación de baja médica hasta el día dieciocho de abril de dos mil uno, prestando servicios viernes, sábados y domingos. A lo largo de todo el tiempo que usted estuvo de baja, se reveló que las personas que le han sustituido, podrían resolver su ausencia sin incrementar el coste para la empresa. De todas formas, la razón de la decisión empresarial estriba en el hecho de que usted reconoció a un compañero de trabajo que "volvería de baja médica cuando quisiera" y que el período durante el que usted estuvo de baja médica, estuvo trabajando y realizando esfuerzos que no se compatibilizan con su estado de baja médica. Su comportamiento supone una clara deslealtad a la empresa, prevista como causa de despido disciplinario, prevista en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores que indica que se considerarán incumplimientos contractuales de la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño de su trabajo. por todo ello y, en aplicación de las facultades reservadas del artículo 35 del Convenio Colectivo, se le impone la sanción de despido desde la fecha de efectos de diecinueve de abril de dos mil uno".- 3º) Que en fecha quince de mayo de dos mil uno, se celebró entre las partes el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, manifestando la representación de la demandada en dicho acto "Que se reconoce el hecho primero de la papeleta y se niegan los otros, señalando como base reguladora con prorrateo de pagas extras la de setenta y cinco mil pesetas (75.000 ptas.) y acogiéndonos al privilegio del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, Se reconoce la improcedencia del despido y se ofrece la cantidad de ciento sesenta y ocho mil doscientas cincuenta pesetas (168.250 ptas.) como indemnización y sesenta y dos mil quinientas pesetas (62.500 ptas.) como salarios de tramitación, poniéndolas a disposición del trabajador en este momento o, en caso de no aceptarlo, se depositarán en la Cuenta de Consignaciones del Juzgado de lo Social". La parte conciliante, en vía de réplica, manifiesta: "Que no puede aceptar las cantidades ofrecidas dado que considera que el salario por el que debe calcularse la indemnización y los salarios de trámite, es lo que le corresponde a un expendedor-vendedor, con 33,5 horas semanales, según Convenio". El acto conciliatorio remató "sin avenencia".- 4º) Que el actor no ostenta ni ha ostentado, en el año anterior, la condición de Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando las excepciones de acumulación indebida de autos y de inadecuación de procedimiento alegadas por la demandada, debo de estimar y estimo parcialmente la demanda de despido, interpuesta por don C.P.L., contra la empresa "ESTACION DE SERVICIOS S.L., S.L.", debiendo declarar el despido improcedente y condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte en el término de cinco días, a contar el siguiente a la notificación de esta sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo de inmediato y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o a abonarle la cantidad de doscientas setenta y dos mil ochocientas setenta y tres pesetas (272.873 ptas.) en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en todo caso, la cantidad de trescientas cincuenta y una mil setecientas cuarenta y una pesetas (351.741 ptas.) en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil cuarenta y tres pesetas (4.043 ptas.)

hasta la fecha de notificación de la sentencia, debiéndose de deducir del total de la condena impuesta, la cantidad de doscientas treinta mil setecientas cincuenta pesetas (230.750 ptas.), consignada, en su día por la empresa demandada antedicha, e ingresada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Provisionales de este Juzgado."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimando las excepciones de acumulación indebida de autos y de inadecuacion de procedimiento alegadas por la demandada, estimo parcialmente la demanda de despido ,interpuesta por el actor declarando el despido improcedente y condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte en el termino de cinco días, a contar del siguiente a la notificación de esta sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo de inmediato y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o a abonarle la cantidad de 272.873 ptas. en concepto de indemnización por despido y a que le abone en todo caso, la cantidad de 351.741 ptas. en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de 4.043 ptas. hasta la fecha de notificación de la sentencia, debiéndose deducir del total de la condena impuesta, la cantidad de 230.750 ptas., consignada en su día por la empresa demandada antedicha, e, ingresada en la cuenta de consignaciones provisionales del juzgado.

Se alza en suplicación la empresa demandada, interponiendo recurso, en base a dos motivos correctamente amparados ambos en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando en ambos infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral alega la parte recurrente infracción por interpretación errónea del articulo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en concordancia con la infracción del articulo 107 de la Ley de Procedimiento Laboral y todo ello en concordancia con la interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias entre otras del TSJ Madrid de fecha 30.04.97,TSJ Galicia de fecha 28.01.93 (AS 1993/234); TSJ de Cataluña de fecha 07.03.97 (AS 1997/1.056).TS de 7 de diciembre de 1990 (R J1990/9.760); TS de fecha 25.02.93 (RJ1993/1.441)

La cuestión que se suscita en este primer motivo del recurso ha sido ya objeto de unificación de doctrina en sentido desfavorable a la pretensión impugnatoria que ejercita la empresa recurrente. La Sentencia de 25 febrero 1993 (RJ 1993\1441) señala que la determinación del salario como objeto del proceso de despido no ha sido punto pacífico y así se ha sostenido en ocasiones que ha de estarse al salario que realmente se estuviera percibiendo en el momento del cese y no al que se pudiera tener derecho a percibir, por lo que el mayor salario que el trabajador considere que debe percibir podrá ser objeto de controversia en otro proceso, pero no en el de despido. Pero la propia sentencia precisa que la doctrina más reciente de la Sala (Sentencias de 7 diciembre 1990 [RJ 1990\9760] y 3 enero 1991 [RJ 1991\47]) ha establecido que "el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido", pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es "en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley... una reclamación inadecuada". En la misma línea la Sentencia de 12 abril 1993 (RJ 1993\2922) reitera que solamente en el proceso de despido puede discutirse la cuantía de la retribución que ha de tomarse en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación, que no pueden reclamarse en proceso posterior. Es cierto que en algunos casos esta doctrina se ha establecido en supuestos, en los que se habían producido reducciones unilaterales del salario antes del cese o del ejercicio de la acción resolutoria del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997). Pero se trata de una dato accidental, porque, como ya se ha dicho, lo que se plantea aquí es de un problema estrictamente procesal en orden a determinar el alcance de la regla del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y lo que se establece es que no es acción distinta de la propia del despido la fijación de los datos sobre los que deben determinarse las

indemnizaciones que han de reconocerse en ese proceso cuando es estimada la pretensión del trabajador, por lo que ha de decaer este primer motivo de recurso.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la empresa recurrente como segundo motivo de recurso infracción por interpretación errónea del articulo 12 del ETT ,interpretada con arreglo a la doctrina jurisprudencial establecida a propósito de la consideración que han de tener los excesos de jornada en los contratos a tiempo parcial .alegando en esencia que la jurisprudencia desde la publicación del Real –Decreto 8/1997 y la posterior ley 63/1997 de 26 de diciembre, que dio una nueva redacción al articulo 12 del ETT considera dichos incrementos como horas extras ,y no como salario ordinario, citando al respecto las sentencias del TSJ de Valencia de 07.03.2000. (AS2000/ 2980, la del TSJ de Cantabria de 06.10.2000 (AS2000/4053), por tanto siguiendo con la anterior doctrina, los eventuales excesos de jornada no integran el salario a efectos de despido, sino que generan un eventual derecho del trabajador a reclamar por horas extras, y por tanto estima que las cantidades consignadas en la cuenta de consignaciones del Juzgado de lo Social, son correctas, y por tanto generaron el derecho a interrumpir el aquel momento los salarios de tramitación devengados.

Entiende la recurrente que las horas de más realizadas por el actor han de tener la consideración de extraordinarias, sin que puedan ser tenidas en cuenta como de realización de jornada completa; sin embargo tal afirmación no puede acogerse porque, como señala el juzgador de instancia, la prestación de servicios del actor para la demandada no tiene otro encaje jurídico que el de un trabajador con jornada ordinaria de trabajo a tiempo completo; por lo que se produjo una novación objetiva de la cláusula referida a la contratación parcial que devino en nula, por cuanto que quedó acreditado en autos, (hecho indiscutido al no postularse la revisión fáctica ) que el trabajador desde el inicio de la relación laboral comenzó a realizar efectivamente 33,5 horas semanales y no las 22 por las que estaba dado de alta en la Seguridad Social, por ello, no puede hablarse de horas extraordinarias cuando esta era la jornada real del actor.

No puede entenderse como lógica una contratación a tiempo parcial para, inmediatamente pasar a realizar una jornada ordinaria que intenta disfrazarse como de realización de horas extraordinarias, horas éstas que por su naturaleza propia tienen el carácter de excepcionales sin que puedan, como en el presente caso, pasar a consolidarse de tal forma que constituyan una jornada ordinaria y fija.

Por lo que ha de entenderse que la empresa demandada intentó de forma fraudulenta que el demandante realizara una jornada completa; lo cual supone, en aplicación de lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil, que tenga efectos jurídicos y sea considerada como tal la realización de una jornada ordinaria de trabajo, la cual trataba de enmascararse en forma de realización de horas extraordinarias, horas cuya realización no puede ser fija y general, sino que debe ser enormemente restringida por constar así en el Convenio Colectivo aplicable. Debiendo, por tanto, de ser desestimado el presente recurso de suplicación así como íntegramente confirmada la sentencia de instancia

## Fallamos

Desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa ESTACION DE SERVICIO "S.L., S.L." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. UNO DE SANTIAGO, en fecha 16 de julio de 2001, autos nº 344/01, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia. Dése a los depósitos y consignaciones constituidos se para recurrir dar el destino legal y condena a la parte recurrente al abono en concepto de honorarios de Letrado de la parte impugnante del recurso en la cantidad de CINCUENTA MIL PESETAS, (50.000) pesetas.

**3290 Recurso nº 5.254/01**

**S.S.** INADECUACIÓN DO PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO PARA XULGA-LA PRETENSIÓN DE NULIDADE DA CONTRATACIÓN DUN CONCRETO TRABALLADOR.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Martínez López*

A Coruña, diez de noviembre de dos mil uno.

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 5.254/01, interpuesto por don R.C.A. y por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Ourense.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 368/00 se presentó demanda por doña R.I.A. en reclamación sobre CONFLICTO COLECTIVO siendo demandados el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y don R.C.A. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de julio de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Probado que el día 28 de enero de 2000, la Directora de Gestión del Hospital Comarcal de Valdeorras del Servicio Galego de Saúde, comunicó por escrito en la Junta de Personal del Área de Salud del Barco de Valdeorras lo siguiente: "Tendo en conta o pacto de Contratacións, solicito da Xunta de Persoal a sua colaboración para a selección dunha persoa do Grupo Técnico da Función Administrativa, que teña a condición de Licenciado en Ciencias Económicas o Empresariales", ante este escrito la Junta de Personal contestó con fecha 3 de enero de 2000 que el pacto de contratación vigente no contempla que para ser aspirante a un puesto del Grupo Técnico de la Función Pública sea necesaria una licenciatura determinada./ SEGUNDO.- En fecha 20 de febrero de 2000 el Director Gerente del Hospital Comarcal Valdeorras, informó de la Convocatoria de una plaza del Grupo Técnico de la Función Administrativa para un Licenciado en Ciencias Económicas o Empresariales, por medio de su publicación en diversos medios de comunicación como en el Diario "La Voz de Galicia"./ TERCERO.- Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 9/87 de junio (B.O.E. de 17.06.87) de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de Trabajo y Participación el Personal al servicio de las Administraciones Públicas en la Sesión Plenaria de la Xunta de Personal, que representó de 18 de abril de 2000 se acordó facultar a la Presidenta para plantear Convenio Colectivo por los hechos anteriormente expuestos./ CUARTO.- En fecha 6 de junio de 2000 se celebró Acto de Conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "Sin Avenencia", presentando demanda la actora ante el Juzgado de lo Social Decano el 19 de junio de 2000."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que estimando la demanda formulada por doña R.I.A. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y don R.C.A., debo declarar y declaro que el proceso selección de una persona del Grupo Técnico de la Función Administrativa iniciado por la Directora de Gestión del Hospital Comarcal Valdeorras el 28 de enero de 2000 es contrario a lo estipulado en el Pacto de Contrataciones vigente; que el sistema de nombramiento y contratación de una persona para el Grupo Técnico de la Función Administrativa cuya selección se inició por parte de la Directora de Gestión del Hospital Comarcal Valdeorras el 28 de enero de 2000 es contrario al Pacto de Contrataciones vigente; que el Servicio Galego de Saúde ha aplicado el pacto de contrataciones para la selección de una persona para ocupar temporalmente una plaza del Grupo Técnico de la función administrativa rama económica de una forma incorrecta debiendo por tanto tras los trámites legales oportunos inicial el proceso de selección con arreglo a lo estipulado en el pacto de contrataciones vigentes, es decir, admitiendo a todos los aspirantes del grupo técnico de la función administrativa que estén incluidos en las listas confeccionadas, denominadas de promoción profesional, para que conforme a su baremo de méritos realicen la prueba teórico práctica que se determine, según el perfil o característica de la plaza, rama económica por la Dirección del Centro Hospital Comarcal de Valdeorras y con la colaboración de la Xunta de Personal, declarándose que la vinculación, contratación o nombramiento que se efectuó en base a la incorrecta aplicación del Pacto de Contrataciones es nula a todos los efectos."

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

### Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda sobre conflicto colectivo y declara que el proceso selección de una persona del Grupo Técnico de la Función Administrativa iniciado por la Directora de Gestión del Hospital Comarcal Valdeorras el 28 de

enero de 2000 es contrario a lo estipulado en el Pacto de Contrataciones vigente; que el sistema de nombramiento y contratación de una persona para el Grupo Técnico de la Función Administrativa cuya selección se inició por parte de la Directora de Gestión del Hospital Comarcal Valdeorras el 28 de enero de 2000 es contrario al Pacto de Contrataciones vigente; que el Servicio Galego de Saúde ha aplicado el pacto de contrataciones para la selección de una persona para ocupar temporalmente una plaza del Grupo Técnico de la función administrativa rama económica de una forma incorrecta debiendo por tanto tras los trámites legales oportunos inicial el proceso de selección con arreglo a lo estipulado en el pacto de contrataciones vigentes, es decir, admitiendo a todos los aspirantes del grupo técnico de la función administrativa que estén incluidos en las listas confeccionadas, denominadas de promoción profesional, para que conforme a su baremo de méritos realicen la prueba teórico práctica que se determine, según el perfil o característica de la plaza, rama económica por la Dirección del Centro Hospital Comarcal de Valdeorras y con la colaboración de la Xunta de Personal, declarándose que la vinculación, contratación o nombramiento que se efectuó en base a la incorrecta aplicación del Pacto de Contrataciones es nula a todos los efectos. Frente a dicha resolución interponen recurso de suplicación el codemandado Sr. C. y el Letrado del SERGAS de la Xunta de Galicia.

Ambos recurrentes, además de pedir la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y denunciar la infracción de normas sustantivas, reproducen la excepción de inadecuación de procedimiento al considerar que el procedimiento adecuado para resolver la cuestión en los términos planteados no es por conflicto colectivo por cuanto no afecta a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o sobre la aplicación de una norma, cuando en el presente caso se está actuando en orden a la selección de una persona, no pudiendo iniciarse el proceso de conflicto colectivo para demandar a particulares en el momento en que la plaza ya estaba adjudicada, citando al efecto las sentencias del TCT de 22.02.1989 y de 16.11.1988. Así pues el primer objeto de este recurso es determinar si el proceso de conflicto colectivo es o no el cauce procesal adecuado para resolver la pretensión deducida por la Presidenta de la Xunta de Personal de Área de Salud Pública del Barco de Valdeorras.

El Juzgador de instancia rechaza la excepción porque considera que los requisitos tanto subjetivos como objetivos exigidos por reiterada doctrina jurisprudencial existen en la pretensión formulada en la demanda al proponerse una declaración general sobre el proceso de selección de una persona del grupo técnico de la función administrativa iniciado por la Directora de Gestión del Hospital Comarcal de Valdeorras, versando sobre la interpretación del Pacto de Contratación y afectando a un grupo genérico de trabajadores, cuales son los aspirantes a cubrir la mencionada plaza.

La jurisprudencia reiterada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido exigiendo para la viabilidad del proceso por conflicto colectivo, que se trate de una controversia real y actual, que sea de carácter jurídico y que sea colectiva. Dos son los elementos requeridos: "el subjetivo, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregación de trabajadores (conflicto plural) singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y el objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que es el que se actúa a través del conflicto" (Sentencias de 25 junio 1992 [RJ 1992\4.672], 22 marzo 1995 [RJ 1995\2.178], 19 mayo 1997 [RJ 1997\4.274] y 2 febrero 1998 [RJ 1998\2.207], entre otras). El interés colectivo o general, se define por dicha doctrina como "un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros" o también como "un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general", de forma que debe configurarse como una acción declarativa que se mantiene en un plano general sin entrar a ponderar las consecuencias particulares, por lo que no son propias de conflicto colectivo las pretensiones que exigen "una valoración de circunstancias particulares de los distintos miembros del grupo", como expresa la STS 12 junio 1996 (RJ 1996\5.061), que reitera otras anteriores como son las de 26 junio 1995 (RJ 1995\5.366) y 22 abril 1996 (RJ 1996\3.335).

El problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reco-

nocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto. En la pretensión ejercitada en este caso no se propone simplemente que se efectúe una declaración general sobre el proceso de selección estipulado en el pacto de contrataciones vigente, punto en el que en efecto existiría una controversia entre las partes, sino que lo que en realidad se pretende por la Junta de Personal demandante es incidir en un concreto nombramiento y en la contratación de una persona por el Hospital Comarcal de Valdeorras, llevado a cabo antes de plantear la demanda y en fase de conclusión, pues buena prueba de ello es que la parte accionante que inicialmente demandada al SERGAS ha tenido que ampliar su demanda contra un particular pidiendo se anule su nombramiento (folio 13 de las presentes actuaciones). Incidiendo en este extremo el punto cuarto de la súplica de la demanda en la que se pide que se declare que la vinculación, contratación o nombramiento que se efectuó en base a la incorrecta aplicación del Pacto de Contrataciones es nula a todos los efectos. Y todo parece indicar, de acuerdo con los artículos 152 y 153 de la L.P.L. que solo pueden ser parte los sujetos colectivos, no los trabajadores individualmente considerados.

En el mismo sentido se ha manifestado la STS de 8 julio 1997 (RJ 1997\5.567) respecto a la declaración abstracta de que las contrataciones realizadas en una empresa, bajo cierta modalidad, contravienen lo previsto en el Convenio Colectivo aplicable y en la que se reitera "que las pretensiones que excedan de la declaración del alcance de un precepto, y cuya resolución exija además una valoración de circunstancias particulares para distintos miembros del grupo de trabajadores, deben encauzarse por la vía de proceso ordinario, y no por la vía del proceso de conflicto colectivo. También ha considerado inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 mayo 1998 (RJ 1998\4.921), para conocer de la nulidad de la convocatoria de oferta en régimen de ascenso y pase a categoría de maquinista - jefe de RENFE y de todos los actos posteriores realizados conforme a la misma, al considerar que "no hay la afectación de un interés general estructurado en un grupo homogéneo, sino que resultan directa e individualmente afectados todos aquellos trabajadores que decidieron acudir a la convocatoria, que la firmaron, que participaron en las pruebas y, de modo especial, los que superaron éstas".

Por todo ello la Sala, acogiendo la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por los demandados (Xunta de Galicia y don R.C.), estima que resulta inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo entablado por la Presidenta de la Junta de Personal para resolver la pretensión de nulidad de la vinculación, contratación o nombramiento del expresado trabajador.

### Fallamos

Que estimando la excepción de inadecuación de procedimiento alegada en los recursos de suplicación formulados por don R.C.A. y por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia dictada con fecha veinticuatro de julio de dos mil uno, por el Juzgado de lo Social número 1 de Ourense en autos nº 368/00, seguidos a instancia de Doña R.I.A. frente a los recurrentes, sobre Convenio Colectivo, se deja sin efecto la expresada resolución.

## 3291 Recurso número 03/0007113/1998

**S.CA.** INFRACCIÓN MOI GRAVE. NEGATIVA DE ACCESO DE CARGO ELECTIVO SINDICAL Ó CENTRO DE TRABALLO. ACCESO CO OBXECTO DE CELEBRAR UNHA REUNIÓN PARA PARTICIPAR EN ACTIVIDADES SINDICAIS, LOGO DE COMUNICACIÓN Ó EMPRESARIO.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Fernández López*

A Coruña, doce de noviembre de dos mil uno.

**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 03/0007113/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpues-

to por "H.L., S.A.", domiciliado en C/... (A Coruña), representado por doña H.G.P., y dirigido por el letrado don L.P.L.L. contra resolución de 28.11.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provinc. de A Coruña de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 277/97, Expte. nº 432/97. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada por el letrado de la Xunta de Galicia.

## 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 treinta y uno de octubre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

IV.- La cuantía de este recurso se cifra en 500.100 pesetas, por ser el importe de la sanción recurrida.

V.- En el presente recurso se han observado todas las formalidades procesales.

## Fundamentos de derecho

I.- En el presente recurso se fiscaliza la adecuación o no a derecho de la resolución de la autoridad periférica de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de 18.08.97, confirmada en vía de recurso por el director xeral de Relacións Laborais el 28.11.97, por la cual se le impuso a la empresa "H.L., S.A." una sanción consistente en multa de 500.100 pesetas por la comisión de una infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 93 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en relación con el artículo 9.1.c) de la Ley orgánica 11/1995, de 2 de agosto, de libertad sindical, por haber negado aquella empresa el acceso al centro de trabajo a un cargo electivo sindical que pretendía celebrar una asamblea informativa con los trabajadores ante la proximidad de un proceso electoral.

La sanción se impuso después de incoar el oportuno expediente, con audiencia de la empresa interesada y el informe de ratificación de la inspectora actuante y en la demanda se interesa la nulidad de aquélla con base en que la empresa sancionada no negó la entrada del cargo sindical electivo sino la celebración de una asamblea cuya convocatoria y petición no reunían los requisitos legalmente establecidos; por su parte, el letrado de la Xunta se opone a la pretensión de nulidad ejercitada, con base en que la resolución es ajustada al tipo y sanción regulados en la ley.

II.- Al objeto de resolver la "litis" deben reproducirse los preceptos de aplicación, en concreto, el artículo 93 del TRLET, que preceptúa que son infracciones laborales las acciones u omisiones del empresario contrarias a las normas y que estén tipificadas y sancionadas en la ley, lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 9.1.c) de la LOLS, a cuyo tenor, quien ostente cargo electivo en las organizaciones sindicales más representativas, tendrá derecho a la asistencia y acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de su derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo; de producirse esta conducta, la infracción es calificada como muy grave en el artículo 96.6 del TRLET.

Pues bien, en el presente caso la sanción ha sido impuesta por el órgano autonómico competente teniendo en cuenta únicamente los hechos recogidos en el acta de la inspección actuante, los cuales gozaban de presunción de certeza a tenor de lo dispuesto en los artículos 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones del orden social, y 22.2 del Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto 396/1996, de 1 de marzo (ambos a la sazón vigentes), en la medida en que tales hechos hubieran sido directamente apreciados por la

inspección actuante o se apreciaran de los acreditados mediante pruebas consignadas en el propio acta tales como las comprobaciones o recogida detestimonios, documentos o libros, por lo que, de ser así, quedaría acreditada la carga probatoria que le incumbe a la Administración sancionadora (SsTS de 24.03.88, 24.06.91, 06.04.00 o 08.05.00); no obstante, ello no impedía que la empresa imputada pudiera proponer las pruebas que acreditaran la falta de varacidad de aquello hechos, como le permitían los artículos 22.2 y 30.1 del referido RPSOS, ni tampoco impide el posterior control jurisdiccional de los medios probatorios empleados por el inspector actuante (SsTS de 29.01.92, 11.03.92 o 08.05.00).

El examen de lo actuado en la vía administrativa y en esta jurisdiccional revela que la empresa no aportó prueba alguna que desvirtuara que los hechos recogidos en el acta fueran inciertos, sino que se limitó a declarar que, si bien se le había facilitado por dos veces la entrada al cargo electivo, luego se le negó la celebración de la asamblea porque ésta no se había convocado por persona ligitimada, esto es, el delegado de personal, el comité de empresa o el centro de trabajo o por un número de trabajadores no inferior al 33 por 100 de la plantilla, como refiere el artículo 77.2 del TRLET, por lo que el empresario hizo uso del derecho que le confiere el artículo siguiente de no autorizar la celebración de la asamblea.

III.- Son distintos los derechos que confieren los artículo 77 del TRLET y 91.1.c) de la LOLS y diferentes también los tipos de infracciones previstos para el caso de que se vulneren aquellos derechos; así, el artículo 88 del TRLET se aloja dentro del capítulo referido al derecho de reunión de los trabajadores en asamblea, que requiere de unas determinadas solemnidades cuya inobservancia faculta al empresario a impedir tal reunión asamblearia en tanto que su prohibición cuando se cumplen esas solemnidades merece la consideración de infracción grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 96.5 del referido TRLET; por su parte, el artículo 9.1.c) de la LOLS se aloja dentro del título referido a la acción sindical y confiere al cargo electivo el derecho a acceder al centro de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, con la sola formalidad de la previa comunicación al empresario, de modo que la prohibición por éste de dicho acceso merece la consideración de infracción grave a tenor de los dispuesto en el artículo 96.6 del TRLET.

Así las cosas, no pueden confundirse tales derechos ni, por lo tanto, las condiciones que la norma exige para que se hagan efectivos, de modo que no cabe integrar esos preceptos para conformar una única conducta o situación jurídica, puesto que el legislador no lo ha querido así cuando ha dado un cauce diverso a los derechos de reunión asamblearia de los trabajadores y a los derechos de acción sindical por los cargos electivos, por más que las consecuencias de su transgresión sean las mismas, aunque previstas en distintos apartados, lo que no es sino la lógica respuesta a lo que se acaba de indicar.

A la hora de aplicar estos preceptos a la conducta imputada a la empresa "H.L., S.A." hemos de acudir a los hechos constatados en el acta de la inspectora actuante (no negados mediante prueba contradictoria), donde se refleja que ésta no pudo ser testigo directo de los hechos, pero sí puede llegar a determinadas conclusiones de la entrevista que mantuvo con el gerente y con el encargado de la empresa; tales conclusiones son: 1) que la empresa se encontraba en esas fechas en proceso de elecciones de los representantes de los trabajadores, 2) que un cargo sindical electivo había conversado con el gerente y le había expuesto su intención de personarse en el centro de trabajo para llevar a cabo una asamblea informativa con los trabajadores sobre el proceso electoral y 3) que cuando ese cargo sindical electivo se personó unos días después para realizar su acción sindical, el gerente de la empresa le negó la entrada por no existir una petición respaldada por un tercio de la plantilla.

Pues bien, armonizando los preceptos mencionados con los hechos probados que acaban de referirse cabe concluir que no se pretendía celebrar en el centro de trabajo una asamblea de los trabajadores en los términos de lo dispuesto en el artículo 77 del TRLET, sino una reunión para participar en actividades sindicales (artículos 2.2.d) y concordantes de la LOLS) que sólo requería de "previa comunicación al empresario" y no de mayores solemnidades, respaldos o autorizaciones como erróneamente se manifiesta en la demanda, por lo que el recurso debe ser desestimado y confirmada la sanción impuesta cuya cuantía (en su grado mínimo) no se discute.

IV.- Al no haberse conducido ninguno de los litigantes con temeridad o mala fe, no se hace especial condena en costas (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "H.L., S.A." contra reolución de 28.11.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 277/97; expte. nº 432/97 dictado por CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS. Sin imposición de costas.

## 3292 Recurso número 03/0007155/1998

**S.CA.** INFRACCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDADE E SAÚDE NO TRABALLO POR FALTA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN COLECTIVA OU INDIVIDUAL DOS TRABALLADORES. SUBCONTRATA DE OBRAS E SERVICIOS. OBRIGA DE COOPERACIÓN. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DA EMPRESA SUBCONTRATISTA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Fernández López*

A Coruña, doce de noviembre de dos mil uno.

**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 03/0007155/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.C., S.L.", con D.N.I…, domiciliado en C/… (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don M.R.G., contra resolución de 07.11.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provinc. de A Coruña de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 335/97, expte. nº 359/97. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada por el letrado de la Xunta de Galicia.

### 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 treinta y uno de octubre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

La representación de la entidad mercantil recurrente, "P.C., S.L.", pretende a través de este recurso que se declare nula la resolución de 7 de noviembre de 1997, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se confirmó otra anterior de la autoridad periférica en A Coruña a través de la cual se le impuso a aquélla una sanción pecuniaria de 25.100 ptas., en solidaridad con la empresa "C.O.B., S.L.", por falta de medidas de protección colectiva o individual de los trabajadores generadora de riesgo grave para su integridad o salud.

Se fundaba la resolución en los hechos constatados por una inspectora de Trabajo y Seguridad social cuando, con fecha 12 de febrero de 1997 giró visita al centro de trabajo de la empresa "C.O.B., S.L." (que había subcontratado dos trabajos de recrecido de los suelos con "P.C., S.A.") y comprobó que en una instalación eléctrica provisional existía un enchufe con cables desnudos introducidos directamente en la toma de corriente, sujeta-

dos con dos palos a una altura aproximada de 1,30 cm.

En el expediente administrativo sancionador incoado fueron oídas las dos empresas que, sin negar los hechos, entienden que no tienen responsabilidad en la infracción, por corresponderle a otra empresa y que del acta no se deduce qué empresa fue la que realizó la instalación eléctrica irregular; también añade en el recurso administrativo que presenta la empresa ahora recurrente que ya que había sido subcontratada por una empresa principal, no puede responder solidariamente de la infracción. Estos mismos argumentos son los que se esgrimen ahora en la vía jurisdiccional como apoyo de la pretensión anulatoria que el letrado de la Xunta de Galicia interesa sea desestimada.

II.- Según lo que se acaba de exponer, no se discute el hecho de que en la obra visitada existía una instalación eléctrica irregular y que era susceptible de producir un grave riesgo para los trabajadores, ni tampoco los preceptos que tipifican la conducta, en este caso los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que establecen la obligación del empresario de garantizar a todos sus trabajadores la seguridad, salud adoptando para ello cuantas medidas sean necesarias para la efectiva protección, así como el artículo 59.3 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971, que prohibe el empleo de conductos eléctricos desnudos (fijos o aislados) en locales donde exista depósito de polvo o productos susceptibles de producir combustión, debiendo estar, en todo caso, fuera del alcance de la mano y, no ser ello posible, estar eficazmente protegidos al objeto de evitar el contacto directo. Tampoco se discute la calificación de los hechos como infracción grave, ni la sanción impuesta (artículos 47.16.f) y 49 de la referida Ley 31/1995).

El punto de controversia radica en si la empresa recurrente incurrió o no en infracción por ser responsable (exclusiva o solidaria) de la acción que se le imputa.

III.- Dispone el artículo 45.1 de la Ley 31/1995 que "son infracciones a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas"; en análogo sentido se expresan los artículos 93 del refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y 1.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social, los cuales acentúan el dato de que el responsable de la infracción es el empresario que incurra en una acción u omisión tipificada en la ley.

Ello conduce a que deba analizarse si la empresa recurrente, que había sido subcontratada por la principal, era responsable solidaria con ésta última por la instalación o presencia de un conducto eléctrico desnudo que afirma no haber instalado, siendo así que en el acta de la inspección de trabajo tampoco se menciona la empresa responsable de tan irregular instalación eléctrica; no obstante, no puede pasarse por alto que en el informe de ratificación de la inspectora actuante se aclara que la causa de la apertura del expediente no fue la imputación a la empresa de haber efectuado tal instalación, sino el hecho de no haber dado a sus propios trabajadores, y por solidaridad a los de la empresa principal, la tutela efectiva a su seguridad y salud, a la que tienen derecho por virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2.d) del TRLET, ello con independencia de las responsabilidades en que pudieran incurrir otras empresas.

Pues bien, en la medida en que la resolución sancionadora de 20 de junio de 1997 (confirmada después en la de 7 de noviembre de 1997 aquí recurrida) se afirma y ratifica el contenido del acta de inspección, posteriormente ampliado, cabe indicar que no se le ha sancionado a la empresa recurrente, solidariamente con la principal, por haber instalado un enchufe eléctrico irregular, sino por haber hecho absoluta dejación de sus responsabilidades de protección "eficaz" y de adopción de las medidas preventivas que tipifican los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995. En efecto, tanto en la vía administrativa como en esta jurisdiccional ha negado la representación de "P.C., S.A." a conocer la empresa que instaló el controvertido enchufe, si bien ha afirmado con seguridad que en la obra trabajaban diversas empresas, algunas incluso desconocidas para la misma.

Esta última afirmación pone de manifiesto el incumplimiento que la empresa recurrente dio a lo preceptuado en el artículo 24.1 de la repetida Ley 31/1995, a cuyo tenor, "cuando en un mesmo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de ries-

gos laborales", añadiendo que "a tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios"; por su parte, el punto 3 del mismo artículo dispone que "las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales", hasta el punto de hacer recaer sobre la empresa principal la responsabilidad solidaria del incumplimiento por los contratistas o subcontratistas de las obligaciones que la ley les impone sobre sus trabajadores (artículo 42.2).

Así las cosas, resulta evidente que la empresa recurrente había incurrido en una infracción por haber omitido la obligación que le imponía el artículo 24.1 de la Ley 31/1995, lo que, en su caso, merecería la sanción por la infracción que tipifica el artículo 47.13 del mismo texto legal, aunque también podía haber sido sancionada por no haber garantizado a sus trabajadores el derecho que les confiere el artículo 4.2.d) del TRLET, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.16.f) de la Ley 31/1995, pero lo que no debía haber acordado la resolución sancionadora fue imputarle una responsabilidad solidaria por el juego combinado de los artículos 42.2 y 47.16.f) de la ley citada, como hizo, ya que no se daba el presupuesto previo que tales preceptos disponen, por lo cual es procedente estimar el recurso y, con ello, declarar nula la resolución impugnada, sin que pueda este Tribunal determinar el contenido correcto de la resolución porque trasciende el carácter revisor de esta Jurisdicción.

IV.- Al no haber actuado ninguna de las partes litigantes de forma temeraria o maliciosa, no se hace condena en costas (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

### Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "P.C., S.L." contra Resolución de 07.11.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial de A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 335/97, expediente nº 359/97, y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la resolución recurrida por ser contraria a derecho, dictado por CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS. Sin imposición de costas.

## 3293 Recurso número 03/0007104/1998

**S.CA.** INFRACCIÓN LABORAL: NON COMUNICACIÓN ÓS REPRESENTANTES LEGAIS DOS TRABALLADORES DE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓNS DE TRABALLO. REDUCCIÓN DE XORNADA A UNHA TRABALLADORA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Fernández López*

A Coruña, doce de noviembre de dos mil uno.

**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 /0007104/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "N., S.A.", domiciliado en C/… (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don U.P.R., contra resolución de 29.10.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provinc. de Pontevedra en Vigo de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 887/96, Expte. nº 211/97. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada por el letrado de la Xunta de Galicia.

### 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 fun-

damentos 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 treinta y uno de octubre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

IV.- La cuantía de este recurso se cifra en 75.000 pesetas, por ser el importe de la sanción recurrida.

V.- En el presente recurso se han observado todas las formalidades procesales.

## Fundamentos de derecho

I.- Se fiscaliza en el presente recurso la conformidad o disconformidad a derecho de la resolución del director general de Relaciones Laborales de 29.10.97, por la que se confirmó otra anterior de 24.03.97 de la autoridad periférica de Pontevedra en Vigo, en la cual se le había impuesto a la empresa "N., S.A." una sanción pecuniaria de 75.000 pesetas por no haber notificado a la representación legal de los trabajadores la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de una empleada, según resultó probado en una sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra y así se hizo constar en acta de inspección.

Una vez iniciado el oportuno expediente sancionador, con audiencia de la empresa interesada e informe ampliatorio y de ratificación de la inspectora actuante, se dictó la resolución de 24.03.97, confirmada en la que aquí se impugna, de 29.10.97. En el escrito de demanda se pretende la revocación (anulación) de la sanción impuesta con base en dos motivos, el primero (ya alegado en la vía administrativa), que no pudo notificar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la empleada a sus representantes legales porque la empresa no los tiene en el ámbito geográfico de la provincia de Pontevedra, y el segundo, que tal notificación sólo procede cuando la modificación de las condiciones de trabajo, en este caso la reducción de la jornada, tenga carácter colectivo pero no individual, al tiempo que la trabajadora afectada se mostró conforme con la decisión al no impugnarla.

Por su parte, en un escrito formulario, el letrado de la Xunta de Galicia se opone a la pretensión anulatoria que se demanda de adverso.

II.- No niega la representación de la empresa el hecho que da lugar a la sanción, esto es, la omisión de comunicar a los representantes de los trabajadores la modificación sustancial en las condiciones laborales de una empleada de limpieza por la reducción de la jornada que prestaba en un centro bancario en Vilagarcía de Arousa, pero sí niega que hubiera infringido la norma por carecer de responsabilidad con base en las razones apuntadas.

Al objeto de resolver la "litis", ya que lo que se discute son cuestiones interpretativas de la norma aplicable, debe comenzarse por indicar que el artículo 64.1.4.b) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, establece que el comité de empresa tiene atribuida la competencia de emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas sobre reducciones de jornada, sin que exprese si afectan a uno o varios trabajadores; a tal efecto añade el artículo 41.3 del mismo texto legal que la decisión de la modificación sustancial de las condiciones de trabajado de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. El incumplimiento de estas disposiciones tiene el carácter de infracción grave según lo dispuesto en el artículo 95.5 del repetido texto, que contempla como tal la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario según lo establecido en el artículo 41 ya citado.

De modo que el texto normativo no faculta al empresario para decidir unilateralmente la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, de forma singular, la reducción de la jornada, ya afecte a un solo trabajador o la colectividad, por cuanto su efectividad requiere que se observe la notificación al interesado y al representante legal de los trabajadores treinta días antes, ello sin perjuicio de que el trabajador lo acepte de buen grado o lo impugne; teniendo en cuenta que el representante legal de los trabajadores (ya sea delegado de personal o ya comité de empresa) es una figura obligatoria y que no se condiciona, por ello, a la circunstancia de que la empresa tenga uno o varios centros de trabajo o que estos se encuentren en una o varias localidades o provincias distintas (artículos 62 y 63 del TRLET), no puede servir como excusa

para no dar cumplimiento la empresa sancionada y aquí recurrente a su obligación de notificar al órgano de representación la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, amparada en que carece de representantes elegidos por la provincia de Pontevedra.

En efecto, constituye un derecho básico de todo trabajador el participar en la empresa a través de los órganos de representación (artículos 4.1.g) y 61 del TRLET) que la norma contempla en función del número de trabajadores que se integran en cada circunscripción o unidad electoral, que es la empresa, cuando exista un solo centro de trabajo, el centro de trabajo, el centro de trabajo cuando la misma empresa tenga varios centros, o la agrupación de centros de trabajo, cuando la empresa tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, varios centros de trabajo con los censos a que se refiere al artículo 63.2 del TRLET, de modo que si las empresas tienen centros de trabajo en diferentes provincias (con municipios no limítrofes) los órganos de representación deben ser diferenciados. Al objeto de determinar si se está o no en esta circunstancia resulta relevante tener en cuenta que el centro de trabajo es "la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral" (artículo 5.1 del Reglamento de elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa, aprobado por Real decreto 1.844/1994, de 9 de septiembre), de modo que para que cada centro de trabajo de una empresa tenga tal consideración será necesario que constituya una unidad productiva autónoma, con organización específica y poder de dirección, no siendo relevante el factor geográfico; esto es lo que parece suceder en el ámbito de la empresa de limpieza demandante, "N., S.A.", que ha constituído un único órgano de representación de los trabajadores por entender que sólo tiene un centro de trabajo en los términos de lo que se acaba de exponer y que radica en la provincia de A Coruña, donde se dirige y organiza la unidad técnica de actividad y producción al margen de que existan empleados de limpieza diseminados en varias provincias.

Por lo demás, como ya se ha indicado, la reducción de jornada es una medida que tiene que adoptarse previo informe preceptivo del comité de empresa o delegado de personal, por lo que si esa consulta obligatoria no se produce, el ordenamiento jurídico prevé la sanción oportuna, sin condicionante o atenuante alguno, de lo que resulta que la resolución recurrida deba declararse conforme a derecho y, con ello, deba desestimarse el recurso.

III.- No se hace condena en costas, al no haber actuado ninguna de las partes litigantes con temeridad o mala fe (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-adminsitrativa, de 27 de diciembre de 1956).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "N., S.A." contra Resolución de 29.10.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provinc. De Pontevedra en Vigo de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 887/96; Expte. nº 211/97 dictado por CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS. Sin imposición de costas.

## 3294 Recurso nº 7/2001

**S.S.** PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO POR IMPUGNACIÓN DE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO. SOMETEMENTO Ó PRAZO DE CADUCIDADE DE VINTE DÍAS.

*Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Yebra-Pimentel Vilar*

A Coruña, catorce de noviembre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En los autos de esta Sala nº 7/2001 seguidos a instancia del COMITÉ DE EMPRESA DE "T.", contra la empresa "T.E., S.A.U.", siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

## Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 22 de octubre de 2001 tuvo entrada en esta Sala de lo Social demanda de Conflicto Colectivo formulada por el Comité de Empresa de "T.", contra la Empresa "T.E., S.A.U.", que fue admitida a trámite citándose a las partes para comparecer al acto de juicio que tuvo lugar el día 8 de noviembre de los corrientes, representando al Comité de Empresa su Presidente don J.B., asistido por el letrado don F.M.R., y por la Empresa "T.E., S.A.U.", es representada y asistida por el letrado don J.M.F. Abierto el acto, por la parte actora se ratifica en su demanda y por el representante de la demandada se opuso a la misma por los motivos que constan acreditados en autos; recibido el juicio a prueba, por la parte actora se propone Documental y por la demandada Documental y Testifical, que fue declarada pertinente, acordándose su unión a los autos, previo traslado, procediendo seguidamente a la restante prueba propuesta. En trámite de conclusiones, las `partes después de insistir en sus pretensiones las elevaron a definitivas quedando el juicio para votación y fallo. En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

## Hechos declarados probados

PRIMERO.- Que con fecha de 03.08.2001 el Comité de Empresa de "T.E., S.A." presentó escrito ante la Autoridad Laboral (Conselleria de Xustiza Interior e Relacions Laboráis) promoviendo Conflicto Colectivo y previa celebración del acto conciliatorio, el día 9 de agosto de 2001, la Autoridad laboral, (Delegación Provincial de la Conselleria de Xustiza Interior e Relacions Laborais) presentó comunicación, solicitando el inicio del procedimiento de conflicto colectivo, que tuvo entrada en el decanato de los Juzgados de lo Social el día 21.08.2001. Demanda repartida al Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, donde se siguieron los autos nº 650/2001 habiéndose dictado auto de fecha 27.09.2001 declarándose la incompetencia de ese Juzgado para conocer del asunto y acordándose el archivo de los autos. Con fecha de 19.10.2001 la Autoridad Laboral (Conselleria de Xustiza Interior e Relacions Laborais), dirigió nueva comunicación a la Sala de lo Social de este Tribunal promoviendo nueva demanda de Conflicto Colectivo.

SEGUNDO.- Que el presente Conflicto Colectivo planteado por la parte social en relación con la decisión empresarial de suprimir las guardias en sábados, domingos y festivos en el Área de Mantenimiento Red de A Coruña y provincia, afecta a 19 trabajadores con la categoría de operadores auxiliares de planta externa de la provincia de La Coruña, de la empresa "T.E., S.A."

TERCERO.- Que con fecha de 11 de julio de 2001 la empresa demandada comunica al Comité de Empresa la decisión de que el personal dejara de prestar atención (guardias) en sábados, domingos y festivos en el Area de Mantenimiento de la Red de la Coruña y provincia. Asunto: guardias en planta exterior.

CUARTO.- Que con fecha de 12.07.2001 la empresa demandada envió a los 19 operarios auxiliares de planta externa comunicación escrita de la decisión empresarial de supresión de guardias en sábados, domingos y festivos, comunicándoles que dicha modificación será de aplicación una vez transcurrido el tiempo establecido al efecto (30 días a contar desde la presente notificación) y dada la coincidencia con fechas de periodo vacacional, será en la próxima rueda prevista para septiembre de 2001, cuando dejara de ser prestada la citada atención en régimen de guardias .

QUINTO.- Que en noviembre de 2000 se iniciaron las consultas entre la representación de la empresa y el Comité de Empresa relativas a la supresión de las guardias en sábados, domingos y festivos de los operadores auxiliares de planta externa.

SEXTO.- Que la Empresa "T.E., S.A." alega como causas que inciden en la necesidad de dejar de prestar el servicio de guardias en sábados, domingos y festivos las siguientes: por un lado la nula operatividad de las guardias en sábados, domingos y festivos, y su incidencia en la actividad habitual del área, persiguiéndose con dicha medida una adecuada optimización de los recursos existentes, y asimismo que la liberalización operada en el sector de las comunicaciones ha supuesto una profunda reestructuración organizativa en "T.E., S.A." para adaptarse a las nuevas necesidades de un mercado competitivo.

SÉPTIMO.- Que el articulo 114 del Texto Refundido de la Normativa Laboral de "T." establece en su párrafo segundo que: "...Durante los sábados, domingos y festivos, el personal de planta externa deberá realizar todas las funciones de su categoría que sean necesarias para la reparación de averías que

permitan cumplir los compromisos con el estado, así como la reparación de averías urgentes, y los trabajos que por su naturaleza, deban ser programados para esas fechas...”

OCTAVO.- Que el personal que realizaba guardias en sábados, domingos y festivos, percibía durante esos días de guardia una retribución superior en cuantía entre 4.000 a 7.000 pesetas más, mensuales, durante la guardia sóolo realizaban funciones propias de la guardia, no todas la propias de su categoría y después la guardia disfrutaban de los mismos días de libranza.

## Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Que con carácter previo y antes de entrar en el fondo del asunto ha de resolverse sobre las excepciones alegadas. Que por la demandada “T.E., S.A.” se alega la excepción de caducidad de la acción, por cuanto que estima que en el supuesto de autos han transcurrido mas de 20 días entre la notificación de la medida y su impugnación ante el Juzgado, o sea la presentación de la demanda ,descontados los días transcurridos entre el intento y la celebración del acto de conciliación ante el SMAC. Como primera cuestión planteada en la presente litis, es por tanto, si el plazo de caducidad de 20 días, fijado en el art. 59.4 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) para el ejercicio de la acción contra las decisiones empresariales de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aplicable no sólo al ejercicio individual de la acción, sino también a la ejercitada mediante procedimiento de conflicto colectivo por las entidades legitimadas en cada caso para ello (cual acontece en el supuesto de autos) ha transcurrido o no en el supuesto litigioso.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es una materia que ha sufrido una modificación por la Ley 11/1994, de 19 mayo (RCL 1994\1422 y 1651). El artículo 41 del Estatuto (RCL 1980\607 y ApNDL 3006) se sustituye por uno, que con una nueva y más pormenorizada regulación distingue entre modificaciones individuales y colectivas con previsión expresa de que estas últimas podrán ser objeto de reclamación en conflicto colectivo; al artículo 59 del Estatuto se añade un nuevo apartado, el núm. 4, que regula la caducidad de la acción contra las decisiones empresariales sobre la materia, y por último, a la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1990\922 y 1049) se le incorpora un nuevo artículo, el 137 bis, 138 en el vigente Texto Refundido, que regula una nueva modalidad procesal para las reclamaciones individuales sobre movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, estableciendo este precepto en su apartado tercero la incidencia que la demanda de conflicto colectivo tiene sobre los procesos individuales en trámite. Esta nueva regulación, se traduce en líneas generales en una ampliación de las facultades empresariales, en la organización de la empresa, dando eficacia inmediata a sus decisiones. Este fortalecimiento del poder empresarial se compensa con una mayor intervención de los representantes legales de los trabajadores, a ellos habrán de notificarse las modificaciones individuales, y con ellos deberán negociarse las modificaciones colectivas de modo previo a la decisión empresarial, y como se ha dicho se previene de modo expreso un ejercicio de la acción en conflicto colectivo. Esta nueva regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que faculta al empresario a llevarlas a efecto sin necesidad de aprobación administrativa y sin obligación de llegar necesariamente a un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, introduce en la relación laboral una situación de hecho que por su propia naturaleza exige una rápida impugnación que evite una provisionalidad en materia que afecta decisivamente tanto a los trabajadores por incidir en las condiciones de la prestación del trabajo como a la empresa por implicar momentos decisivos en la producción. Esta consideración, es sin duda la finalidad perseguida por el núm. 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, que asimila la caducidad de la acción contra las decisiones empresariales en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo a la regulada con respecto a la acción de despido.Que por otra parte el articulo 156 de la Ley de Procedimiento Laboral (dentro del capitulo VIII del proceso de conflicto colectivo) establece que: “El proceso podrá iniciarse mediante comunicación de la Autoridad laboral, a instancia de las representaciones referidas en el articulo 152...” y por su parte el articulo 152 establece que estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos entre otros: Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea mas amplio que el del conflicto. Visto el marco legal en que se mueve la norma, y la finalidad de la misma, es necesario ver con precisión si la caducidad de la acción prevista en el artículo 59.4 opera o no en el supuesto de autos en que la notificación de la

decisión empresarial tiene lugar el 11 de julio de 2001, el sindicato el día 03.08.2001 o sea el día 19 del plazo presenta comunicación ante la autoridad laboral, a fin de que esta inicie el proceso y esta tras la llamada a las `partes a conciliación el día 09.08.2001 presenta la comunicación –demanda de oficio el 21.08.2001, transcurrido en exceso el plazo de 20 días previsto en la ley para la caducidad de la acción ejercitada. Y la sala estima que está caducada la acción ejercitada en proceso de conflicto colectivo por cuanto que en efecto notificada la decisión empresarial el día 11.07.2001 el comité de empresa presento escrito promoviendo el conflicto colectivo ante la autoridad laboral el día 03.08.2001 y esta después de citar a las partes a conciliación para el día siguiente 09.08.2001, presento la comunicación –demanda de oficio solicitando el inicio del proceso en el decanato de los juzgados de lo social el día 21.08.2001 y ambos períodos acumulados superan en exceso el plazo de 20 días hábiles.

En concreto la sala estima que concurre la **caducidad** de la acción pues la demanda habría "sido extemporáneamente interpuesta, motivo por el que la misma no ha de prosperar, por aplicación al supuesto de autos del instituto jurídico de la caducidad, regulado en el artículo 59 de nuestra norma estatutaria y sin necesidad de abordar el fondo de la cuestión litigiosa planteada". Es interesante recordar en este punto como se ha dicho anteriormente que la empresa notificó el día 11.07.2001, la supresión de las guardias en sábados y domingos y el sindicato accionante presentó la comunicación ante la autoridad laboral el día 03.08.2001 (cuando ya habían transcurrido 19 días desde la notificación de la medida) y presentando la autoridad laboral demanda o comunicación de oficio el Juzgado de lo Social el día 21.08.2001, después de citar a las partes a conciliación el día 09.08.2001, por ello, es obvio que ambos períodos acumulados superan en exceso el plazo de 20 días hábiles contemplado en el articulo 59.4 del ET.

Sin que pueda admitirse que en los supuestos de demanda de oficio el Sindicato que insta a la Autoridad Laboral para presentar la comunicación –demanda de oficio tenga un plazo de 20 días desde la notificación de la medida y la Autoridad Laboral otro distinto ,o que en todo caso se interrumpa el plazo por la comunicación de la Autoridad Laboral, sino que estamos ante la existencia de un plazo único de 20 días cuyo dies a quo se inicia con la notificación de la medida y se suspende para reiniciarse únicamente en los supuestos previstos legalmente, y en el caso de autos es obvio que cuando se presento la comunicación por la autoridad laboral en el juzgado, en fecha 21.08.2001, ya habían transcurrido los 20 días que señala el artículo 59 ET, y por lo tanto la acción estaría caducada, lo que conlleva a estimar la excepción de caducidad alegada por la empresa y sin entrar en el fondo del asunto absolver en la instancia a la demandada. Por lo expuesto,

### Fallamos

Que estimando la excepción de caducidad alegada por la empresa demandada y sin entrar en el fondo del asunto debemos absolver y absolvemos en la instancia a la empresa demandada "T.E., S.A.".

## 3295 Recurso nº 5.081/01

**S.S.** INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA E INAPLICABILIDADE DO CONVENIO DE EMPRESAS DE SEGURIDADE E DA SÚA CLÁUSULA SUBROGATORIA. NON SE PRODUCIU TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS PATRIMONIAIS. NON CABE APRECIAR CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES, PORQUE NON HAI UNHA INTERPOSICIÓN DUNHA EMPRESA APARENTE CON ÁNIMO DEFRAUDATORIO.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Cabanas Gancedo*

A Coruña, catorce de noviembre de dos mil uno.

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 5.081/01, interpuesto por don J.G.V., don J.J.G.G., don R.A.C., don J.C.M.A., don J.C.A., don J.L.C.G., don J.M.R.A. y don A.T.Q. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo.

## Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 397/01 se presentó demanda por don J.G.V., don J.J.G.G., don R.A.C., don J.C.M.A., don J.C.A., don J.L.C.G., don J.M.R.A. y don A.T.Q. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas las empresas "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", "S.A.P.C.N., S.L.", "H.J.B., S.A." y "S.G.N.T., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintisiete de julio de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Los demandantes vinieron prestando servicios en el centro de trabajo de la empresa "H.J.B., S.A." por cuenta de las otras empresas demandadas con las condiciones siguientes: A) don J.G.V., mayor de edad y con D.N.I. número…, desde el día 3 de julio de 1.997 por cuenta de la empresa "S.G.N.T., S.A." mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención de riesgos laborales contratados por la empresa "H.J.B., S.A.", con categoría de bombero, jornada de 39 horas semanales, duración en tanto durase el servicio contratado y declarándose aplicable el convenio colectivo de enseñanza no reglada, cesando el día 31 de mayo de 1998 de forma y en circunstancias que no constan. El día 1 de junio de 1998 suscribió contrato con "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", contrato de carácter temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención contratados por "H.J.B., S.A.", categoría de bombero, jornada de 40 horas semanales, un período de prueba de 3 meses, duración en tanto durase el servicio contratado y declarando aplicable el convenio de empresas de seguridad, siendo cesado por fin de contrato el día 30 de junio de 1999, lo que se le preavisó mediante carta de fecha 15 de junio notificada el día 17 haciendo constar el actor su disconformidad por cuanto entendía que debía ser subrogado según el convenio de empresas de seguridad. El día 13 de julio fue contratado por "S.A.P.C.N., S.L." mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención y contra incendios en la empresa "H.J.B., S.A.", categoría de oficial de 2ª bombero pero con funciones de bombero y prevencionista laboral, jornada de 40 horas semanales y duración del 14 de julio a fin de obra. Este trabajador aceptó y cumplió una sanción de 60 días de suspensión de empleo y sueldo del 7 de diciembre de 2000 al 4 de febrero de este año. B) Don J.J.G.G., mayor de edad y con D.N.I. número…, desde el día 18 de agosto de 1997 por cuenta de la empresa "S.G.N.T., S.A." mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención contratados por la empresa "H.J.B., S.A." con categoría de bombero, jornada de 39 horas semanales, duración en tanto durase el servicio contratado y declarándose aplicable el convenio colectivo de enseñanza no reglada, cesando el día 17 de marzo de 1998 por fin de contrato, lo que se le preavisó por escrito el día 13. El día 18 de marzo inició su relación laboral con "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", mediante contrato idéntico al anterior salvo que se especificaba que la prevención era de riesgos laborales y el convenio el de empresas de seguridad, cesando por fin de contrato el día 12 de mayo, lo que se le preavisó por escrito el día 11. El día 13 de mayo volvió a trabajar para "S.G.N.T., S.A." mediante contra idéntico al suscrito antes con esta empresa siendo cesado el día 31 de mayo por fin de contrato, lo que se le preavisó el día 29 de mayo. El día 1 de junio de 1998 suscribió contrato con "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", contrato de carácter temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención contratados por "H.J.B., S.A.", categoría de bombero, jornada de 40 horas semanales, un período de prueba de 3 meses, duración en tanto durase el servicio contratado y declarando aplicable el convenio de empresas de seguridad, siendo cesado por fin de contrato el día 30 de junio de 1999, lo que se le preavisó mediante carta de fecha 15 de junio notificada el mismo día haciendo constar el actor su disconformidad por cuanto entendía que debía ser subrogado según el convenio de empresas de seguridad. El día 13 de julio fue contratado por "S.A.P.C.N., S.L." mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención y contra incendios en la empresa "H.J.B.", categoría de oficial de 2ª bombero pero con funciones de bombero y prevencionista laboral, jornada de 40 horas semanales y duración del 14 de julio a fin de obra. C) Don R.A.C., mayor de edad y con D.N.I. número…, desde el día 11 de octubre de 1997 por cuenta de la empresa "S.G.N.T., S.A." mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención contratados por la empresa "H.J.B.", con categoría de bombero, jornada de

39 horas semanales, duración en tanto durase el servicio contratado y declarándose aplicable el convenio colectivo de enseñanza no reglada, cesando el día 31 de mayo de 1998 por fin de contrato. El día 1 de junio de 1.998 suscribió contrato con "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", contrato de carácter temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención de riesgos contratados por "H.J.B., S.A.", categoría de bombero, jornada de 40 horas semanales, un período de prueba de 3 meses, duración en tanto durase el servicio contratado y declarando aplicable el convenio de empresas de seguridad, siendo cesado por fin de contrato el día 30 de junio de 1999. El día 13 de julio fue contratado por "S.A.P.C.N., S.L." mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención y contra incendios en la empresa "H.J.B.", categoría de oficial de 2ª bombero pero con funciones de bombero y prevencionista laboral, jornada de 40 horas semanales y duración del 14 de julio a fin de obra. D) Don J.C.M.A., mayor de edad y con D.N.I. número..., desde el 23 de marzo de 2.000 (prestó servicios antes para "S.G.N.T., S.A." y "C.G.S., S.L." pero percibió prestaciones por desempleo del 25 de septiembre de 1999 al 22 de marzo de 2000) por cuenta de la empresa "S.A.P.C.N., S.L." mediante contrato temporal por acumulación de tareas consistentes en servicios de prevención y contra incendios en la empresa "H.J.B.", jornada de 40 horas semanales, categoría de oficial de 2ª prevencionista, declarando aplicable el convenio de siderometal y duración de 3 meses hasta el 22 de junio, contrato prorrogado el 21 de junio hasta el 22 de septiembre en que fue cesado. De nuevo suscribieron las partes contrato el 25 de septiembre, ahora para obra o servicio determinado pero con iguales circunstancias que el anterior salvo la duración que era hasta fin de obra y la categoría a la que se añadía bombero, cesando el 31 de diciembre. De nuevo suscribieron contrato, ahora de interinidad, el 2 de enero de 2001 para sustituir a otro trabajador que estaba en situación de incapacidad temporal hasta que ésta terminase pero con iguales circunstancias que los anteriores, cesando el día 19 de enero. Finalmente, suscribieron el 21 de enero contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en obra número 1.580 de servicios de prevención y contra incendios en la empresa "H.J.B.", categoría de oficial 2ª prevencionista, jornada de 40 horas semanales, convenio de siderometal de Pontevedra y duración hasta fin de obra. E) Don J.C.A., mayor de edad y con D.N.I. número..., desde el 31 de julio de 1998 por cuenta de la empresa "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en trabajos para Astilleros "V." en Vigo, aunque trabajó en "H.J.B., S.A.", categoría de bombero, jornada de 15 horas semanales, convenio de aplicación el de empresas de seguridad y cesando el día 17 de agosto por causas que no constan. De nuevo suscribieron las partes contrato idéntico al anterior pero a jornada completa para "V." si bien el actor trabajó en "H.J.B., S.A." y duración hasta fin de obra, cesando el 30 de junio de 1999 por causas que no constan. El día 13 de julio suscribió con "S.A.P.C.N., S.L." contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención y contra incendios en la empresa "H.J.B.", categoría de oficial de 2ª bombero pero con funciones de bombero y prevencionista laboral, jornada de 40 horas semanales y duración del 14 de julio a fin de obra. F) Don J.L.C.G., mayor de edad y con D.N.I. número..., del 2 de julio de 1998 por cuenta de la empresa "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", cambio producido durante la vigencia de dicho contrato, mediante contrato temporal para obra o servicio determinado, categoría de bombero, jornada completa y cesando el día 11 de febrero de 1999 por fin de contrato. Luego prestó servicios del 12 de febrero al 29 de octubre de 1999 por cuenta de dichas empresa en circunstancias que no constan. El 3 de noviembre de 1999 el actor suscribió con "S.A.P.C.N., S.L." contrato eventual por acumulación de tareas consistente en prevencionismo laboral, categoría de oper. Tall. Oficial de 2ª y duración de un mes del 4 de noviembre al 3 de diciembre, convenio de siderometal y para prestar servicios en "H.J.B., S.A." Sin cesar en el contrato anterior, las partes suscribieron otro el día 4 de diciembre para obra o servicio determinado consistente en la prevención y contra incendios en "H.J.B.", categoría igual al anterior, jornada de 40 horas semanales y hasta fin de obra, si bien en las nóminas se refleja que el actor era oficial de 2ª bombero; este demandante actuaba como jefe de equipo y cobraba un plus por ello. G) Don J.M.R.A., mayor de edad y con D.N.I. número..., inició su relación laboral con "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", el día 23 de junio de 1998 mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios contratados por Astilleros "F.", si bien los prestó en la empresa H.J.B., S.A., con categoría de

bombero, jornada de 40 horas semanales y duración hasta fin del servicio contratado, declarándose aplicable el convenio de empresas de seguridad, cesando por fin de contrato el 24 de septiembre de 1998. De nuevo suscribieron las partes el día 6 de octubre igual tipo de contrato pero a tiempo parcial con jornada de 15 horas semanales, categoría de bombero, para prestar servicio en Astilleros "V." aunque siguió trabajando en la empresa H.J.B., S.A., cesando por causa y en condiciones que no constan el 28 de febrero de 1999. Nuevamente suscribieron las partes el 1 de marzo igual tipo de contrato que los precedentes pero a jornada completa, igual categoría, siendo su objeto los trabajos de prevención contratados por Astilleros "V." aunque siguió trabajando en H.J.B., S.A., declarándose aplicable el convenio colectivo de empresas de seguridad y duración igual a la contrata de la empresa, cesando por fin de contrato el día 30 de junio de 1999, lo que se le preavisó el día 15. Finalmente, suscribió con S.A.P.C.N., S.L. el día 13 de julio de 1999 contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención y contra incendios en la empresa Hijos de J. Barreras, categoría de oficial de 2ª bombero pero con funciones de bombero y prevencionista laboral, jornada de 40 horas semanales y duración del 14 de julio a fin de obra. H) Don A.T.Q., mayor de edad y con D.N.I. número…, inició su relación laboral con Comercial Gaes de Seguridad, S.L., actualmente denominada General de Aplicaciones en Seguridad, S.A., el día 1 de julio de 1998 mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención contratados por Hijos de J. Barreras, categoría de bombero, jornada de 40 horas semanales, un período de prueba de 3 meses, duración en tanto durase el servicio contratado y declarando aplicable el convenio de empresas de seguridad, siendo cesado por fin de contrato el día 30 de junio de 1999, lo que se le preavisó mediante carta de fecha 15 de junio. El día 13 de julio fue contratado por S.A.P.C.N., S.L. mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en servicios de prevención y contra incendios en la empresa Hijos de J. Barreras, categoría de oficial de 2ª bombero pero con funciones de bombero y prevencionista laboral, jornada de 40 horas semanales y duración del 14 de julio a fin de obra./ En el ultimo contrato suscrito el 13 de julio de 1999 se fijaba un período de prueba de 15 días y los actores fueron contratados por S.A.P.C.N., S.L. tras unos días de huelga ante el astillero de H.J.B., S.A. y con mediación de ésta dado que S.A.P.C.N., S.L. tenía previsto contratar personal propio. Todos los actores estuvieron dados de alta en la Seguridad Social durante la vigencia de sus contratos de trabajo./ Segundo.- En el año 2000 los demandantes venían percibiendo el siguiente salario mensual prorrateado: Don J.G.V. 206.266 pesetas, don J.J.G.G. 219.567 pesetas, don R.A.C. 166.367 pesetas, don J.C.M.A. 226.367 pesetas, don J.C.A. 199.540 pesetas, don J.L.C.G. 228.469 pesetas, don J.M.R.A. 196.567 pesetas y don A.T.Q. 248.291 pesetas./ Tercero.- El día 20 de abril de 2001 H.J.B., S.A. comunicó a S.A.P.C.N., S.L. que "como consecuencia de las próximas entregas de los buques 1.580 "S." a Transmediterránea el 10 de mayo y 1575 "G.C.C." a Suardíaz, a las que se vinculaba la vigencia de los contratos mercantiles 92/2632, 120.809 y ulteriores prórrogas y anexos, se comunicaba la extinción, en dichas fechas, de los servicios de prevención y contraincendios ligados a dichos buques, al no ser necesarios ya unos servicios ligados, en su propia esencia, a la obra en curso"./ La empresa S.A.P.C.N., S.L. comunicó a los actores mediante cartas de fechas 23 de abril para unos y 27 para otros que en ese momento no tenía trabajo al haber finalizado los contratos que tenía con el astillero "B." en las construcciones 1580 y 1575, que en los próximos meses Barreras tendría la construcción de dos nuevos barcos y también se estaban realizando gestiones en otras actividades para abrir mercado y que les garantizaban que cuando tuviesen trabajo en el astillero u otra actividad se les llamaría a trabajar con preferencia a cualquier otro trabajador./ Y S.A.P.C.N., S.L. comunicó a los demandantes su cese por fin de contrato en la forma siguiente: a don J.G.V. mediante carta de fecha 26 de abril notificada el día 30 y con efectos del 11 de mayo; a don J.J.G.G. mediante carta de fecha 4 de mayo notificada el mismo día y efectos del 7 de mayo; a don R.A.C. mediante carta de fecha 4 de mayo notificada el mismo día y efectos del 7 de mayo; a don J.C.M.A. mediante carta de fecha 26 de abril notificada el día 30 y con efectos del 11 de mayo; a don J.C.A. mediante carta de fecha 26 de abril notificada el día 30 y con efectos del 11 de mayo; a don J.L.C.G. mediante carta de fecha 4 de mayo notificada el mismo día y efectos del 7 de mayo; a don J.M.R.A. mediante carta de fecha 4 de mayo notificada el mismo día y efectos del 7 de mayo; y a don A.T.Q. mediante carta del 4 de mayo notificada el mismo día y con efectos del 7 de mayo. Los demandantes consideran que estos ceses son constitutivos

de despido./ Cuarto.- "H.J.B., S.A." suscribió el 1 de enero de 1997 con S.G.N.T., S.A. un contrato de arrendamiento de servicios por el que la primera se comprometía a: contratar durante dicho año 4 operarios y dos jefes de equipo, que el contrato duraría todo el año 1997, el costo sería de 22.608.000 pesetas a razón de 342.000 pesetas al mes el jefe de equipo y 300.000 los operarios y el de la hora extra del primero 2.430 pesetas y 2.130 las de los segundos, se pagaría mediante pagarés a 120 días y vencimientos los días 5 y 20 de cada mes, el contratista debería: tener sus propios locales fuera de la empresa principal, usaría medios propios o ajenos a la principal, tendría sus propios cuadros de mando, la principal podría supervisarle los servicios, el contratista era responsable de las obligaciones laborales de su personal si bien la principal podía controlar tal cumplimiento así como su solvencia económica y la realización de los trabajos contratados, prohibiéndole subcontratar. Los servicios a prestar eran: abrir y cerrar tomas de agua, puesta en marcha de los equipos de extracción de gases, comprobación de extintores y equipos autónomos y ubicación del personal, vigilar mangueras de sopletes, aire y cables de soldar, ordenar los manguerotes de extracción de gases y colocarlos en las zonas necesarias, colocar aspiradores, rotular las entradas de tanques y tomas, vigilar que el personal no entrase a los tanques con tensión de 220 voltios, comprobar fugas de mangueras, vigilar que el personal usase gafas y prendas de protección, vigilar andamios, barandillas y escaleras, comprobar gases mediante aparato de "H.J.B., S.A.", vigilar ruidos y alarmas de gases, puesta y comprobación de bombas contraincendios, comprobar extintores y material de seguridad, comprobar el uso de cinturón de seguridad, investigar los accidentes laborales, llenado de extintores, reparación de mangueras, hacer un plan de emergencia de cada construcción, comprobar la entrada y salida de productos tóxicos y peligrosos y que las empresas que los generasen retiraban los envases, no permitir el vertido de residuos tóxicos al mar ni al suelo y recoger pilas y baterías de la factoría. Y se fijaban turnos de mañana, tarde y noche./ Quinto.- El 28 de mayo de 1998 y con vigencia del 1 de junio de 1998 al 31 de diciembre de 1999 "H.J.B., S.A." y "C.G.S., S.L." suscribieron contrato prácticamente igual al reseñado en el hecho anterior si bien el personal serían en factoría el mismo, 4 operarios y 2 jefes de equipo, y en distribución 5 personas por la mañana, 4 por la tarde y 1 por la noche y sobre ciertos servicios se excluía de responsabilidad a la contratista que sólo estaba obligada a comunicar los incumplimientos a los mandos de "H.J.B., S.A." Dicho contrato fue resuelto mediante acuerdo de las partes firmado el día 1 de julio de 1999./ "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A." procedió al cese de los trabajadores, entre ellos de los actores don J.G.V., don J.J.G.G., don R.A.C., don J.C.A., don J.M.R.A. y don A.T.Q., el 30 de junio de 1999, cese que vino precedido de comunicación de "C.G.S., S.L." al comité de empresa cursada el día 15 de que "H.J.B., S.A." le había comunicado el cese de la prestación de servicios y por eso "C.G.S., S.L." les comunicaba a ellos su cese. Dichos trabajadores, y otros, presentaron papeleta de conciliación por despido ante el SMAC el día 9 de julio de 1999 frente a "H.J.B., S.A.", "C.G.S., S.L." y "S.A.P.C.N., S.L." pero el día 26 de julio, citados por el SMAC, no compareciendo trabajadores ni empresas./ El día 23 de julio de 1999 los citados trabajadores y "S.A.P.C.N., S.L." habían decidido pedir un arbitraje al amparo del AGA (Acordo Galego para a Solución Extraxudicial de Conflictos Colectivo de Traballo) para determinar el convenio colectivo aplicable (metal o empresas de seguridad), nombrando árbitro al jefe de la Inspección don J.M.C.R., debiendo dictarse el laudo en los 10 primeros días de septiembre. En dicho conflicto intervenía "H.J.B., S.A." como empresa principal y dado que su comité mediaba en el conflicto, si bien éste no se dirigía contra dicha empresa. Declarada huelga en el sector naval, las partes acordaron posponer el procedimiento hasta que acabase la huelga y, finalizada a finales de octubre, el árbitro, tras un intento fallido de citación de las partes para el día 3 de noviembre, las citó para el 8 de noviembre de 1999 y en la reunión las empresas alegaron que el procedimiento había caducado, lo que el árbitro comunicó al Servicio de Solución de Conflictos del Consello Galego de Relacións Laborais archivando el procedimiento, si bien siguió habiendo reuniones para solucionar el tema./ Sexto.- El día 14 de junio de 1999 y con vigencia desde el 14 de julio de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2000, "H.J.B., S.A." y "S.A.P.C.N., S.L." suscribieron contrato de arrendamiento de servicios con el número 94/2632, contrato que se hacía para los buques 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, 1.577 y 1.583, a realizar entre el 12 de julio de 1999 y el 30 de diciembre de 2000. Se exigía a la contratista 8 especialistas y dos jefes de turno con un coordinador de riesgos laborales, supervisión de un titulado superior en prevención de tales riesgos con curso de 600 horas,

las brigadas recibirían órdenes de "H.J.B., S.A." y deberían estar equipadas con intercomunicadores en consonancia con el Astillero, EPIs y lámparas portátiles autónomas normalizados y homologados, deberían seguir la operativa consensuada con el Servicio de Prevención del Astillero debiendo cumplir el procedimiento PPRL-04-01 denominado Servicio Auxiliar de Prevención y Contra Incendios. El resto del contrato era similar a los descritos en los dos hechos anteriores y se integraba con el citado procedimiento PPRL, procedimiento aportado por "H.J.B., S.A." y los actores y que aquí se tiene por reproducido. Dicho contrato fue modificado varias veces: el 22 de marzo de 2000 para incluir la construcción 1.583, 1.580 y 1.575, ampliar la 1.574 hasta el 30 de octubre de 2000 y anular la 1.577 y dar por finalizadas las 1.571 y 1.572; el 5 de octubre para ampliar hasta el 28 de febrero y 31 de marzo de 2001 las construcciones 1.580 y 1.575 respectivamente; el 5 de octubre para dejar fuera de servicio la construcción 1.583 y concretarlas en las números 1.574, 1.575 y 1.580. De común acuerdo (a petición de "H.J.B., S.A." y aceptado por fax por "S.A.P.C.N., S.L.") las partes ciñeron el contrato a los buques 1.575 y 1.580 desde el día 1 de enero de 2001 según lo pactado el 6 de octubre de 2000./ En fecha 15 de marzo de 2001 las citadas empresas suscribieron contrato similar al anterior con vigencia hasta el 31 de marzo de 2002 pero se disponía: la contratista debería aportar: equipos de protección individual con buzos y cascos, equipos de medición de gases, explosímetros, de extinción de incendios: mangueras, extintores, etc., de señalización, de rescate: trípodes, respiración artificial y de protección contra amoníaco, bombas de achique y arcones para instalar todo el material. Y se aplicaba el convenio del metal./ Séptimo.- Desde septiembre de 2000 "H.J.B., S.A." tiene firmados contratos similares a los suscritos con las codemandadas con la empresa "H2O G., S.L.", cuyos trabajadores vienen realizando servicios prácticamente iguales a los que prestaban los demandantes, situación denunciada por el Sr. V., directivo de "S.A.P.C.N., S.L.", ante H.J.B., S.A. mediante carta de fecha 6 de septiembre de 2000, a la que contestó "H.J.B., S.A." mediante fax del día 8 convocando a "S.A.P.C.N., S.L." a una reunión con la advertencia de que debería comparecer persona "con capacidad suficiente de decisión"./ Octavo.- Los actores disponían, facilitados por "S.A.P.C.N., S.L.", de los siguientes medios materiales: uniforme (ropa, calzado, guantes y cascos), linternas, buzos, trajes de agua, pantallas faciales, intercomunicadores, protectores auditivos, cinturones, llave inglesa y algunos explosímetros, todo ello vendido a dicha empresa fundamentalmente por la empresa Sarmodi. El resto del material de prevención y contra incendios era de "H.J.B., S.A.", proporcionado también por Sarmodi, entre otras empresas. Uno de los trabajadores actuaba de coordinador del grupo pero recibían las órdenes de los mandos de prevención de "H.J.B., S.A.", empresa ésta que se dedica a la construcción naval./ Noveno.- El servicio de prevención propio de "H.J.B., S.A.", empresa que entre su propio personal y el de las contratas tiene sobre 1.000 trabajadores, está integrado por dos personas, ambos mandos que eran los que daban las órdenes a los actores./ Décimo.- Desde su contratación por "S.A.P.C.N., S.L." a los actores se les vino aplicando el convenio colectivo del metal de la provincia de Pontevedra./ Undécimo.- "S.G.N.T., S.A." fue constituida mediante escritura pública otorgada el día 24 de octubre de 1990 por doña M.R.M.A., don J.M.C.R. y la sociedad "A.T.M., S.L." con un capital de 10 millones de pesetas dividido en 1.000 acciones suscritas respectivamente en el siguiente número por los citados socios: 250, 50 y 750. De dicha sociedad era secretario y apoderado don J.M.B.C., administrador de "A.T.M., S.L.", y al que en 1992 se otorgaron amplísimos poderes, y consejero delegado, con todos los poderes del Consejo de Administración, don G.C.M., que es el que figura representando a la empresa en los contratos que los actores tenían suscritos con la misma y el que suscribió los contratos de arrendamiento de servicios de dicha empresa con "H.J.B., S.A." Su objeto era la investigación, adiestramiento, prevención y docencia en el campo de la seguridad integral, marítima, terrestre y aérea. Su domicilio se fijó en… de Vigo. En 1995 el domicilio se fijó en.., Salvaterra de Miño y en mayo de 1998 en Vigo, calle… El 5 de octubre de 2000 formaban parte se su Consejo de Administración el Sr. B. como presidente y el Sr. C. como vocal y consejero delegado permanente con todas las facultades del Consejo de Administración. Esta empresa tenía centro de formación de bomberos y especialistas en prevención de riesgos laborales en Salvaterra de Miño./ Duodécimo.- "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", fue constituida mediante escritura pública otorgada el 23 de noviembre de 1991 por don P.R.H., don J.A.R.A. y don E.A.A.S. con un capital de 600.000 pesetas suscrito a partes iguales por los 3. Su objeto era la comercialización, venta y distribución de materiales y maquinaria de

seguridad y protección así como su mantenimiento. Su domicilio se fijó en… en Vigo. Y fue nombrado administrador don E. El 18 de octubre de 1996 se nombró administrador a don J.M.B.C. que confirió amplísimos poderes a don G.C.M. En mayo de 1998 el domicilio se fijó en… en Vigo. El 22 de julio de 1998 se amplió capital que suscribió "S.G.N.T., S.A.", se nombró presidente al Sr. G. y vocal al Sr. B. El 15 de noviembre de 1999 se transformó en sociedad anónima con la denominación de "G.A.S., S.A." y amplió su objeto a los servicios de prevención y extinción de incendios. Casi todo su capital es actualmente de "S.G.N.T., S.A."/ Decimotercero.- "S.A.P.C.N., S.L." fue constituida mediante escritura pública otorgada el día 16 de febrero de 1999 por don J.M.V.V. y don L.M.P., técnico del Gabinete de Seguridad e Higiene de Rande que tiene expediente abierto por ello por la Xunta de Galicia por posible incompatibilidad, con un capital de 1 millón de pesetas suscrito por los socios por mitad, siendo nombrado administrador el primero de los citados. Su objeto es auxiliar de prevención y formación y su domicilio está en la calle…, de Vigo. No está autorizada para funcionar como Servicio de Prevención de Riesgos Laborales externo ni para impartir cursos sobre riesgos laborales./ Decimocuarto.- No consta acreditado que entre las empresas "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", y "S.A.P.C.N., S.L." se haya producido trasvase o sucesión patrimonial alguna./ Decimoquinto.- Don J.G.V. realizó un curso básico de prevención de riesgos laborales, otro de seguridad personal y primeros auxilios en la extinción de incendios, otro dos de primeros auxilios y tiene diploma de formación sanitaria en actividades subacuáticas; Don J.J.G.G. asistió a dos cursos de protección contra incendios de nivel 1 y 2 en 1997 impartidos por "S.G.N.T., S.A." y posee diploma de curso básico de prevención de riesgos laborales; Don R.A.C. asistió a dos cursos de protección contra incendios de nivel 1 y 2 en 1997 impartidos por "S.G.N.T., S.A.", posee diploma de curso básico de prevención de riesgos laborales y asistió a un curso básico en rescate humano y otro de técnico de prevención en el sector naval; Don J.C.M.A. asistió a dos cursos de protección contra incendios de nivel 1 y 2 en 1997 impartidos por "S.G.N.T., S.A.", a otro de primeros auxilios, otro de primer nivel de supervivencia en la mar y otro básico de rescate urbano; Don J.C.A. asistió a un curso de protección contra incendios de nivel 1 en 1998 impartido por "S.G.N.T., S.A.", a otro de prevención de riesgos laborales y a otro de técnico de prevención en el sector naval; Don J.L.C.G. asistió a dos cursos de protección contra incendios de nivel 1 y 2 en 1998 y 1999 impartidos por "S.G.N.T., S.A." y a otro de técnico de prevención en el sector naval; Don J.M.R.A. trabajó diez días de conductor bombero en el Concello de Vigo y realizó cursos de técnico en prevención de riesgos laborales, lucha contra incendios, socorrismo y primeros auxilios y auxiliar de transporte sanitario; y don A.T.Q. asistió a dos cursos de protección contra incendios de nivel 1 y 2 en 1997 impartidos por "S.G.N.T., S.A.", lucha contra incendios niveles 1 y 2, 4 de supervivencia en el mar, 2 de prevención de riesgos laborales, técnico de prevención en el sector naval, socorrismo y primeros auxilios, socorrismo acuático y 3 sanitarios./ Decimosexto.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 29 de mayo, la misma tuvo lugar en fecha 11 de junio con el resultado de sin efecto./ Decimoséptimo.- Don A.T.Q. es delegado de personal y delegado de prevención en "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que desestimando las excepciones de prescripción alegada por "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A.", e indebida acumulación de acciones alegada por "H.J.B., S.A." y "S.A.P.C.N., S.L." y estimando en parte la demanda interpuesta por los actores, debo declarar y declaro improcedente el despido de que fueron objeto los mismos en las siguientes fechas: Don J.G.V., don J.C.M.A. y Don J.C.A. el 11 de mayo de 2001 y don J.J.G.G., don R.A.C., don J.L.C.G., don J.M.R.A. y don A.T.Q. el 7 de mayo de 2001 por parte de la empresa "S.A.P.C.N., S.L." y condeno a ésta a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de los trabajadores o abonarles las siguientes indemnizaciones: A don J.G.V. 514.435 pesetas, a don J.C.M.A. 386.064 pesetas, a don J.C.A. 547.778 pesetas, a don J.J.G.G. 599.147 pesetas, a don R.A.C. 453.977 pesetas, a don J.L.C.G. 518.280 pesetas, a don J.M.R.A. 536.386 pesetas y a don A.T.Q. 677.528 pesetas, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, y opción que en el caso de don A.T.Q. corresponde ejercitar a él en el referido plazo al ser representante legal de los trabajadores, así como a que en ambos casos les abone los

salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión, desestimando las demás pretensiones deducidas por los actores frente a dicha empresa, de las que la absuelvo, así como desestimando la demanda de los trabajadores frente a las empresas "S.G.N.T., S.A.", "C.G.S., S.L.", actualmente denominada "G.A.S., S.A." e "H.J.B., S.A.", a las que absuelvo".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que, con estimación parcial del escrito inicial, declaró improcedente el despido de los actores por parte de la empresa "S.A.P.C.N., S.L."; condenó a ésta a que, en el plazo de cinco días, opte entre la readmisión de aquellos o por abonarles las indemnizaciones que, en cada caso, se señalan, aunque la opción, en el supuesto de don A.T.Q., corresponde a éste, al ser representante legal de los trabajadores; y a que les abone, los correspondientes salarios de tramitación; y absolvió a esta empresa de las restantes peticiones de la demanda, y a las también empresas "G.N.T., S.A.", "C.G.S., S.L." (actualmente denominada "G.A.S., S.A."), e "H.J.B., S.A.", de la totalidad de las peticiones, de dicha demanda-, formulan recurso de suplicación los actores, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del T.R.L.P.L., pretendiendo llevar a cabo once revisiones en la relación fáctica de aquélla; y, en segundo, por la del c) del mismo precepto, denunciando infracción, en primer lugar, del artículo 14, en relación con el 3, párrafo tercero, del Convenio General de Empresas de Seguridad (B.O.E. 11.06.98), en relación con el 5.3 del E.T. y con la doctrina jurisprudencial existente en materia de concatenación contractual; en segundo, del artículo 44 del E.T., en relación con la Directiva 77/187 C.E.E., de 14.02.1977, en el que se regula la sucesión de empresas y con la jurisprudencia del T.C.J.E. que la interpreta; en tercero, de los artículos 14, 15.2 y 4, 16.1.c), 17 y 18 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; y, en cuarto, del artículo 43 del E.T., en relación con los 6, 7, 1.254 y 1.258 del Código Civil.

SEGUNDO.- Que procede acordar lo siguiente, con relación a las revisiones fácticas de la resolución impugnada, interesadas en el escrito de recurso: A) Con relación a la adición de un nuevo hecho probado, que afirme "la empresa "S.A.P.C.N., S.L.", tiene suscrita una Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil con la aseguradora "C.A.C.S.R, S.A." La actividad asegurada se corresponde a una Empresa de Vigilancia. Y el objeto del seguro es garantizar el pago de las indemnizaciones pecuniarias de que pudiera resultar civilmente responsable el asegurado por daños personales y/o materiales, así como perjuicios que de ellos se deriven, que ocasione a terceras personas y que le pudieran ser imputables de acuerdo a lo establecido en el art. 5, apartado 6º, del Real Decreto 2.364 de 9 de diciembre de 1994, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada y de acuerdo a las cláusulas de aplicación señaladas en las Condiciones Particulares, Condiciones Generales y de las Condiciones Especiales de la Póliza", que es acogible –aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, toda vez que consta su certeza de la prueba documental, que citan los recurrentes en su apoyo. B) Respecto a la supresión, en el hecho probado quinto del apartado, que afirma "dicho contrato fue resuelto mediante acuerdo de las partes firmado el día 1 de julio de 1999", que no es viable, pues no se cita prueba documental o pericial, en su apoyo, y no se cumple, por lo tanto, con lo dispuesto al efecto en el apartado b) del artículo 191 del T.R.L.P.L. C) En lo que concierne a la adición al hecho probado sexto de sendos apartados, que afirmen "En el exponendo I, punto c) del contrato firmado "S.A.P.C.N., S.L." afirma que: "Cuenta al día de la fecha con un patrimonio, unos medios auxiliares, una organización de los factores humanos y una experiencia en la ejecución de las obras y servicios propios de su actividad, que le permiten realizarlos con total independencia y en los estrictos términos que se pactan. En la cláusula general número 5 puntos c) y d) del contrato de arrendamiento de servicios se recoge que la contratista utilizará para la realización de los servicios encomendados, maquinaria y medios auxiliares propios o de terceros ajenos al presente contrato, que tendrá necesariamente que ser manejada por sus propios trabajadores y que la misma dispondrá de sus propios cuadros de mandos de manera tal que las instrucciones de trabajo sean cursadas a su personal

a través de los niveles internos de su organización...” y “en representación de “S.A.P.C.N., S.L.”, firmó L.M.P.”, que es viable –aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, porque aparece su certeza del examen de la prueba documental, que se menciona para fundamentarlos. D) Con relación a la adición de un nuevo hecho probado, con el ordinal sexto bis, que señale que “en los anexos a los contratos números 94/263 de 14 de junio de 1999 (folio 1.295 y siguientes) y en el número 120.616 de 15 de marzo de 2001 (folio 1.342 y siguientes) suscritos entre “H.J.B.” y “S.A.P.C.N., S.L.”, se pacta una cantidad fija al mes por un número de operarios a poner a disposición por la contratista y un precio de hora para el especialista, el jefe de equipo, el servicio nocturno, el precio día de especialista y el precio día de jefe de equipo, así como el precio hora de la mano de obra por sábados y domingos”, que es adecuada –aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, pues consta su certeza de la prueba documental, que se señala en su apoyo. E) Respecto a la adición de un nuevo hecho probado, con el ordinal sexto tris), que diga “el día 15 de julio de 1999 “S.A.P.C.N., S.L.” adquirió material a la Empresa “S., S.A.”, por una cantidad de 254.325 pesetas. El material adquirido consistía 28 buzos verdes, 2 chaquetas más pantalón verde, 20 cascos de seguridad, 2 orejeras para acoplar a casco, 30 respiradores p2 con válvula, 15 botas de seguridad, 24 guantes flor vacuno, 19 llaves ajustables, y 20 navajas de electricista. En fecha 20 de agosto “S.A.P.C.N., S.L.” adquiere a “T.E.” de Pontevedra, S. Coop. Taelpo División Telecomunicaciones 8 terminales portátiles trunking Kenwood y Accesorios para los mismos”, que es factible –aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, al aparecer su certeza de la prueba documental, que se cita en su apoyo. F) En lo que concierne a la adición al hecho probado séptimo de sendas adiciones, que afirmen “en la misma también se decía que: “...Existió gran tensión y conflictividad social con la llegada de S.A.P. por las presiones de los trabajadores dirigidas a conseguir su incorporación como fijos de plantilla de “H.J. B., S.A.”. Huelga ilegal y semanas de negociación auspiciada por la Inspección de Trabajo consiguieron que esa inquietud y agitación social se encauzara hacia la creación de una empresa S.A.P., de nula conflictividad social, y, además preocupada de que todos sus trabajadores se formaran mediante la realización de distintos cursos, alcanzando una especialización envidiable en su trabajo de prevencionistas y vigilantes de seguridad” y “en el contrato de arrendamiento de servicios firmado entre “H.J.B.” y “H2.G., S.L.”, se relaciona el material disponible que aporta “H2.G., S.L.” que consiste en: intercomunicadores en consonancia con el astillero, medidor de explosividad, equipo de respiración autónoma y equipo de intervención, mangueras, lanzas, bifurcaciones, racores, linternas, EPIS adecuados para el desarrollo de sus funciones, extintores de CO2, ABC y se establece la posibilidad instalación de equipos de detección de gases, extractores, BIES y todo el material necesario para una completa infraestructura contraincendios”, que es acogible –aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, toda vez que consta su certeza de la prueba documental, que se cita en su apoyo. G) Con relación a la adición al hecho probado octavo de un apartado, que afirme “Sarmodi le facturó a Hijos de J. Barreras en el año 1999 la cantidad de 808.460 pesetas y en año 2000 la cantidad de 5.352.356 pesetas, el material suministrado consistía en mangueras, válvulas, racores, juntas, abrazaderas, fundamentalmente material de prevención y lucha contra incendios”, que es viable –aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, pues aparece su certeza del examen de la prueba documental, que se cita para fundamentarlo. H) Respecto a la adición de un nuevo hecho probado, con el ordinal noveno bis), que señale que “la empresa “H.J.B., S.A.”, tiene más de 250 trabajadores y se dedica a la construcción naval”, que no es acogible, porque no se citan, expresamente, pruebas documentales o periciales, propiamente dichas, en su apoyo. I) En lo que concierne a añadir al hecho probado décimo un nuevo añadido, que indique “La aplicación de este convenio colectivo tiene su origen en el contrato de arrendamiento de servicios firmado el 14 de junio de 1999 por “S.A.P.C.N., S.L.” e “H.J.B.”, contrato número 94/2632. En el contrato firmado el 5 de octubre de 2.000 entre “H2G.” e “H.J.B.” se contiene la exigencia de que los trabajadores de la auxiliar han de estar encuadrados en el convenio del metal”; que no es aceptable, pues contiene un matiz valorativo, que no encaja en un motivo, cual es el previsto en el apartado b) del artículo 191 del T.R.L.P.L., que tiene como único objeto revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. J) Con relación a adicionar a los hechos probados undécimo y duodécimo, un apartado que afirme que “la empresa “S.G.N.T., S.A.” y la empresa “C.G.S., S.L.”, actualmente denominada “G.A.S., S.A.”, no están autorizadas

para funcionar como servicio de prevención de riesgos laborales externos ni para impartir cursos sobre riesgos laborales", que no es aceptable, ya que igual que lo que sucedía en el caso anterior, contiene un matiz claramente valorativo. K) Respecto a la sustitución, en toda la sentencia de instancia del nombre de una de las empresas demandadas –"S.A.P.C.N., S.L."-, por "S.A.P.C.N., S.L.", que no es factible, al no citarse ningún medio probatorio, documental o pericial, en su apoyo.

TERCERO.- Pretenden los demandantes, a través de los dos primeros apartados del motivo del recurso, que formulan por la vía del apartado c) del artículo 191 del T.R.L.P.L., obtener unas indemnizaciones, derivadas del hecho de que se declaren improcedentes sus despidos, superiores a las que se les señalen en la sentencia de instancia, porque entienden que es preciso considerar como fechas iniciales de sus respectivas relaciones laborales no las del último contrato, que celebraron con "S.a.P.C.N., S.L." (SAP) -como sostiene el Sr. Juez "a quo"-, sino las del primero, con "S.G.N.T., S.A."; y fundamentan su alegación en que existió una sucesión empresarial, entre ésta, "C.G.S., S.L." (actualmente denominada "G.A.S., S.L."), y "S.A.P.C.N., S.L.", bien porque imponía tal sucesión lo dispuesto en el artículo 14, en relación con el 3, párrafo tercero, del Convenio General de Empresas de Seguridad (B.O.E. 11.06.1998), o bien, subsidiariamente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- La Sala estima que no concurren ninguno de los supuestos de sucesión empresarial, alegados, ya que –aparte de que SAP contrató a los demandantes, a unos el 13 y a otros el 14, de julio de 1999, en un entorno poco propicio para entender que existió la pretendida sucesión empresarial, pues ello tuvo lugar después de haber sido rescindidas las relaciones laborales, que tenían con "GAES", el 30 de junio del mismo año, de presentar demanda de despido el 9 de julio siguiente, de no concurrir las partes al acto de conciliación ante el SMAC, de tomar parte en una huelga durante unos días, y, todo ello, ante la petición de "H.J.B., S.A.", con la que SAP había concertado la prevención de incendios y seguridad en sus dependencias, dado que ésta, en principio, tenía previsto contratar personal propio, y de aceptar, en sus respectivos contratos, el no reconocimiento de antigüedad-, lo cierto es, por una parte, que no cabe entender aplicable al caso que se analiza el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad –que impone la subrogación en los contratos en las empresas del ámbito-, por la sencilla razón de que no le era aplicable a SAP, pues, en tanto que este Convenio se aplicaba a las empresas, cuya actividad fuere la de vigilancia y protección de cualquier clase de locales, bienes o personas, así como los servicios de escolta, transporte y traslado, con los medios o vehículos adecuados, depósito y custodia, manipulación y almacenamiento de caudales, fondos, valores, joyas y otros bienes y objetos valiosos que precisen vigilancia y protección, y a las empresas que se dediquen a fabricar, distribuir, instalar y mantener medios de vigilancia y similares, que se adhieran al Convenio (artículos 3 y 14 de éste); los demandantes tenían, en SAP, otras funciones, muy distintas, de prevenir riesgos laborales, vigilando que se observasen las medidas de seguridad impuestas por "H.B., S.A.", cuidando de la buena conservación y funcionamiento de las adoptadas, de que no se produjesen incendios a bordo de los buques, y colaborando a su extinción en caso de producirse; y, por otra, tampoco puede apreciarse una posible sucesión empresarial, por la vía del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, dado que, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que, en los supuestos de contratas sucesivas, ante la ausencia de norma sectorial eficaz, que imponga la subrogación, ésta sólo se producirá conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del E.T. cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario "de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación", pero no cuando lo que hay es una mera sucesión temporal en la actividad, sin entrega de soporte patrimonial necesario para la realización de ésta (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1993, 12 de marzo de 1996, etc.), y no constando acreditado en la resolución impugnada nada en sentido favorable a una posible transmisión en tales condiciones –al menos entre GAES y SAP-, tampoco cabe aceptar la alegación de los recurrentes en este extremo.

QUINTO.- Van dirigidos los puntos tercero y cuarto del motivo de recurso, que formulan los actores, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del T.R.L.P.L., a que se reconozca que existió una cesión ilegal de trabajadores, entre SAP e "H.b., S.A.", a efectos de extender la responsabilidad en las indemnizaciones, derivadas del despido, a esta última empresa; pero, tampoco en este caso, se

comparten las alegaciones de aquellos, pues –aparte de que, en principio, no es favorable a sus pretensiones, el hecho de que no hubieren ejercitado, en su caso, en su momento, la acción dirigida a reconocer su posible derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, que permite a los trabajadores sometidos a tráfico prohibido el artículo 43.3 del E.T.; y de que sólo se acordaren del tema cuando fueron despedidos, a los efectos de asegurarse en la mejor medida posible el abono de las indemnizaciones, que les corresponden-, lo cierto es, en todo caso, que, dentro de la distinción que existe entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial, y las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997, 3 de febrero de 2000, etc.); la que se alega por los recurrentes, a la vista de las líneas argumentaciones utilizadas, es la mencionada en segundo lugar; que, al ser así, ello lleva consigo la necesidad de que prueben, por aplicación de las correspondientes reglas de la carga de la prueba, que SAP era una empresa ficticia, que "H.J.B., S.A." era su empresario real, y que la cesión, que pregonan, persiguió un objetivo fraudulento –prueba que, por lo demás, debe de ser por ese orden, dado que si SAP, que era formalmente la empresa empleadora, existía realmente, es obvio que la relación que pudieren tener con "H.J.B., S.A.", por el hecho de trabajar en sus dependencias, nunca podría ser la derivada del contrato de trabajo, porque no reuniría los elementos, que se exigen al efecto en el artículo 1 del E.T., toda vez que estarían presentes en la que tenían con SAP; y si SAP no era una empresa ficticia e "H.J.B., S.A." no era su empresa empleadora, no concurrirían los elementos necesarios, para entender, por la vía del artículo 6.4 del Código Civil, que existió fraude de ley-; y que, del examen de los datos objetivos, que se ofrecen al efecto en la resolución impugnada –que SAP aportaba el material necesario para ejercer la actividad, que había contratado con "H.J.B., S.A." de velar por el cumplimiento de las normas de seguridad y de que los medios que debieran utilizarse al efecto estuviesen en buen estado, como era el uniforme (ropa, calzado, guantes y cascos), linternas, buzos, trajes de agua, pantallas faciales, intercomunicadores, protectores auditivos, cinturones, llave inglesa y algunos explosímetros; que SAP asumía el riesgo de perder lo contratado, si no realizaba correctamente el trabajo; que SAP tenía la capacidad de mando sobre su propio personal (impuso, por ejemplo, una sanción de suspensión de empleo y sueldo de 60 días a uno de los actores); que, aunque SAP hubiere sido presionada por "H.J.B., S.A." para la contratación de los demandantes, a fin de evitar una huelga de éstos, mantuvo la iniciativa al respecto; que, si bien los actores recibían órdenes de los encargados de prevención de "H.J.B., S.A.", dado que no en vano realizaban su trabajo en sus instalaciones, tenían su propio coordinador de SAP; que SAP tenía una auxiliar administrativa encargada de los asuntos de este tipo; que SAP firmaba contratos con "H.J.B., S.A.", señalándose un precio por personal y material aportado, etc.; y que, en definitiva, no resultó acreditado que SAP no actuare, frente a sus trabajadores como un auténtico empresario-, no aparece –haciendo uso de las reglas del criterio humano, tal como previene, con relación al medio de prueba de presunciones judiciales, el artículo 386.1 de la L.E.C.-, que pueda presumirse que sea cierto lo alegado por los demandantes respecto a que la empresa, que les contrató y despidió, SAP, fuere ficticia; y que, por ello, al no concurrir ni este requisito, ni, por consiguiente, por las razones ya expuestas, los relativos a que "H.J.B., S.A." fuere su empleador real, y a que existió fraude de ley en la contratación –carecen de interés, por otra parte, al respecto las alegaciones, que formulan en el sentido de que "H.J.B., S.A." incumplió lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de los Servicios de Prevención, de constituir un servicio de prevención propio, porque se trata de un tema, que, en su caso, podrá dar lugar a las correspondientes sanciones administrativas, pero que no incide, directamente, en lo que se discute-, no cabe aceptar el motivo, tampoco en este concreto extremo.

SEXTO.- Todo lo anterior lleva a la desestimación global del recurso y a la confirmación del fallo de la resolución impugnada. Por lo expuesto,

## Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don J.G.V. y otros, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Vigo, en fecha 27 de julio de 2001; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

**3296 Recurso número 03/0008143/1997**

**S.CA.** INFRACCIÓN MOI GRAVE EN MATERIA DE DESEMPREGO. COMPATIBILIZACIÓN DE PRESTACIÓN CON TRABALLO EN EXPLOTACIÓN AGRARIA QUE ESTÁ Á FRONTE.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Vesteiro Piñeiro*

A Coruña, dieciséis de noviembre de dos mil uno.

**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 03/0008143/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por F.A.P.P., con D.N.I..., domiciliado en... (A Coruña), representado por doña M.F.A.B. y dirigido por el letrado don E.A.B., contra resolución de 10.04.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Prov. De Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción nº 126/96 pérdida de prestaciones de desempleo; Expte. 1.278/97. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 50.000 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 6 de noviembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- Se refieren las actuaciones administrativas, originariamente seguidas, a una sanción de extinción del derecho a las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas que, en su caso, fije la Entidad Gestora y con la exclusión del derecho a percibir prestaciones por desempleo por un período de 6 meses, por infracción muy grave del art. 30.3 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, impuesta a la parte apelante por la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, confirmada en alzada por la Dirección General de Empleo del citado Departamento ministerial, como consecuencia de un expediente dimanante de Acta de Inspección de Trabajo.

En el presente caso, la situación específica del preceptor de prestaciones por desempleo implica la sujeción a un régimen de incompatibilidades que prohibe simultanear la percepción de dichas prestaciones con cualquier trabajo por cuenta propia o ajena (arts. 18.1 de la Ley de 31/84, de 2 de agosto de protección por desempleo y 30.3.1 de la Ley 8/88 de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social), tanto más cuanto el apelante se encontraba –de acuerdo con lo reflejado en el Acta de Infracción- en la obligación que contempla el art. 2 del D. de 23.12.1972, en virtud del cual el recurrente estaba al frente de la explotación agraria y realizaba labores propias inherentes.

II.- Hemos de estimar que no es de recibo las alegaciones de la parte demandante en cuanto probado está y no desvirtuado por prueba en contrario que es el titular de una explotación agraria y que percibía según el resultado del I. sobre la Renta de las Personas Físicas un rendimiento por el ejercicio de 1994 de 575.365 ptas. por la producción lechera de las fincas que ostentaba desde el fallecimiento de su padrastro, lo cual indicaba una percepción incompatible con la prestación por desempleo a que hace referencia el Acta de Infracción levantada contra la parte demandante, fue corroborado por sus propias manifestaciones, por lo que consideramos vulnerado por lo dispuesto en los art. 221 y 231.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con

el art. 18 de la Ley 43/84 sobre Fomento del Empleo, por cuanto además del informe de la actuación inspectora junto con las demás pruebas aportadas a los autos se desprende que incurrió en una falta muy grave prevista en el art. 30.1.3 de la LISOS por la que se le considera incompatible dicha actividad con la subvención o prestaciones de desempleo que motivan precisamente por la inexistencia de los requisitos respecto al mismo, por ser titular de una explotación agropecuaria.

III.- En cuanto a la falta de potestad sancionadora de la resolución de la Subdirección General de Recursos firmada por el Jefe de Sección y no por el Director General hemos de señalar que no es conculco el art. 127 de la Ley de procedimiento adminsitrativo; asimismo, se pretende la nulidad en el entendimiento de que se ha producido una delegación en Jefes de Servicios y Sección por personas diferentes a los Directores Generales, siendo por lo demás inviable la delegación en el procedimiento sancionador de acuerdo con el art. 16.4 de la Ley 30/1992, argumento que tampoco puede prosperar, porque las resoluciones aparecen dictadas por los órganos competentes, siendo exclusivamente los actos de comunicación los que se han realizado por los titulares de las unidades administrativas a que la demanda se refiere.

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

### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por F.A.P.P. contra resolución de 10.04.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Prov. De Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción nº 126/96 pérdida de prestaciones de desempleo; expte. 1.278/97 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

## 3297 Recurso nº 4.153/2001

**S.S.** RELACIÓN DUNHA PROFESORA COA ESCOLA DE RELACIÓNS LABORAIS ADSCRITA Á UNIVERSIDADE NA QUE IMPARTE DOCENCIA. TEN CARÁCTER LABORAL, SEN QUE HAXA VINCULACIÓN ENTRE A PRIMEIRA E A UNIVERSIDADE.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel A. Fernández Otero*

A Coruña, diecisiete de noviembre de dos mil uno.

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 4.153/2001, interpuesto por doña C.H.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 903/2000 se presentó demanda por doña C.H.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandados la ESCUELA UNIVERSITARIA DE RELACIONES LABORALES; UNIVERSIDAD DA CORUÑA y el PATRONATO DE ESTUDIOS SOCIALES, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de abril de 2001 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 demandante desde el curso 1982 a 1983 vino impartiendo clases-conferencias, de la asignatura de "Organización de Empresas y Administración de Personal", y desde 1995-1996, la asignatura de "Organización y Métodos de Trabajo" en la actualidad denominada, "Escuela Universitaria de Relaciones Laborales" de A Coruña. La demandante cobraba al menos desde el curso 96-97 por conferencia realizada y por examen efectuado. Cada año desde 1990 la demandante mediante propuesta del Director de la Escuela anteriormente mencionada, obtenía la "Venia-Docendi" de la Universidad de A Coruña, como profesor de la "Escuela Universitaria de Graduados Sociales", adscrita a la mencionada Universidad.- SEGUNDO: Las Escuelas Sociales, nacidas antes de la guerra civil, como entes de derecho público, fueron convalidadas por OM de 4 de marzo de 1940, autorizadas a dotarse de patronatos por OM de 31.01.1942, cuyos patronatos se rigieron por OM de 8 de mayo de 1942 por la que se aprueba el reglamento que habría de regir el funcionamiento de los mencionados patronatos los cuales estaban integrados mayoritariamente por autoridades públicas, siendo presididos por el Gober-

nador Civil. El art. 9º de la Orden anteriormente mencionada establecía que "*El Patronato de cada Escuela Social gozará de personalidad Jurídica y tendrá capacidad para adquirir, administrar poseer bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones en defensa de sus derechos*.- La OM de 29.12.1967, ordena que en las escuelas sociales en las que exista Patronato un graduado Social formará parte como miembro de su Consejo. La Orden de 30.11.1973, procede a la "reordenación" estableciendo en su art. 1º que "las escuelas sociales son Centros de enseñanzas especializadas, dependientes del Ministerio de Trabajo, con la doble finalidad de promover y perfeccionar la formación social de los trabajadores, de todas clases, incluidos los autónomos, y de preparar profesionales técnicos en materia laboral y social". En el art. 7º.2 de dicha Orden se dispone los siguiente: "*La función docente en una escuela social se considerará como colaboración en un servicio social de promoción social del trabajador, por lo que estará presidida por la noción de extensión cultural y acción social.*" La Orden de 07.06.1974, continua regulando en la misma línea que las anteriores con diversas matizaciones incluidas las referentes al profesorado. Art. 3 "*El nombramiento por primera vez de profesores de las escuelas Sociales, la cobertura de las plazas vacantes actuales o que se produzcan en lo sucesivo, así como la renovación de los contratos de servicios docentes que el personal de esta clase tuviera suscrito con dichos centros se acomodara a lo dispuesto en el art. 7 de la Orden de 30 de noviembre de 1973, a partir de la entrada en vigor de esta disposición legal, de acuerdo con el sistema de publicidad y selección que se fijen por la Dirección General de Promoción Social…*".- De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 11/83 de 25 de agosto de Reforma Universitaria, se incorporan a la Universidad por RD 13.06.1986, las enseñanzas de Graduado Social, dado que así lo dispone el art. 1º de dicha disposición, y en la disposición transitoria tercera del mencionado Real Decreto, se establece que "En el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto los actuales centros adscritos a las Escuelas Sociales (seminarios de estudios sociales) podrán solicitar su transformación de conformidad con la normativa aplicable en Escuelas Universitarias de Graduados Sociales adscritas a la Universidad que corresponda. Estableciendo asimismo que los seminarios sociales que no se transformen quedarían extinguidos.- TERCERO: Con fecha 21 de febrero de 1990 la Universidad de La Coruña y El Patronato de Estudios Sociales "Seminario Ramón de la Sagra de La Coruña" firmaron un convenio de colaboración entre ambas entidades para el "sostenimiento y funcionamiento del Seminario de estudios Sociales "Ramón de la Sagra de la Coruña", en régimen de centro adscrito a la Universidad de La Coruña en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia. Desde 1990 los profesores que impartían la docencia en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales debían de obtener la "Venia Docendi" de la Universidad de A Coruña cada año, siendo el Patronato del centro el que la solicitaba ante la Universidad de A Coruña, ya que así estaba previsto en el mencionado convenio de adscripción firmado en Febrero de 1990, especificándose al respecto que la "relación contractual suscrita por el Patronato del Centro y los profesores tendrá vigencia de un año, pudiendo ser prorrogado sucesivamente".- El decreto 416/1990 de 31 de julio publicado en el DOG de 10 de agosto de 1990, establece en su art. 8 que se crea "una Escola Universitaria de Graduado Social *adscrita* a Universidade da Coruña por transformación do Seminario de Estudios Sociais da Coruña.". Y por Decreto 216/1999 de 15 de julio de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria se autoriza el cambio de nombre de la escuela universitaria que pasa a denominarse "*Escuela Universitaria de Relaciones Laborales*" en las que se llevarán a cabo los estudios autorizados y ratificados por el Decreto 247/1992 de 30 de julio conducentes al Título de diplomado en Relacions Laborais. - CUARTO: Con fecha 11 de julio de 2000, la Universidad de La Coruña y El Patronato de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de La Coruña, firmaron un convenio que denominaron "convenio de adscripción" al amparo del capítulo VII, del Título I de los Estatutos de La Universidad de La Coruña, para el sostenimiento y funcionamiento de una escuela Universitaria de Relaciones Laborales, en el Campus de La Coruña sita en el ámbito Territorial de La Universidad de La Coruña (ambos convenios figuran en autos y se dan aquí por reproducidos). Y concretamente en su cláusula quinta se establece, respecto del profesorado que "la relación contractual administrativa suscrita entre los interesados y el centro adscrito tendrá al amparo de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley de Reforma Universitaria y la disposición Adicional quinta, vigencia por un año académico."- QUINTO: Que con fecha 18 de diciembre de 1999 la demandante ante el Director de la Escuela de Relaciones Laborales de A Coruña

por el que solicitaba "que se formalice mi situación laboral por escrito y se me reconozca como contratado laboral indefinido…". La escuela no contestó por escrito, sin embargo puso a la firma de la actora, al igual que a la de los restantes profesores en su misma situación, un documento denominado "Contrato Administrativo Especial", el cuál la demandante se negó a firmar, por lo que mediante escrito de fecha 6 de septiembre de 2000, El Presidente del "Patronato de Estudios Sociales "Seminario Ramón de la Sagra de La Coruña" comunicó a la demandante que al no haber comparecido en el día de la fecha a la firma del documento anteriormente referido, sin la firma del cual no podría solicitarse la "Venia Docendi", que le posibilitaría dar clases en el presente curso, se le concedía nuevo plazo hasta el día 10 de septiembre, y comunicándole asimismo que en caso de no proceder en dicha fecha a la firma del documento, se entendía que desistía de ejercer la docencia en el próximo curso. La actora en fecha 8 de septiembre contestó al referido escrito dirigido al Patronato referido y en el que se hace constar que es su deseo seguir impartiendo clases en el próximo curso y que se le reconozca su situación como contratada laboral indefinida. Con la misma fecha se le notifica por telegrama que se le concede como último día de plazo para la firma del contrato referido el día 11 de septiembre. Con fecha 12 de septiembre la demandante envía nuevo escrito al Patronato en el que se solicita que dado que es su intención seguir formando parte del claustro de profesores de la Escuela se le notifique la fecha de apertura de curso, horarios, poniéndose a disposición y quedando de todas formas a la espera de la reunión para la que había sido convocada para el día 13 de septiembre como representante de los Profesores del Centro en el Patronato.- SEXTO: Ante la negativa de la actora afirmar el contrato ya tantas veces referido, el Director de la escuela en fecha 3 de octubre comunicó a la demandante que no contaría con sus servicios en el presente curso académico 2000-2001. La demandante interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, y Reclamación Previa ante la Universidad de A Coruña en fecha 17 de octubre. En fecha 30 de octubre se celebró acto de conciliación ante el Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación con resultado de sin efecto. Y la Universidad dictó resolución resolviendo la Reclamación Previa en fecha 7 de noviembre de 2000.- SÉPTIMO: La demandante se incorporó al Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña, el 22 de junio de 1982, ejerciendo ininterrumpidamente la profesión de Abogado, hasta el día de hoy. Al momento de su incorporación señaló como despacho profesional el de su domicilio sito en la Calle… hasta el día 10.12.91 fecha de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, en que se señalo como despacho profesional el de la Calle…"

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de Incompetencia de Jurisdicción planteada y desestimando la demanda promovida por doña C.H.C. contra LA ESCUELA UNIVERSITARIA RELACIONES LABORALES, UNIVERSIDAD DE A CORUÑA Y EL PATRONATO DEL SEMINARIO DE ESTUDIOS SOCIALES "RAMON DE LA SAGRA", debo absolver y absuelvo a todos los demandados sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto. Haciendo saber a las partes que la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de la cuestión es la Jurisdicción contencioso-Administrativa.

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.- Declarada la incompetencia jurisdiccional del orden social, con remisión al contencioso-administrativo, recurre la actora a través de un único motivo, procesalmente amparado en el art. 191.c) de la L.P.L., en el que denuncia infracción de los art. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los art. 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, 23.3 del Decreto 2.293/1973, de 17 de agosto y doctrina jurisprudencial que se invoca, con especial referencia a la distinción legal entre Escuela Universitaria *adscrita* y Escuela Universitaria *integrada* y la distinta vinculación jurídica de los docentes en una y otra, a la contratación puramente verbal y a las notas definitorias de la prestación de servicios laborales aún en el ámbito de la Administración Pública.

SEGUNDO.- Son datos de interés (que agotan, en realidad, la síntesis fáctica) los siguientes: la actora, abogada en ejercicio, vino desde el curso 1982-1983 impartiendo ininterrumpidamente clases en el Patronato del Seminario de Estudios Sociales "Ramón de la Sagra" de A Coruña, posteriormente transfor-

mado en escuela Universitaria de Graduados Sociales, hoy denominada Escuela Universitaria de Relaciones Laborales; el 21.02.90, el Rector de la Universidad de A Coruña y el Presidente del Patronato del Seminario de Estatutos Sociales "Ramón de la Sagra", otorgaron un CONVENIO DE COLABORACIÓN con arreglo, entre otras, a las siguientes cláusulas: (1) el Seminario se entenderá adscrito a todos los efectos a la Universidad, (2) será íntegramente financiado (personal docente, de administración, edificios, servicios, aulas…) por el Patronato, (3) su profesorado habrá de contar con la titulación legalmente exigida y obtener la "venia docendi" de la Universidad, (4) la relación contractual suscrita entre el profesorado y el Patronato tendrá una vigencia de un año, pudiendo se prorrogado sucesivamente, (5) dicha relación estará sometida, en cuanto le sea aplicable, a la legislación ordinaria, (6) a partir de la aprobación del Convenio, el Seminario de Estudios Sociales "Ramón de la Sagra" pasará a denominarse Escuela Universitaria de A Coruña; tras dicho Convenio, la actora continuó desempeñando sus funciones docentes en la Escuela Universitaria; el 11.07.2000 Universidad y Escuela otorgaron un nuevo CONVENIO DE ADSCRIPCIÓN, entre cuyo clausulado destaca (a los efectos que aquí interesan) el referido a que la relación contractual *administrativa* entre el profesorado y la Escuela adscrita tendrá vigencia anual (año académico), rigiéndose por lo dispuesto en el art. 98 de los Estatutos de la Universidad de A Coruña y demás *legislación administrativa* que le resulte de aplicación; como consecuencia de ello la Escuela ofreció a su profesorado la firma de un "contrato administrativo especial", negándose a firmarlo alguno de ellos, incluida la actora; la Escuela concilió, al menos con dos profesores (a los que denomina –de común acuerdo- conferenciantes) ofreciéndoles la cantidad bruta de 4.700.000 ptas. por la colaboración prestada desde 1985 (señora G.G.) y 1987 (señor F.C.); la actora acciona por despido al serle comunicado por la Escuela –tras su reiterada negativa a firmar el contrato administrativo- que no contaría con sus servicios en el curso académico 2000-2001.

TERCERO.- La Sala no comparte la desestimación de la pretensión en función de la inexistencia de relación laboral con las entidades codemandadas: en relación con la Universidad, no es que no haya relación laboral, es que no existe relación contractual alguna susceptible de incardinarse en, cuando menos, el orden laboral; la vinculación jurídica existe únicamente con la Escuela Universitaria, y su calificación de laboral se sustenta en lo que a continuación se expone. Es un hecho incontrovertido que la Escuela Universitaria demandada nunca estuvo ni actualmente está integrada en la Universidad de A Coruña, lo que le confieren un *estatus*, una regulación y una configuración esencialmente distinta de las Escuelas Universitarias Estatales que, en cuanto integradas en una Universidad, forman parte de ella. El Decreto 2.293/1973, de 17 de agosto, por el que se regulan las Escuelas Universitarias (cuya vigencia es indudable cuando el Proyecto de Ley Orgánica de Universidades –NUM. EXPTE. 121/000045- aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión del día 31.10.2001 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del 08.11.2001, lo deroga expresamente) concibe a las meramente adscritas a una Universidad Estatal como Escuelas Universitarias no Estatales y ordena aplicar la *legislación laboral* a los contratos suscritos entre la Escuela y los interesados.

Es cierto (como afirma la Escuela en la impugnación del recurso) que el Real Decreto 1.524/1986, de 13 de junio, sobre incorporación a la Universidad de las enseñanzas de Graduado Social, dispuso la integración en la Universidad de las enseñanzas de Graduado Social, pero no de forma automática sino a través de un procedimiento de no escasa complejidad práctica y que precisa del correspondiente despliegue normativo (a cargo de la Comunidad Autónoma, en este caso). Producida la integración, el profesorado de las Escuelas pasaría a prestar servicios en la Universidad correspondiente, en las categorías legales que procedan e incorporados al pertinente Departamento Universitario. Pero mientras ello no ocurra (la integración ha de ir acompañada, además, de las necesarias dotaciones presupuestarias para abordar el coste del nuevo personal docente y no docente) las Escuelas pueden continuar impartiendo la enseñanza con *su propio personal*, quedando adscritas a la Universidad.

De ahí, que tenga plena aplicación al supuesto aquí enjuiciado de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 07.12.99, que, aunque fácticamente contempla una Escuela de Enfermería, jurídicamente se extiende a las Escuelas Universitarias adscritas (no integradas) a Universidades Estatales: "Al ser un centro adscrito y no integrado en la Universidad, se trata de una Escuela Universi-

taria no estatal, y por tanto, su profesorado tenía en principio, al no constar contratación escrita de ningún tipo, carácter laboral y no administrativo. Precisamente, el art. 23.2 del Decreto 2.293/1973, establece en relación a las Escuelas Universitarias no estatales, que los contratos, que serán suscritos por el Patronato de la Escuela y los interesados, no podrán tener una vigencia inferior a dos años, y durante la misma sólo podrán ser rescindidos en virtud de causas previstas en los mismos, que habrán de figurar también en el Reglamento de la Escuela; respecto de dichos contratos se estará, en cuanto le sea aplicable, a lo dispuesto en la legislación laboral. Decreto que es aplicable aún cuando no es un texto de desarrollo de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, sino anterior a ella e incardinado directamente en la Ley General de enseñanza (educación), dato que sí habrá de tenerse en cuenta para resolver posibles contraposiciones que puedan producirse con la normativa general universitaria vigente en cada momento… Según todo lo expuesto, la relación jurídica existente entre las partes, no sólo nace como laboral, sino que así perdure en el tiempo ante la ausencia de novación de los contratos en otros de naturaleza administrativa… Los centros integrados forman parte de la Universidad Estatal y su profesorado pertenece al claustro de éste, circunstancia que no acaece en los centros adscritos… En consecuencia, las extinciones mediante las comunicaciones de…, ante la inexistencia de novación de los contratos verbales en otros administrativos, implica la extinción de contratos de trabajo, cuyo enjuiciamiento corresponde al "Orden Jurisdiccional Social".

En suma, la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales demandada es un centro no estatal de enseñanza especializada y con personalidad jurídica propia, vinculado laboralmente con la recurrente desde el inicio verbal de la prestación de servicios como docente (no mera "colaboradora conferenciante", pues imparte una asignatura, corrige exámenes, firma las correspondientes actas de evaluación y participa en las reuniones del profesorado) y sujeta, en cuanto centro adscrito, a la alta inspección de la Universidad en orden a velar por el cumplimiento del sus fines (enseñanza reglada) y la idoneidad docente ("venia docendi"), lo que no hace emerger vínculo prestacional entre esta última y el personal al servicio del centro meramente adscrito.

No obsta a tal conclusión el argumento, utilizado en la sentencia de instancia, de que se trata de una institución de naturaleza jurídico-pública que realiza la contratación con arreglo a criterios de mérito y capacidad y cuya finalidad, la enseñanza, es una función pública regida por el Derecho Administrativo.

La Administración Pública no está excluida del Derecho del Trabajo, pudiendo adquirir compromisos y obligaciones sujetos a la normativa laboral (lo que, estimamos, no es afirmación discutible). La contratación de servicios personales por parte de la Administración está sujeta, en efecto, a los principios de publicidad, mérito y capacidad, pero ello tanto se trate de la suscripción de contratos para la prestación de servicios en régimen administrativo como laboral (por cierto, no consta –al menos documentalmente- que la contratación de la recurrente por la Escuela Universitaria se haya regido por tales principios). La docencia en centros de naturaleza jurídico-pública no está, necesariamente, excluida del campo laboral. No se trata de analizar la concurrencia de las notas determinantes del contrato de trabajo (la ajeneidad, dependencia, sometimiento al ámbito organizativo, retribución y poder disciplinario son lugares comunes), sino la voluntad legislativa, suficiente en sí misma y en principio, para revestir el vínculo de la cualidad administrativa o laboral: el Decreto 2.293/1973 elige, como vimos, la legislación laboral para perfilar el ámbito de aplicación normativo del personal docente de las Escuelas Universitarias adscritas; el legislador de 1988 (ley 3/1988, de 2 de julio, Disposición Adicional Vigésima) prefirió para los contratos docentes universitarios de profesores asociados, visitantes y ayudantes así como eméritos, la naturaleza administrativa (salvo las de profesores asociados de nacionalidad extranjera, que se someten al derecho laboral). Ese mismo personal docente podrá ser contratado en régimen laboral de convertirse en Ley el Proyecto de Ley Orgánica de Universidades aprobado por el Pleno de Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 31.10.2000. Y repárese en que se trata de personal integrado en el profesorado de la Universidad Pública, condición que no ostenta la recurrente.

En conclusión, ha de acogerse parcialmente el recurso, declarando la existencia de relación laboral entre doña C.H.C. y la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, con devolución de las actuaciones al Juzgado de

procedencia a fin de que resuelva la cuestión planteada (despido) entre los referidos litigantes, quedando excluida de la controversia la Universidad de A Coruña por inexistencia de vínculo o relación que le obligue a soportar la demanda, así como el codemandado Patronato del Seminario de Estudios Sociales "Ramón de la Sagra", en la medida en que no consta su existencia jurídica, deduciéndose de las actuaciones: a) que a partir de 1990 pasó a denominarse Escuela Universitaria de Graduados Sociales (más tarde, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales) y b) no figura inscrita con tal denominación en el Registro Provincial de Asociaciones ninguna entidad. Por lo expuesto.

### Fallamos

Que con parcial estimación del recurso interpuesto por doña C.H.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña en fecha 19.04.2000 (autos 903/00), declaramos la existencia de relación laboral entre la recurrente y la codemandada Escuela Universitaria de Relaciones Laborales y en virtud de ello anulamos la resolución de instancia a fin de que, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, se redacte otra que entre a conocer de la cuestión de fondo debatida (despido) exclusivamente entre los litigantes unidos por vínculo laboral, con absolución de la Universidad de A Coruña, y del Patronato del Seminario de Estudios Sociales "Ramón de la Sagra", salvo, respecto de este último, que se acredite su personalidad jurídica. Dése a los depósitos constituidos para recurrir el destino legal.

## 3298 Recurso nº 4.568/01

**S.S.** DESPEDIMENTO NULO DERIVADO DE REACCIÓN DA EMPRESA FRONTE A UNHA DEMANDA DE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓNS DE TRABALLO PRESENTADA POLO TRABALLADOR. GARANTÍA DE INDEMNIDADE. NON PROCEDE A IMPOSICIÓN DE MULTA POR TEMERIDADE Á DEMANDADA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel*

A Coruña, diecisiete de noviembre de dos mil uno.

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. 4.568/01, interpuesto por don F.P.L. y "MMCER., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.P.L. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado "MMCER, S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 370/01 sentencia con fecha 25 de junio de 2001, por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don F.P.L. viene prestando sus servicios para la empresa "MMCR, S.A." desde el 01.01.2001 con la categoría profesional de director comercial y percibiendo el correspondiente salario.- SEGUNDO.- Con anterioridad el actor prestó servicios desde el 21.06.91 como director gerente del concesionario de vehículos existente en Perillo-Oleiros para las empresas "M.P., S.A.", "S.L., S.A." y "M., S.A."- TERCERO.- El actor recibió carta fechada en enero de 2001 en el sentido siguiente: "Como presidente de la entidad "MMCR., S.A." con domicilio social en... Madrid, y CIF..., pongo en su conocimiento de conformidad con el art. 44 del Estatuto Trabajadores, que como consecuencia de que "MMCR., S.A." pasa a ejercer la actividad en el centro donde Vd. venía desarrollando su trabajo, a partir del 1 de enero 2001 entra Vd. a formar parte de la plantilla de dicha sociedad. "MMCR., S.A." le reconoce y respeta todos sus derechos adquiridos y consolidados, incluida la antigüedad que tuviera en "M., S.A." por consiguiente Vd. continuará efectuando el mismo trabajo que venía realizando, en el mismo centro de trabajo y con el mismo horario".- CUARTO.- El 19.10.2000, se firmó el acuerdo de rescisión de concesión entre "M., S.A.", "G.I., S.A.", "MMCA.E., S.A." y "G.E., S.A." el cual se da por reproducido en su totalidad, exponiéndose en su punto 2.2. lo

siguiente: Traspaso de personal. La sociedad se hará cargo de la totalidad de la plantilla de "M., S.A." el día 01.01.2001, reconociéndoles todos los derechos hasta el momento de traspaso, (retribuciones, antigüedad, etc.).- QUINTO.- El actor desde el 01.01.2001 y por orden del Sr. B., dejó de realizar las funciones de gerente de la empresa realizando funciones de director comercial y de ventas. Las funciones de Gerente las pasó a realizar el Sr. B.F. Desde ese momento, el actor paso a percibir menos retribución.-. SEXTO.- El actor recibió carta fechada el 05.03.2001 en el sentido siguiente: En respuesta a las aclaraciones solicitadas por V., sobre remuneración variable en el pasado mes de enero, le reitero nuestra conversación de los primeros días del año, en la que Ud. fue informado de, que debido al cambio de sociedad, sus funciones se limitaban a la coordinación comercial de nuestro equipo de ventas y, lógicamente, su retribución variable, estaría vinculada a los resultados de este departamento y su liquidación se produciría al cierre del ejercicio.- El actor recibió, igualmente, carta fechada el 13.03.2000, la cual se da por reproducida en su integridad, en la que se le especifica su retribución variable.- SÉPTIMO.- La estructura de la retribución salarial del actor cuando prestaba servicios para la empresa "M., S.A." era la siguiente: a) Una retribución fija de 5.040.000 ptas. brutas anuales para el año 2000. B) Una retribución variable bruta mensual del 1,8% sobre sus propias ventas de vehículos, desde el inicio de su relación laboral. C) Una retribución variable bruta mensual del 0,5% sobre el total de las ventas del concesionario, desde el inicio de su relación laboral, acumulativo al anterior. D) Un incentivo bruto anual según los resultados del concesionario y según la escala que resulta del documento del Sr. L.R., el cual se reproduce en su integridad, habiendo percibido durante el ejercicio del 2000 una retribución íntegra de 15.233.802 pesetas.- OCTAVO.- La empresa "MMCE.R., S.A." respetó la retribución fija del actor, 360.000 ptas., en los meses de enero, febrero y marzo de 2001, no así la retribución variable o comisiones.- NOVENO.- El Juzgado de lo Social número 2 de esta ciudad dictó sentencia el 30 de abril de 2001, autos 275/01, declarando injustificada la modificación operada por la empresa "MMCR., S.A.", reconociendo el derecho del actor a ser repuesto en su anterior condición de trabajo y condenando a la empresa a su cumplimiento.- En la citada sentencia se recoge en su fundamentación jurídica que no puede estimarse que el actor mantuviera relación laboral especial de Alta Dirección, pues a pesar de la amplitud de funciones que podría realizar, no tenía otra autonomía que la propia de su trabajo y no consta que participara en la gestión societaria.- DÉCIMO.- Dicha sentencia, recurrible al tratarse de la modalidad procesal de modificación de condiciones de trabajos, lo ha sido en queja por la demandada, sin dar cumplimiento a lo ordenado.- UNDÉCIMO.- Con fecha 6 de abril pasado, la empresa procede a despedir al actor mediante comunicación escrita al efecto, que obra unida a los autos.- No se acreditan los hechos de la misma.- DUODÉCIMO.- Los poderes que el actor ostentaba en las empresas estaban limitados a 25 millones de pesetas, con la extensión que se recoge en los unidos a los autos que se dan por reproducidos".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don F.P.L. declaro la improcedencia de su despido y condeno a la empresa "MMCER., S.A." 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 18.861.356 pesetas, 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 3.385.280 pesetas".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima- en su petición subsidiaria- la demanda, declarando la improcedencia del despido del demandante y condenando a la empresa demandada a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración. Frente a este pronunciamiento interponen recursos ambas partes, construyéndolos del modo que, a continuación, se expone.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos del recurso del demandante, y con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, se interesa la adición al relato histórico de la sentencia de instancia de un nuevo hecho probado en el que se recojan los siguientes extremos: "Que el actor presentó demanda de conciliación, sobre modificacio-

nes sustanciales de condiciones de trabajo el 20 de marzo de 2001, celebrándose el acto de conciliación el 30 de marzo siguiente, al que no compareció la empresa demandada, "MMCER., S.A.", que constaba citada en legal forma.- "Que la demanda de conciliación por el despido litigioso se presentó el 20 de abril de 2001, celebrándose el acto de conciliación el 8 de mayo siguiente, al que no compareció la empresa demandada "MMCER., S.A." , que constaba citada en legal forma. Se accede a ello, a la vista de los documentos que obran a los folios 8, 505 y 508, invocados por el recurrente en apoyo de la petición revisora.

TERCERO.- El recurso de la empresa se construye a través de dos motivos de Suplicación, ambos amparados en el art. 191, letra b), de la Ley Adjetiva Laboral, dirigidos a la revisión de hechos probados: solicitándose, en el primero de ellos, que el salario del actor debe ser fijado, bien conforme al promedio del último trimestre anterior a su cese en la empresa, bien como máximo al último año contado desde abril del 2000 a marzo del 2001; siendo el salario de promedio del último trimestre de 663.648 pesetas mensuales y el anual abril 2000 a marzo 2001 de 11.886.717 pesetas, y postulándose, en el segundo, la revisión del hecho probado cuarto, en relación al incentivo empresarial que se considera como salario, en el sentido de que dicho incentivo -que la recurrente cuantifica en 2.760.000 pesetas- en cómputo anual, no debe considerarse como salario.

No se accede a lo interesado, ya que sólo si las revisiones solicitadas son susceptibles de producir consecuencias jurídicas que deban transcender al fallo, pueden ser acogidas, pues en caso contrario, por mas que coincidan con lo probado, el motivo no será procedente. En todo caso, cualquier revisión fáctica sería intrascendente al no citarse por el recurrente norma sustantiva alguna o doctrina jurisprudencial que pudiera estimar infringida.

La Suplicación es un recurso de carácter extraordinario, aunque menos formalista que la casación, estando circunscrita la actividad de la Sala, ineludiblemente, a la pauta marcada por el que recurre; de tal modo que solo las infracciones normativa o jurisprudenciales denunciadas pueden ser analizadas y decididas por el Tribunal; sin que éste pueda examinar la existencia de vulneraciones legales o de la jurisprudencia, aún manifiestas, no invocadas por el recurrente, salvo que por su propia entidad trascendieran, de manera clara y directa, al orden público procesal; y si el que recurre no menciona los preceptos legales o resoluciones judiciales que la sentencia que combate infringe, esta omisión impide que la Sala estudie y decida sobre aquéllos, ya que lo contrario equivaldría a la construcción "ex officio" del recurso, cuando esta actividad está reservada, como queda dicho, a la parte. Esta omisión en la formalización del recurso implica inobservancia o incumplimiento de lo normado en los art. 191, letra c) y 194.2, ambos de la Ley Rituaria Laboral. Y en su aplicación al caso concreto que ahora se resuelve, al no invocarse por la empresa recurrente precepto positivo o doctrina jurisprudencial que pudiera haberse infringido en la resolución que combate, la consecuencia no puede ser otra que la de proclamar la inviabilidad del recurso que se analiza, con la subsiguiente imposibilidad, con base en él, de alterar el pronunciamiento recurrido.

CUARTO.- En el campo del derecho aplicado, con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Rituaria laboral, en el recurso del demandante se denuncia: A) Violación por inaplicación del art. 55.5 el Estatuto de los Trabajadores, del art. 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y del art. 24.1 de la Constitución española, en relación con el art. 4.2 , apartado g), y el art. 5.c) del Convenio nº 158 de la O.I. (sic), así como con la inaplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del orden jurisdiccional social, que se recoge en las sentencias del T.C. 88/1985 y 14/1993, y de esta Sala de 24.03.2000 y 31.07.2000; por estimar, esencialmente, que al dar acogida la sentencia recurrida a la pretensión subsidiaria articulada en la demanda, la estimación de la misma se ha producido de manera parcial, viéndose obligado a recurrir por entender que la reparación de los derechos de la demandante no se obtiene íntegramente si no es con la declaración de nulidad del despido y, a su vez, permitir el cumplimiento de la sentencia firme dictada en el proceso seguido ante el juzgado de lo social número dos de esta ciudad donde se condenó a la empresa demandada a reponerlo en sus condiciones laborales , y cuya ejecución de sentencia está solicitada y paralizada por la empresa al despedir al recurrente; estimando éste que parece muy evidente que la única razón de la extinción de su relación laboral se encuentra en su oposición (justificada) a aceptar unas nuevas condiciones laborales y retributivas claramente perjudiciales para el mismo y, más aún, se ejecuta la decisión del despido;

por lo que estima que se produce una flagrante vulneración del derecho constitucional del actor a la tutela judicial efectiva; invocando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de septiembre de 1994, y B) Violación, por inaplicación, de lo dispuesto en los art. 66.3 y 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el art. 24.2 de la Constitución; argumentando, sustancialmente, que en la demanda se solicitaba expresamente la imposición a la empresa demandada de las sanciones y responsabilidades previstas en los citados preceptos procesales, a lo que no se accedió en la sentencia recurrida, y, aún cuando, no constituye una pretensión fundamental del litigio, al haber concurrido una serie de circunstancias que ponen de manifiesto grave temeridad y mala fe por parte de la empresa, reproduce esta pretensión ahora, por considerar que las actuaciones y decisiones de la empleadora, además de ser totalmente injustificadas en el plano legal produjeron un gravísimo perjuicio profesional y económico, que habrá incidido en el ámbito personal, familiar y social del actor, y todo ello, aduce el recurrente, con el único e inequívoco fin de imponer al demandante unas condiciones laborales inaceptables para el mismo, o colocarle en una situación de indefensión para presionarle hasta provocar su sometimiento o salida de la empresa de la forma menos costosa para la misma ; añadiendo que la empresa demandada ni se molesta en acudir al acto de conciliación, haciendo ver con ello, no sólo su temeridad sino también su absoluta falta de respecto a los derechos del demandante, agravando más el daño al ser el despido notoriamente injustificado, habiendo acudido la empresa al acto del juicio, sabedora de su falta total de razones, como un mero trámite más en el peregrinaje procesal que decidió imponer al ahora recurrente. Estimando, en definitiva, el recurrente que la denuncia que hace de inaplicación del art. 66.3 de la Ley Procesal Laboral, ante la incomparecencia de la empresa demanda al acto de conciliación previo y que, en unión de las demás circunstancias que concurren, ponen de evidencia una temeridad y mala fe de la empresa, que justifica la imposición de sanciones y responsabilidades pecuniarias que establece el art. 97.3 de la misma Ley Procesal (multa y honorarios), en la forma y cuantía que determine la Sala, con independencia de que el demandante haya de reservarse el planteamiento, en su caso, de otras acciones para la reparación íntegra de todos los daños y perjuicios se le hayan venido ocasionando por la demandada, desde que ésta se hizo cargo de su centro de trabajo.

La problemática que queda por resolver en este trámite de Suplicación, una vez desechado el recurso interpuesto por la empresa demandada, por las razones expuestas en el fundamento de derecho que precede, queda limitada a dos cuestiones: una, si el calificativo que debe asignarse al despido litigioso debe ser el que le ha atribuido el "iudex a quo", improcedente, o si, por el contrario, debe ser adjetivado como nulo, cual sostiene el recurrente; y otra, si procede imponer a la empleadora demandada la multa y honorarios a que se remite el art. 66.3, de la Ley de Trámites Laboral, en relación con el art. 97.3 del mismo texto legal. Para la solución de ambas cuestiones debe partirse de la situación que se pasa a exponer, extraída del relato fáctico de la sentencia recurrida y adición al mismo a que se remite el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, y que consiste en: A) El demandante viene prestando servicios para la empresa demandada "MMCER., S.A." desde el 1 de enero de 2001, con la categoría profesional de director comercial. B) Con anterioridad el actor prestó servicios, desde el 21 de junio de 1991, como director gerente del concesionario de vehículos, radicado en Perlío-Oleiros, para las empresas "M.P., S.A." "S.L., S.A." y "M., S.A." C) El actor recibió carta fechada en enero de 2001 en el sentido siguiente: "Como presidente de la entidad "MMCR., S.A." con domicilio social en…, Madrid, y CIF…, pongo en su conocimiento de conformidad con el art. 44 del Estatuto Trabajadores, que como consecuencia de que "MMCR., S.A." pasa a ejercer la actividad en el centro donde Vd. venía desarrollando su trabajo, a partir del 1 de enero 2001 entra Vd. a formar parte de la plantilla de dicha sociedad. "MMCR., S.A." le reconoce y respeta todos sus derechos adquiridos y consolidados, incluida la antigüedad que tuviera en "M., S.A." por consiguiente Vd. continuará efectuando el mismo trabajo que venía realizando, en el mismo centro de trabajo y con el mismo horario". D) El 19 de octubre de 2000 se firmó acuerdo de rescisión de concesión entre "M., S.A." "G.I., S.A.", "MMCA.E." y "G.E., S.A.", exponiéndose en el punto 2.2 de dicho acuerdo lo siguiente: Traspaso de personal. La sociedad se hará cargo de la totalidad de la plantilla de "M., S.A." el día 1 de enero de 2001, reconociéndoles todos los derechos hasta el momento del traspaso, (retribuciones, antigüedad, etc.). E) El actor, desde el 1 de

enero de 2001, y por orden del Sr. B., dejó de realizar las funciones de gerente de la empresa, realizando funciones de director comercial y de ventas. Las funciones de Gerente las pasó a realizar el Sr. B.F. Desde ese momento el actor pasó a percibir menor retribución. F) El demandante recibió carta fechada el 5 de marzo de 2001, que decía: En respuesta a las aclaraciones solicitadas por Vd., sobre remuneración variable en el pasado mes de enero, le reitero nuestra conversación de los primeros días del año, en la que Ud. fue informado de, que debido al cambio de sociedad, sus funciones se limitaban a la coordinación comercial de nuestro equipo de ventas y, lógicamente, su retribución variable, estaría vinculada a los resultados de este departamento y su liquidación se produciría al cierre del ejercicio.- El actor recibió, igualmente, carta fechada el 13.03.2000, la cual se da por reproducida en su integridad, en la que se le especifica su retribución variable. G) La estructura de la retribución salarial del actor cuando prestaba servicios para la empresa "M., S.A." era la siguiente: 1) Una retribución fija de 5.040.000 ptas. brutas anuales para el año 2000. 2) Una retribución variable bruta mensual del 1,8% sobre sus propias ventas de vehículos, desde el inicio de su relación laboral. 3) Una retribución variable bruta mensual del 0,5% sobre el total de las ventas del concesionario, desde el inicio de su relación laboral, acumulativo al anterior. 4) Un incentivo bruto anual según los resultados del concesionario y según la escala que resulta del documento del Sr. L.R., el cual se reproduce en su integridad, habiendo percibido durante el ejercicio del 2000 una retribución íntegra de 15.233.802 pesetas. H) La empresa demandada respetó la retribución fija del actor en los meses de enero, febrero y marzo de 2001, no así la retribución variable a comisiones.- I) El actor presentó demanda de conciliación, sobre modificación sustanciales de condiciones de trabajo el 20 de marzo de 2001, celebrándose el acto de conciliación el 30 de marzo siguiente, al que no compareció la empresa demandada, "MMCER., S.A.", que constaba citada en legal forma.- "Que la demanda de conciliación por el despido litigioso se presentó el 20 de abril de 2001, celebrándose el acto de conciliación el 8 de mayo siguiente, al que no compareció la empresa demandada "MMCER., S.A.", que constaba citada en legal forma. Se accede a ello, a la vista de los documentos que obran a los folios 8, 505 y 508, invocados por el recurrente en apoyo de la petición revisora. J) El Juzgado de lo Social número 2 de A Coruña, dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2001, autos 275/01, declarando injustificada la modificación operada por la empresa "MMCE R. S.A.", reconociendo el derecho del actor a ser repuesto en su anterior condición de trabajo y condenando a la empresa a su cumplimiento. En esta sentencia se recoge en su fundamentación jurídica que no puede estimarse que el actor mantuviera relación laboral especial de alta dirección, pues a pesar de la amplitud de funciones que podría realizar, no tenia otra autonomía que la propia de su trabajo y no consta que participara en la gestión societaria. La empresa sin dar cumplimiento al fallo, recurrió en queja ante la inadmisibilidad del recurso.- K) En comunicación escrita de fecha 6 de abril de 2001, la empresa despidió al actor. No se han acreditado los hechos alegados en la carta de despido.- L) Los poderes que el demandante ostentaba en las empresas estaban limitados a 25 millones de pesetas, con la extensión que se recoge en los unidos a los autos.

La situación fáctica que queda descrita, en lo que se refiere a la primera de las cuestiones antedichas, conduce a estimar que el despido litigioso es merecedor del calificativo de nulo, postulado, con carácter principal, en el escrito inicial del proceso y reiterado ahora en trámite de recurso por el actor-recurrente, ya que la decisión extintiva acordada por la empleadora demandada, parece haber tenido como única causa o razón la negativa del trabajador accionante a aceptar las condiciones laborales, categoría profesional y retribución, que la empresa pretendía imponerle, pues no debe olvidarse tanto las causas alegadas en la carta de despido, como la absoluta inactividad procesal de la empleadora tendente a demostrar la veracidad de los hechos alegados como justificativos del despido objeto de debatido. Pero es que, además, habrá de tenerse en cuenta, primordialmente, las fechas de presentación de las demandas a que se refiere el apartado I) del párrafo que precede, el pronunciamiento recaído en la sentencia a que se remite el apartado J) del mismo párrafo y la fecha en que el actor fue despedido -apartado K-; datos éstos de los puede colegirse que la razón determinante de la decisión de la empresa de despedir al actor no es mas que una reacción frente al legitimo derecho del trabajador de buscar la protección judicial, que le ha sido efectivamente prestada, en la sentencia mencionada, haciendo uso del derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución a los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales y a

obtener una decisión fundada en Derecho, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo (Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1990). Por otro lado, la decisión empresarial de despedir, como respuesta al ejercicio de acción judicial previa por parte del trabajador, contraviene lo previsto en el art. 5.c) del Convenio 158 de la OTI -ratificado por España-, BOE de 29 de junio de 1985. De otra parte, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como ha proclamado el Tribunal Constitucional en sentencias 14/1993 y 54/1995, no sólo se produce por irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario,. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo -art. 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores- Y en el caso que ahora se resuelve, como queda dicho, la acción judicial ejercitada por el ahora recurrente, ha obtenido favorable respuesta en la repetida sentencia del Juzgado de lo Social número 2. Sin que deba olvidarse que su pronunciamiento resultaría ilusorio, por su inejecutoriedad, si no se accediera a la pretensión del recurrente. En definitiva, el despido sometido a debate habrá de calificarse, como antes se dijo, como nulo, por haberse producido con violación del derecho fundamental del trabajador demandante a la tutela judicial efectiva, en aplicación de lo normado en los art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley de Trámites Laboral y con los efectos previstos en los art. 55.6 del citado Estatuto y 113 de la invocada Ley Procesal. Por todo ello, habrá de ser acogida la primera de las censuras jurídicas que la parte actora dirige a la resolución objeto de recurso.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, violación de los art. 66.3 y 97.3 de la Ley de Ritos Laboral, en relación con el art. 24.2 de la Carta Magna, como ha declarado esta Sala en sentencia de fecha 26 de agosto de 1998 -Recurso núm. 2.968/98-, "la sanción que permite el primero de los citados preceptos, como tal sanción, ha de ser impuesta motivadamente y siempre con sujeción a los presupuestos determinados en la Ley Procesal Laboral, en concreto, la apreciación de carácter injustificado de la incomparecencia al acto de conciliación previo, por ausencia de hechos o circunstancias impeditivos de la asistencia al mismo, lo que en el presente caso ni se menciona en la resolución recurrida, y además, la coincidencia esencial de la sentencia con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación, que en el supuesto enjuiciado tampoco se da, en cuanto que una de las codemandadas ha sido absuelta". Criterio éste, que debe seguirse en el caso presente, pues aunque en la resolución recurrida no se haga mención alguna a hechos o circunstancias impeditivos de la asistencia de la empresa al acto de conciliación, no debe olvidarse que la incomparecencia de la empresa al acto conciliatorio previo al despido –la inasistencia al acto conciliatorio previo al proceso sobre modificaciones sustanciales, no puede tenerse en cuenta ahora- bien pudo ser debido a los motivos que aduce la patronal al impugnar el recurso, cuales son la imposibilidad de acuerdo, puesta de manifiesto en conversaciones precedentes, por diferencias respecto a calificación de la relación que une a las partes y en cuanto a la retribución del actor, así como el hecho de que la empresa tiene su domicilio en Madrid; conduciendo todo ello a considerar justificada su inasistencia al acto conciliatorio y, por ello, inaplicable la normativa sancionadora que por el actor-recurrente se invoca.

QUINTO.- Por todo lo que queda expuesto procede dar acogida parcial al recurso del demandante y desestimar el de la empresa demandada, con los efectos señalados, en cuanto a éste, en los art. 202.1 y 4 y 233, ambos de la Ley Adjetiva Laboral.

## Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por don F.P.L. y desestimando el formulado por la empresa "MMCER., S.A.", contra la sentencia de fecha veinticinco de junio de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de A Coruña, en proceso por despido promovido por el primero frente a la segunda, debemos declarar y declaramos nulo el despido del demandante y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada a la inmediata readmisión del actor en su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido. Se decreta la pérdida del depósito que la empresa ha constitui-

do para recurrir, al que se dará el destino legal, una vez sea firme la presente resolución; manteniéndose el aseguramiento que ha prestado, y condenándose a la misma 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.

## 3299 Recurso número 03/0008519/1997

**S.CA.** SUBVENCIÓN POR CONVERSIÓN EN INDEFINIDO DE CONTRATO EN PRÁCTICAS. SOLICITUDE EXTEMPORÁNEA. OS DEFECTOS FORMAIS COMO ESTE NON DEBEN OBSTAR Ó DEREITO DO BENEFICIO.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez*

A Coruña, veintitrés de noviembre de dos mil uno.

**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 03/0008519/1997, pende de resolución ante esa Sala, interpuesto por "A.S.I., S.A." (ASISA), domiciliado en C/…(Madrid), representado por don I.P.V.L. y dirigido por el letrado don U.B.A. (habilitado), contra Acuerdo de 10.04.97 desestimatorio de solicitud para la contratación de la trabajadora M.L.F.I. por transformación de contrato en prácticas en indefinido, expdte. nº 2.850. Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN GENERAL DEL INEM, representada por el abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 550.000 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 13 de noviembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en el presente proceso la resolución de 16 de abril de 1997 de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo en Vigo, denegatoria de la subvención solicitada por la recurrente, por la transformación en indefinido de un contrato en prácticas.

El motivo de la denegación, según la resolución impugnada, se basa en "…el incumplimiento por la recurrente del requisito establecido en el art. 2º de la Orden de 6 de agosto de 1992, toda vez que consta en aquél que la transformación en indefinido del contrato en prácticas de la trabajadora doña E. Se realizó con fecha 03.01.97 y que la solicitud de beneficios se presentó en la Oficina de Empleo correspondiente el día 10.02.97, con posterioridad, por consiguiente, a la fecha en que finalizaba el plazo de treinta días reglamentariamente previsto en dicho precepto…".

Alega la parte actora que con fecha 1 de febrero de 1997 la empresa transformó el contrato en prácticas de la trabajadora doña M.L.F.I. en indefinido, notificando anticipadamente la transformación de dicho contrato a la correspondiente Oficina de Empleo en Vigo mediante comunicación de fecha 23 de diciembre de 1996, cuya recepción se produjo en la citada oficina el 3 de enero de 1997, acogiéndose expresamente a los beneficios que otorga la Ley 22/92, de 30 de julio. Que con fecha 10 de febrero de 1997 solicitó de la Entidad de referencia la concesión de tales ayudas. Que el citado contrato fue suscrito el 1 de febrero de 1995 y prorrogado sucesivamente, venciendo la última prórroga el 31 de enero de 1997. Concluye la actora, que la presentación del contrato de trabajo indefinido por transformación de un contrato en prácticas supone en si misma la solicitud de beneficios que otorga la Ley.

Por su parte, el Abogado del Estado aduce que la solicitud se presentó extemporáneamente, el 10.02.97, habiéndose transformado el contrato con antelación y que, por tanto, resulta conforme a derecho la denegación de la solicitud.

II.- Tal y como se desprende del expediente administrativo, la recurrente procedió a la transformación en indefinido de un contrato en prácticas el 31 de enero de 1997, habiéndose comunicado dicha transformación con antelación, el 23 de diciembre de 1996 y cuya recepción tuvo lugar el 3 de enero de 1997. El plazo reglamentariamente establecido para solicitar las ayudas, según el art. 2 de la Orden de 6 de agosto 1992, era de "treinta días siguientes a la contratación o transformación".

Debe señalarse, en primer término, que es doctrina de este Tribunal que las presentaciones formalmente incorrectas de la solicitud de incentivos establecidos para la contratación indefinida constituyen irregularidades que no comportan la pérdida del derecho a los beneficios legalmente previstos, en los casos, como el presente, en los que el empresario en el momento de presentación de la solicitud de incentivos reúne los requisitos establecidos para los beneficiarios de esos incentivos, según dispone la Ley de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, de 30 de julio de 1992 y la Orden de 6 de agosto de 1992. En el presente supuesto, la única causa de denegación de la solicitud se basa en el hecho, meramente formal, que la empresaria no solicitó los beneficios, "dentro del plazo de los treinta días siguientes a la contratación de transformación", pues, en cuanto al fondo del asunto cumplía todos y cada uno de los requisitos que impone la legislación vigente para ser beneficiaria de la subvención.

Así las cosas, el registro del impreso de solicitud en fecha 3 de enero de 1997, comunicando con antelación que la transformación se operaba por haber agotado la duración máxima del mismo, siendo así que tal duración según se revela del expediente se agotaba en efecto el 31 de enero de 1997.

Resulta ciertamente más acorde con la finalidad de la Ley 22/92, el escrito de la empresa de fecha 5 de febrero de 1997, mediante el que se informa a la citada Entidad de las variaciones producidas en la plantilla fija desde el día 12.04.96, el cual aparece incorporado al expediente, lo que es exponente de que fue presentado ante aquélla, aunque no figure con fecha y número de registro de presentación, en relación con lo cual la actitud demostrada por la citada Entidad durante la tramitación del procedimiento es de su total desconocimiento, incumpliendo la posterior resolución denegatoria las exigencias derivadas de la decisión no sólo de todas las cuestiones planteadas por el interesado sino también de aquellas otras derivadas del procedimiento, lo que no cohonesta con la aptitud de la recurrente, de tal suerte que la coherencia del sujeto con sus actos proyecta una confianza cuya protección se ha de enmarcar en el principio de buen fe (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 198/88, de 24 de octubre y sentencias del Tribuanl Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 14 de noviembre 1995 y 13 de octubre de 1994, entre otras muchas).

En esas condiciones, ya se advierte que el comportamiento de la parte demandante, no obstante, en pecar de irregularidades no invalidantes, no merece sin más soportar las consecuencias de la falta de subsanación interesada por la actora en el escrito de 5 de febrero de 1997, escrito que no obstante sus deficiencias antes mencionadas, aparece incorporado al expediente.

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

### Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "A.S.I., S.A." (ASISA) contra Acuerdo de 10.04.97 desestimatorio de solicitud para la contratación de la trabajadora M.L.F.I. por transformación de contrato en prácticas en indefinido, expdte. nº 2.850 dictado por Dirección General del INEM; y en consecuencia, debemos declarar su nulidad por no ser conforme a Derecho al tiempo que se reconoce el derecho de la misma a ser beneficiaria de los incentivos solicitados en tiempo y forma hábiles. Sin imposición de costas.

## 3300 Recurso nº 4.481

**S.S.** INCOMPETENCIA DE XURISDICCIÓN. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN. PARTICIPACIÓN NUN CORENTA POR CEN NO CAPITAL SOCIAL E DESENVOLVEMENTO DO CARGO DE SECRETARIO DO CONSELLO DE ADMINISTRACIÓN.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José M. Mariño Cotelo*

A Coruña, veintitrés de noviembre de dos mil uno.

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. 4.481/2001 interpuesto por don V.G.L.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don V.G.L.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "F., S.A.", "M.C. y Cía, S.A.", "T., S.A.", "I.C., S.A." y "C. y Cía, S.A.", "L., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 13/01 sentencia con fecha diez de mayo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- En fecha 24 de enero de 1995 por doña M.L.C.F. esposa del actor y en su nombre-, don "I.A.C., S.A." se constituyó la Sociedad Anónima "F., S.A," fijándose un capital social de 15.000.000 pts aportando el actor 6.000.000 pts (40%) y la Sociedad "I.C., S.A." 9.000.000 pts (60%) fijándose como domicilio social, zona Industrial el Veintiuno- Ctra Barra de Miño- y estableciéndose como objeto social: la compra –venta, conservación, envase, manipulación, elaboración, distribución y transporte de productos de alimentación y bebidas. Se nombró como Consejo de Administración a don I.A.C.F. como Presidente, al actor como Secretario y a don M.R.F. como vocal. Dicha escritura que contiene los Estatutos sociales por constar en autos se da por reproducido. En fecha 14 de febrero de 1995 se elevó a publico el acuerdo del Consejo de Administración de nombrar Consejero-Delegado a don M.R.F., confiriéndole las facultades que se señala en la certificación incorporada a dicha escritura publica, que por constar en autos se da pro reproducida. En fecha 22 de diciembre de 1995 por don M.R.F. como consejero-Delegado a don M.R.F., confiriéndole las facultades que se señala en la certificación incorporada a dicha escritura publica, que por constar en autos se da por reproducida. En fecha 22 de diciembre de 1995 por don M.R.F. como Consejero-Delegado de "F., S.A." se otorgó poder a favor del actor para que en nombre y representación de la Compañía Mercantil "F., S.A.", ejercite con amplia libertad, sin limitación alguna las siguientes facultades: A) Recibir y llevar la correspondencia mercantil y los libros de comercio, efectuar giros postales y telégrafos; llevar los libros de contabilidad; concertar y efectuar compras y ventas de mercancías, reclamar ante quien corresponda las faltas o deficiencias que hubiese en los géneros; hacerse cargo de los mismos; cobrar cuantas cantidades correspondan a la Sociedad ponderante; formular cuentas y liquidaciones, aceptar o impugnar las que se presenten; suscribir y firmar facturas, recibos, resguardos y liquidaciones; librar, aceptar, endosar, negociar, descontar y protestar letras de cambio y demás documentos de cambio y crédito; disponer de cuentas corrientes y de crédito; ingresar y retirar cantidades de las mismas, firmando y suscribiendo talones, cheques y resguardos oportunos. B) Y a todos los expresados fines, otorgar y firmar cuantos documentos públicos y privados se requieran y fueren menester. En fecha 29 de septiembre de 1995 se otorgó escritura publica notarial de desembolso de dividendos pasivos y ampliación del capital social hasta la cifra de 16.340.000 pts, suscribiendo dicho aumento don J.M.A.A. En fecha 31 de diciembre de 1999 se elevó a escritura publica notarial los acuerdos de aumento del capital social a la cifra de 31.340.000 pts, dividido en 1.567 acciones, escritura que por constar en autos se da por reproducida, quedando distribuido el mismo de la siguiente manera: "I.C., S.A.": 450 acciones, 9.000.000 pts, con una participación del 28,71%. El actor: 387 acciones por importe de 7.740.000 pts, con una participación del 24,69%. J.M.A.A.: 230 acciones por importe de 4.600.000 pts, con una participación del 31,90%. Al mismo tiempo se acuerda renovar los cargos en el Consejo de Administración por un período de cinco años, siendo renovado el mismo Consejo y nombrado el mismo Consejero-Delegado./ Segundo.- Desde el inicio de la actividad de dicha empresa el 1 de mayo de 1995, el actor realizó funciones de Director-Gerente, percibiendo una retribución por ello inicialmente de 522.991 pts. En fecha 1 de enero de 1999, se celebró entre don M.R.F. como Consejero Delegado de "F., S.A.",

y el actor contrato de trabajo de alta dirección, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. En dicho contrato se establece las siguientes Cláusulas: a) Retribución: la retribución pactada entre ambas partes consiste en la cantidad de 6.700.000 pts, brutas anuales, por todos los conceptos incluidos los prorrateos correspondientes, pagaderas mensualmente. Además percibirá las dietas y las indemnizaciones que por kilometraje le correspondan en el desempeño de sus labores según los criterios y topes máximos fijados por el Ministerio de Economía y Hacienda. b) Actualizaciones: Todas las retribuciones arriba descritas aumentarán conforme a las variaciones que experimente el Indice de Precios al Consumo (IPC) a nivel nacional, con aplicación a partir del uno de enero del año 2000, y sucesivamente el primer día de cada año natural posterior a dicha fecha. c) Participación en beneficios: el trabajador tendrá derecho a percibir a partir de la fecha 01.01.1999 y hasta el 31.12.2000, el equivalente al 15% de los beneficios antes de amortizaciones e impuestos (cash flow). En posteriores ejercicios las partes se pondrán de acuerdo en la definición de la referida participación. b) Cobertura de seguros: además de las remuneraciones antes citadas, la empresa se compromete a mantener y sufragar los importes de las pólizas, impuestos incluidos que a continuación se detalla: 1.- Póliza de seguro de accidentes número 55-1-716.000.626 en la que figura como tomador "F., S.A.", y como asegurado el trabajador. 2.- Póliza de seguro de vida anticipado número 85-1-716.000.589 en la que también figura como tomador "F., S.A." y como asegurado el trabajador. 3.- Póliza de plan de jubilación número 89-716-000.589, al igual que en las dos anteriores, tomador "F., S.A.", y como asegurado el trabajador. 4.- Póliza de seguro para incapacidad laboral temporal por enfermedad, accidente y hospitalización número 47-1-716000099, tomador "F., S.A.", y beneficiario el trabajador. Habida cuenta el vinculo contractual que ahora se pacta, se reseña expresamente que en caso de baja por enfermedad o accidente del trabajador, la empresa respetará únicamente el abono integro de las prestaciones económicas pactadas en la cláusula TERCERA del presente contrato, hasta la entrada en vigor de la póliza de seguro pactado. En ningún caso el alto directivo podrá enriquecerse por esta circunstancia, debiendo en su caso reembolsar o reintegrar a la empresa lo que percibiese por exceso. e) Obligaciones en cuanto al servicio de transporte: La empresa "F., S.A.", se obliga a oponer a disposición del Sr. L.G. un vehículo automóvil tipo turismo familiar de cilindrada media para cubrir el servicio de transporte de forma permanente a que pudiere haber lugar como consecuencia del desarrollo de su actividad Director Gerente, corriendo de cuenta y cargo de la empresa todos los gastos de mantenimiento, combustible, reparación y guardería que pudieren generarse, así como el abono de los impuestos Municipales y seguro de automóvil pertinentes y todo lo que le concierna. f) En caso de despido declarado improcedente judicialmente, la indemnización a abonar en su caso al alto directivo se fija en 45 días de salarios, según la retribución pactada en la cláusula TERECERA, por cada año de servicio. El actor percibió en concepto de participación en beneficios libres de impuestos año 99: 3.890.000 pts. Las pólizas de seguro, sufragadas por la empresa a que hace referencia el indicado contrato importan anualmente: -Seguro de accidentes póliza nº 55-1-716.000.626: 69.800 pts. –Seguro de vida anticipado póliza nº 85-1-716.000.589.174.650 pts. –Plan de jubilación póliza nº 89-716.000.589: 25.802 pts. –Póliza de seguro de incapacidad laboral temporal nº 47-1-716.000.099: 179.257 pts. La empresa puso a disposición del actor un Ford Escort Nomade Ghia matricula OR-…-P, que costó 2.300.000 pts. El actor figuró como apoderado de la citada empresa "F.r, S.A.", con firma solidaria en virtud de las escrituras de fechas 6 de marzo y 22 de diciembre de 1995 en el Banco Atlántico, y en las cuentas siguientes: 0640-98-1100167557, 0640-96-1100172136, 0640-98 1400026193, 0640-95-1400030087, 0948-661100245755, 0948-69-1100254515, 0948-65-1400030076 y 4060296362 (Tarjeta de crédito)./ Tercero.- En fecha 27 de noviembre de 2000 el actor remitió a don M.R.F., en telegrama del siguiente tenor literal: "Debido a sus continuas negativas a hablar conmigo me veo obligado a solicitarle de este modo una inaplazable reunión, propongo mañana martes a las 9 horas de la mañana, en las oficinas de "F.". Don M.R.F., ese día estuvo en Barcelona, saliendo a las 7,30 horas del aeropuerto de Vigo y regresando a las 17,10 horas desde el aeropuerto de Barcelona./ Cuarto.- En fecha 29 de noviembre de 2000 el actor fue convocado por don M. a una reunión por la tarde en el domicilio social de "F., S.A.", "Zona Industrial el Veintiuno-Carretera Barra de Miño", y ello con el fin de que por medio de notario se le entregase carta de desistimiento y se le notificase la revocación de su poder. Cuando el notario don A.P.G. a las 17 horas, una vez que comunicó al actor el motivo de su presencia,

comenzó a leerle los citados documentos el actor se levantó y se marchó, manifestando en alta voz "esto es un engaño", Sois unos Mentirosos", "no quiero saber nada". Las actas de fecha 29 de noviembre de 2000 de entrega de carta de desistimiento y revocación del poder del actor por constar en autos se dan por reproducidos. El día 30 de noviembre de 2000 don M.R.F., requirió al citado notario para que introdujese las copias de las actas y la carta de desistimiento y las remitiese por correo certificado con acuse de recibo. En fecha 18 de diciembre de 2000 el notario recibe los acuses de recibo en donde consta que fueron entregados el día 9 de diciembre de 2000. La carta de desistimiento de fecha 29 de noviembre de 2000 es del siguiente tenor literal: "Sr. don V.G.L.G.-… OURENSE.- Muy Sr. nuestro: Por medio de la presente carta se le comunica la extinción de su contrato de alta dirección por voluntad y desistimiento empresarial, de conformidad con el Art. 11.1 del RD 1.382/1985. Dicha extinción por desistimiento tiene efecto en el día de hoy VEINTINUEVE DE NOVIEMBRE DEL DOS MIL.- Tiene a su disposición en estas oficinas la indemnización legal y, en su caso la liquidación definitiva y finiquito que le pudiera corresponder.- Atentamente.- Fdo. M.R.F. Consejero Delegado". Quinto.- En fecha 30 de noviembre de 2000 se le remitió al actor por Burofax carta del siguiente tenor literal: "Remitente "F., S.A." C/… -Ourense- Destinatario don V.G.-…- Ourense.- Muy Sr. nuestro: por medio de l presente carta, nos afirmamos y ratificados en la comunicación del día de ayer por la que se extinguía su contrato de alta dirección por voluntad y desistimiento empresarial, de conformidad con el art. 11.1º del RD 1.382/1985, con efectos del 29 de los corrientes.- También se le recuerda que tiene a su disposición en el domicilio social la indemnización legal y en su caso, la liquidación definitiva y finiquito.- Al mismo tiempo que le requiere, una vez más, para que entregue el poder original que en su día le hemos otorgado y que le fue revocado, con rendición de cuentas. Dicho requerimiento de entrega se hace extensivo a todos los bienes de la empresa que obran indebidamente en su poder, tales como las llaves de todas las instalaciones, dependencias y caja fuerte, entre otras, el teléfono móvil, etc..., puesto que hasta hora ha hecho caso omiso de los mismos.- Se le reitera la prohibición expresa de entrada en cualesquiera dependencias o locales de la Empresa.- Le saludamos". Dicho Burofax fue entregado en fecha 9 de diciembre de 2000. 7 Sexto.- En fecha 1 de diciembre de 2000 el actor hizo a don M.R.F., requerimiento notarial cuyo contenido consta en el Acta de requerimiento de igual fecha obrante en autos, que se da por reproducida. A dicho requerimiento contestó don M.R.F. en los Términos que se recogen en la misma./ Séptimo.- En fecha 21 de diciembre de 2000 el actor realizó nuevo requerimiento notarial a don M.R.F., cuyo contenido consta en acta de igual fecha obrante en autos, que se da por reproducida. A dicho requerimiento contestó don Manuel en los términos indicados en dicha Acta./ Octavo.- En fecha 30 de noviembre de 2000 los trabajadores de la empresa "F., S.A." don F.J.C.C., don, A.V.G., don V.N.G., don J.A.C.F., don O.P.S., don A.S.S., don V.M.F.G., y doña T.A.A. y el socio y trabajador de la misma don J.M.A.A., causaron baja voluntaria en dicha empresa./ Noveno.- Dichos trabajadores, junto con don J.S.A.G. que cesó en "F., S.A.", el día 28 de noviembre de 2000 y el actor pasaron a prestar servicios para la empresa "L., S.L." don J.M.A.A. se dio de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos en fecha 1 de diciembre de 2000, los demás trabajadores salvo el actor fueron dados de alta en el Régimen General en fecha 5 de noviembre de 2000 y el actor en fecha 7 de diciembre de 2000. / Décimo.- La Sociedad "L., S.L." fue constituida en fecha 11 de febrero de 2000 por doña M.R.H.G. –suegra de don J.M.A.A.- que se limitó a hacer lo que este le decía. En fecha 22 de noviembre de 2000 se produjo la elevación a Público del acuerdo de cesar en el cargo de Administración Unica a dicha señora y nombrar administrador único a don M.A.R.G. En fecha 29 de noviembre de 2000 se acordó cesar como administrador a don M.A.R. y se nombró administrador a don J.M.A.A., siendo elevado dicho acuerdo a publico por medio de escritura notarial de fecha 24 de diciembre de 2000. La vida laboral y registral de dicha Sociedad por constar en autos se da por reproducida./ Undécimo.- La Sociedad "C. y Cía S.L.", fue transformada en una S.A, en virtud de escritura pública notarial de fecha 31 de diciembre de 1983, en la que quedó determinada la titularidad de sus acciones del siguiente modo: don I.C.M.: 30 acciones; don J.P.G.: 4 acciones, don S.R.L.: 1 acción, don M.E.P.L.: 2 acciones, don M.L.C.F.: 6 acciones, doña M.E.P.G.: 2 acciones, don M.L.C.F.: 6 accione y don I.C.F.: 6 acciones, siendo nombrados administradores de la sociedad don I.C.M. y a su esposa doña E.F.A. como sustituta y a don J.P.G. y a su esposa doña M.C.E.S. como sustituta. Dicha sociedad tenía como objeto la compra y venta al por mayor de productos

químicos específicos y artículos de droguería nacionales o extranjeros y operaciones comerciales complementarias o similares; fijando su domicilio en Orense Av… Según escritura de aumento del capital social de fecha 30 de diciembre de 1988, este quedó distribuido en la forma recogida en el folio 2.176 que se da por reproducido. Por escritura de fecha 27 de noviembre de 1989, se elevó a publico el acuerdo de nombrar como Presidente del Consejo de Administración a don I.C.M., Secretario a don I.C.F. y vocal a don M.L.C.F., así como nombrar a los tres Consejeros-Delegados. En fecha 1 de octubre de 1991 se elevó a publico el acuerdo de cesar a los consejeros anteriores y nombrar nuevos consejeros a doña M.E.F.A., don I.C.F. y don M.L.C.F. En fecha 16 de octubre de 1991 se elevó a publico el acuerdo de modificación de estatutos, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, estableciendo como objeto social: la comercialización, incluido el comercio interior y exterior de toda clase de productos alimenticios y vinos, en especial las conservas vegetales y los subproductos derivados, la industrialización de los mismos, su envasado y enlatado, fijando su domicilio en Calle… En fecha 31 de octubre de 1996 se eleva a escritura publica el acuerdo de nombramiento del nuevo Consejo de la sociedad: Presidente don M.L.C.F., Secretario don I.C.F. y Vocal doña M.E.F.A. designando Consejeros delegados a los dos primeros con carácter solidario. La vida registral y laboral por constar en autos se da pro reproducido./ Duodécimo.- "I.C., S.A.", fue constituida mediante escritura notarial de fecha 19 de enero de 1978 por don I.C.M. y su esposa M.E.F.A., I.A.C.F. y M.L.C.F.: Consejo de Administración: Presidente don I.C.M., Vicepresidente: Doña M.E.F.A., Secretario: Don M.L.C.F. y Vocal: Don I.A.C.F., Consejero Delegado: Don I.A.C.F.; Objeto Social: compra y venta al por mayor de detalle de productos alimenticios de toda clase, así como drogas y artículos de limpieza, juguetes, muebles, electrodomésticos, radio y TV discos y cassettes, objetos de bazar, loza y cristal, decoración zapatería y lencería; pudiendo dedicarse, previo acuerdo de la Junta General extraordinaria y de conformidad con los requisitos legales, a cualquier otra actividad de licito comercio. Domicilio: Barcelona…

Por escritura de fecha 10 de septiembre de 1992, se elevaron a público los siguientes acuerdos sociales: 1.- Modificar el objeto social quedando redactado el Artículo 2 de los Estatutos de la siguiente forma: "El objeto de la sociedad será la compra-venta al por mayor y detalle de productos alimenticios, y bebidas de toda clase, así como artículos de droguería, limpieza, perfumería, cosmética, higiene personal, librería, ocio, juguetes, muebles, bricolaje, electrodomésticos, radio y TV, equipos informáticos, discos y cassettes, objetos de bazar y hogar, loza y cristal, decoración, zapatería y textil, pilas eléctricas, pinturas y barnices, velas y ceras, fertilizantes, plaguicidas y aceites lubricantes". 2.- Aprobar los nuevos estatutos sociales: nuevo domicilio Orense..., Zona Industrial el Veintiuno. En esa fecha el Consejo de Administración estaba constituido por: Presidente doña M.E.F.A. y Secretario don M.L.C.F. Por escritura de 23 de abril de 1993, se otorga poder a don M.R.F., folio 1.742, información registral. Por escritura de 23 de abril de 1993, fallecido don I.C.M., se nombra nuevo Consejo de Administración: Presidente: Doña E.F.A., Secretario: Don M.L.C.F., Vocal: Don I.A.C.F. Consejero Delegado: Don I.A.C.F. Por escritura de fecha 27 de octubre de 1994 se otorga poder a Don Manuel Rodríguez de la Fuente, con el contenido que obra al folio 1745, información Registral. Por escritura de fecha 13 de mayo de 1999 se reelige el mismo Consejo. Por escritura de fecha 7 de abril de 2000 se confiere poder a don M.R.F. La vida laboral y registral de dicha Sociedad por constar en autos se da por reproducida./ Decimotercero.- "M.C. y Cía., S.A" ("T., S.A."), fue constituida por escritura publica de 14 de marzo de 1980 por don I.C.M. y don E.R.M., siendo socios de la misma: "C. y Cía S.L" 780 acciones (60%), don E.R.M., 390 acciones (30%) y don A.R.V., 130 acciones (10%), estableciéndose como objeto social: "la compra y venta de toda clase de vehículos automóviles, turismos, furgonetas, camiones, etc., así como de piezas de recambio y útiles necesarios para la instalación de taller mecánico y venta de las mismas como concesionaria, representante o exclusiva, pudiendo dedicarse previo acuerdo adoptado en forma legal a cualquier otra actividad de licito comercio". Su domicilio se fija en Orense… Consejo de Administración: Presidente. don I.C.M., Vicepresidente: don M.L.C.F., Vocales: don A.R.V. y don E.R.M., Consejero Delegado. Don E.R.M. Por escritura de fecha 29 de diciembre de 1992 se elevaron a públicos los acuerdos sociales acordados en Junta General Ordinaria y Extraordinaria, celebrada en fecha 30 de Junio de 1992, entre ellas el adoptado los estatutos sociales de la Disposición de la Ley 19/89 de 25 de julio. Por escritura de fecha 15 de octubre de 1996 se nombra nuevo Consejo de Administración:

Presidente. Don I.C.F., Vicepresidente. don M.L.C.F. y Secretario: Doña E.F.A. Por escritura de fecha 1 de julio de 1997 se nombra Director-Gerente a don J.R.O.G., otorgándole poder cuyo contenido figura en escritura practicada en el Registro Mercantil. La vida registral y laboral de dicha sociedad por constar en autos se da por reproducida./Decimocuarto.- Las empresas "C. y Cía, S.A", "I.C., S.A" y "M.C. y Cía S.A" ("T., S.A") y "F., S.A." contrataban en Navidad o en momentos puntuales, publicidad bajo la denominación "Grupo C."./Decimoquinto.- La empresa "F., S.A.", desarrollo primero su actividad en instalaciones propiedad de "I.C., S.A.", en Barra de Miño, Km. 9 y luego en instalaciones propiedad de "C. y Cía S.A.", en el Polígono Industrial de San Ciprián de Viñas, calle 1, en régimen de arrendamiento, abonando por el uso de las mismas las siguientes rentas: -Año 1995: 750.000 pts, a "I.C., S.A." –Año 1996: 900.000 pts, a "I.C., S.A." –Año 1997: 928.000 pts, a "I.C., S.A." -Año 1998: 356.000 pts, a "I.C., S.A." A "C. y Cía, S.A.", se le abona una renta que en el año 2000 era de 220.00.-pts al mes. Además "F., S.L.", abonaba primero a "I.C., S.L.", y después a "C. y Cía, S.L.", los gastos de agua y electricidad./ Decimosexto.- Doña M.J.R.F., trabajadora de "F., S.A.", desde el 1 de septiembre de 1999 prestaba servicios en las instalaciones de "I.C., S.A.", en donde estaba en período de formación y luego diseñando un sistema de control de gestión. En fecha 30 de noviembre de 2000 se fue a prestar servicios para "F., S.A." Doña M.T.M.S. trabajadora de "I.C., S.A.", responsable en Informática ayudaba a los trabajadores de "F., S.A.", cuando tenían algún problema./ Decimoséptimo.- Las nominas de los trabajadores de "F., S.L.", a partir del año 2000 en que se rescinde el contrato que tenía con la gestoría "X." las hacía un trabajador de "I.C., S.A.", con los datos suministrador por "F., S.A."/ Decimoctavo.- En ocasiones conductores de "I.C., S.A." utilizaban los vehículos de "F., S.A."/ Decimonoveno.- A partir del día 30 de noviembre de 2000, trabajadores de "I.C., S.A.", prestaron servicios en "F., S.A.", para cubrir la baja de los de esta empresa que dimitieran ese día y con el fin de continuar la actividad de la misma./ Vigésimo.- En fecha 19 de diciembre de 2000 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, por despido, celebrándose el acto en fecha 29 de diciembre de 2000, con resultado "Sin Avenencia", presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 5 de enero de 2001.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la excepción de incompetencia de Jurisdicción alegada por las empresas "F., S.A.", "I.C., S.A", "C. Y CÍA, S.A" Y "M.C. Y CÍA, S.A", debo declararme incompetente por razón de l a materia para conocer la presente demanda, señalando que la Jurisdicción competente es la Jurisdicción Civil."

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

QUINTO.- Que con fecha 4 de octubre del presente año se acordó por providencia remitir el presente procedimiento al Ministerio Fiscal a fin de que emitiera el pertinente informe a que se refiere la Ley de Procedimiento Laboral, que tuvo entrada en esta Sala con fecha 19.10.01.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia que acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, invocada por las empresas demandadas, recurre el demandante articulando su recurso en base a dos motivos de suplicación, en el primero de los cuales, subdivido, a su vez, en cuatro apartados, al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia y en el segundo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa el examen de las normas sustantivas y de la Jurisprudencia, denunciando la infracción por interpretación errónea del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 2.1.a) del mismo Texto Legal y el artículo 1.1 y 1.2 del Real Decreto 1.382/1985 de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta dirección y el artículo 14 del mismo Real Decreto 1.382/1985, así como el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a que se refirió, solicitando, en definitiva, que "se revoque la sentencia de instancia en cuanto considera la competencia del Orden Jurisdiccional Civil para decidir la petición de la demanda y declare la competencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer y

decidir en cuanto al fondo del asunto planteado, con devolución de las actuaciones al Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, para que proceda a dictar nueva sentencia en legal forma, resolviendo en su integridad y en cuanto al fondo, las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO. El pronunciamiento de la sentencia recurrida impone a la Sala la necesidad de resolver el recurso sin sujetarse al relato histórico de la resolución impugnada y con pleno conocimiento de las pruebas practicadas y, por más que cabe aseverar que se aceptan los ordinales que constituyen los hechos probados de la resolución "a quo", dando por reproducido lo allí establecido, excepto en la puntual modificación a la que nos referiremos, como quiera que el demandante interpuso un primer motivo de recurso en el que solicita la revisión de los hechos probados, es oportuno pronunciarse en lo concerniente a tal solicitud.

TERCERO. Así las cosas, en relación con el motivo primero A) del recurso, interesando el actor que se complete el ordinal primero de la declaración de hechos probados, en su párrafo segundo, relativo a la sociedad "F., S.A." integrando su contenido con los artículos 21, 22, 23, 25 y 27 de los estatutos sociales de dicha compañía, proponiendo texto en atención a ello y basando su propuesta en la documental de los folios nº 2.885 a 2.897 del ramo de prueba de la propia parte actora, consistente en la escritura de constitución de "F., S.A.", figurando al folio nº 2.893 y 2.893 vuelto, los artículos 21 a 25 de los Estatutos sociales y al folio 2.894 y 2.894 vuelto, el artículo 27 de los propios Estatutos, que obran, asimismo, a los folios nº 722 a 725 del ramo de prueba de la codemandada "F., S.A.", cabe expresar que no ha de tener éxito la modificación, por adición, pretendida por la parte actora y es que en el párrafo segundo "in fine" del hecho primero de la sentencia de instancia, se hace expresa mención de que "Dicha escritura que contiene los Estatutos sociales por constar en autos se d a por reproducida", de manera que, sin perjuicio de la valoración y alcance que en sede jurídica, a efectos de la resolución del presente procedimiento, pueda merecer el contenido de tales Estatutos, no deviene procedente acceder a la pretensión auspiciada por la parte recurrente en el punto primero A) del recurso de suplicación entablado frente a la resolución "a quo".

CUARTO. Con el mismo amparo procesal, dentro del ámbito de la revisión de los hechos probados de la sentencia impugnada, interesa el recurrente que se modifique el ordinal primero, párrafo tercero, a fin de que, en el mismo, se precisen las facultades ostentadas por el Consejero Delegado de "F., S.A.", don M.R.F., proponiendo redacción alternativa, a fin de que se realice comparación entre las atribuciones ostentadas por el actor recurrente y el Consejero Delegado, amparando su pretensión revisoria en la documental de los folios 734 a 740 del ramo de prueba de la demandada, consistente en la escritura de 14 de febrero de 1995, por la que se designó como Consejero Delegado la compañía al antes citado Sr. R.F., figurando las atribuciones conferidas en los folios 738, 739 y 740 de los autos.

La misma suerte desestimatoria ha de acompañar a la pretensión del recurrente relativa a la modificación del Ordinal primero, párrafo tercero, pues, la redacción original del meritado párrafo, literalmente transcrita, se refiere a que: "En fecha 14 de febrero de 1995 se elevó a público el acuerdo del Consejo de Administración de nombrar Consejero Delegado a don M.R.F., confiriéndole las facultades que se señala en la certificación incorporada a dicha escritura pública que, por constar en autos, se d a por reproducida", de manera que, no es procedente acoger la pretensión revisoria antedicha.

QUINTO. Al amparo del propio artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita el recurrente que, en el ordinal segundo de la sentencia de instancia, al hacer referencia a las cláusulas del contrato de trabajo de Alta dirección, de 1 de enero de 1999, se haga expresa mención de los apartados g) y h), en donde se recogen los aspectos relativos a "Objeto del contrato" y "Tiempo de trabajo", respectivamente, amparando su pretensión de revisión, en la documental de los folios nº 2.933 a 2.935 de su ramo de prueba, así como de la prueba de la codemandada "F., S.A.", folios nº 933, 934 y 935, consistente en el contrato de Alta dirección celebrado entre el actor y don M.R.F. con fecha 1 de enero de 1999.

Como se desprende del párrafo segundo del hecho probado segundo de la sentencia de instancia: "En fecha 1 de enero de 1999 se celebró entre don M.R.F., como Consejero Delegado de "F., S.A." y el actor, contrato de trabajo de Alta dirección, cuyo contenido, por constar en autos, se da por reproducido", lo que determina el rechazo de la solicitud del recurrente en relación con las cláusulas del contrato a que se contrae su pretensión, pues,

dándose por reproducidas, ha de considerarse que ya forman parte del relato histórico de la resolución de instancia, por lo que la inserción pretendida sería superflua y redundante.

SEXTO. Con amparo procesal en el propio artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa, aún en el ámbito de la revisión fáctica, la modificación del último párrafo del ordinal segundo del relato histórico de la resolución "a quo", proponiendo la siguiente redacción "El actor figuró en los registros de la Entidad "B.A., S.A." como apoderado de la empresa "F., S.A." con firma solidaria hasta el día 30 de noviembre de 2000, según escritura de 22 de diciembre de 1995. "F., S.A." ha mantenido ante la Entidad "B.A." las siguientes cuentas: 0640-98-1100167557, 0640-96-1100172136, 0640-98-1400026193, 0640-95-1400030087, 0948-66-1100245755, 0948-69-1100254515, 0948-65-1400030087, 4060296362 (tarjeta de crédito), con apoyo en el documento obrante al folio 1.068 del ramo de prueba de la demandada "F., S.A.", consistente en la certificación expedida por el Director de la oficina del Ourense de la Entidad "B.A., S.A."

Por más que la redacción que se ofrece como alternativa no difiere esencialmente de la original contemplada en el párrafo final del ordinal segundo de la sentencia de instancia, conviene tener presente que, como ha venido manteniendo, con reiteración, 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 – S.T.S. 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 olvidarse que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador, siendo así que, la prueba documental invocada no pone de manifiesto la existencia de error del Juzgador de instancia en la valoración e interpretación de los diversos elementos de prueba llevados a cabo en autos, en uso de las facultades que, al efecto, le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral habiendo recogido casi literalmente el contenido del invocado documento, por lo que, en consecuencia, ha de rechazarse la pretensión revisoria auspiciada por el recurrente, debiendo mantenerse la redacción original del párrafo último del ordinal segundo de la sentencia de instancia, excepto en la mención de la cuenta nº 0948.65-1400030076, que habrá de sustituirse por la nº 0948-65-1400030087.

SÉPTIMO. En el segundo de los motivos del recurso, interesa el demandante, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, el examen de las infracciones de normas sustantivas y de la Jurisprudencia, denunciando la infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 2.1.a) del mismo Texto Legal y el 1.1 y 1.2 del Real Decreto 1.382/85, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta dirección y el artículo 14 del mismo Real Decreto 1.382/85, así como el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de la Jurisprudencia a la que se refirió, arguyendo el recurrente, en esencia, que "de lo expuesto se concluye con nitidez la competencia de este Orden para conocer de la pretensión, conforme establecen los artículos 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral y el artículo 14 del Real Decreto 1.382/85, pues el Orden Social es el competente para conocer de los conflictos suscitados entre empresa y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, sea la relación laboral ordinaria o la especial de alta dirección" y solicitando que "se revoque dicha sentencia (de instancia) en cuanto considera la competencia del orden jurisdiccional civil para decidir la petición de la demanda y declare la competencia del orden jurisdiccional social para conocer y decidir en cuanto al fondo del asunto planteado, con devolución de las actuaciones al Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense para que proceda a dictar nueva sentencia en forma legal resolviendo en su integridad y en cuanto al fondo las pretensiones de demanda".

Así las cosas, no ha de prosperar la censura contenida en el recurso articulado por la parte demandante habida cuenta de que según se desprende del relato fáctico de la resolución de instancia, que debe permanecer inalterado a tenor de lo "ut supra" manifestado, no puede aseverarse que entre las partes en litigio existiese una relación especial de alta dirección ni laboral ordinaria que determinase la competencia del Orden Jurisdiccional Social para la resolución del litigio a que se contraen las presentes actuaciones y ello por cuanto, si a tenor de lo dispuesto en reiterada jurisprudencia, "se define, el contrato de alta dirección, en el art. 1.2 RD 1.382/1985 por el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios o instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad", así como, Sentencia del Tribunal Supremo de 4.6.99, "lo que caracteriza la relación laboral del personal de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y que para apreciar la existencia de trabajo de alta dirección se tienen que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, sólo subordinado al órgano rector de la sociedad", no puede soslayarse que, como se desprende del relato histórico y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia en atención a la "valoración conjunta de pruebas practicadas" con valor y alcance fáctico que no ha logrado desvirtuar el recurrente, el actor "ejercía sus funciones gerenciales... con amplia libertad de criterio... yendo incluso más allá de los términos del poder conferido en su actuación", y que, como allí también se establece con el mismo carácter fáctico, "(el actor) ocupaba una posición relevante en la marcha, gestión y administración de la empresa, incompatible con la subordinación que es propia de toda relación laboral", siendo así que, de lo expuesto, en atención a las actuaciones llevadas a cabo en autos, se desprende que la actividad desarrollada por el hoy recurrente, que, conviene recordar, era socio fundador, junto con otros, de la sociedad "F., S.A.", con una participación inicial del 40% del capital social y desde diciembre de 1999, con una participación del 24,69%, desempeñando el cargo de Secretario del Consejo de Administración y realizando funciones de Director gerente desde el inicio de la actividad de la empresa, a la sazón en fecha 1 de mayo de 1995, es determinante de su preponderante posición en la dinámica de actuación de la mercantil interpelada "F., S.A.", de difícil encaje en lo que constituiría una situación de subordinación y dependencia empresarial propias de una relación laboral por cuenta ajena, pudiendo destacarse, al respecto, la realización de sus funciones con "amplia libertad de criterio", el hecho de extender su campo de actuación a la realización de tareas no contempladas específicamente en el poder que le fue formalmente conferido y la circunstancia de que un cierto número de trabajadores de la empresa, al día siguiente del cese del actor, declinaran de su relación con la empresa antes citada y pasaran a prestar servicios, junto con aquel, en otra empresa dedicada a similar actividad mercantil, a las que se refiere la resolución "a quo" en el fundamento jurídico "ut supra" meritado, lo que denota la concurrencia de una situación que deviene incompatible con la consideración de la existencia de una relación laboral entre el demandante y la antes citada empresa, a lo que no es óbice el hecho de que con fecha 01.08.99, esto es, en un momento sensiblemente posterior al inicio de las actividades de la empresa, hubiesen suscrito las partes documento en que se plasmaba un contrato de alta dirección, mero recurso formal que no puede alterar la verdadera naturaleza del vínculo, sin olvidar el ya inveterado principio jurídico recogido en abundante doctrina jurisprudencial según el cual "los contratos tienen la naturaleza que resulte de su contenido y no la que formalmente les atribuyen las partes", ni las demás circunstancias a que alude el fundamento jurídico segundo in fine de la resolución "a quo", por lo que, en consonancia con lo hasta ahora expuesto, procede confirmar la declaración de incompetencia de este Orden Social y el fallo impugnado, con la consiguiente desestimación del recurso.

## Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por V.G.L.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, de fecha 10 de mayo de 2001, en autos nº 13/0, sobre despido, confirmamos la resolución de instancia.

**3301** **Recurso nº 5.552/2001**

**S.S.** DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO. OFENSAS VERBAIS ÓS ADMINISTRADOS E DIRECTORES DA ENTIDADE EMPREGADORA QUE NON QUEDAN ACREDITADAS. IMPROCEDENCIA.

*Ponente: Ilma. Sra. Dª Rafaela Horcas Ballesteros*

A Coruña, veintitrés de noviembre de dos mil uno.

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 5.552/01 interpuesto por Radio "R.T.F., S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 389/01 se presentó demanda por don J.L.B.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el "R.T.F., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiuno de agosto de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El actor prestó servicios laborales para la Empresa demandada desde el 3 de mayo de 1999, con la categoría profesional de presentador, realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional. El actor venía percibiendo un salario base de 78.000 ptas. más la cantidad de 13.000 ptas. de prorrata de pagas extras hasta que en el mes de mayo de 2001 se le modifica el salario pasando a un salario base de 72.120 ptas. y 12.020 ptas. de prorrateo de pagas extras./ 2.- A medio de carta de fecha 4 de julio de 2001 fue despedido alegando: Muy Sr. Nuestro: Lamentamos comunicarle que la Dirección de esta empresa ha tomado la decisión de proceder a su Despido, con efectos del día de recepción de la presente carta, con base en la comisión de los siguientes hechos: 1) El pasado día 21 y 22.05.01, en dos reuniones de trabajo, en la que se le pedían explicaciones acerca de deficiencias observadas en su trabajo y la conducta con personal directivo de la sociedad y de otros compañeros, en la que estaban presentes la Administradora de la sociedad, don F.J.C.S., Jefe de Personal, y don L.G.N., ha proferido ofensas verbales y amenazas hacia la Administradora de la sociedad, A.N. y las personas allí presentes, con frases tales como "sabía que eras embustera pero no tanto", "sois unos falsos, mentirosos y tramposos", "me habéis demostrado que sois unos tramposos", "me alegro de que me abráis expediente porque a partir de ahora va a haber un escándalo", "yo no tengo nada que perder pero vosotros sí", "sois unos mentirosos y el escándalo va a saltar", "va a ser un escándalo grave y vosotros vais a ser los perjudicados", etc., etc./ 2) Además, la Dirección ha tenido conocimiento de que, de forma reiterada, se ha referido al Jefe de Personal, Sr. C.S., calificándolo como "este tío es un yonqui", "parece un vagabundo", "no tiene donde caerse muerto", "es un mierda", y otras frases de contenido claramente despectivo e insultante./ Abierto expediente disciplinario se ha limitado Vd. a negar los hechos imputados./ Los referidos hechos son constitutivos de una falta muy grave, sancionable con despido, a tenor del artículo 54.2, apartado c) del Estatuto de los Trabajadores (ofensas verbales al empresario o a las personas que trabajan en la empresa...), y no me queda otra solución que acordar dicha medida disciplinaria, con efectos del día de la recepción. La administradora. Fdo. A.N.P./ 3.- El actor el día 22 de mayo de 2001 fue llamado al despacho de la dirección en el que se encontraban la Administradora de la sociedad doña A.N., el hijo de la misma don L.G.N. que ostenta el cargo de Director de la Empresa así como el Jefe de Personal F.J.C. A dicha reunión acudió asimismo la trabajadora P.H. comunicándosele a ambos la apertura de expediente disciplinario, en el caso de la trabajadora Sra. H. por no cumplir el horario y en el caso del demandante por ofensas e insultos a la Administradora y compañeros de trabajo, hechos éstos ocurridos el día 21 de mayo de 2001 y de conformidad al documento nº 2 aportado por el trabajador. Que dicha reunión del día 22 de mayo de 2001, fue grabada mediante un aparato de vídeo y pasado después a cinta magnetofónica sin que el actor conociera dicha circunstancia. En dicha reunión del día 22.05.01 el actor negó las imputaciones realizadas por la Empresa en dicho escrito de la misma fecha y manifestó a los

presentes en la misma que eran unos falsos, mentirosos y tramposos así como manifestó que iba a haber un escándalo, que el escándalo va a saltar, que iba a ser un escándalo grave y que ellos iban a ser los perjudicados./ 4.- La relación entre la Empresa y el demandante siempre había sido buena y nunca había habido discusión o problema alguno con el mismo. En el último mes anterior al despido hubo muchos problemas en la empresa, básicamente producidos por la marcha del personal técnico de la misma (el último técnico había durado tres días) habiendo decidido la empresa prescindir de todo el personal técnico que quedaba, para a partir del día 1 de junio de 2001 empezar con todo el personal técnico nuevo a lo que el actor no estaba de acuerdo considerando que se estaba arruinando y perjudicando gravemente a la Empresa. que en fecha 21 de mayo de 2001 así se lo puso de manifiesto el actor a la administradora Sra. Nuñez sin que se haya acreditado que la insultara a ella o al resto de personal de la misma./ 5.- El día 29 de junio de 2001 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de Sin Efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que, debo estimar y estimo íntegramente las pretensiones de la demanda, y califico como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa–"R.T.F., S.L." a que readmita inmediatamente a don J.L.B.F. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone a la parte actora una indemnización de 290.231 ptas./ Dicha opción deberá ejercitarse en el término de 5 días a partir de la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión./ Cualquiera que fuese su elección, condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en Hecho Probado 1º, y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 57.1 del E.T. y que hasta la fecha ascienden a la cantidad de 213.180 ptas.".

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

## Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha 21 de agosto de 2001 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, seguido a instancia de don J.L.B.F. contra la empresa "R.T.F., S.L.", por parte de la propia empresa, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c) de la L.P.L., en infracción por interpretación errónea del art. 54.2.c) del E.T. y jurisprudencia concordante, por entender que las palabras proferidas por el actor son ofensivas para los gerentes de la misma e incluso, como falta muy grave en la sanción de despido, los insultos y amenazas realizadas vulneran los deberes mínimos de convivencia y son contrarias al deber de obediencia respeto y consideración a los compañeros de trabajo, a los superiores y a la disciplina de la empresa.

Según reiterada doctrina jurisprudencial, hay que atender a efectos de comprobar si nos encontramos ante una falta muy grave en la conducta del trabajador sancionable con el despido o, atendiendo a criterios de proporcionalidad, en función de las circunstancias que concurren, la misma no merece tal sanción. En este sentido, es de destacar que el hecho probado tercero dice: "El actor el día 22 de mayo de 2001 fue llamado al despacho de la dirección en el que se encontraban la Administradora de la sociedad doña A.N., el hijo de la misma don L.G.N. que ostenta el cargo de Director de la Empresa así como el Jefe de Personal F.J.C. A dicha reunión acudió asimismo la trabajadora P.H. comunicándosele a ambos la apertura de expediente disciplinario, en el caso de la trabajadora Sra. H. por no cumplir el horario y en el caso del demandante por ofensas e insultos a la Administradora y compañeros de trabajo, hechos éstos ocurridos el día 21 de mayo de 2001 y de conformidad al documento nº 2 aportado por el trabajador. Que dicha reunión del día 22 de mayo de 2001, fue grabada mediante un aparato de vídeo y pasado después a cinta magnetofónica sin que el actor conociera dicha circunstancia. En dicha reunión del día 22.05.01 el actor negó las imputaciones realizadas por la Empresa en dicho escrito de la misma fecha y manifestó a los presentes en la misma que eran unos falsos, mentirosos y tramposos así como manifestó que iba a haber un escándalo, que el escándalo va a saltar, que iba a ser un escándalo grave y que ellos iban a ser

los perjudicados", es decir, los únicos insultos que han quedado acreditados son los que figuran en el mismo, ya que el hecho probado cuarto señala que no ha quedado acreditado que se insultara a la Administradora ni al resto de personal, los mismos surgen como consecuencia del acaloramiento en un momento en que le están notificando una sanción por unos insultos, que la propia sentencia no declara probados, en base a tal circunstancia, y en un acto reflejo de defensa frente a dicho ataque, el trabajador se enfrenta con dichas palabras, pero las mismas no pueden ser reprochadas y sancionadas de manera tan extrema con el despido, sobre todo teniendo en cuenta que, según el hecho probado cuarto, las relaciones entre la Empresa y el demandante siempre habían sido buenas y no había habido discusión o problema alguno con el mismo. En consecuencia, se desestima el motivo del recurso.

De conformidad con el art. 201 y 233 de la L.P.L., procede la pérdida del depósito y consignación del recurrente, e imposición de honorarios del letrado impugnante que se cifra en 25.000 ptas.

### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "R.T.F., S.L." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, de fecha 21 de agosto de 2001, en autos seguidos a instancia de don J.L.B.F. frente a la empresa recurrente, confirmando la sentencia recurrida; asimismo, procede la pérdida del depósito y consignación de la empresa recurrente, y la imposición a ésta de los honorarios del letrado impugnante, que se cifran en 25.000 ptas.

## 3302 Recurso nº 4.741/01

**S.S.** INEXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES. CONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES ENTRE EMPRESA PRINCIPAL E AUXILIAR SEN QUE HAXA INTERPOSICIÓN ILÍCITA E SEN QUE O DEMANDANTE REALICE FUNCIÓNS ALLEAS ÁS DEFINIDAS NO CONVENIO COLECTIVO APLICABLE Á EMPRESA CONTRATISTA.

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

A Coruña, treinta de noviembre de dos mil uno.

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. 4.741/01 interpuesto por J.M.S.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por J.M.S.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "S.C., S.L. y otro" en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 227/01 sentencia con fecha doce de junio de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- El actor prestó servicios laborales para la Empresa demandada desde el 23 de octubre de 1996, con la categoría profesional de Vigilante Jurado y salario mensual de 113.657 ptas. con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras. La relación laboral se inició a medio de contrato de duración determinada de 30 horas semanales como vigilante jurado y con duración desde el 23.10.96 hasta fin de servicio el cual se concretaba en la realización de las tareas de vigilante jurado en el Centro Comercial "P.N". En fecha 01.02.97 se le modifica la jornada pasando de 30 horas semanales a 35 horas semanales. En fecha 16 de febrero de 1998 se le comunica a medio de escrito de esa fecha que se le modifica el centro de trabajo pasando a ser en "P.G., S.A." en el Polígono de la Gándara 114-118 de Ferrol a partir del 16 de febrero del presente año./2º.- Habiendo comunicado "P., S.A." el cese de la prestación de servicios de vigilancia por parte de "S.C., S.L." en fecha 12 de marzo de 2001 a las 14,00 horas y encontrándose el actor junto a sus compañeros de "S.C., S.L." dentro del recinto de "P., S.A.", el Encargado del Almacén Sr. B. les manifestó que se fueran ya que allí no podían estar.

En fecha 13 de marzo de 2001 se le comunica la rescisión de su relación laboral

"Dado los problemas surgidos en el centro de trabajo "P.G., S.A." en la adjudicación de los servicios de puerta, aún a pesar de los acuerdos adoptados el pasado viernes entre las partes (trabajadores y empresa), recibimos de la dirección de "P." la comunicación con carácter de urgencia de la FINALIZACION de nuestro servicio a las 14,00 horas del día de hoy 12 de marzo. Como su puesto de trabajo está en esa firma, a partir de la mencionada hora nos vemos en la lamentable obligación de plantearnos la rescisión de su relación laboral con "S.C., S.L."./3º.- La Empresa "P.G., S.A." suscribió en fecha 17 de octubre de 1996 un contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia, por medio de vigilantes de seguridad SIN ARMA con la empresa "S.C., S.L." y por el cual la empresa "S.C., S.L." queda encargada de la vigilancia del recinto destinado a FABRICACION DE PLASTICOS ubicado en el Polígono de la Gándara 114-118 todos los días desde las 6,00 horas hasta las 22.00 horas durante un período indefinido iniciándose el servicio el 21.10.96 y cuyas demás estipulaciones se dan aquí por reproducidas por obrar unido a los autos (DOC nº 6 de la Empresa "S.C., S.L."). Dicho servicio de vigilancia fue modificado ampliándose el horario de prestación de servicios a 24 horas diarias, siendo dicho horario el realizado en el momento de la extinción del contrato./4º.- La prestación de servicios del actor se ubicaba en la caseta existente en la puerta de acceso al recinto de "P., S.A." donde existe cartel firmado por la Empresa "S.C., S.L." y "P., S.A." prohibiendo al personal de vigilancia abandonar dicha caseta sin permiso. Que por dicha puerta principal accedían al recinto de "P., S.A." tanto camiones como el personal de la fábrica. Que la función del actor consistía respecto a los camiones que accedían al recinto en recibir el CMR entregado por el transportista y avisar al Encargado del Almacén de la llegada de dicho camión. Asimismo el transportista se colocaba en la báscula existente a la entrada del recinto accionando el actor los botones de dicha báscula a fin de obtener 4 tickets impresos con los datos de día y hora de entrada y salida, matrícula del vehículo, cliente, artículo y peso (bruto, tara, neto). Que el actor debía colocar cada ticket en el cajetín de su destinatario (por triplicado o cuadruplicado) y cumplimentar el parte de control de recepción de materia prima. Asimismo el actor atendía el teléfono fuera del horario de la telefonista (de 8 _ a 4 _) cuando éste saltaba a la caseta donde se ubicaba el mismo. Asimismo el actor se encargaba de entregar al personal de la fábrica, fundamentalmente, las nóminas contenidas en sobre cerrado que se guardaban en la mencionada caseta así como en algún caso certificado de revisión médico anual./5º.- El día 20 de abril de 2001 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN AVENENCIA."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, debo desestimar y desestimo íntegramente las pretensiones de la demanda, acodando ajustada a derecho la resolución del contrato de trabajo del actor y debo absolver y absuelvo a la empresa "S.C., S.L." y a la Empresa "P.G., S.A." de las pretensiones de la parte actora."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El trabajador demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó su acción de despido frente a las codemandadas "S.C., S.L." y "P.G., S.A." (POLIGAL), y solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene esa resolución.

SEGUNDO.- Con carácter previo al estudio y decisión del recurso, no admitimos incorporar a los autos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol que POLIGAL acompaña a su escrito de impugnación del recurso, con base en el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque aunque pudiera contar con los requisitos temporales exigidos por el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cierto es que, entre otras particularidades, carece de firmeza y se caracteriza por su falta de eficiencia formal, al tratarse de una fotocopia no testimoniada por la fedataria judicial; en consecuencia, procede su devolución a la aportante.

TERCERO.- En el ámbito histórico, propone completar la sentencia recurrida con el siguiente nuevo apartado: "A la finalización de la prestación de servicios por el personal contratado por "S.C., S.A.", "P., S.A." procedió a contratar directamente los vigilantes, concretamente a don J.A.S.M. (20.03.01) que cesa el 03.04.01, por no superar el período de prueba, a don O.F.R. (21.03.01) que cesa el 04.05.01, por fin de contrato, a don R.G.R. y a don

C.N.L. (ambos el 04.04.01), a don I.P.P. (19.04.01) y a don D.F.D. (25.05.01). El personal de vigilancia, operador de teléfono, grabación en máquinas de recogida de datos, pesaje, cumplimentación de partes y albaranes, se encuentra encuadrado en el grupo profesional 3 del Convenio Colectivo Estatal para la Industria Química, por el que se rige POLIGAL, correspondiéndole un salario mínimo mensual de 157.717 ptas., incluido el prorrateo de pagas extras)"; se basa en los folios 56, 89, 244 a 251.

El motivo no se acepta: Respecto de las contrataciones referidas, porque se trata de una cuestión no suscitada en demanda ni tratada en sentencia que, además, sería intrascendente al signo del fallo como se indicará. Respecto de los otros términos sugeridos, porque la jurisprudencia (s. 28.04.90) declara que el convenio colectivo no es hábil a tales efectos.

CUARTO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia recurrida infringe los artículos 43 y 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 6.4 del Código Civil, 71 del Real Decreto 2.364/94 de 9-12, 22.A.2 del Convenio Colectivo Nacional para las Empresas de Seguridad (BOE 11.06.98) y 21 del Convenio Colectivo Estatal para la Industria Química (BOE 11.06.99), pues fue contratado por una empresa de seguridad para prestar servicios de vigilancia cuando en realidad, cedido ilegalmente, se dedicó a prestar servicios absolutamente distintos a los convenidos para otra empresa, cual revela que POLIGAL, una vez que extinguió la contrata a "S.C., S.L.", procedió a cubrir los puestos de vigilancia con personal contratado directamente con esa categoría, encuadrada en el grupo profesional 3 del Convenio de Químicas.

QUINTO.- A los efectos que ahora interesa, los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1) En virtud de contrato de duración determinada, el actor trabajó para "S.C., S.L." desde el 23.10.96 con categoría de vigilante jurado y salario de 113.657 pesetas; desempeñó sus funciones en el centro comercial "P.N." y, desde el 16.02.98, en el centro de POLIGAL en el Polígono de La Gándara 114-118 de Ferrol, destinado a fabricación de plásticos. 2) El 17.10.96 las codemandadas suscribieron contrato de arrendamiento de servicios, en virtud del cual "S.C., S.L." quedó encargada de la vigilancia del recinto del centro de POLIGAL, por medio de agentes de seguridad sin arma. 3) El demandante trabajó en la caseta que existe en la puerta principal de acceso al recinto para camiones y personal de la fábrica, donde un cartel, firmado por las codemandadas, prohibía al personal de vigilancia abandonar sin permiso aquella dependencia.

Avisaba de la llegada de los camiones al encargado de almacén, recibía el CMR de los transportistas, accionaba los botones de la báscula ubicada en la entrada con el fin de obtener cuatro tickets (impresos con los datos del día y hora de entrada y salida, matrícula, cliente, artículo y peso -bruto, neto, tara-), colocaba cada ticket en el cajetín de su destinatario (por triplicado o cuadriplicado), cumplimentaba el parte de control de recepción de materia prima, atendía el teléfono fuera del horario de la telefonista (8'30 a 4'30 horas) cuando sonaba en la caseta, entregaba al personal de la fábrica las nóminas contenidas en un sobre cerrado guardado en la dependencia citada y, en algún caso, el certificado de revisión médica anual. 4) A las 14 horas del 12.03.2001 POLIGAL comunicó a "S.C., S.L." el cese en la prestación de servicios de vigilancia. Cuando el actor se encontraba en el recinto de POLIGAL, junto a otros compañeros de "S.C., S.L.", el encargado de almacén les manifestó que se fueran ya que no podían estar allí. 5) El 13.03.2001 "S.C., S.L." notifica al demandante que "dados los problemas surgidos en el centro de trabajo "P.G., S.A." en la adjudicación de los servicios de puerta, aún a pesar de los acuerdos adoptados el pasado viernes entre las partes (trabajadores y empresa), recibimos de la dirección de POLIGAL la comunicación con carácter de urgencia de la finalización de nuestro servicio a las 14 h. del día de hoy 12 de marzo. Como su puesto de trabajo está en esa firma, a partir de la mencionada hora nos vemos en la lamentable obligación de plantearnos la rescisión de su relación laboral con "S.C., S.L.".

SEXTO.- Los datos objetivos expuestos llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- Lo característico de la cesión ilegal de trabajadores que regula el artículo 43 ET es la apariencia de la empresa que cede la mano de obra, es decir, que se trate de una empleadora sin entidad, organización y patrimonio propios. Estas circunstancias, que no son de fácil apreciación en los supuestos de contratas o subcontratas de empresas para la realización de obras o servicios en cuanto figuras admitidas legalmente (art. 42 ET), tampoco concurren en el presente caso, toda vez que de la sentencia impugnada resulta: a) Las codemandadas son empleadoras reales, autónomas e independientes, con objeto

social propio y distinto, de modo que su relación a través del contrato de arrendamiento de servicios que firmaron es adecuado a la actividad productiva de una y de otra. b) El actor mantuvo una única relación laboral, con "S.C., S.L.", cual demuestra su contratación por esta empresa de quien, consecuentemente, recibió las órdenes de trabajo que desempeñaba en el recinto de POLIGAL y la retribución, más aún cuando, una vez rescindida la contrata, no prestó servicio alguno en las dependencias de la empresa principal ni en sus instalaciones, lo cual descarta la trascendencia que pretende atribuir a la prohibición que le dirigió el encargado de almacén de POLIGAL sobre su permanencia estancia en sus instalaciones. 2ª.- Frente a lo alegado, la actividad del actor, que detalla el apartado 3 del fundamento que precede, respondió a las exigencias del artículo 22.A.2 del Convenio de Empresas de Seguridad, en cuanto fue adecuada al servicio de seguridad o control objeto del arrendamiento convenido por las codemandadas y ajustada a su categoría de vigilante, porque estuvo proyectada esencialmente al ejercicio de funciones de garantía respecto de los vehículos y de las materias transportadas que accedían al interior del recinto, de ahí que el lugar de efectiva prestación de tales servicios (caseta de entrada) ratifique la naturaleza de las tareas que ejecutó; la no identificación de otros actos que también realizó con su categoría profesional, es insuficiente para descalificar los que ejecutaba con carácter principal, dada la no generalidad y el carácter accesorio de algunos de aquéllos respecto de éstos.

Es cierto, cual afirma, que su actividad está prevista como propia, junto a otras labores, del grupo profesional 3 que consigna el artículo 21 del Convenio de la Industria Química, pero no es menos verdad que, al haberse rechazado su cesión ilegal desde una empresa de seguridad a una empleadora incluida en el ámbito de aplicación de este pacto colectivo, no procede en modo alguno considerarle destinatario de una norma paccionada que es ajena a la actividad productiva de la empresa para la que única y exclusivamente prestó servicios, circunstancia ésta que, como anticipamos, descarta la trascendencia que atribuye a la contratación posterior por POLIGAL de otros trabajadores. Por todo ello,

### Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de don J.M.S.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, de 12 de junio de 2001 en autos nº 227/2001, que confirmamos. Devuélvase a "P.G., S.A." el documento que acompañó a su escrito impugnación del recurso.

## 3303 Recurso nº 5.188/2001

**S.S.** DESPEDIMENTO OBXECTIVO POR INEPTITUDE SOBREVIDA DO TRABALLADOR. PROCEDENCIA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. J. Fernando Lousada Arochena*

A Coruña, treinta de noviembre de dos mil uno.

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 5.188/2001, interpuesto por don C.C.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Santiago de Compostela.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 245/2001 se presentó demanda por don C.C.T. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1de setiembre de 2001 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 viene prestando sus servicios desde el 1 de abril de 1998 por cuenta y bajo la dependencia de la entidad demandada Universidad de Santiago de Compostela, con domicilio social en Colexio de San Xerome, Plaza do Obradoiro s/n, en Santiago de Compostela, en virtud de Contrato de Trabajo de fecha 27 de marzo de 1998 de duración determinada, celebrado conforme al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por Real Decreto-Ley 8/97 de 16 de mayo, contrato de interinidad hasta la cobertura de la plaza para la que fue contratado, siendo su categoría profesional la

de Ingeniero Superior de Infraestructuras Adscrito al Grupo Primero (contrato obrante en autos), y percibiendo un salario mensual, incluido el prorrateo de pagas extras por importe de cuatrocientas veintidós mil noventa y cinco pesetas (422.095 ptas.).- SEGUNDO.- Que en fecha 6 de febrero de 2000 la entidad demandada notifica al actor, mediante Resolución Rectoral el acuerdo de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, basándose en los siguientes hechos:- *"PRIMERO.- Con fecha 27 de marzo de 1998, se suscribió contrato de trabajo de duración determinada con don C.C.T., con efectos del 1 de abril de 1998 hasta la cobertura definitiva de la plaza para la que fue contratado.- SEGUNDO.- Don C.C.T., firmó el proyecto básico y de ejecución de la central de cogeneración de la Universidad de Santiago de Compostela (USC), siendo así mismo el supervisor técnico del proyecto y director de las obras.- TERCERO.- Por decretos del Ayuntamiento de Santiago de 11 de noviembre y de 29 de diciembre de 2000 y 2 de febrero de 2001, se acordó la paralización de las obras y la incoación de expediente sancionador de la legalidad urbanística por la construcción de diversas edificaciones para la planta de cogeneración energética."*.- Y fundando la referida Resolución en los siguientes Fundamentos Jurídicos: *"UNICO.- El real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece en su artículo 52 que el contrato de trabajo se podrá extinguir, entre otras causas por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.- Por todo lo anterior este Rectorado resuelve: PRIMERO.- Proceder, con efectos del día 8 de marzo de 2001, a extinguir el contrato laboral de Ingeniero Superior de infraestructuras que usted tiene suscrito con esta Universidad, de conformidad con lo que establece el artículo 53.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, del 24 de marzo, por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por las siguientes causas: 1.- La redacción del proyecto básico y de ejecución de la Central de cogeneración de la USC, contemplaba unas instalaciones donde se iban a situar los motores. En dicho proyecto debería figurar la comprobación de la validez urbanística de su ubicación lo que como responsable de la redacción del mismo le correspondía a usted.- 2.- Con fecha 15 de noviembre de 1999, y realizada la supervisión del proyecto por usted, la consideró "completa y conforme a los condicionamientos exigibles al proyecto" por lo que se informó favorablemente y se propuso para su aprobación. Sin embargo el referido proyecto incumplía la normativa urbanística de la ciudad de Santiago de Compostela.- 3.- Usted siendo director de la obra del referido proyecto modificó algunas ubicaciones de instalaciones contempladas en el proyecto para situarlas en zonas que tampoco cumplían los requisitos urbanísticos.- 4.- Su actuación como responsable de la redacción del proyecto, como supervisor del mismo y como director de obra implicaba el deber de conocer y aplicar los aspectos técnicos, urbanísticos y medioambientales que le afectaban. Así mismo como director de obra debería conocer estos aspectos sobre su ejecución de conformidad con el artículo 12 de la Ley 38/1999 de Ordenación de Edificaciones y de las normas concordantes sobre sus atribuciones profesionales.- 5.- Esta ineptitud técnica, de no tener en cuenta la normativa urbanística en el proyecto, en su supervisión y en la ejecución, ocasionó un grave daño a esta Universidad por cuanto el Ayuntamiento de Santiago paralizó las obras y acordó iniciar procedimiento sancionador como consecuencia de estos defectos insubsanables, obligando a su paralización, al derrumbamiento de lo ya construido, a la realización de un nuevo proyecto y a la contratación de nuevas unidades de obra para ubicar las instalaciones en lugares apropiados. Estas consecuencias no se producirían de existir la necesaria diligencia profesional en la redacción, supervisión y ejecución del proyecto.- SEGUNDO.- Con el objeto de dar cumplimiento al artículo 53.1.b) del citado Real Decreto, con esta misma fecha se le ingresa en la cuenta corriente número 0000386509 de la Oficina de Villagarcía de Arosa (0868) del Banco de Santander (0085) la cantidad de ochocientas treinta y dos mil seiscientas veinte pesetas (832.620 pts) que corresponde a la indemnización que marca el artículo antes mencionado.- TERCERO.- Durante el periodo que va desde la recepción de esta comunicación y la fecha de la extinción del contrato, tendrá derecho, sin pérdida de sus retribuciones, a una licencia de seis horas semanales con el fin de que pueda buscar nuevo empleo.- CUARTO.- Disfrutará, previa comunicación a gerencia, de seis días de vacaciones y de dos días de asuntos propios que le corresponden por el tiempo trabajado durante el año 2001, sin que ambos periodos puedan ser acumulados."*- CUARTO.- Que el actor formuló la preceptiva reclamación previa a la vía judicial de lo Social, en fecha 19 de marzo de 2001 tal como se exige en el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Laboral, mostrando disconfor-

midad con la resolución del Rectorado de la demandada Universidad de Santiago de Compostela, de extinción del contrato por causas objetivas (hecho probado segundo), alegando, en resumen, defectos formales de procedimiento y de causa, sin determinar cuales son estos y solicitando que el despido objetivo practicado deberá ser declarado nulo o subsidiariamente improcedente (escrito de reclamación previa que se da por reproducido, con remisión a los autos).-QUINTO.- Que en fecha 26 de marzo de 2001, el Rectorado de la entidad demandada resuelve desestimar la reclamación previa interpuesta por el actor, basándose en resumen: en presuntos defectos formales alegados por el actor, y en ratificación de la veracidad de la causa objetiva de despido o extinción del contrato (resolución que se da por reproducida por obrar en autos).- SEXTO.- Que el actor fue el redactor del anteproyecto para la instalación del sistema de cogeneración de la Universidad de Santiago de Compostela y suscrito ya en diciembre de 1007 y posteriormente se le encargó el proyecto básico y de ejecución de la central de cogeneración a la empresa IDOM, (junio de 1998).- SÉPTIMO.- Que el actor como Director técnico de las obras y Supervisor de los proyectos informa favorablemente el proyecto de IDOM y propone su aprobación, con un presupuesto total de las mismas de quinientos cuarenta millones ochocientas noventa y siete mil novecientas treinta y dos pesetas (540.897.932 pts), como consta en autos, en el Informe de Supervisión de Proyectos aportado por la demandada de fecha 15 de noviembre de 1999, y firmado por el actor. También como director técnico firmaba los certificados de obra.- OCTAVO.- Que el actor además de sus funciones, fue el encargado personal de solicitar las licencias municipales oportunas para realizar las obras; que se abrieron procedimientos sancionadores y de paralización y demolición de parte de las obras por incumplir la normativa urbanística de la ciudad de Santiago de Compostela, por parte del Ayuntamiento de Santiago (Decretos de 11 de noviembre y 29 de diciembre de 2000 y 2 de febrero de 2001).- NOVENO.- Que la Universidad de Santiago de Compostela, se vio obligada a la realización de un nuevo proyecto, a la contratación de nuevas unidades de obra para ubicar as instalaciones en lugares idóneos, ocasionándosele un grave daño, por no tener en cuenta el actor, la normativa urbanística en el proyecto, en su supervisión y en su ejecución como le correspondía por su condición de Director de las obras y sus atribuciones profesionales.- DÉCIMO.- Que el actor no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representación legal o sindical de los trabajadores."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por don C.C.T., contra la entidad demandada UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, debo declarar y declaro la extinción del contrato que vinculaba a las partes, con la obligación de la demandada de abonar al actor la cantidad de ochocientas treinta y dos mil seiscientas veinte pesetas (832.620 ptas.), que en su día ya se puso a su disposición por ingreso en su cuenta corriente número… de la Oficina de Villagarcía de Arosa (…) del "B.S." (…), cantidad que corresponde a la indemnización que para estos supuestos establece el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandante, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende sustituir el inicio del Hecho Probado Octavo, donde dice *"el actor, además de sus funciones, fue el encargado de solicitar las licencias municipales oportunas para realizar las obras"*, para decir *"el actor firmó, como representante de la universidad, una solicitud de licencia municipal para obras menores, y la gerente de la universidad firmó, como representante de la misma, dos licencias municipales para obras mayores"*. Ciertamente, este hecho se deriva de prueba hábil a efectos revisores y, en este sentido, debe ser añadido al relato fáctico, pero no lo sustituye, ya que, aunque este hecho sea cierto, no quiere decir que el reflejado por el juzgador de instancia sea falso, al no ser ambos contradictorios: resulta factible que, siendo el demandante el encargado de solicitar las licencias municipales, las solicitudes las firme la Gerente de la Universidad. Pero es más, el juzgador de ins-

tancia razona, en el Fundamento de Derecho Segundo, que, para alcanzar, entre otras, la conclusión de haber sido el demandante el encargado de gestionar personalmente las licencias municipales, se valoró la documental y la prueba testifical, ésta ajena a las facultades revisoras de la Sala. Resumiendo, los documentos sustentadores de la revisión fáctica solicitada no demuestran la equivocación del juzgador en la valoración de la prueba, sin perjuicio de que, efectivamente, demuestran la firma de dos solicitudes por otra persona, pero no, se insiste, la responsabilidad de esa otra persona en la ejecución del proyecto.

SEGUNDO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, la parte recurrente denuncia dos infracciones, una del artículo 23 del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de las Universidades Públicas de Galicia y otra del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- El artículo 23 del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de las Universidades Públicas de Galicia dice que, *"si por causas objetivas un trabajador no desenvuelve adecuadamente las funciones de un puesto singularizado, definido por el criterio de la responsabilidad, podrá ser removido de él, oído el comité de empresa, mediante resolución rectoral motivada, luego del trámite de audiencia y alegaciones del interesado, quien podrá solicitar la realización de fase de prueba"*. Ahora bien, dicha norma no está añadiendo requisitos a los establecidos legalmente para un despido objetivo. Tanto su ubicación sistemática, dentro del Capítulo IV del referido Convenio, intitulado *"provisión de vacantes, selección y contratación"*, y, más en concreto, en su Punto IV, sobre *"provisión de puestos de responsabilidad"*, como la expresa denominación de su epígrafe, "*remoción en el desempeño de un puesto singularizado"*, nos indican claramente cual es su alcance: se trata de remover a un trabajador en el desempeño de un puesto de trabajo singularizado, asignándolo a otro más conforme a su capacidad, pero no de despedirlo, en cuyo caso los trámites son los establecidos legalmente.

CUARTO.- El artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores enumera, como causa de despido objetivo, *"(la) ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa"*. La jurisprudencia social ha definido, desde hace tiempo y en varias ocasiones, la ineptitud como *"(la) habilidad deficiente para realizar el compromiso de trabajo que se ofreció para cumplirlo según las circunstancias de lugar y tiempo que el momento exija"* –STS de 21.12.1943, Az. 4.162-, *"la falta de idoneidad para realizar el cometido laboral para el que fue contratado"* –STS de 17.5.1968, Az. 2.211-, *"una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación suficiente o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo que se obligó a ejecutar"* –STS de 5.10.1984, Az. 5.240-, *"(la) incapacidad personal o inhabilidad profesional para el trabajo"* –STS de 30.11.1989, Az. 8.288-, o *"(la) inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo"* –STS de 2.5.1990, Az. 3.937-.

QUINTO.- Pues bien, a la vista de estas definiciones de ineptitud como causa justificativa del despido del trabajador, la Sala considera, en atención a los hechos declarados probados, la corrección de la sentencia de instancia al calificar el despido como procedente, ya que el trabajador no demostró la aptitud profesional necesaria para el adecuado cumplimiento de su trabajo. Efectivamente, el demandante fue contratado para la realización de un proyecto de elevado presupuesto, siendo él, asimismo, el responsable de su ejecución, y, a causa de incumplimientos de la normativa urbanística determinantes de expedientes sancionadores incoados por la autoridad municipal competente, dicho proyecto se suspendió, demoliéndose lo edificado hasta ese momento. Conviene reiterar que, como se deriva de los hechos declarados probados, el responsable de la ejecución del proyecto es el trabajador: la circunstancia de haberse firmado las solicitudes de licencia de obras mayores por la Gerente de la Universidad no la convierte, por eso sólo, en la responsable de dicha ejecución.

SEXTO.- Algunas aclaraciones adicionales merecen una alegación realizada en el escrito de formalización del recurso de suplicación: la purga de la ineptitud originaria a través del periodo de prueba, aunque olvida la recurrente solicitar la oportuna modificación de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, donde no consta la existencia de un periodo de prueba, a pesar de que, en efecto, sí se pactó una prueba de dos meses en el contrato de trabajo. Pero esta alegación, aún reconociendo la existencia de un pacto de prueba, no es

admisible. La sentencia de instancia, ciertamente en su fundamentación jurídica, aunque con valor fáctico, afirma la existencia de una ineptitud sobrevenida, y, si leemos los hechos declarados probados, se observa como, en los primeros momentos de su relación laboral, el trabajador cumplió las exigencias técnicas de su puesto de trabajo, elaborando el proyecto, pero es al adaptarlo a la normativa urbanística, cuando manifiesta una ineptitud antes inexistente. Ineptitud no vinculada, ni en la carta de despido ni en la sentencia de instancia, a ninguna causa concreta –como sería, a título de ejemplo, una enfermedad o un accidente o la pérdida de facultades derivada de la edad-, pero ello no es exigencia legal, al no aparecer contemplada en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores, de donde, si existe una falta de destreza o habilidad sin motivo aparente, el despido es procedente, sin necesidad de demostrar la causa concreta de la ineptitud.

### Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don C.C.T. contra la Sentencia de 1 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra la Universidad de Santiago de Compostela, la Sala la confirma integramente.

## 3304 Recurso nº 5.188/2001

**S.S.** GRAVACIÓN CON MICROCÁMARA Ó TRABALLADOR DURANTE A SÚA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. DEREITO Á INTIMIDADE E ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE VIXIANCIA E CONTROL POR PARTE DA EMPRESA. VULNERACIÓN DO DEREITO FUNDAMENTAL. MEDIO DE CONTROL INXUSTIFICADO, SUBREPTICIO E DESPROPORCIONADO.

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

A Coruña, treinta de noviembre de dos mil uno.

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 5.318/01 interpuesto por don A.F.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 251/01 se presentó demanda por don A.F.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el "G.C.S., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintinueve 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: "1º.- El demandante en autos don A.F.F., mayor de edad, vecino de Lugo, provisto de DNI nº…, afiliado a la CIG, ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la Patronal "G.C.S., S.A.", con domicilio social en Calle…de Lugo, dedicada a la actividad económica de empresa de Seguridad, desde el 24.04.90, con la categoría profesional de Vigilante de Seguridad, prestando su actividad laboral en el Museo Provincial de Lugo, percibiendo un salario mensual de 206.346 ptas. brutas, equivalentes a 6.878 ptas. brutas diarias a efectos de indemnización, incluido el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias (3). No ostenta ni ha ostentado en el año anterior al cese la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. 2º.- Por conducto notarial recibió el 01.03.00 comunicación empresarial escrita de despido disciplinario que por su extensión y por evidentes razones de brevedad se da por reproducida en este ordinal. Se fijó como fecha de efectividad del despido la de recepción de la carta, incluido este día. 3º.- Prestó servicios como vigilante uniformado con armas en el Museo Provincial de Lugo en horario de 22 horas a 08,00 horas los días 31 de diciembre 00 al 1 enero 01, 1 al 2 enero 01, 12 al 13 enero 01, 13 al 14 enero 01 y 24 al 25 enero 01. En el Museo Provincial existen tres turnos de trabajo, de mañana de 8 a 15, de tarde de 15 a 22 y nocturno de 22 al 8 horas; existen 4 vigilantes adscritos al Museo que van rotando. El turno nocturno se presta por un único vigilante de seguridad, uniformado y armado. 4º.- El actor en la noche del 31.12.00 al 01.01.01 permaneció sin escudos identificativos de la empresa ni placa reglamentaria unos 45 minutos. Luego colocó a lo

largo 4 sillas del mobiliario de la estancia y 3 cojines sobre éstas, durmiendo unas 2 horas y media. La noche del 12 al 13-enero-2001 permaneció sin escudos durante una hora y veinte minutos. Preparó nuevamente sillas y cojines para dormir un tiempo indeterminado. La noche del 13 al 14-enero-01 durante aproximadamente la 1ª hora de servicio vistió de paisano. Vuelve posteriormente, una vez uniformado, a acostarse sobre cuatro sillas y tres cojines dispuestos como lecho, permaneciendo en este estado 4,5 horas. En la noche del 24 al 25-enero-01, durante más de 2 horas intercambia besos y tocamientos con una joven a la que ha permitido el acceso al Museo. Cuando ésta desaparece de la estancia de vigilancia el demandante se masturba. Posteriormente, reitera la operación de las noches precedentes con las sillas y cojines y duerme echado sobre éstas más de dos horas. Todas estas noches, luego de dormir con la luz apagada, volvía a colocar minuciosamente en la estancia y en su lugar correspondiente cada silla y cojín. 5º.- La Patronal contrató con la Agencia Privada de Investigación "A." (de Lugo) la realización de un servicio consistente en grabación por medio de una microcámara de una estancia del Museo Provincial en relación con los servicios de seguridad que presta en éste el "G.C.", grabación únicamente durante el servicio nocturno, sólo con imágenes, no con sonidos, durante los días 30 y 31.12.00, y 1, 9, 10, 12, 13, 15, 16 y 24 de enero de 2001, a partir de las 22 horas. La microcámara fue instalada por la Patronal pero preparada por don M.G.F., Investigador Privado de "A.", que fue quien controló las filmaciones y dispuso de las cintas en todo momento, emitiendo informe sobre lo visionado el 13.02.01 para el "G.C.". La Empresa luego, y antes de confeccionar la carta de despido y dar audiencia al Delegado Sindical visionó parte de las filmaciones en presencia del Investigador Privado, cintas que por expreso deseo de la Patronal permanecieron después en poder del Detective Privado, que asimismo confeccionó una cinta-resumen de las filmaciones íntegras. 6º.- Solo se grabó la prestación del servicio nocturno los días antes indicados, con una sola microcámara, sin obtención de sonido; tales fechas el servicio nocturno de seguridad fue prestado por el demandante, por don J.S.G. y por otro vigilante, B., éste las noches del 16 y 17-enero-2001. Don J.S.G., afiliado asimismo a la CIG, fue también despedido por la Patronal. 7º.- Las filmaciones se obtuvieron en una estancia del Museo, de acceso restringido al público en general, donde por la mañana trabaja con ordenadores personal del Museo. Por la noche esa estancia constituye el lugar habitual de prestación del servicio de seguridad por los vigilantes, está próxima al timbre y pueden así oírlo, además realizan rondas por el Museo, que no tienen predeterminadas por la noche, haciéndolas cuando lo tienen a bien y cuando algo les alerta. 8º.- Próximos a esa estancia e independientes están el cuarto de baño y otra dependencia con las taquillas, donde los vigilantes se cambian, y existen también en la última unos sofás. En la estancia donde se efectuaron las filmaciones pone "acceso restringido al público en general" y "vigilancia". A veces por el día el personal del Museo se reúne en ella para tomar café y charlar. 9º.- La instalación de la microcámara no se puso en conocimiento de la Gerencia del Museo Provincial de Lugo, dependiente de la Diputación Provincial, certificando a 24-V-01 el Jefe del Servicio de Arquitectura y Urbanismo de ésta que la empresa "C., S.A." debe garantizar la seguridad del Museo responsabilizándose de la vigilancia y custodia de los objetos musealizados o en depósito, así como de las instalaciones del centro; ejercicio de la vigilancia que debe realizarse con todos los medios que la Compañía "C., S.A." juzgue precisos, y por supuestos con la utilización de todos aquellos sistemas electrónicos, de grabación de vídeo o de audio, electromagnéticos, detectores de presencia, de comunicaciones, etc., y la presencia obligatoria del guardia de seguridad, todo ello dentro de los límites económicos del contrato y de la legislación vigente. 10º.- La instalación de la microcámara nos e notificó tampoco al Comité de Empresa. 11º.- El 20.02.01 se comunicó al comité de Empresa el inicio de expediente disciplinario contra el actor por faltas muy graves, dándose audiencia al Delegado Sindical (don F.L.B.) el 22.02.01, manifestando éste que los hechos imputados no se hallaban contrastados y que en todo caso pertenecen a la esfera íntima del trabajador. De los hechos concretos que se le imputaban al trabajador tuvo puntual noticia el Delegado Sindical. 12º.- Con fecha 12.03.01 se presentó papeleta conciliatoria ante el S.M.A.C., celebrándose el preceptivo acto conciliatorio previo con data 23.03.01, que concluyó "intentado sen efecto" merced a la incomparecencia de la empresa. Se interpuso demanda que fue repartida a este Juzgado de lo Social por turno con entrada del día 9-abril-01, luego de su presentación y registro ante el Decanato de los de Lugo con data 30.03.01".

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

siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda sobre Despido deducida por don A.F.F., contra la Empresa "G.C.S., S.A.", debo declarar y DECLARO PROCEDENTE el despido del actor, con absolución de la Patronal accionada de los pedimentos de aquélla".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El trabajador demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó su acción de despido, y a tal fin solicita, con amparo procesal correcto, examinar el derecho que contiene esa resolución por entender que infringe los artículos 4.2.e) y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 18.1 de la Constitución (C), 2 y 7.5 de la Ley Orgánica 1/82 de 5-5 (Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) así como la jurisprudencia que cita, pues la causa del despido alegada por la empresa tiene origen en la captación y grabación de imágenes que no respetaron su dignidad, al haberse obtenido en una estancia donde sólo existe material de oficina y se usa como sala de esparcimiento o descanso, no obedecieron a razones de seguridad o a un mayor control de los objetos a proteger, no contaron con autorización de la empresa que adjudicó la vigilancia de sus bienes a la empleadora para la que prestaba servicios, ni se dieron a conocer a la representación laboral ni al afectado, todo lo que implica lesión de su derecho fundamental a la intimidad y, en consecuencia, la nulidad del despido litigioso.

SEGUNDO.- A los efectos que ahora interesa y de acuerdo con los hechos probados de la sentencia recurrida, indiscutidos en el presente trámite, los antecedentes de la decisión a adoptar se resumen en los siguientes: 1) El actor trabaja para la demandada "G.C.S., S.A." desde el 24.04.90, salario de 206.346 pesetas y categoría profesional de vigilante de seguridad en el Museo Provincial de Lugo, dependiente de la respectiva Diputación Provincial. 2) "G.C.S., S.A." contrató con "A.", agencia de investigación privada, la grabación por microcámara de imágenes, no de sonido, de la vigilancia nocturna que prestaba en el Museo los días 30 y 31.12.2000, 1, 9, 10, 12, 13, 15, 16 y 24.01.2001. 3) "G.C.S., S.A." instaló el dispositivo señalado, sin notificarlo al comité de empresa ni ponerlo en conocimiento de la gerencia del Museo.

El investigador privado de "A.", Sr. G.F., grabó imágenes con una sola microcámara, sin sonido, los días indicados la prestación del servicio nocturno, controló las filmaciones, dispuso en todo momento de las cintas y el 13.02.2001 emitió informe sobre su contenido para la demandada "G.C.S., S.A." visionó parte de las filmaciones en presencia del citado investigador, después dio audiencia al delegado sindical, confeccionó la carta de despido del actor, y decidió que las cintas permanecieran en poder de aquél, quien confeccionó un resumen de las grabaciones íntegras. 4) Las filmaciones se obtuvieron en una estancia del Museo, próxima al timbre, donde el personal del Museo trabaja con ordenadores por las mañanas, mientras que por las noches constituye el lugar habitual de prestación de servicios de los vigilantes de seguridad que, además, efectúan rondas cuando lo tienen a bien o cuando algo les alerta.

Próximos a dicha estancia, a cuya entrada figura un cartel con los términos "acceso restringido al público en general" y "vigilancia", se encuentran el cuarto de baño y una dependencia con sofás y taquillas, donde los vigilantes se cambian de ropa. 5) El actor prestó servicios como único vigilante uniformado y con armas los días 31.12.2000/01.01.2001, 1/2, 12/13, 13/14 y 24/25.01.2001 desde las 22 horas hasta las 8 horas del día siguiente en el lugar referido. La noche 31.12.2000/01.01.2001, permaneció sin escudos identificativos de la empresa ni placa reglamentaria unos cuarenta y cinco minutos, colocó a lo largo cuatro sillas de la estancia y tres cojines sobre ellas durmiendo unas dos horas y treinta minutos. La noche 12/13.01.2001, permaneció sin escudos una hora y veinte minutos, preparó sillas y cojines durmiendo tiempo indeterminado. La noche 13/14.01.2001, vistió de paisano durante la primera hora de servicio y, una vez uniformado, permaneció acostado cuatro horas cincuenta minutos sobre las sillas y cojines preparadas al efecto. La noche 24/25.01.2001, permitió la entrada a una joven con quien intercambió besos y tocamientos durante más de dos horas, se masturbó cuando aquélla abandonó la estancia y, posteriormente, durmió más de dos horas sobre las sillas y cojines preparadas al efecto. Todas esas noches, luego de dormir con la luz apagada, volvió a colocar minuciosamente cada silla y cojín en su lugar correspondiente. 6) El 20.02.2001 "G.C.S., S.A." notificó al

comité de empresa el inicio de expediente disciplinario por faltas muy graves contra el demandante; el 22.02.2001 dio audiencia al delegado sindical, quien manifestó que los hechos imputados no se hallaban contrastados y que pertenecían a la esfera íntima del trabajador. 7) El 01.03.2001 recibió por conducto notarial la comunicación de la empresa del despido disciplinario. 8) El 24.05.2001, el jefe del servicio de arquitectura y urbanismo de la Diputación, certificó que "C., S.A." debe garantizar la seguridad del Museo responsabilizándose de la vigilancia y custodia de los objetos musealizados o en depósito así como de las instalaciones del centro, ejercicio de la vigilancia que debe realizarse con todos los medios que "C., S.A." juzgue precisos, y por supuesto con la utilización de todos aquellos sistemas electrónicos, de grabación de vídeo o de audio, electromagnéticos, detectores de presencia, de comunicaciones, etc., y la presencia obligatoria del guardia de seguridad, todo ello dentro de los límites económicos del contrato y de la legislación vigente.

TERCERO.- La cuestión litigiosa, que delimita el presente trámite, consiste en determinar si la grabación por microcámara del trabajador cuando prestaba servicios, descrita en el fundamento anterior y cuyo contenido determinó que la empresa decidiera su despido disciplinario, configura o no un elemento de prueba lícitamente obtenido y, en concreto, si constituyó o no violación del derecho a la intimidad personal, de modo que si ese medio probatorio se ajusta a derecho, el despido será procedente con arreglo al artículo 54.2.d) ET, porque la conducta relatada en el apartado 5 del razonamiento que precede fue contraria a las más mínimas exigencias inherentes a la labor de vigilancia y seguridad que estaba obligado a cumplir, mientras que en otro caso el despido será nulo conforme al artículo 55.5 ET, por vulneración de derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional (TC) advierte (ss. 143/94, 207/96) que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, aunque no es un derecho absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho. Con relación a ese derecho fundamental, de plena efectividad en el marco de la relación laboral (TC ss. 186/96, 90/97), el poder de dirección que el artículo 20 ET atribuye el empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, le autoriza para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los trabajadores, pero esta facultad empresarial ha de producirse en todo caso dentro del debido respeto a la dignidad de aquéllos, cual previenen los artículos 4.2.e) y 20.3 ET, de ahí que (TC ss. 106, 136/96) el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 33 y 38.c) (propiedad privada, libertad de empresa).

El TC (ss. 98, 186/2.000) afirma que no existe normativa específica que regule la instalación y utilización de esos mecanismos de vigilancia y control consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, por lo que son los órganos jurisdiccionales los encargados de ponderar, en caso de conflicto, la licitud de la medida adoptada, teniendo presente y aplicando el principio de proporcionalidad, de modo que aquélla sea: a) idónea o adecuada, es decir, susceptible de conseguir el objetivo propuesto, b) necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal objetivo con la misma eficacia, c) ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

CUARTO.- Tenemos declarado (s. 21.04.95) que la empresa, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 20 ET, está facultada no sólo para vigilar y comprobar a través de una persona el adecuado cumplimiento de los deberes laborales de sus empleados, sino que también puede acudir, con el mismo fin, a los medios y adelantos técnicos, entre los cuales figura la utilización de cámaras de televisión; por ello, la adopción de este sistema de vigilancia, por sí sola, no vulnera derecho fundamental del trabajador así controlado. Sin embargo, la proyección de este principio general al caso

infringe la doctrina constitucional expuesta en el razonamiento anterior, de acuerdo con las siguientes circunstancias concurrentes: 1ª.- La empresa demandada no ofrece explicación ni justificación concreta o razonada acerca de su decisión de instalar la microcámara sin que, a tal fin y dada la naturaleza del bien jurídico constitucional susceptible de lesión, sea bastante la mera sospecha de prestación irregular de sus servicios que consigna el fundamento séptimo de la sentencia recurrida que, como tal, no deja de ser una simple invocación y, por ello, no responde ni a la propia naturaleza del trabajo que en su caso pudiera justificar la restricción del derecho, ni tampoco a una necesidad acreditada (p. ej. mayor seguridad o reforzar la ya establecida) como exige el TC (ss. 6/95, 136/96). 2ª.- La estancia del Museo donde se instaló el descrito sistema de grabación de imágenes coincide con el lugar de prestación de servicios del trabajador, ya que el ejercicio ordinario y adecuado de sus funciones de vigilancia le obligaba a permanecer en esa dependencia sin perjuicio de las rondas que pudiera efectuar por el inmueble. En cualquier caso, la circunstancia locativa deviene indiferente porque, como hemos apuntado en el fundamento que precede y según el TC (ss. 197/91, 98/2000), si bien la colocación de ese medio de control en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta por sí misma lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, también puede producirse en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral. 3ª.- Es cierto que las filmaciones no se realizaron con carácter permanente sino en las fechas indicadas, que fueron visualizadas en tiempo razonable por el investigador privado que las practicó así como por la demandada con posterioridad, y que todo ello fue ajeno a cualquier propósito de exteriorización o divulgación de la conducta del demandante grabada en imágenes.

Pero también es verdad que el destinatario de esa medida de vigilancia fue única y exclusivamente el trabajador. Así lo revelan las circunstancias de lugar y tiempo de su prestación de servicios: De una parte, porque la ubicación de la microcámara en la estancia donde aquél permanecía en vigilancia estática no contribuyó en modo alguno a una mayor custodia o aseguramiento de los objetos, obras o piezas del Museo, localizados precisamente en otras dependencias del mismo para exposición al público; así lo corrobora la certificación de 24.05.2001 expedida por el responsable de ese servicio. De otro lado, porque se realizó cuando el Museo se encontraba cerrado al público, ya que el actor trabajó en turno de noche y, además, como vigilante único. Junto a ello, debemos indicar que la medida de vigilancia referida se instaló de forma subrepticia, al no permanecer a la vista, no se comunicó a la dirección del Museo ni estuvo precedida por el informe del comité de empresa, al que parece aludir el artículo 64.4.d) ET cuando habla de "implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo"; además, la microcámara no era, en absoluto, el único sistema en virtud del cual la empresa podía comprobar si era o no correcta la prestación de servicios del demandante.

En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad nos lleva a entender que aunque la medida de control señalada pudiera resultar idónea, sin embargo no devino necesaria ni equilibrada, y estas carencias infringen la doctrina constitucional (s. 98/2000), cuando exige que las limitaciones o modulaciones del derecho fundamental tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial digno merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes al derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. 4ª.- La vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal que apreciamos implica, conforme al artículo 55.5 y 6 ET, la nulidad del despido disciplinario litigioso con el efecto de la readmisión inmediata del trabajador y abono de los salarios dejados de percibir, en el caso a razón de seis mil ochocientas setenta y ocho pesetas diarias (6.878 ptas./día). Por todo ello,

## Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de don A.F.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, de 29 de junio de 2001 en autos nº 251/2001, que revocamos, acogemos su demanda de despido contra "G.C.S., S.A.", declaramos su nulidad, condenamos a la empresa demandada a que le readmita de forma inmediata y a abonarle los salarios dejados de percibir, a razón de seis mil ochocientas setenta y ocho pesetas diarias (6.878 ptas./día).

**3305 Recurso nº 5.302/2001**

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. DEREITO Ó PLUS DE PERIGOSIDADE PARA O PERSOAL LABORAL Ó SERVICIO DUN CENTRO DE ATENCIÓN A DIMINUÍDOS PSÍQUICOS.

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

A Coruña, siete de diciembre de dos mil uno.

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 5.302/2001 interpuesto por la XUNTA DE GALICIA-CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 430/01 se presentó demanda por el Sindicato COMISIONES OBRERAS (CC.OO) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado el XUNTA DE GALICIA – CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 8 de agosto de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El Centro de Atención a Minusválidos Psíquicos de Redondela es un centro destinado a la asistencia y rehabilitación de personas comprendidas entre los 18 y 65 años que presentan deficiencias psíquicas y físicas asociadas./SEGUNDO.- Las patologías que presentas los beneficiarios son: - Retraso mental: profundo: 59 casos, severo: 39 casos y medio: 14 casos. –Epilepsia: 44 casos. Ceguera o agudeza visual muy reducida: 11 casos. Sordera: 8 casos. Demencia etiológica: 2 casos. Enfermedad de Batten-Spielmayer: 3 casos. Glucogenosis: 1 caso. Demencia etiológica hemorrágica: 1 caso. Demencia inducida por alcohol: 1 caso. Enfermedades infecto-contagiosas: 6 casos. Utilización de sillas de ruedas: 23 casos. Incontinentes: 27 casos./TERCERO.- Los riesgos característicos de este centro son: síndrome de Burnout, agresiones y sobreesfuerzos, exposición a agentes biológicos. Dichos riesgos afectan a todos los trabajadores del centro, en mayor o menor medida./CUARTO.- La plantilla del centro esta compuesta por: cuidadores, ETARES, camareras-limpiadoras, ordenanzas, asistentes sociales, personal de cocina (jefe de cocina, cocinero, ayudante de cocina), conductor, Jefe de Servicios Técnicos, oficial de Servicios Técnicos, auxiliar administrativo, personal sanitario (médico, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, ATS), maestro de taller, encargado de almacén./QUINTO.- En la Comunidad Autónoma de Galicia únicamente existen dos centros de estas características, el CAMP de Redondela y el sito en Sárria, Lugo, con la misma organización y características./SEXTO.- El TSJ de Galicia en resolución de fecha 16.02.01 confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de Lugo, dictada en el procedimiento nº. 607/00, en la que se declaró el carácter peligroso de los puestos de trabajo del CAMP de Sarria.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el SINDICATO COMISIONES OBRERAS contra XUNTA DE GALICIA, CONSELLERIA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, se declaran peligrosos los puestos de trabajo existentes en el CAMP de Redondela, y en consecuencia se declara el derecho de los trabajadores del mencionado centro a percibir el plus de peligrosidad, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración".

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.- Recurre la letrada de la Xunta de Galicia en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara peligrosos los puestos de trabajo existentes en el Camp de Redondela y el derecho de los trabajadores del mismo a percibir el plus de peligrosidad, se desestiman "las pretensiones de la parte actora en orden a la atribución del plus de peligrosidad a todos los trabajadores del Cen-

tro", a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) LPL denuncia en un motivo único la infracción del art. 27.b).3 del Convenio Colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia, aprobado por resolución de 9/12/94 (DOG de 28/12/94), en relación con el art. 26 y ss del E.T., "por cuanto no resulta acreditado la existencia de conclusiones objetivas que hagan posible el devengo del plus de peligrosidad solicitado".

SEGUNDO.- La infracción normativa que se denuncia ha de ser examinada en función de loa siguientes fundamentales HP, incombatidos en Suplicación: A) El Centro de Atención a Minusválidos Psíquicos de Redondela es un centro destinado a la asistencia y rehabilitación de personas comprendidas entre los 18 y los 65 años que presentan deficiencias psíquicas y físicas asociadas, siendo las patologías que presentan los beneficiarios las que se dicen en el HP 2º, tales como retraso mental, epilepsia, ceguera, sordera, demencia..., con 6 casos de enf. infecto-contagiosas, 23 de utilización de sillas de ruedas y 27 de incontinentes. B) Los riesgos característicos de este centro son síndrome de Burnout, agresiones y sobreesfuerzos y exposición a agentes biológicos, afectando dichos riesgos (HP 3º) "a todos los trabajadores del centro en mayor o menor medida". C) La plantilla del centro está compuesta por el personal que se dice en el HP 4º: cuidadores, etares, camareras-limpiadoras, ordenanzas, asistentes sociales, personal de cocina (jefe de cocina, cocinero, ayudante de cocina), conductor, Jefe de Servicios Técnicos, oficial de Servicios Técnicos, auxiliar administrativo, personal sanitario (médico, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, ATS), maestro de taller, encargado de almacén. Y D) En Galicia únicamente existe otro centro de estas características además del de Redondela, sito en Sarria-Lugo; este tiene las mismas características y organización que el de Redondela, habiendo declarado la STSJ de Galicia de fecha 16/02/01 el carácter peligroso de sus puestos de trabajo.

TERCERO.- La STS de 22/1/99 (Ar. 3.747), al hilo de la concesión a determinado personal del plus de peligrosidad previsto en el art. 27.b).2 del II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, decía lo siguiente, con cita de la STS de 21/7/97: "...a) De la simple lectura de los hechos declarados probados que se asumen en la sentencia recurrida se deduce la concurrencia de los presupuestos precisos para la calificación como <<peligroso>> del concreto puesto de trabajo desempeñado por cada una de las recurrentes, a lo que no es obstáculo el que la especial situación de riesgo, por las especiales circunstancias existentes en el centro de trabajo en el que prestan sus servicios, pudiera afectar también a todos o a la mayor parte de los trabajadores que desarrollen su actividad en éste. b) La posible afectación general del riesgo que pudiera derivar la singular forma en que, en un período temporal concreto, estén organizados en el hospital psiquiátrico que constituye el centro de trabajo la prestación de los servicios médicos, asistenciales y formativos en favor de las personas ingresadas y la forma de desarrollo de la actividad laboral del personal en aquél desarrollada, con independencia del acierto o bondad de tal forma organizativa, no convierte el riesgo en meramente potencial o abstracto, como se afirma en la sentencia impugnada, ni lo hace genéricamente inherente a la específica categoría profesional de las recurrentes, ni comporta el que deba hacerse recaer en éstas las consecuencias de tales riesgos de no poderse o de no saberse evitar en todos los supuestos, pudiendo afirmarse que el carácter especialmente peligroso de un puesto de trabajo no se excluiría por la existencia de determinadas medidas de seguridad; <<que, obviamente han de adoptarse para evitar en lo posible siniestros previsibles en todo puesto de trabajo que entrañen suma peligrosidad>> (en este último sentido, STS/4 23-6-1993 [RJ 1993, 4918] –recurso 1804/1992-). c) No puede tampoco llegarse al extremo de exigir para el reconocimiento del derecho al percibo del plus de peligrosidad que el riesgo en el desempeño del trabajo en tales condiciones sea inminente y concreto, lo que obligaría, como regla, a sólo poder justificar su existencia cuando se hubiere producido una situación dañosa, lo que es ajeno a la finalidad de tal complemento salarial. d) Por último, no excluye el derecho al reconocimiento del percibo del plus de peligrosidad el que la labor nuclear del puesto de trabajo desempeñado en condiciones de peligrosidad se desarrolle en todo el tiempo de la actividad laboral, pues la habitualidad ha de ser entendida como desempeño dilatado en el tiempo, no esporádico e infrecuente, del puesto de trabajo que genera peligro. En esta línea, se han pronunciado las SSTS/4 18-10-1991 ([RJ 1991, 7.665] recurso 599/1991) y 23-6-1993 (recurso 1.804/1992), en especial esta última)".

En el caso enjuiciado, de modo sustancialmente similar a como sucedía en el caso resuelto por este TSJ mediante sentencia de 16/2/01 relativo al Camp de Sarria, los trabajadores del Camp de Redondela que se dicen en

el HP 4º sufren en el desarrollo de sus funciones riesgos tan significativos y de entidad como el síndrome de Burnout, agresiones y sobreesfuerzos y exposición a agentes biológicos; riesgos estos que, además, y así se declara en el HP 3º, afectan a todos los trabajadores del Centro en mayor o menor medida. Situación laboral ésta que conduce a la calificación como "peligrosos" de los puestos de trabajo desempeñados por el personal del centro de que se habla, tomando en consideración al efecto la doctrina anteriormente expuesta y el art. 27.b).3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia invocado en el recurso; precepto éste que prevé el complemento de peligrosidad como de naturaleza funcional y ocasional y con derivación de las características especiales del puesto de trabajo, medidas objetivamente, lo que aquí y según lo razonado se cumple, siendo los riesgos antes mencionados calificables o identificables de sobreañadidos a los inherentes a los puestos de trabajo.

Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Sentencia de Instancia, cuyos fundamentos no han sido desvirtuados en Suplicación.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais - Xunta de Galicia contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo de fecha 08.08.01 en Autos nº 430/01 seguidos a instancias del Sindicato Comisiones Obreras frente a la recurrente, confirmamos la sentencia recurrida.

## 3306 Recurso nº 5.411/01

**S.S.** INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DO DEREITO DE LIBERDADE SINDICAL. NEGATIVA DA EMPRESA A REUNIRSE CO COMITÉ DE EMPRESA EN PRESENCIA DE ASESORES SINDICAIS QUE NON TEÑEN A CONDICIÓN DE DELEGADOS SINDICAIS.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Jesús Outeiriño Fuente*

A Coruña, siete de diciembre de dos mil uno.

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 5.411/01, interpuesto por el Letrado don J.F.F., en nombre y representación de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.), contra sentencia del Juzgado de lo Social nº tres de los de Lugo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 511/01 se presentó demanda por la Federación de alimentación de la UGT sobre VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL Y A LA IGUALDAD, frente a la entidad mercantil "N., S.A.", a la Unión Sindical Obrera (USO), Y AL MINISTERIO FISCAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha siete de agosto del año en curso por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La empresa demandada "N., S.A." tiene como actividad principal el sacrificio, despiece, transformación y distribución de carne y sus derivados, siendo el Convenio aplicable en la misma el Convenio Colectivo Básico de Industrias Cárnicas; dicho Convenio es de aplicación en todo el Estado y fue firmado, entre otros, por la U.G.T. SEGUNDO.- En la empresa "N., S.A." prestan servicios más de cien trabajadores. TERCERO.- El Comité de empresa está compuesto por nueve miembros, teniendo en él representación la U.G.T., CC.OO., y U.S.O. CUARTO.- La Dirección de la empresa y el Comité de Empresa se venían reuniendo desde hace más de 2 años todos los miércoles de fin de mes, celebrándose estas reuniones en un local ubicado dentro del recinto empresarial. QUINTO.- En fecha 28.12.00 el Comité de Empresa dirige escrito a la empresa del siguiente tenor literal: "Este Comité de Empresa comunica a la dirección de "N., S.A." que a partir del 01.01.01 asistirá a las reuniones que celebre con la empresa acompañado por sus asesores sindicales con representación en el Comité". SEXTO.- En la reunión entre el Comité de Empresa y la Dirección de la Empresa, de fecha 22.11.00, asistieron como asesores del Comité don F.T. (U.G.T.), don M.E. (USO) y don F.B. (CC.OO).

SÉPTIMO.- La reunión de fecha 29.11.00 a la que asisten en calidad de asesores del Comité de empresa las personas citadas en el ordinal sexto, excepto don F.B., queda desierta ante la negativa de la empresa a reunirse en presencia de los asesores, lo que a partir de ese momento se produce en otras reuniones. OCTAVO.- Las actas levantadas con motivo de las reuniones del Comité de Empresa y la Dirección de la Empresa son confeccionadas por el Secretario del Comité. NOVENO.- El Comité de Empresa no tiene que firmar ningún acuerdo cuando negocia, pudiendo consultar con sus Sindicatos. DÉCIMO.- En las reuniones que Comité de Empresa y Dirección venían manteniendo el último miércoles de cada mes, se trataban temas relativos a contratos, turnos, horas extras, pluses, vacaciones, etc.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda presentada por U.G.T. contra la empresa "N., S.A.", MINISTERIO FISCAL, SINDICATO COMISIONES OBRERAS y SINDICATO UNIÓN SINDICAL OBRERAS, debo absolver y absuelvo a los demandados de todas las pretensiones formuladas en la demanda. Notifíquese... etc.".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el sindicato U.G.T. absolviendo libremente de la misma a todos los demandados. Y contra este pronunciamiento recurre el referido demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la modificación de los ordinales cuarto y sexto de los hechos probados en el sentido siguiente: * El ordinal cuarto, para que se redacte haciendo constar que: "Desde hace más de 2 años, el Comité de Empresa y la Dirección de la empresa se venían reuniendo todos los miércoles de fin de mes para determinar las condiciones de trabajo y acordar la política social de la empresa que afectaba a todo el personal. Dichas reuniones se celebraban en el local asignado por la empresa a la representación social que estaba ubicado dentro del recinto empresarial". * El ordinal sexto, para que se redacte haciendo constar que: "En la reunión entre el Comité de Empresa y la Dirección de la Empresa, de fecha 22.11.2000, asistieron como asesores del Comité don F.T. (U.G.T.), don M.E. (U.S.O.) y don F.B. (CC.OO) tratándose en dicha reunión los siguientes temas: empresas de trabajo temporal, contratos, cooperativas de trabajo".

La modificación interesada del hecho cuarto no resulta acogible, pues la adición que contiene respecto al objeto de las reuniones entre la Dirección de la empresa y el Comité ya figura en el ordinal décimo del relato fáctico. Sí procede aceptar, por el contrario, la modificación postulada del hecho sexto por desprenderse así de la documental que se cita (folio 80 de las actuaciones).

SEGUNDO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL formula el sindicato recurrente un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción del art. 10.3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en relación con el art. 3 del C. civil, así como violación del art. 88.2 del ET y del Convenio nº 135 de la OIT, y ello por entender que el primero de los citados preceptos establece que "los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: 2º Asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto". A su juicio, ante esa dicción legal, y de conformidad con el art. 3 del C.c., nada puede objetarse a la posibilidad de que en las reuniones del comité esté presente la representación sindical que constituye "el delegado sindical", pues si los representantes sindicales que no son delegados de personal ni miembros del comité de empresa tienen derecho a asistir las reuniones de dicho comité ex art. 10.3.2 LOLS, nunca podrá excluírseles como asesores del comité. Sobre la posibilidad de contar con asesores libremente designados por el comité, cuando se constituye la parte social legitimada para negociar acuerdo con la empresa, el art. 88.2 del ET lo prevé expresamente. Además el Convenio 135 de la OIT equipara a unos y a otros representantes, los electos y los sindicales. La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar

por las siguientes razones: 1.- La parte actora sostiene en su demanda que la conducta de la sociedad demandada consistente en su negativa a reunirse con el comité de empresa en presencia de sus "asesores sindicales", constituye una conducta vulneradora del derecho a la libertad sindical y del principio de igualdad. Pese a tal planteamiento del debate y a su reflejo en los hechos probados y en la respuesta fundada que al mismo ha dado la sentencia de instancia, la parte recurrente pretende introducir ahora -en este trámite de suplicación- una modificación substancial de la litis consistente en alegar, junto con las infracciones jurídicas denunciadas, que nada puede objetarse a la posibilidad de que en las reuniones del comité esté presente la representación que constituye "el delegado sindical". Esta afirmación constituye una inadmisible "cuestión nueva" que no puede tomarse en consideración al suponer una alteración substancial de los términos en que el debate ha sido planteado y que, de admitirse, supondría generar indefensión a los demandados (art. 24 CE), al impedírseles la posibilidad de defensa y contradicción sobre tal hecho nuevo. Por ello, ha de mantenerse como cuestión fundamental a resolver en el recurso la relativa a si constituye o no lesión del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28. 1 CE) -único que ahora se invoca como infringido-, la negativa de la empresa demandada a reunirse con el comité, en un local situado dentro del recinto empresarial, en presencia de los "asesores" de dicho comité, calificados de "sindicales".

Y la respuesta que procede dar ha de ser semejante a la mantenida por el "Iudex a quo", pues no cabe apreciar vulneración alguna del derecho fundamental que se cita como infringido, ya que el art. 10.3.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, sobre Libertad Sindical, que desarrolla el art. 28.1 de la CE, se refiere a los "delegados sindicales", esto es, a quienes ostenten la condición de "representantes" en la empresa elegidos por y entre los trabajadores de dicha empresa o centro de trabajo, y que estén afiliados al sindicato matriz de una determinada sección sindical; cualidad ésta que no tienen los denominados -en demanda y en el relato fáctico de la sentencia- unas veces "asesores", y otras "asesores sindicales". Se trata en este caso de "personas ajenas" o "extrañas" a la empresa que ni tienen la condición de delegados sindicales ni forman parte del órgano de representación unitaria de los trabajadores, sea como delegados de personal o bien como miembros del comité de empresa. No cabe estimar, por tanto, que a tales asesores se refiera el art. 10.3.2 de la Ley Orgánica 11/1985 y los demás que se citan, por lo que la empresa, con su negativa a reunirse en sus locales con ellos, no ha vulnerado ni incurrido en lesión alguna del invocado derecho fundamental a la libertad sindical. 2.- En íntima conexión con lo anterior, y tratándose de delegados sindicales, una reiterada doctrina de suplicación (STSJ de Cataluña de 17/11/1995, AS. 4.470; 12/7/2000, AS 2.783; STSJ de Asturias de 11/2/1999, AS 368), ha venido señalando que art. 10.3.2 de la Ley Orgánica 11/1985, contempla como derecho de los delegados sindicales, entre otros, asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene..., con voz pero sin voto", sin extenderse a aquellas reuniones, periódicas o no, que el comité haya de celebrar con la representación de la empresa. Con mayor razón, cuando como ocurre en el presente caso, se está en presencia de simples asesores sindicales sin representatividad. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

### Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Sindicato actor Unión General de Trabajadores (U.G.T.), contra la sentencia de fecha 7 de agosto de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, en los presentes autos sobre derechos fundamentales tramitados a instancia del recurrente frente a los demandados Unión Sindical Obrera (U.S.O.), Comisiones Obreras (CC.OO.), la empresa "N., S.A." y el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

## 3307 Recurso nº 5.600/01

**S.S.** OS DÍAS FESTIVOS QUE SE ESTABLECEN COMO RECUPERABLES NON SE LLES PODE APLICA-LO RÉXIME CONVENCIONAL SOBRE DÍAS FESTIVOS ORDINARIOS.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz*

A Coruña, diez de diciembre de dos mil uno.

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. 5.600/01 interpuesto por don J.J.F.R. como Presidente Sección Sindical de UGT en "F., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.J.F.R. como Presidente de la Sección Sindical de UGT en "F., S.L." en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "F., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 452/01 sentencia con fecha diecinueve de septiembre de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El Convenio de la empresa demandada señala en su artículo 3.8 como complemento de festivo lo siguiente: "Los trabajadores con jornada continuada de ocho horas, cuando les coincida trabajar en festivo, percibirán por este concepto el equivalente a ocho horas extraordinarias"./ SEGUNDO.- El art. 2 del citado convenio establece para los años 2000, 2001 y 2002 una jornada laboral de 40 horas semanales, equivalentes como máximo a 1.752 horas anuales. Dicha jornada ha sido distribuida en 219 días laborales de 8 horas, en turnos./ TERCERO.- El Calendario laboral de la Comunidad Autónoma de Galicia, para el año 2001, fija, además de los catorce festivos no recuperables, incluyendo los locales, un día festivo recuperable, concretamente el 17 de mayo, Día de las Letras Gallegas./ CUARTO.- Los trabajadores que prestaron servicios en el citado día reclamaron las correspondientes horas extraordinarias, negándose la empresa a su pago por entender que al ser día festivo recuperable, no le afecta el precepto anteriormente señalado./ QUINTO.- Se celebró acto conciliatorio previo sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don J.J.F.R. contra presidente de Sección Sindical UGT, absuelvo de la misma a la demandada "F., S.L.".

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

### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la Sección Sindical de la UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) en la empresa demandada "F., S.L." la sentencia de instancia que desestima la demanda sobre Conflicto Colectivo, formulando un único motivo de recurso por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento de Laboral, a través del cual denuncia infracción, por interpretación errónea o inaplicación, de lo establecido en el artículo 37.1 de la Constitución; artículo 1.281 y ss. del Código Civil; así como del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 47 del R.D. 2.001/83 de 28 de mayo de Regulación de la Jornada de Trabajo, Jornadas Especiales y Descanso (Norma que se halla derogada por el Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre) y del artículo 3.8 del Convenio Colectivo de la empresa "F., S.L."; en esencia, se argumenta por la parte recurrente que el día 17 de mayo fue festivo y como por calendario les ha tocado trabajar a una parte de la plantilla, les corresponde percibir el plus de trabajo en festivo que contempla el artículo 3.8 del Convenio Colectivo de la indicada empresa, independientemente de que dicho festivo fuera recuperable.

SEGUNDO.- La censura jurídica no puede ser acogida por la Sala. El artículo 3.8 del Convenio Colectivo de la empresa regula un plus de trabajo en festivo disponiendo lo siguiente: "*Los trabajadores con jornada continuada de ocho horas, cuando les coincida trabajar en festivo, percibirán por este concepto el equivalente a ocho horas extraordinarias*". La sentencia de instancia desestima la pretensión actora porque las fiestas anuales legalmente establecidas son, con carácter general, días festivos inhábiles a efectos laborales, retribuidos y no recuperables, condición de la que no goza la festividad del 17 de mayo que se reclama, pues al venirle atribuido a la misma el carácter de recuperable, tal distinción no permite aplicarle el mismo tratamiento que a los restantes festivos, ratificando así la postura de la patronal. Por el contrario, la Sección Sindical recurrente sostiene que los trabajadores

que han prestado servicios el día 17 de mayo –día de las Letras Gallegas- tiene derecho a percibir el "plus de festivo", aunque dicho día tenga el carácter de festivo recuperable.

La cuestión controvertida ya fue resuelta por la Sala, en su Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2.000 (Rec. 4.837/00), en un supuesto semejante al aquí enjuiciado, y los argumentos utilizados allí por la Sala, han de ser por lo tanto los mismos que se empleen en el supuestos enjuiciado para desestimar el recurso. Se decía en la mencionada Sentencia que, con carácter general, cabe indicar que el término "festivo", a efectos laborales, se identifica con descanso retribuido y no recuperable, características que expresamente le reconoce el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 37 bajo el epígrafe de descanso semanal, fiestas y permisos estableciendo, en el párrafo segundo que "las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales". Idéntico carácter se estable cuando se autoriza a las Comunidades autónomas a señalar, dentro de aquel límite anual, aquellas fiestas que por tradición les sean propias, llegando a determinar que "si alguna Comunidad Autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable...". Partiendo de esta exigencia legal y del carácter atribuido al término "festivo", la Comunidad Autónoma de Galicia por Decreto 249/1999 de 3 de septiembre determina el calendario laboral para el año 2000, figurando entre la relación de fiestas laborales el 17 de mayo – día de las letras gallegas – estableciendo que las fiestas mencionadas tendrán carácter retribuido y no recuperable, a excepción del 17 de mayo, que tendrá carácter recuperable.

Una interpretación lógica y razonable permite deducir que la intención de las partes al redactar el controvertido artículo 3.8 del Convenio Colectivo de la empresa en los términos ya conocidos, era conceder el complemento o plus de trabajo en festivo a aquellas fiestas laborales dotadas de tal carácter, es decir no recuperables y retribuidas, dejando fuera aquellas que, como el 17 de mayo, no ostentan dicha condición y esta distinción hace que no resulte acogible la pretensión actora, por cuanto la interpretación que debe hacerse del controvertido artículo 3.8 del Convenio, es que se está refiriendo a festivos que reúnan las notas del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, festivos que son retribuibles y no recuperables. En consecuencia ha de estimarse correcta y ajustada a derecho la sentencia de instancia que desestima la pretensión de la Sección Sindical de la empresa demandada. Lo que conlleva a la desestimación del recurso de suplicación formulado y a la confirmación de la resolución recurrida.

### Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don J.J.F.R., en su condición de Presidente de la Sección Sindical de la UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de esta Capital, de fecha 19 de septiembre de 2001, en proceso de Conflicto Colectivo promovido por el citado recurrente frente a la empresa demandada, "F., S.L.", confirmando la expresada resolución.

## 3308 Recurso nº 4.451/01

**S.S.** INCOMPETENCIA DOS TRIBUNAIS ESPAÑOIS: NON CONCORRE. EMPRESA ESPAÑOLA CON DOMICILIO EN ESPAÑA QUE PARTICIPA EN SOCIEDADE MIXTA CON DOMICILIO ASIMESMO EN ESPAÑA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Martínez López*

A Coruña, once de diciembre de dos mil uno.

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 4.451/01, interpuesto por don J.M.C.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 205/01 se presentó demanda por don

J.M.C.R. en reclamación de Indemnización (Incompetencia) siendo demandado el "P.I.L., S.A." e "H.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha treinta de mayo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Don J.M.D.R., con D.N.I. número..., nacido el 16.09.57, afiliado a la Seguridad Social con el número..., venía prestando servicios desde el 21 de febrero de 1998, con la empresa "H.P., S.A.", domiciliado en la Ciudad de Mar del Plata, República Argentina, con un contrato de Ajuste, suscrito en la citada ciudad, habiéndose suscrito varios más, siendo el último de fecha 25.08.99, con la categoría de Marinero, en el buque pesquero congelador B/C "I.L." y salario base mensual s/c, plus carga completa s/c y sueldo proporcional producción s/c./ La cláusula 9ª de dicho contrato dispone: "Queda expresamente acordado por ambas partes que para dirimir cualquier controversia que se suscite entre las mismas, intervendrá la Justicia Federal de Mar del Plata, con exclusión expresa de cualquier otro fuero o jurisdicción"./ 2º.- El trabajador percibía su salario en dólares por cuenta de la empresa que le contrató./ El buque es de Bandera Argentina y propiedad de la empresa contratante, aunque anteriormente perteneció a la empresa "P.I.L., S.A.", domiciliada en Madrid.../ 3º.- Con fecha 22 de mayo de 1995, se inscribe en el registro Oficial de empresas Pesqueras en Países Terceros, con el número 56, a la sociedad mixta "H.P., S.A.", constituida en Argentina, con participación en su capital social de la empresa española "P.I.L., S.A."/ 4º.- Al folio 44, como documento aportado por la demandada, aparece el referente a consulta siguiente: "La empresa "P., S.A." efectuó una presentación en fecha 24.03.97. Recibida en esta UDAI Convenios Internacionales de 08.04.97, mediante la cual consulta sobre los alcances de la disposición aprobada por Acta de Comisión Mixta Argentina Española, celebrada en Buenos Aires entre el 4 y 6 de diciembre ppdo., referida al Acuerdo de –Empresas Pesqueras Mixtas.- A raíz de tal disposición, los españoles con domicilio real en España, que presten servicios para empresas pesqueras mixtas constituidas en la República Argentina, en buques abanderados en Argentina, se considerarán pertenecientes a la empresa española participante en dichas empresas mixtas, y como tales, estarán sujetos a la legislación de Seguridad Social española.- En consecuencia: El cumplimiento de la citada disposición será obligatorio para los trabajadores encuadrados en la misma, y que soliciten la exención de aportes al sistema de seguridad social argentino.- La fecha de vigencia se fijó a partir del 01.01.97.- Debe efectuarse el mismo trámite administrativo respecto de los formularios que deben presentarse ante los respectivos organismos de enlace argentino y español para traslado temporario de personal"./ 5º.- Obra al folio 25, como documento a instancia y ramo de la parte actora el siguiente: "Contestando al escrito de ese Juzgado de fecha 3 de enero, se remiten los datos solicitados, en virtud de lo acordado en el Procedimiento arriba referenciado, seguido por don J.M.C.R., contra Mutua Gallega y otros: 1. La sociedad mixta "H.P., S.A.", está inscrita en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros con el número 56. El armador español promotor de la misma es "P.I.L., S.A.", que figura como partícipe en el capital social de la sociedad mixta. Se adjunta resolución de inscripción de la empresa "H.P., S.A.", en el citado Registro.- 2. Se acompaña copia de la solicitud de inscripción de la sociedad mixta en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros.- 3. La empresa Pesquera "I.L., S.A., ha presentado tres informes periódicos de actividad de la sociedad mixta, correspondientes a los tres primeros años de actividad, desde el 15.03.95 hasta el 15.03.98. Por la constitución de la sociedad mixta, las empresas "H.P., S.A.", y "P.I.L., S.A.", han recibido una ayuda financiera de la Comunidad Europea, en el marco del Acuerdo CEE-Argentina"./ 6º.- El día 17 de octubre de 1999, el trabajador demandante sufrió un accidente de trabajo, al quedar atrapada su pierna por una de las puertas de arrastre ("Portones"), causando baja en esa misma fecha y siendo declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en resolución de 30.11.00, en situación de Incapacidad Permanente en grado de Total, con las limitaciones: amputación del miembro inferior derecho a nivel infrapatelar./ 7º.- Por el Capitán del buque, en la Prefectura de Mar del Plata, se hizo la correspondiente exposición, que obra a los folios 26 y 27, como documento de la parte actora y se da por reproducida y en la que se señala, entre otras cosas: "Que el día diecisiete del corriente mes y año siendo las nueve horas cincuenta minutos, en circunstancias que el buque a su mando se encontraba en navegación a Puerto Mar del Plata, en posición geográfica Latitud treinta y nueve grados treinta y tres minutos Sur y Longitud cero cin-

cuenta y siete grados cuarenta y siete minutos Oeste, al realizar maniobras habituales con portones en cubierta popa, el tripulante Costa del Río, sufre un accidente en la pierna derecha, con amputación parcial localizada en la zona maleolar. Siendo atendido de inmediato por el Enfermero de a bordo C.R.J.L.E. 152.362 (M.N. 36325), quien indica su inmediata evacuación". Lo acostumbrado era para el buque para realizar la maniobra de subir los portones./ 8º.- El trabajador –demandante recibió como prestación de Berkeley Internacional Artículo, como incapacidad permanente parcial del 44%, de acuerdo con la comisión médica, en Argentina la cantidad de 26.061,23$./ 9º.- Se celebró conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación, que resultó sin avenencia y sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que acogiendo la excepción alegada de falta de competencia territorial de los Tribunales Españoles, alegada por la codemandadas, en la contestación a la demanda formulada por don J.M.C.R., contra "P.I.L., S.A." e "H.P., S.A.", debo declarar y declaro la incompetencia de este Juzgado para conocer de la materia propuesta en la demanda, absolviendo en la instancia a las empresas demandadas sin entrar a conocer del fondo del asunto".

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El actor formula demanda en reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra las empresas "P.I.L., S.A." e "H.P., S.A.". El Juzgado de lo Social dicta sentencia acogiendo la excepción alegada de falta de competencia territorial de los Tribunales españoles, declarando la incompetencia de dicho Juzgado para conocer de la materia propuesta en la demanda, absolviendo en la instancia a las empresas demandadas sin entrar a conocer del fondo del asunto. Dicha resolución es recurrida por el demandante para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

La revisión que postula tiene por objeto la modificación del ordinal tercero de la resolución recurrida para el que se propone el siguiente texto alternativo: "3º.- Con fecha 22.05.1995 se inscribe en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras de Países Terceros, con el nº 56, a la Sociedad Mixta "H.P., S.A." La solicitud de inscripción la efectuó como representante "P.I.L., S.A." que participa en el capital social de "H.P., S.A." aportando el buque español "I.L.".

También se propone la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: "El actor figuraba de alta en la Seguridad Social a través de la Empresa Pesquera "I.L., S.A.", en el periodo 17.03.1998 a 10.07.2000. La indicada empresa tiene su domicilio en el Puerto Pesquero de Vigo, en donde consta citada para juicio, y su representante tiene su domicilio en la Cooperativa de Armadores de Pesca de Vigo, en el Puerto Pesquero de Vigo".

Ambas propuestas han de venir aceptadas al encontrar apoyo en la prueba documental obrante a los autos y a la que expresamente alude el recurrente en su escrito de recurso (vida laboral en la que consta que el actor figura de alta en la Seguridad Social a través de la empresa "P.I.L., S.A." en el período indicado –folio 41–; Aviso de recibo de notificación de citación para juicio enviada a la citada empresa pesquera al Puerto Pesquero de Vigo –folio 8–; Resolución de 22.05.95 de la Dirección General de Estructuras Pesqueras en la que aparece reflejado que la mencionada empresa solicita la inscripción en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en países terceros de la sociedad mixta "H.P., S.A.", participando la primera en el capital social aportando el buque español "I.L." –folio 48 de los autos–

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado, se denuncia la infracción del artículo 10.1 de la L.P.L. y del artículo 25 de la L.O.P.J. alegando, en síntesis, que la empresa "P.I.L., S.A." tiene su domicilio en España y que "P.H.P." tiene representante en España, por lo que la parte accionante ha elegido como fuero el domicilio del demandado, que consta citado en Vigo. El Juzgador de instancia acoge la incompetencia de los Tribunales españoles porque el actor ni ha trabajado en territorio español (buque argentino) ni el contrato se celebró en España, ya que –añade– la demandada no tiene domicilio, agencia, representación, sucursal o delegación en territorio español.

A la vista de la revisión operada, no podemos compartir la tesis de la resolución recurrida por los siguientes motivos: a) la code-

mandada "P.I.L., S.A." es una empresa española que tiene su domicilio en España y que, además, era la que tenía al actor de alta en la Seguridad Social Española; b) dicha empresa participa en la sociedad mixta que forma con la otra codemandada "H.P., S.A.", a través de la aportación del buque español "I.L." y c) esta empresa mixta, de la que ha sido promotor el armador español "P.I.L., S.A.", que figura como partícipe en el capital social, tiene también su domicilio en España, tal como se hace constar en la resolución de 22 de mayo de 1995 de la Dirección General de Estructuras Pesqueras que resuelve inscribir en el Registro Oficial de empresas pesqueras en países terceros, a solicitud de "P.I.L." a la sociedad mixta "H.P., S.A.".

El invocado artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que son competentes los Tribunales Españoles "cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español, o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España". Por su parte el artículo 10.1 de la L.P.L. establece que, con carácter general será Juzgado competente el del lugar de la prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante. Disponiendo en su penúltimo párrafo que "en el caso de que sean varios demandados, y se optare por el fuero del domicilio, el actor podrá elegir el de cualquiera de los demandados".

Por ello y de acuerdo, también, con lo propuesto por el Ministerio Fiscal, procede declarar la competencia de los Tribunales Españoles para conocer de la demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios entablada por don J.M.C.R. contra las empresas "P.I.L., S.A." e "H.P., S.A.". En consecuencia, procede la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que, con absoluta libertad de criterio, conozca y entre a resolver acerca de la cuestión planteada.

### Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación formulado, se declara la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios entablada por don J.M.C.R. contra las empresas "P.I.L., S.A." e "H.P., S.A.", que se sigue en el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, con nº de autos 205/01. Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia para que, con absoluta libertad de criterio, conozca y entre a resolver acerca de la cuestión planteada.

## 3309 Recurso nº 5.067/01

**S.S.** NULIDADE DOS DESPEDIMENTOS POR DISCRIMINACIÓN ENTRE TRABALLADORES QUE PARTICIPARON NUN CONFLICTO LABORAL. NON CONCORRE. AS CONDUCTAS DOS DESPEDIDOS INDIVIDUALIZÁRONSE E NON FORON AS MESMAS CAS DOS TRABALLADORES QUE FORON SANCIONADOS CON OUTRAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS. CALIFICACIÓN DE IMPROCEDENCIA: NON SE ACREDITOU INCUMPRIMENTO GRAVE E CULPABLE.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio J. Outeiriño Fuente*

A Coruña, once de diciembre de dos mil uno.

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. 5.067/01 interpuesto por los demandantes don M.V.T., doña M.R.G., doña L.S.R., don D.R.P. y doña R.C.P. y la empresa demandada contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.M.R.G., doña A.A.G., don J.C.T.A., doña M.R.G., don A.G.A.R., doña S.M.R., doña M.C.L., doña M.M.V.E., don M.V.T.M., doña M.J.R.C., doña M.L.T.G., doña E.M.A., don J.P.E., don V.J.C.D., doña M.R.G., doña L.S.R., don J.G.G., don D.R.P., doña I.M.F., doña R.M.C.P. y don B.P.F., en reclamación de DESPIDO siendo demandado "G.S.E., S.A", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 190/01 sentencia con fecha veintiocho de mayo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda, siendo aclarada mediante auto de fecha ocho de junio de dos mil uno.

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

siguientes: "PRIMERO.- Comenzaron a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "T., S.A." los siguientes actores, todos ellos con un contrato a tiempo parcial por obra o servicio determinado, con categoría de encuestadores telefónicos en el centro de trabajo sito en Avda…: Doña A.R.G. en fecha 23 de mayo de 1995, doña A.A.G. en fecha 23 de mayo de 1995, don J.C.T.A. en fecha 3 de abril de 1997, M.R.G. en fecha 20 de diciembre de 1995, don A.G.A.R. con fecha 1 de noviembre de 1998, doña M.C.L., en fecha 20 de junio de 1995, doña M.J.R.C. con fecha 12 de marzo de 1997, doña E.M.G. en fecha 29 de diciembre de 1995, don J.P.E. en fecha 15 de diciembre de 1995, don V.J.C.D. en fecha 27 de diciembre 1995./ Otras actores comenzaron a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "S.I.T., S.A.", adjudicataria del servicio de coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia 061 desde 1997, por obra o servicio determinado, con la categoría de Teleoperadores, centro de trabajo en Santiago. Estos actores son: Doña S.M.R. con fecha 20 de agosto de 1998, doña M.V.E. con fecha 1 de mayo de 1999, don M.V.T.M. con fecha 23 de abril de 1999, doña L.T.G. con fecha 1 de noviembre de 1998, doña M.R.G. con fecha de 8 de abril de 1999, doña L.M.S.R. en fecha 24 de abril de 1999, don J.G.G. en fecha 1 de noviembre de 1998, don D.R.P. en fecha 22 de noviembre de 1998, doña I.M.F. con fecha 1 de noviembre de 1998, doña R.C.P. en fecha 22 de noviembre de 1998. Don B.P.F. en fecha 18 de mayo de 1998./ SEGUNDO.- Que en fecha de 1 de abril de 2000 se hizo cargo del servicio la demandada, "G.S.E. y A.C., S.A.", nueva adjudicataria, contrato para la prestación de servicios de operación, supervisión técnica y apoyo de funciones administrativas, para la central de coordinación de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061./ Los actores desempeñaron sus servicios en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia 061 en Santiago de Compostela, en el edificio de San Marcos. Por lo que se refiere a la categoría profesional todos los actores trabajaron de Teleoperadores, menos doña A.M.R.G. que trabajó de Supervisora. Por lo que se refiere al salario mensual hay que señalar lo siguiente: Doña A.M.R.G. percibió ciento sesenta y nueve mil seiscientas una pesetas (169.601 ptas); Doña A.A.G., don J.T., doña M.R.G., don A.G.A.R., doña S.M.R., doña M.C.L., doña M.M.E., don J.R.L., doña E.M., don J.P., don V.J.C., don J.G., don B.P.F., todos ellos percibieron la cantidad de ciento cincuenta y dos mil seiscientas ochenta y una pesetas (152.681 ptas). Los actores don M.V.T., doña M.R., doña L.S., don D.R. percibieron un salario de ciento cuarenta y una mil novecientas noventa y cuatro pesetas (141.994 ptas); doña M.I.M. un salario de ciento diecisiete mil cuatrocientas cuarenta y una pesetas (117.441 ptas); Doña R.C. un salario de setenta y ocho mil doscientas noventa y cinco pesetas (78.295 ptas)./ TERCERO.- Que por sentencia del Juzgado de lo Social número uno de esta ciudad de fecha 30 de junio de 2000, en materia de Conflicto Colectivo, Autos nº 374/2000, se 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 las anteriores condiciones de trabajo; dicha sentencia ha sido recurrida en Suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por la empresa demandada, recayendo sentencia de dicho Tribunal en fecha 5 de diciembre de 2000, estimando el recurso de suplicación presentado por la empresa demandada, en los términos siguientes -Fundamento Jurídico tercero de la sentencia del T.S.J. de Galicia- La <<*(…) 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 Coordinación (sic) 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" (…) tampoco la Sala estima que la subrogación empresarial que se invoca por el Sindicato demandante venta 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 Telemárketing aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de marzo de 1999,*

*que como Pacto colectivo de naturaleza estatutaria es fuente primaria de la(s) 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". 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 Sitel Ibérica Teleservices, con reserva para reclamar cantidades pendientes, tal como previene el art. 15 c) del referido Convenio. No cabe, por tanto, sostener –como postulan los demandante- 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 7ª 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 (...)*>>. Sentencia que está pendiente de recurso formulado por la C.I.G. en unificación de doctrina en el T.S., pero es ejecutiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley de Procedimiento Laboral./ CUARTO.- Que por Sentencia de este Juzgado, en materia de Conflicto Colectivo, Autos nº 405/2000, se estimó la demanda y se declaró que la modificación de las condiciones de trabajo efectuada con imposición de los nuevos cuadrantes de trabajo a realizar en los meses de mayo, junio, y julio de 2000 resulta injustificada, condenándose a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a reponer a todos los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones de trabajo por lo que respecta a las jornadas de trabajo a realizar y días libres que correspondan durante los precitados meses, es decir, con respecto de los calendarios laborales ya existentes para todo el año 2000 sin perjuicio de los ajustes necesarios previo acuerdo con el Comité de Empresa, al objeto de ampliar con la legalidad vigente. Confirmado por la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2000 por el T.S.J. de Galicia./ QUINTO.- Que en fecha 21 de febrero de 2001, mediante telegrama los actores recibieron cada uno de ellos carta de despido en los siguientes términos: *"Le comunicamos que, la dirección de esta empresa, ha decidido proceder a sancionarle como autor de faltas muy graves con el despido, con efectos desde esta misma fecha, o en otro caso, desde la recepción de esta comunicación, por los siguientes hechos y causas: / Desde le pasado día 8 de febrero hasta el 20 de febrero del presente año, no ha comparecido a su puesto de trabajo durante las jornadas laborales, sin preaviso ni justificación alguna, considerando tal hecho como incumplimiento contractual y derivando de ello un grave perjuicio para la empresa, lo que supuso desplazar personal de otros centros para poder atender un servicio público de vital importancia. Los hechos relatados constituyen faltas muy graves, tipificadas como tales en los arts. 54 del E.T. y art. 43 del Convenio Colectivo del sector de Telemárketing, por lo que se ha decidido proceder a la sanción del despido, con los efectos indicados, y sin perjuicio de reservarnos las acciones, de toda índole, que por su actuación pudiera generar otro tipo de responsabilidades o condenas".*/ SEXTO.- El día ocho de febrero se supo del despido de tres compañeros de los actores. Los demandante ese día se encontraban en el centro de trabajo, y fueron desalojados del mismo por la policía autonómica, corriendo el rumor de que estaban despedidos. En los días sucesivos los representantes de la empresa entregaron a los guardas de seguridad una lista con las personas que podían entrar. No se le permitió la entrada a los actores a su puesto de trabajo. Tampoco fueron llamados por teléfono por los representantes de la empresa demandada, cosa que hicieron con otros trabajadores que después se incorporaron a sus puestos de trabajo y no fueron despedidos. Que el actor don D.R. estuvo en situación de incapacidad temporal de fecha 9 de febrero a 16 de febrero y la empresa demandada no le permitió su entrada a la empresa./ SÉPTIMO.- Que el día ocho de febrero, don R.P.F., primo de don

R.S.P., llamó al 061 al presenciar un accidente en la autopista de A Coruña. Cuando llegó a su casa llamó por teléfono para protestar por la tardanza en llegar los servicios del 061 al citado accidente./ OCTAVO.- Que varios trabajadores de la empresa demandada que no prestaron servicios en esa madrugada como los actores, fueron readmitidos en la empresa con una sanción que no consiste en despido. Aparte de estos actores, hay otros trabajadores que fueron despedidos por los mismos hechos presentando demandas ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad, en materia de despido, por los mismos hechos acontecidos en esa fecha./ NOVENO.- Que durante los años 1999 y 2000 se desarrolló una conflictividad laboral entre representantes legales y afiliados a la CIG y la empresa demandada, como son procedimientos por Despido, procedimientos por Conflicto Colectivo autos nº 374/2000 y Modificaciones Sustanciales de las Condiciones de Trabajo, autos nº 405/2000./ Que en fecha 12 de febrero de 2000 estaba prevista la constitución de la Mesa Electoral, que estaría compuesta por los siguientes actores: afiliado a la C.I.G.: Doña A.M.R., doña M.R., doña M.R., doña M.V., doña M.C., doña M.J.R., don M.V.T., don B.P., doña L.T., don J.G., doña E.M., doña A.A., y don A.G.A./ DÉCIMO.- Que los actores doña A.R.G., doña A.M.A.G., don J.C.T. han ostentado la condición de Delegados de Personal y Miembros del Comité de Empresa en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese./ UNDÉCIMO.- Que en fecha de 16 de marzo de 2001 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo las demandas promovidas por doña A.M.R.G., doña A.A.G., don J.C.T.A., doña M.R.G., don A.G.A.C, soña S.M.R., doña M.C.L., doña M.M.V.E., don M.V.T.M., doña M.J.R.C., doña M.L.T.G., doña E.M.A., don J.P.E., don V.J.C.D., doña M.R.G., doña L.S.R., don J.G.G., don D.R.P, ^doña I.M.F., doña R.M.C.P. y don B.P.F., contra "G.S.E., S.A.", debo declarar y declaro la nulidad de los despidos efectuados, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y que, de forma inmediata, proceda a readmitirlos en su puesto de trabajo a los demandantes, en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a que les abonen en concepto de salarios dejados de percibir la cantidad de quinientas cuarenta y dos mil seiscientas ochenta y ocho pesetas (542.688 ptas) a doña A.M.R.G.; la cantidad de cuatrocientas ochenta y ocho mil quinientas cuarenta y cuatro pesetas (488.544 ptas) a cada uno de los siguientes actores: Doña A.A.G., don J.T.A., doña M.R.G., don A.G.A., doña S.M.R., doña M.C.L., doña M.M.V.E., doña M.J.R.C., doña M.L.T.G., doña E.M.A., don J.P.E., don V.J.C., don J.G.G., don B.P.F.; la cantidad de cuatrocientas cincuenta y cuatro mil trescientas sesenta y ocho pesetas (454.368 ptas) a cada uno de los siguientes actores: Don M.V.T.M., doña M.R.G., doña L.S.R., don D.R.P.; la cantidad de trescientas sesenta y cinco mil setecientas cuarenta y cuatro pesetas (375.744 ptas) a doña M.I.M.F.; la cantidad de doscientas cincuenta mil cuatrocientas sesenta y cuatro pesetas (250.464 ptas) a doña R.C.P. en concepto de salarios dejados de percibir hasta la fecha de esta resolución".

CUARTO.- La parte dispositiva del auto de aclaración es del siguiente particular: "SE ACUERDA: aclarar los errores materiales cometidos en la sentencia recaída en el presente procedimiento. I.- hecho probado séptimo. El autor de la llamada de emergencia al servicio 061 es don R.P.F., no R.P.F../ 2.- hecho probado Noveno. Con la prueba documental presentada en el acto de juicio se desprende que en el lugar donde dice: "Que en fecha 12 de febrero de 2000 estaba prevista la constitución de la mesa electora que estaría compuesta por los siguientes actores...", debe corregirse y debe decir: "Que en data 12 de febrero de 2000 estaría prevista la constitución de la mesa electoral, formando parte de la candidatura presentada por la C.I.G. para concurrir al proceso electoral los siguientes actores...".../ 3.- Fundamento de Derecho Primero, párrafo tercero. Se debe corregir en el sentido de que doña A.A.G. percibe un salario de ciento cincuenta y dos mil seiscientas ochenta y una pesetas (152.681 ptas) y añadir a este párrafo para su mayor claridad, que doña A.M.R.G. como consta en el hecho probado Segundo, percibe un salario de ciento sesenta y nueve mil seiscientas una pesetas (169.601 ptas), siendo todo ello congruente con el Fallo de la Sentencia".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte los demandantes don M.V.T., doña M.R.G., doña L.S.R., don D.R.P. y doña R.C.P. y la empresa demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, aclarada por auto de 8 de julio de 2001, estima la demanda interpuesta por los actores, declara la nulidad de sus despido y condena a la empresa demandada "G.S.E., S.A.", a que de forma inmediata proceda a readmitirlos en sus puestos de trabajo en las mismas condiciones que tenían antes del despido, con abono a los mismos de los salarios dejados de percibir en las cantidades que señala.

Y contra este pronunciamiento recurren en suplicación tanto los actores don M.V.T., doña M.R.G., doña L.S.R., don D.R.P. y doña R.M.C.P., como la empresa demandada "G.S.E., S.A.", articulando los demandantes un primer motivo, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesan la modificación del último párrafo del hecho probado segundo para que se sustituya su redacción por la siguiente: "Polo que se refire ó salario mensual, a dona A.R.G. correspóndelle percibir salarios como Supervisora en contía de 169.601 ptas./mes. Os demáis actores, todos teleoperadores, con xornada de traballo a tempo completo, perciben salarios en contía de 152. 681 pts/mes, agás dona I.M. a quen lle correspoden salarios en contía de 117.441 pts/mes por unha xornada de traballo de 30 horas semanais".

La modificación interesada no puede prosperar, pues la Juzgadora "a quo", para fijar los salarios de los recurrentes, se ha basado en las hojas de salarios correspondientes a los dos -o incluso tres- meses anteriores al despido en las que consta la cantidad de 141.994 pesetas mensuales y que evidencia que la Magistrada de instancia no incurrió en ningún error de valoración probatoria (folios 78, 80, 83 del ramo de prueba de la demandada), debiendo de estarse precisamente al salario consignado en el relato fáctico por ser el que los recurrentes percibieron tras la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2000, dictada en el Recurso de suplicación núm. 3.980/00, en que -en proceso de conflicto colectivo- se declaró la inexistencia de subrogación entre la anterior contratista "S.I.S., S.A." y la ahora demandada "G.S.E., S.A.". Por otra parte, las diferencias que puedan existir con los otros demandantes derivan de la distinta cuantía mensual del "plus de disponibilidad" que figura en las referidas hojas de salarios.

SEGUNDO.- También al amparo del art. 191.b) de la LPL, la empresa demandada interesa en su recurso la modificación de los ordinales sexto, octavo y décimo de los hechos declarados probados, así como la adición de uno nuevo, con la finalidad de que se redacten en la forma siguiente: * El hecho sexto, haciendo constar que: "El día 7 de febrero por la tarde se produjo el despido de tres trabajadores de la plantilla del Servicio 061, lo que produjo que en la madrugada del día 7 al 8 de febrero de 2001, se ocupara por la práctica totalidad de la plantilla de la Empresa "G.S.E.,S.A." el centro de trabajo, produciéndose el abandono y cierre de los puestos de teleoperación sobre las 23:58 horas del día 7, por los trabajadores que estaban en turno, lo que produjo el que hasta las 1:00 horas del día 8 de febrero se efectuaran 439 llamadas de las que fueron rechazadas 277 llamadas y "en cola" 81 llamadas. Los trabajadores fueron desalojados del centro por la Policía Autonómica en la mañana del día 8 de febrero, sin que volvieran a comparecer a su puesto de trabajo en los siguientes días, unos hasta el 17 de febrero, y otros, como los actores, hasta el 20 de febrero, en los días que por turno les correspondían, siendo despedidos el día 21 de febrero. A los Guardias o Vigilantes de Seguridad del centro, durante los primeros tres o cuatro días del conflicto, se les entregaban unas listas con el nombre de los trabajadores que, teniendo fijado turno, eran los que, si querían, podían acceder al centro para la realización de su trabajo, no permitiéndose la entrada de ningún trabajador sin turno. Algunos trabajadores se incorporaron a partir del día 17 de febrero, siendo sancionados con falta muy grave y suspensión de empleo y sueldo, y los que no lo hicieron hasta el 20 de febrero, fueron despedidos. Que el actor don D.R. estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 9 de febrero hasta el 16 de febrero, sin que en dicho último día se le permitiera la entrada el centro al no tener fijado turno de trabajo". * El hecho octavo, para que se redacte haciendo constar que: "A los trabajadores de la Empresa demandada que no prestaron servicios, como el resto de la plantilla, entre los días 8 y 16 de febrero de 2001, la Empresa les impuso una sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo a cumplir en su momento, calificando la falta de muy grave conforme a lo establecido en los arts. 54 del E.T. y art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing. Aparte de los actores, otros trabajadores que fueron despedidos por los mismos hechos, presentaron demandas en los Juzgados de lo Social de esta ciudad, por el con-

cepto de despido". * El nuevo hecho, intercalado entre el octavo y noveno, haciendo constar: "Que los actores tenían fijados turnos de trabajo los siguientes días: Doña A.M.R.G., los días 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 y 17 de febrero; Doña A.A.G., los días 8, 9, 10 y 11 de febrero; don J.C.T.A., los días 8, 9, 10, 14, 15, 16, 17, y 18 de febrero; Doña M.R.G., los días 8, 9, 10, 11 12 13, 14, 16 y 17 de febrero; Don A.G.A.R., los días 8, 9, 13, 14, 15, 16 y 17 de febrero; Doña S.M.R., los días 9, 10, 11, 12 y 13 de febrero; Doña M.C.L., los días 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 19 de febrero; Doña M.M.V.E., los días 12, 1 3, 17, 18 y 19 de febrero; Don M.V.T.M., los días 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 18 y 19 de febrero; Doña M.J.R.C., los días 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 de febrero; Doña M.L.T.G., los días 8, 9, 10, 11, 16, 17, 18 y 19 de febrero; Doña E.M.A., los días 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 de febrero; Don J.P.E., los días 11, 12, 13, 14, 15, 18 y 19 de febrero; Don V.J.C.D., los días 10, 11, 14 y 16 de febrero; Doña M.R.G., los días 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de febrero; Doña L.S.R., los días 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 18, y 19 de febrero; Don J.C.G., los días 8, 9, 10, 14 y 15 de febrero; Don D.R.P., los días 9, 10, 11, 15, 16, 17, 18 y 19 de febrero; Doña I.M.F., los días 8, 11, 13, 15, 16, 17 y 18 de febrero; Doña R.C.P. los días 9, 13, 15, y 17 de febrero, sin que en dichos días prestaran actividad laboral alguna en el centro de trabajo, lo que igualmente aconteció con muchos otros trabajadores de la plantilla, en señal de protesta por el Conflicto planteado". * El hecho décimo, haciendo constar: "Que los actores doña A.RG., doña A.M.A.G. y don J.C.T.A., ostentaron la condición de Delegados de Personal o miembros del Comité de Empresa de la Empresa "S.I.", hasta la conclusión de su relación laboral, el 31.03.00".

La modificación interesada del hecho probado sexto no resulta acogible, pues la misma se sustenta, por un lado, en los folios 115, 116, 90, 92, 93, 95 y 96 del ramo de la demandada, la cual no constituye prueba documental hábil a los efectos revisorios, ya que se trata en realidad de testifical encubierta bajo la forma de documental. Así, el informe para el Patronato emitido por la Directora de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias de Galicia 061(folio 115), responde a las opiniones subjetivas y particulares de quien ha confeccionado dicho informe y, por tanto, se trata mas propiamente de prueba testifical. Por otro lado, del informe técnico sobre las incidencias de servicio (folio 116) no resulta el contenido de la modificación fáctica interesada; y la restante documental, concretada en partes de servicio y denuncia a la Inspección de Trabajo, adolece de los mismos defectos, refiriéndose además constantemente la recurrente a la testifical practicada en el acto de juicio, siendo así que una reiteradísima doctrina de suplicación viene señalando que la valoración de las pruebas de confesión y testifical practicadas en el acto de juicio son privativas del Magistrado de instancia que las inmedió, en base a los principios de oralidad, concentración, inmediación y contradicción (art. 97.2 LPL), al ser la suplicación un recurso de naturaleza extraordinaria.

Por el contrario, sí procede acoger la revisión interesada del hecho probado octavo de la sentencia de instancia, por cuanto de las cartas de sanción obrantes a los folios 2 a 19 de las actuaciones resulta el contenido de la modificación, ya que a los trabajadores de la Empresa demandada que no prestaron servicios, como el resto de la plantilla, entre los días 8 y 16 de febrero de 2001, la Empresa les impuso una sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo a cumplir en su momento, calificando la falta de muy grave conforme a lo establecido en los arts. 54 del E.T. y art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing.

Respecto al hecho nuevo que se interesa, la redacción propuesta no puede tener favorable acogida, por cuanto, de un lado, resulta intranscendente al mantenerse incólume el hecho sexto en el que consta probado que "no se permitió la entrada a los actores a su puesto de trabajo"; y de otro, la documental en que pretende apoyarse la revisión son simples cuadrantes de trabajo carentes de firma alguna y que, presumiblemente han sido confeccionados unilateralmente por la empresa. Se trata, por tanto, de documentos inhábiles a efectos de la revisión.

Finalmente, tampoco prospera la modificación interesada del hecho décimo, pues de la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2000 (Recurso nº 3.980/00, folio 104 del ramo de prueba de la parte demandada) que se cita en apoyo de la misma, no resulta el contenido de la aludida modificación. Ahora bien, cosa distinta es que el hecho probado de la sentencia recurrida, tal como ha sido redactado, sea o no suficiente para estimar que los demandantes que se citan han ostentado la condición de representantes de los trabajadores en la empresa demandada, tal como mas "in extenso" se examinará al dar

respuesta a los motivos de censura jurídica invocados por la empresa recurrente.

TERCERO.- El segundo de los motivos de recurso interpuesto por los demandantes aparece formulado al amparo del art. 191.c) de la LPL, y en él denuncian infracción de los arts. 26 y 56.6 del ET, en relación con la doctrina jurisprudencial y de suplicación que citan, invocando asimismo infracción por aplicación indebida del art. 12.4.b) del mismo Estatuto, que regula los contratos a tiempo parcial, y vulneración del art. 14 de la CE que prohibe la discriminación, todo ello por entender que el salario regulador de la indemnización y de los salarios de trámite es aquél que legalmente corresponde al trabajador en el instante del despido.

El motivo no resulta acogible, pues permaneciendo inalterado en este punto el relato fáctico, en el que consta probado que el salario de los recurrentes a tener en cuenta en la fecha del despido, es el de 141.994 pesetas mensuales, que la sentencia de instancia ha tenido en cuenta para el cálculo de los salarios de tramitación (art. 56 del ET), es claro que no concurren ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas, pues dicha suma resulta de las hojas de salarios correspondientes a los dos meses anteriores a la fecha del despido, sin que la circunstancia de que los recurrentes figuren con una cantidad ligeramente inferior a otros codemandantes pueda calificarse como constitutiva de discriminación (art. 14 CE), ya que esa diferencia deriva de la distinta cuantía mensual del denominado "plus de disponibilidad" que figura acreditado en las referidas hojas de salarios de cada trabajador, y que no consta que se trate de un complemento salarial cuyo importe deba ser idéntico cada mes. Al tratarse, por tanto, de situaciones jurídicas que se revelan como individualizadas, el recurso de los demandantes ha de ser desestimado.

CUARTO.- En sede jurídica sustantiva, el recurso de la empresa demandada articula un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción del art. 14 de la CE, en relación con el art. 17 y 55.5 LET, así como infracción del art. 108.2 LPL, por entender, en síntesis, que dada la situación de grave conflicto que la empresa tenía planteado, no puede afirmarse que hubiera existido vulneración alguna de derechos fundamentales de los actores, pues la demandada graduó las sanciones según los distintos tipos de faltas, de modo que la desigualdad de trato entre los despedidos y los sancionados en menor grado estuvo justificado por haberse incorporado estos últimos al puesto de trabajo con anterioridad, mientras que los primeros incurrieron en unas ausencias injustificadas mayores. Por otro lado, tampoco se produjo -a su juicio- un despido discriminatorio por motivos sindicales, ya que las decisiones extintivas afectaron a todos los despedidos con independencia de su afiliación sindical, máxime cuando la empresa no tenía conocimiento de tal afiliación sindical, ya que no realizó descuento alguno a los actores en sus nóminas, por tal concepto, ni tampoco recibió comunicación de su afiliación. Asimismo, argumenta la recurrente que los motivos invocados como causa de despido no fueron inventados, sino reales, y de una gravedad suficiente que alejan toda intención extraña a las facultades disciplinarias que le son propias a la empleadora, por lo que -en su opinión- no existió despido nulo.

La censura jurídica que se denuncia ha de ser acogida en este punto. En efecto, la sentencia de instancia fundamenta la nulidad de la decisión extintiva empresarial en la desigualdad de trato recibida por los actores despedidos (art. 14 CE) frente a otros trabajadores que solo fueron sancionados -por los mismos hechos- con suspensión de empleo y sueldo, estimando, además, que tal desigualdad de trato estuvo ocasionada por el activismo sindical de 13 de los demandantes a que se refiere el hecho noveno. Sin embargo, tal argumentación no resulta admisible en función de las siguientes consideraciones: 1.- Como señalan las Sentencias de esta Sala de 9 de octubre de 2001 (Recurso nº 4.476/01) y 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01), que resuelven precisamente los despidos de los otros trabajadores de la misma empresa, "es doctrina del Tco. que el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (SSTC 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1995, 47/1985, 94/1984 y 38/1981), tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Cierto que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la

existencia de aquella causa (SSTC 266/1993 y 21/1992), tal como expresamente disponen los arts. 96 y 179.2 de la vigente LPL; y una vez acreditados tales indicios, el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo -verdadera prueba diabólica- de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan sólo probar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (SSTC 266/1993, 135/1990 y 114/1989) y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, en el bien entendido de que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. La decisión empresarial será, así válida, aún cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental, de manera que acreditado el indicio sobre posible lesión de derecho fundamental, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraría a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo (STC 95/1993); es más, se ha excluido la vulneración de derechos fundamentales en supuestos "pluricausales" (SS 21/1992 y 135/1990), admitiéndose por el mismo Tribunal Constitucional la improcedencia del despido -que no su nulidad radical- cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que "puesta entre paréntesis" la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc.), "el despido habría tenido lugar verosimilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario" (STC 21/1992 de 14 febrero)". 2.- En el caso presente la decisión de despido aparece adoptada respecto de los actores obedeciendo a motivaciones propiamente disciplinarias. Así, del relato fáctico se desprende que, dentro del contexto de conflictividad por los sucesos ocurridos el 08.02.01, los actores fueron despedidos todos por los mismos hechos, en concreto, "faltar al trabajo sin justificación alguna desde el día 8 al 20 de febrero del presente año"; siendo así que otros trabajadores fueron sancionados con 15 días de suspensión de empleo y sueldo, por falta muy grave, debido a no haber comparecido en el puesto laboral, sin justificación, durante los días 8 a 16 de febrero del 2001. Y de las citadas sentencias dictadas por esta Sala en 9 de octubre de 2001 (Recurso nº 4.476/01) y 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01) -que no pueden desconocerse-, resulta que otros grupos de trabajadores fueron igualmente despedidos imputándoles la empresa hechos tan relevantes como el "bloqueo de forma intencionada y deliberada del terminal telefónico de acceso al teléfono 061" o "el intento de agresión y amenazas a sus superiores y compañeros", lo que pone de relieve una distinta graduación por la demandante de hechos distintos que la empresa valoró y sancionó en ejercicio del poder de dirección y disciplinario que legalmente ostenta.

Por ello, ha de concluirse que no existe causa para decretar la nulidad del despido de los actores con fundamento en los arts. 55.5, 17 ET y 14 CE. En efecto: a) La empresa sanciona a los actores y a otros de sus trabajadores a raíz de un conflicto laboral realmente habido en la misma los días 8 de febrero y siguientes del presente año; conflicto de trascendencia, según quedó relatado, y propiciante en principio de motivos razonables y serios en orden a que la empresa decidiese hacer uso de la potestad disciplinaria que legalmente ostenta conforme al ET. b) La decisión disciplinaria adoptada respecto de los actores se fundó expresamente en una imputación de conductas propias e individualizadas de un ilícito laboral y sin ningún matiz discriminatorio. c) La realidad probada finalmente acerca de dichas imputaciones, si bien puede desvirtuar la existencia de un incumplimiento grave y culpable achacable a los demandantes, en ningún caso revela motivaciones extrañas al conflicto laboral suscitado y a la reacción disciplinaria que provocó en la empresa por derivación de la trascendencia que tuvo y las conductas formalmente ilícitas habidas. Y d) Tampoco aparece un ejercicio arbitrario y contrario al principio de igualdad, con trascendencia constitucional (art. 14 CE), de la potestad disciplinaria por parte de la empresa. Los actores fueron despedidos por faltar al trabajo los días 8 a 20 de febrero de

2001, al igual que ocurrió con otros trabajadores a quienes se le imputaron otros hechos distintos pero igualmente de especial relevancia, por los que presentaron las correspondientes demandas de despido, sin que conste que se hubiesen producido readmisiones. Y otro grupo de trabajadores, si bien fueron sancionados por falta muy grave pero no con el despido, la imputación que al efecto consta no ha sido la misma que la de los actores, sino exclusivamente no comparecer al puesto de trabajo del 8 al 16 de febrero, de menor entidad que la formulada a los demandantes. En suma, siguiendo el criterio mantenido por las citadas sentencias de esta Sala de 9 de octubre de 2001 (Recurso nº 4.476/01) y 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01), no se justifica ni aparece en la decisión extintiva empresarial respecto de los actores causa o motivación contraria al principio de igualdad y de no discriminación o a otro derecho fundamental, como indebidamente afirma la sentencia recurrida. Se constata un ejercicio de la potestad disciplinaria que obedeciendo a circunstancias que, "prima facie", la hacían razonable y, en todo caso, ajena a móviles atentatorios a derechos fundamentales, presenta una plasmación suficientemente justificada en sanciones diferentes, *incluso considerando posibles y distintos comportamientos de llamadas al puesto de trabajo, consecuencia de una valoración de conductas diversas en el contexto de un conflicto general suscitado*, actuando y sancionando la empresa en base a tomar en consideración elementos diferenciales concurrentes y necesidades empresariales, lo que es propio del poder de dirección y disciplinario que ostenta.

3.- A idéntica conclusión ha de llegarse respecto al segundo argumento que contiene la sentencia recurrida para fundamentar la nulidad de la decisión extintiva empresarial, en concreto, una desigualdad de trato ocasionada por el activismo sindical de 13 de los actores a que se refiere el hecho noveno. Sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable pues, por un lado, el relato fáctico habla simplemente de que en fecha 12 de febrero de 2000 estaba prevista la constitución de la Mesa Electoral compuesta por los demandantes afiliados a la CIG que cita (doña A.M.R., doña M.R. doña M.R., doña M.V., doña M.C., doña M.J.R., don M.V.T., don B.P., doña L.T., don J.G., doña E.M., doña A.A. y don A.G.A.), y, por otro, en la fundamentación jurídica afirma que la mayoría de los actores son candidatos de la CIG, y que su despido obedeció en realidad a una represalia por el activismo sindical de muchos de ellos.

En cuanto a las elecciones sindicales, señala la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01), "efectivamente consta el preaviso para su celebración, no obstante nada aparece en los autos sobre la solicitud de listas de electores, ni ante la imposibilidad de constituir la mesa electoral protesta alguna del citado sindicato; por otra parte, no consta que los actores hayan comunicado su afiliación sindical a la empresa o que ésta de algún modo conociera dicha afiliación; el juzgador de instancia afirma la afiliación mas no señala que está fuera de conocimiento de la patronal...". En cuanto a quienes fueran a participar como candidatos en dichas elecciones, basta con la lectura del art. 74.3 ET para concluir que si no llegó a constituirse la mesa electoral, no puede hablarse de candidatos a las elecciones, ya que es a dicha mesa electoral a la que legalmente corresponde, entre otras, la elaboración y fijación de la lista de electores, la determinación del número de miembros del comité que hayan de ser elegidos y la recepción y *proclamación de candidaturas* publicándolos en los tablones correspondientes. No cabe, por tanto, dispensar a los citados actores la protección a que se refiere la sentencia de instancia, ni tampoco apreciar en la conducta de la empresa infracción de derecho fundamental alguno, por cuanto la conflictividad en el centro de trabajo había surgido con anterioridad y por motivaciones distintas de las electorales. En consecuencia, procede apreciar la infracción de los arts. 14 CE, 55.5 y 17 ET y 108.2 LPL que se denuncia en el recurso, debiendo revocarse la calificación de despido nulo que hace la sentencia de instancia, al haber sido apreciada indebidamente discriminación e infracción del principio de igualdad.

QUINTO.- Con el mismo amparo procesal denuncia la empresa demandada, en el tercero de sus motivos, infracción del art. 54.2.a) y d) del ET, en relación con el art. 55. 4 del mismo Estatuto y con los arts. 43.3 y 11 del Convenio de Telemarketing aprobado por Resolución de 10 de marzo de 1999 (BOE de 31 de marzo siguiente), por entender que los actores incurrieron en el abandono del puesto de trabajo en los días sucesivos comprendidos entre el 8 y el 20 de febrero de 2001, poniendo en peligro gravísimo con su conducta la atención durante un período dilatado de días de un servicio público de carácter esencial

para la Comunidad. El motivo ha de ser desestimado, pues no se aprecia la existencia de un incumplimiento grave y culpable en los actores, ya que en cuanto a las ausencias del puesto que se imputan a los trabajadores, consta probado que en los días sucesivos al conflicto no se permitió la entrada a los actores a sus puestos de trabajo que no pudieron acceder a ellos por causas ajenas a su voluntad, lo que unido a que la empresa tampoco entró en contacto con ellos para darles alguna concreta instrucción o aclaración, lógica por las anómalas circunstancias acaecidas (aunque sin otra transcendencia a efectos de la calificación del despido, caso de haber llamado a algún otro trabajador y no a los demandantes), conlleva a que, no habiendo quedado acreditado el aludido incumplimiento grave y culpable por parte de los trabajadores, el despido deba ser calificado como improcedente en aplicación de los arts. 55.3 y 56 E.T. y 110 L.P.L., con los efectos legales inherentes a dicha calificación, esto es, condena de la empresa "G.S.E., S.A.", a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte: entre readmitir a los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a que les indemnice en las cantidades que se concretan en la parte dispositiva de esta resolución, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido, tomándose como antigüedad de todos los trabajadores la de 1/4/2000, fecha en que iniciaron su nueva prestación de servicios con la referida demandada, al no haber existido subrogación por parte de dicha empresa en los contratos de trabajo que los demandantes tuvieron con la anterior contratista del servicio, según se declaró en la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2000 y así consta probado. Los salarios a tener en cuenta para cada uno de los actores son los declarados probados en la sentencia de instancia.

Por otra parte, la opción entre readmisión o indemnización corresponde a la empresa frente a todos los demandantes, pues no cabe estimar como debidamente acreditado que los actores doña A.R.G., doña A.M.A.G. y don J.C.T., hayan ostentado la condición de representantes de los trabajadores *en la empresa demandada*. En efecto, el hecho décimo, dada su defectuosa e insuficiente redacción no permite llegar a tal conclusión, pues, por un lado, afirma que dichos demandantes han ostentado la condición de "Delegados de Personal y Miembros del Comité de Empresa" en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese, lo cual no es posible al tratarse de dos cargos representativos que se excluyen. Y por otro, porque consta probado que en la empresa demandada "no llegó a constituirse la Mesa Electoral prevista para el 12 de febrero de 2001", lo que implica que las elecciones no llegaron a celebrarse. Por ello, si los aludidos demandantes tuvieron la condición de representantes de los trabajadores ello fue necesariamente en la empresa anterior adjudicataria del servicio, habiendo perdido tal condición al iniciarse "ex novo" sus relaciones laborales y no haber existido sucesión empresarial de la última contratista a la ahora demandada, por lo que al extinguirse su mandato carecen del derecho de opción reconocido en el art. 56.4 ET y de las garantías establecidas para los miembros del comité de empresa en el art. 68 de dicho texto legal.

Y es que al no ostentar los referidos demandantes en la nueva empresa la condición de representantes de los trabajadores, no resultan aplicables las garantías de necesidad de apertura de expediente contradictorio, ni la posterior a la expiración de su mandato (arts. 68.a) y c) ET), ya que la primera está establecida para quien tenga la condición de representante y, la segunda, responde a la finalidad de evitar que el trabajador pueda ser sancionado durante el ejercicio de sus funciones o dentro del año siguiente a la expiración de su mandato precisamente por razón de su actuación como representante; finalidad ésta que aquí no se da al haber sido contratados los actores por otra empresa diferente y con un nuevo contrato de trabajo (en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1998 (Recurso de suplicación nº 4395/97). Por lo expuesto,

## Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por los actores don M.V.T., doña M.R.G., doña L.S.R., don D.R.P. y doña R.M.C.P., y acogiendo en parte el formulado por la empresa demandada "G.S.E., S.A.", debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 28 de mayo de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, y con estimación parcial de la demanda, declaramos la improcedencia de los despidos de los actores y, en consecuencia, condenamos a la referida demandada, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia OPTE: entre readmitir a los trabajadores en las mismas condiciones que regí-

an antes de producirse su despido, o bien a que les indemnice en las cantidades siguientes: A doña A.M.R.G., en 227.916 Pts.; a doña A.A.G., en 205.178 Pts; a don J.T.A., en 205.178 Pts; a doña M.R.G., en 205.178 Pts; a don A.G.A., en 205.178 Pts; a doña S.M.R., en 205.178 Pts; a doña M.C.L., en 205.178 Pts; a doña M.M.V.E., en 205.178 Pts; a doña M.J.R.C., en 205.178 Pts; a doña M.L.T.G., en 205.178 Pts; a doña E.M.A., en 205.178 Pts; a don J.P.E., en 205.178 Pts; a don V.J.C., en 205.178 Pts; a don J.G.G., en 205.178 Pts; a don B.P.F., en 205.178 Pts; a don M.V.T.M., en 190.817 Pts; a doña M.R.G., en 190.817 Pts; a doña L.S.R., en 190.817 Pts; a don D.R.P., en 190.817 Pts; a doña M.I.M.F., en 157.821 Pts; y a doña R.C.P., 105.216 Pts., con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido. Y desestimamos la demanda en lo restante pedido.

## 3310 Recurso nº 5.688/2001

**S.S.** EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO E NON MERO PRECONTRATO. PRESTACIÓN EFECTIVA DE SERVICIOS E POSTERIOR DESPEDIMENTO VERBAL.

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

A Coruña, doce de diciembre de dos mil uno.

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. 5.688/2001 interpuesto por doña S.B.B. 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 S.B.B. en reclamación de DESPIDO siendo demandado M.G.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 365/01 sentencia con fecha diez de septiembre de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Que la actora doña S.B.B. en unas obras realizadas en el Restaurante "D.P." sito en…(A Coruña), vino realizando la limpieza del local, que por consecuencia de las obras realizadas era necesaria en el mismo, y a cargo y cuenta del demandado don M.G.G. ejecutor de dichas obras, sin que conste en autos, la remuneración percibida por la actora y el tiempo concreto de duración de la prestación de dichos servicios./ Segundo.- Que el demandado tiene una empresa de construcción, y realizó las obras a petición de don M.O.G., propietario del local./ Tercero.- Que el demandado, con intención de hacerse cargo del local y abrirlo al público a primeros de mayo del presente año concertó con el propietario su arrendamiento, sin que conste en autos el inicio de la relación arrendaticia, mediante contrato privado, no procediendo al pago de la merced arrendaticia en el mes de abril del dos mil uno, por desistir en su intención de explotar el negocio de Restaurante a que venía destinado el referido local./ Cuarto.- que el demandado, convino con la actora verbalmente, por conocerla y a sabiendas de que ya había trabajado en el Restaurante, hacerse cargo de llevar el comedor, desconociéndose la categoría profesional que se le pudiera asignar por no obrar en autos prueba alguna que así lo acredite./ Quinto.- Que en fecha diecinueve de marzo de dos mil uno, la actora se presentó en el local, para desempeñar el cargo convenido verbalmente de encargada del comedor, y que sus primeras funciones fueron las de limpieza de hablar con los proveedores./ Sexto.- Que en fecha treinta de abril de dos mil uno, el dueño del local don M.O.G., informó a la actora que desde esa fecha quedaba rescindido el contrato de arrendamiento del local que había convenido en el demandado./ Séptimo.- Que la actora se puso en contacto con el demandado comunicándole éste que el restaurante no iba a abrir y que ya le mandaría la carta de despido lo que nunca hizo./ Octavo.- Que por el demandado no se procedió a la apertura del local como Restaurante, sin que la actora por ello, pudiera desempeñar las funciones propias de encargada de comedor, o Jefa de comedor como alega en el hecho primero de la demanda./ Noveno.- Que la actora en fecha cuatro de mayo de dos mil uno, envió al demandado dos telegramas cuyo texto correspondiente al primero es

el siguiente: "Despois de despido verbal o 30 de abril, solicitó ratificación escrita remitida e lugar entrega de chaves". Siéndole entregado a la esposa del actor en fecha sete de mayo de dous mil un. Ante la no contestación del demandado, a en fecha dieciséis de mayo de dos mil uno, se le remite al demandado un segundo telegrama cuyo texto literal es el siguiente: "Despois despido verbal solicito ratificación escrita prometida e lugar de entrega de chaves" Que fue entregado el dieciocho de mayo de dos mil uno a la esposa del demandado, como consta en ramo de prueba documental aportado por la actora en acto de juicio/Décimo.- Que la actora no era ni fue en el último año representante legal ni sindical del los trabajadores./ Undécimo.- Que en fecha dieciséis de mayo de dos mil uno, la actora presentó papeleta de Conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago de Compostela, celebrándose el acto en fecha veintiocho de mayo de dos mil uno, dándose por intentado sin efecto por incomparecencia del demandado."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda de despido formulada por doña S.B.B. contra don M.G.G., debo de absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos de la misma, sin perjuicio de que por la actora se acuda judicialmente a entablar la acción de daños y perjuicios de la que es competente esta Jurisdicción de lo Social."

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 demandante en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que desestima a demanda, se declare improcedente el despido de que fue objeto con las correspondientes consecuencias legales, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HDP y denuncia la infracción de los arts. 1.8 y 15 E.T en relación con el art. 1.902 del C. Civil y la de los arts 27, 29 y 30 E.T. en relación con los arts 1, 2, 3 y 6 del Convenio Colectivo de Hostelería de A Coruña.

SEGUNDO.- Interesa la demandante al amparo del art. 191.b) LPL la supresión de los HP 1º, 2º y 4º y se añada uno nuevo con el texto siguiente: Que el demandando contrató a la trabajadora en fecha 19.03.01 con la finalidad de que prestara servicios en jornada completa como Jefa de Comedor en el restaurante "D.P.", debiendo ocuparse inicialmente de la limpieza y reorganización del local, elegir al personal, hablar con los suministradores etc., y ya después de la apertura, de las funciones propias de su categoría; correspondiéndole en consecuencia percibir salarios según el convenio en cuantía de 150.251 ptas. con prorrateo de extras. Tras anunciar que se pretende la revisión de los HDP "a tenor de la documental obrante en autos", la parte pide tal revisión argumentando, exclusivamente, lo siguiente: "La modificación solicitada es trascendental pues el Juzgador de Instancia pese a declarar como probado que efectivamente existió "relación laboral" (hecho probado 1º y 5º), así como las funciones efectuadas por la actora (hecho 5º), concluye finalmente que se trata de una "relación laboral precontractual" difícilmente encuadrable en la regulación laboral existente según se expone de seguido en la fundamentación jurídica."

Una vez más se ha de indicar (por citar algunas recientes, las SSTSJ Galicia 18.05.01, 25.05.01, 16.06.01, 23.06.01, 26.06.01, 12.07.01...) que el recurso de suplicación no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los arts. 188 y sigs. LPL y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el art. 194 LPL ("en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare... En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos", y "también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los H.P. que se aduzca"). Y este precepto -sostiene unánime doctrina jurisprudencial- obliga no sólo a indicar los concretos medios revisorios que evidencien el error judicial en la valoración de la prueba y a expresar la nueva redacción que se propone como modificación o añadido del texto de instancia, sino también a justificar adecuadamente toda pretensión modificativa de la parte fáctica de la sentencia. En todo caso, la revisión de hechos en este trámite es excepcional, por la naturaleza extraordinaria de la suplicación y por limitada legalmente a los supuestos en que prueba documental o pericial especialmente apta al efecto eviden-

cien –sin necesidad de conjetura, valoración o razonamiento algunos- el error en que se haya incurrido por la decisión de instancia.

En el caso presente, la revisión interesada resulta inviable en su propia formulación, pues careciendo de todo valor para fundarla el anuncio de que se pretende la revisión de los HDP "a tenor de la documental obrante en autos", en el contenido propio del motivo y como ya se dejó dicho no se explícita e invoca ninguna concreta prueba documental o pericial al efecto, sino que se articula un escueto razonamiento que también carece absolutamente de valor en términos de art. 191.b) LPL y en orden a obtener una revisión de los HDP por el juzgador de instancia, siendo más propio de una cuestión jurídica a plantear y resolver vía art. 191.c) LPL.

TERCERO.- En el motivo de recurso articulado al amparo del art. 191.c) LPL, la demandante argumenta, en síntesis, al hilo de denunciar la infracción de los arts. 1.8 y 15 ET y 1.902 C. Civil que el Juez de Instancia introduce la figura del precontrato "pero olvidando algo básico como es el hecho de que la recurrente sí prestó servicios desde el 19.03.01 hasta el 30.04.01, no se trató pues de una promesa futura de realizar un trabajo sino que lo desarrolló efectivamente siguiendo instrucciones del empresario...". Y al hilo de denunciar la infracción de los arts. 27 y 29 y 30 ET y del Convenio de Hostelería, asimismo alega que las funciones que la actora debía desarrollar y que se acreditaron convenientemente se corresponden con la categoría de Jefa de Comedor" ...pues igualmente quedó acreditado que se ocupó de reorganizar el comedor y de hablar con los proveedores para el suministro... En consecuencia, teniendo en cuenta esto, el salario por el que se debe hacer el cálculo de la indemnización ascendería a la cantidad de 150.251 ptas. con prorrateo de extras".

CUARTO.- La sentencia recurrida, en sus HDP y en sus fundamentos de derecho (las declaraciones con indudable valor fáctico aunque efectuadas en la fundamentación jurídica tienen valor de HDP y han de considerarse como parte integrante de los mismos; STS de 17.10.89, 30.01.90, 02.03.90, 27.07.92, 14.12.98, 23.02.99...), en torno a la cuestión fundamental suscitada en suplicación de si hubo efectiva relación de trabajo o si, como entiende el juzgador de instancia, lo que existió fue un "precontrato" o un "compromiso entre las partes de celebrar un contrato de trabajo", deja establecido lo siguiente: 1- El demandado tiene una empresa de construcción y realizó obras en el restaurante "D.P.", sito en..., a petición del propietario del local Sr. O. En este contexto, el demandado, con intención de hacerse cargo del local y abrirlo al público a primeros de mayo de 2001, concertó con el propietario su arrendamiento, no procediendo sin embargo ya al pago del arriendo en abril "por desistir en su intención de explotar el negocio de restaurante a que venía destinado el referido local" (HDP 3º). 2.- Al margen de lo que se consigna como antecedente en el HP 1º, consta que el demandado (HDP 4º) convino con la actora verbalmente "por conocerla y a sabiendas de que ya había trabajado en el restaurante, hacerse cargo de llevar el comedor, desconociéndose la categoría profesional profesional que se le pudiera asignar". 3. En fecha 19.03.01, la actora (HDP 5º) se presentó en el local "para desempeñar el cargo convenido verbalmente de encargada del comedor, y que sus primeras funciones fueron las de limpieza y hablar con los proveedores". También en el fundamento Jurídico 2º de la sentencia recurrida se dice, literalmente: "Del conjunto de la relación de HP... se llega a la convicción judicial, de que no se puede negar de que ha existido una relación laboral entre las partes, pues la actora prestó sus servicios al demandado, realizando labores de limpieza del local por las obras realizadas así como de conversaciones con proveedores, como se reconoce por ambas partes..." 4 – El día 30.04.01, el dueño del local informó a la actora que desde esta fecha quedaba rescindido el arrendamiento del local que había convenido con el demandado (HDP 6º); la actora se puso en contacto con el demandado, quien le comunicó (HDP 7º) que no iba a abrir el restaurante -como así fue; HP 8º- y que "ya le mandaría la carta de despido lo que nunca hizo". Y 5- La actora remitió al demandado en 04.05.01 y 16.05.01 los telegramas que se dicen en el HDP 9º, solicitando ratificación escrita del despido verbal de 30 de abril y lugar para entregar las llaves. En 16 de mayo interpuso conciliación ante el SMAC.

En función de todo ello, la Sala entiende incorrecto el pronunciamiento de la sentencia recurrrida.

QUINTO.- El contrato de trabajo no es de naturaleza real sino consensual, perfeccionándose, y así existiendo, desde que empresa y trabajador consienten en emplear y trabajar, concertándose al efecto. En este

sentido, la STS de 27.05.98 (Sala de lo Social) afirma que tales contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan como dice el art. 1.258 del C. Civil. En el caso, en función del contexto normativo que se denuncia infringido en el recurso, lo que demandante y empresario demandado convinieron y concertaron fue una prestación de servicios actual por cuenta y orden y retribuida expresada en "hacerse cargo de llevar el comedor", sin someterla a nueva estipulación de futuro. No cabe construir a partir de ello una oferta o promesa de contrato como tal, o calificar la situación laboral generada como de actos previos o preparatorios de un futuro contrato laboral. A lo sumo, el único condicionante de la efectiva operatividad de la convención había de ser el implícito de la posibilidad material de prestar aquellos servicios "de comedor"; en todo caso tomando en consideración que la propia amplitud de contenido de funciones que estos servicios así expresados suponían hacía factible extender la prestación respecto de aspectos complementarios o auxiliares y previos a la puesta en funcionamiento del restaurante como tal y/o conexos con ello, tanto más cuanto que hubiese encargo por parte del empresario de realizar servicios diversos dentro del contexto jurídico del contrato laboral perfeccionado habido. Consta que el empresario demandado arrendó el local para la instalación del restaurante acerca de cuyo comedor se había convenido se hiciera cargo la demandante, teniéndolo concertado ya el día 19.03.01; día este en que la demandante se presentó en el local para desempeñar su función laboral y en el que el empresario dio efectividad al contrato perfeccionado existente; plenamente operativo desde entonces, pues el demandado encomendó a la trabajadora por consecuencia y en el contexto del referido contrato labores concretas, de limpieza del local y de conciertos con los proveedores; y ello al margen de que éstas pudieran ser "de inferior categoría" a lo convenido, ni siquiera afirmable de las relativas a los contactos con proveedores, que en todo caso y manteniendo conexión o relación cierta con los servicios convenidos (la limpieza era del local – comedor del restaurante y lo relativo a los proveedores estaba en función de éste e implicaba su puesta en marcha) el empresario ordenó y la trabajadora demandada asumió. Esto se prolongó hasta que el día 30 de abril siguiente la relación laboral así instaurada quedó cercenada (con carácter definitivo) por decisión propia e inequívoca del empresario: rescindió el arrendamiento del local y puso fin a los servicios de la demandante comunicándole que no iba a abrir el restaurante y que ya la mandaría la carta de despido, carta que no remitió a pesar de los telegramas de la actora a tal efecto.

En definitiva, hubo contrato de trabajo perfeccionado y operativo; hubo prestación de servicios por derivación del mismo y dentro de su contexto propio; el empresario puso fin a todo ello el día 30-4-01 por decisión propia y causa solo a él imputable y a través de una conducta verbal y fáctica inequívoca, que por ello y por su carencia de causa legal al efecto materializó un despido improcedente, de conformidad y con los efectos de los arts 54, 55 y 56 ET, y según se peticiona en el recurso interpuesto. Cobra así dimensión de trascendencia la cuestión del salario a que también se refiere el recurso en el apartado B de su 2º motivo. Salario que ha de ser el consecuente a la contratación habida y al sector correspondiente, y ello incluso con fundamento en los propios términos que la sentencia de instancia ha dejado establecidos al respecto. En el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida se dice, con su correspondiente valor de HP en lo oportuno, lo siguiente: "Que el derecho que quiere hacer valer la actora, a que se le reconozca desde el 19.03.01, en virtud de contrato verbal su categoría profesional de jefa de comedor del restaurante "D.P.", correspondiéndole en su caso un salario según convenio de 150.251 ptas. con prorrateo de pagas extras, no se podría negar, si la actividad... "Concluido, a diferencia del criterio del Juzgador de Instancia, que el contrato de trabajo entre actora y demandado fue perfeccionado, existente y operativo, dando lugar a una realización laboral efectiva, a los términos que constan convenidos y, en lo oportuno, al Convenio de aplicación ha de estarse, al margen del tipo de trabajo realizado por decisión del empresario, si bien fueron realizadas también funciones realmente asimilables a aquella clase al contactar con proveedores por lo que implica de puesta en marcha y organización del comedor; lo cual lleva a que, de acuerdo con la contratación habida, la categoría y salario correspondientes según Convenido de aplicación y por derivación de la tal contratación son los que también dejó indicados la sentencia de instancia en su fundamento 2º; es decir, salario oportuno del jefe de comedor, 150.251 ptas. con prorrateo de extras, que es asimismo el invocado en

recurso y el establecido en la demanda con base en el Convenio Colectivo aportado a Autos. Así pues, sobre el indicado salario y con una antigüedad de 19.03.01 hasta el despido ocurrido el 30.04.01 (como se aduce en demanda) se establecen los efectos del despido improcedente previstos en el art. 56 ET y 110 LPL, con salarios de trámite desde el despido y sin perjuicio de los dispuesto en el art. 57 del ET.

### Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña S.B.B., revocamos la sentencia dictada con fecha 10.09.2001 por el Juzgado de lo Social nº Uno de Santiago en autos nº 365/2001; y en consecuencia, estimando la demanda interpuesta, declaramos improcedente el despido de la trabajadora demandante doña S.B.B. y condenamos al demandado empresario don M.G.G. a que en el plazo de los 5 días siguientes a la notificación de esta resolución opte entre readmitir a la actora en las mismas condiciones que regían anteriormente a la decisión extintiva o le abone en concepto de indemnización la cantidad de 26.549 ptas., y en ambos casos también al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo la decisión extintiva hasta la de notificación de esta sentencia a razón del salario de 5.008 ptas. día, en los términos del art. 56.1.b) ET, sin perjuicio de los dispuesto en el art. 57 E.T. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera.

## 3311 Recurso nº 5.689/01

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. SUBSTITUCIÓN DO DEREITO A COMIDA POR COMPENSACIÓN EN METÁLICO QUE REQUIRE UN ACORDO DE EMPRESA. ESTIMACIÓN, POR NON ACREDITARSE ESTE.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis F. De Castro Fernández*

A Coruña, doce de diciembre de dos mil uno.

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. 5.689/01 interpuesto por AENA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.I.C. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "AENA" y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 550/01 sentencia con fecha tres de septiembre de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que por resolución de diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve, de la Dirección General de Trabajo, se dispone la inscripción en el Registro y publicación del texto del 11 Convenio Colectivo del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea./SEGUNDO.- Que dicha resolución, publicada en el Boletín Oficial del Estado de catorce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, hacía constar que al mismo, se acompaña informe favorable emitido por los Ministerios de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas en cumplimiento de lo previsto en la Ley 49/1993 de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para mil novecientos noventa y nueve./TERCERO.- Que el artículo 132.4 del II Convenio Colectivo de AENA establece que "Asimismo, en aquellos centros de trabajo en los que la Dirección y la representación laboral así lo acuerden, podrá sustituirse el derecho a la comida y/o cena, por un importe mínimo de 650 pesetas por día de asistencia al trabajo. La percepción de dicho importe supondrá la extinción definitiva al ejercicio del derecho a que se refiere el apartado uno de este artículo"./CUARTO.- Que con fecha ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, la representación de "AENA" y la Coordinadora Sindical Estatal, llegaron al siguiente acuerdo: "la aplicación, en su caso, del abono en cada centro de trabajo, del importe previsto por la supresión del derecho a que se refiere el apartado uno

del art. 132 por una cuantía económica, requerirá acuerdo expreso entre la Dirección y la representación laboral del Centro de trabajo respectivo"./QUINTO.- Que por acuerdo de fecha doce de enero de dos mil, entre la Dirección del aeropuerto de Santiago y el Comité de Empresa, se acordó, "que todo el personal del Centro de trabajo perciba la cuantía establecida por la sustitución del derecho de la comida y/o cena a que se refiere el apartado 4º del art. 132 del II Convenio Colectivo de AENA"./SEXTO.- Con fecha trece de agosto de dos mil uno, se sometió la cuestión debatida a conciliación en la Delegación Provincial de la Consellería de Justiza, Interior e Relacións Laborais de A Coruña, con el resultado de "sin avenencia"./SÉPTIMO.- Que don M.I.C., en calidad de Delegado de Personal y afiliado al Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, en fecha de treinta de julio de dos mil uno, presenta la demanda sobre conflicto colectivo de trabajo contra la empresa "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" ("AENA") que obra en autos."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por don M.I.C. en calidad de Delegado de Personal y afiliado al SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA, contra la empresa "AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA" ("AENA"), declaro que los trabajadores del Centro de trabajo de de la empresa de Santiago deben percibir las cantidades correspondientes que dispone el art. 132 del II Convenio Colectivo de "AENA", que sustituye el derecho a comida y/o cena, desde la fecha doce de enero de dos mil, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración."

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

## Fundamentos de derecho

Se recurre la sentencia estimatoria del Conflicto Colectivo planteado en las presentes actuaciones, con motivo –vía art. 191.c) LPL– que se destina al examen del Derecho aplicado en la instancia, con denuncia de haberse incurrido en aplicación indebida del art. 1.281 CC, en relación con los art. 1.113, 1.114, 1.258 y 1.262 del mismo Cuerpo legal, en la interpretación del escrito de 12-enero-2000. 1.- En el presente recurso, como se deduce de lo anteriormente indicado, la parte demandada no cuestiona el relato de los hechos declarados probados y ello determina que para la Sala tengan vinculante valor procesal las afirmaciones fácticas de instancia siguientes: a) que el art. 132.4 del II Convenio Colectivo de AENA establece que "en aquellos centros de trabajo en los que la Dirección y la representación laboral así lo acuerden, podrá sustituirse el derecho a la comida y/o cena, por un importe mínimo de 650 pesetas por día de asistencia al trabajo"; b) que en 8-julio-99 la representación de "AENA" y la Coordinadora Sindical Estatal, pactaron que el acuerdo antes referido requerirá "acuerdo expreso entre la Dirección y la representación laboral del Centro de trabajo respectivo"; y c) que "por acuerdo de fecha doce de enero de dos mil, entre la Dirección del aeropuerto de Santiago y el Comité de Empresa, se acordó, "que todo el personal del Centro de trabajo perciba la cuantía establecida por la sustitución del derecho de la comida y/o cena a que se refiere el apartado 4º del art. 132 del II Convenio Colectivo de AENA". 2.- El argumento de la parte recurrente es que en autos no obra acuerdo alguno entre la Dirección del Aeropuerto y la representación de los trabajadores del centro para sustituir el derecho a comida y/o cena por el importe mínimo a que se refiere el art.132 del Convenio, sino que únicamente ha mediado una simple manifestación de intenciones que fue trasladada a la superioridad y que en todo caso se condicionaba a su aprobación. Pero si bien en tales términos se expresa el documento que figura en autos como folio 45, y la Sala no alcanza a ver documento otro alguno del que obtener diversa conclusión, lo cierto es que el recurso no interesa la modificación del relato de hechos que la sentencia hace, y esta circunstancia determina –como ya adelantábamos– que la Sala haya de partir de la verdad formal que en instancia se declara probada y que no es otra sino la de que Dirección y representación de los trabajadores llegaron al cuestionado acuerdo.

3.- Bien se comprende que lo anteriormente indicado por necesidad ha de traducirse en rechazar la censura normativa que el recurso hace.

La Sala está vinculada por los términos en que el debate se plantea en este trámite y fuera de defectos procesales que atenten con-

tra el orden del proceso, caso en el que cabe –es obligada, más bien– la actuación de oficio, el Tribunal no puede en el marco extraordinario de la Suplicación auxiliar en la construcción del recurso, con sufrimiento de la obligada imparcialidad, partiendo indebidamente de hechos cuya incorporación no haya sido pedida y obtenida en la forma prevista en los art. 191.b) y 194.2 LPL, esto es, proponiendo la específica modificación del relato fáctico, con expresión del correspondiente ordinal que se propone suprimir o modificar y expresando el nuevo texto que en su caso se propone; y ello condicionado a que el error de la versión judicial de instancia sea evidenciada –sin lugar a duda alguna– como errónea por los dos únicos medios revisorios que la LPL admite, la prueba documental y la pericial.

Significa lo anterior que nuestra decisión venga determinada por la afirmación judicial de instancia respecto de que el art. 132 del Convenio aplicable –en interpretación normativa de 8/julio/99– permite el acuerdo de la Dirección del centro de trabajo y la representación de los trabajadores para sustituir el derecho a comida por una determinada cantidad en metálico, y que en concreto la Dirección del Aeropuerto de Santiago y el Comité de Empresa hubiesen llegado a tal acuerdo. Por ello, el sentido condenatorio de la sentencia de instancia significa correcta aplicación del art. 1.258 CC, por virtud del cual "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". En consecuencia,

### Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la representación de AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA ("AENA"), confirmamos la sentencia que con fecha 3-septiembre-2001 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Santiago de Compostela, a instancia del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS y por la que se acogió la demanda formulada frente a la recurrente, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA ("CIG"), UNIÓN GENERAL DE TRABAJORES ("UGT") y la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA ("CEG").

## 3312 Recurso número 03/0008860/1997

**S.CA.** SUBVENCIÓN POR CONVERSIÓN EN INDEFINIDO DE CONTRATO DE APRENDIZAXE. NON SE EXCEDEU O PRAZO DE TRES ANOS. DENEGACIÓN INXUSTIFICADA.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Vesteiro Pérez*

A Coruña, catorce de diciembre de dos mil uno.

**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 03/0008860/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.L.C., con D.N.I..., domiciliado en Avda…(Pontevedra), representado y dirigido por el letrado doña M.C.F.D. (Habilitado), contra resolución de 19.06.97 desestimatoria de solicitud denegando los beneficios solicitados por la transformación en indefinido del contrato de aprendizaje del trabajador A.R.C.; expdte. nº 3.017. Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN GENERAL DEL INEM, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 550.000 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 4 de diciembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- Se impugna la resolución de la Dirección Provincial del INEM de 19 de junio de 1997 por la que se deniega a la recurrente la solicitud sobre los incentivos previstos en la Ley 22/92 por la transformación de un contrato en prácticas en indefinido por infringir lo dispuesto en los art. 11.2 del R.D.L. de 24 de marzo de 1995 y 8.2 del R.D. de 29 de diciembre de 1993 por el que se desarrollan las normas sobre el contrato de aprendizaje, por estimar que el trabajador por el que se transformó su contrato de aprendizaje en indefinido había desempeñado su puesto de trabajo por un tiempo superior a doce meses, estando ligado a la empresa sin solución de continuidad por dos contratos de aprendizaje, con un total de cuatro prórrogas con idéntico puesto de trabajo e iguales a doce tareas con un período superior a 1 año.

II.- Es evidente que han existido dos contratos de aprendizaje con dos prórrogas de seis meses cada una, realizando las mismas tareas en un tiempo no superior a tres años, por lo que no se puede decir que se ha incumplido el plazo previsto de tres años que fija la Ley para los contratos formativos que ahora se dilucidarán, es decir, que si se celebró el contrato el 19 de abril de 1994 y se continuó el 18 de octubre de 1995, hasta el 18 de abril de 1997 en que finalizan los mismos, han transcurrido tres años, por tanto tiene derecho a la subvención solicitada por importe de 550.000 ptas. A la vista de los dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del RDLL de 24 de marzo de 1995 del E. de los Trabajadores, que establece que los trabajadores que estuvieran vinculados a la empresa por un contrato para la formación que no hubieran agotado el plazo máximo de tres años hasta los 3 años por lo que al haber cumplido dichos requisitos y demás presupuestos procede la prosperabilidad de la demanda. Todo ello en aplicación de las últimas disposiciones modificadoras en la Ley 63/97, de 26 de diciembre, y disposición adicional 1ª del E. de los Trabajadores favorables al recurrente.

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

### Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.L.C. contra Resolución de 19.06.97 desestimatoria de solicitud denegando los beneficios solicitados por la transformación en indefinido del contrato de aprendizaje del trabajador A.R.C.; expdte. nº 3.017 dictado por DIRECCIÓN GENERAL DEL INEM y en consecuencia, se acuerda anular las resoluciones recurridas por ser contrarias a Derecho. Sin imposición de costas.

## 3313 Recurso nº 4.983/2001

**S.S.** EXECUTIVIDADE DE SENTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO QUE TEN CARÁCTER MERAMENTE DECLARATIVO. REQUIRE A FORMULACIÓN DE DEMANDAS INDIVIDUAIS POLO PROCEDEMENTO ORDINARIO.

*Ponente: Ilma. Sra. Dª Rafaela Horcas Ballesteros*

A Coruña, catorce de diciembre de dos mil uno.

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 4.983/2001 interpuesto por COMITÉ DE EMPRESA DE TABACALERA contra el Auto del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

### Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Ante el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, se presentó escrito de 20.04.01 por la empresa "A., S.A." (Tabacalera) comunicando el inicio de las actuaciones tendentes al cumplimiento del fallo (en procedimiento de conflicto colectivo) dictado en sentencia de ese Juzgado, confirmado por otra del TSJ de Galicia indicándose que se comunicó a todos los centros de trabajo la convocatoria-oferta de traslado voluntario, dándose traslado a la parte actora del referido escrito que contestó por otro de 16.05.01 .Se dictó providencia de fecha 25.05.01 contestada por la empresa demandada por escrito de 06.06.01, y por Auto de fecha 22 de junio del 2001 se procedió a resolver que "la controversia sobre la forma de cubrir los puestos vacantes en la

Fábrica de A Coruña excede del ámbito del presente procedimiento, pudiendo la parte interesada a acudir al procedimiento adecuado", contra dicho auto se interpuso por el Comité de empresa recurso de reposición, que fue resuelto por Auto de fecha 19 de julio de 2001, por el que se rechazaba dicho recurso y se confirmaba el auto anterior.

Contra dicho Auto se interpone Recurso de Suplicación por el Comité de Empresa con fecha 17 de septiembre del 2001 ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Pasando las actuaciones al ponente para su resolución.

## Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra el Auto de fecha 19.07.01 del Juzgado de lo Social nº2 de A Coruña, seguido a instancia de Comité de empresa de "A., S.A." contra la empresa de dicho nombre, por parte del propio Comité de Empresa, basándose el mismo al amparo del art. 191.c) de la LPL por infracción de los arts. 24, 117 de la CE, jurisprudencia del T. Constitucional S. 120/91 de 3 de junio, art. 301 de la LPL, en el sentido que las sentencia que se dicten en procesos de conflictos colectivos serán ejecutivas desde que se dicten.

Efectivamente es reiterada la doctrina fijada por el T. Supremo y por el T. Constitucional, en el sentido de que las sentencias que ponen fin a los procesos sobre conflictos colectivos no tienen que se necesariamente y siempre meramente declarativas sino que pueden ser de naturaleza mixta, es decir, declarativas y de condena, y en consecuencia se plantea así la posibilidad dependiendo de las misma de acudir o no necesariamente a plantear nuevos procesos individuales para hacer efectiva el cumplimiento de esa sentencia que en cuanto lo permita ha de ser ejecutada en sus propios términos por el propio Juez que lo dictó dado que dicha actividad, forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Siendo esto así resulta que el propio art. 301 de LPL que se cita como infringido permite la ejecución de las sentencia que recaigan en los procesos de conflicto colectivo dependiendo de la "naturaleza" y contenido de la misma. Es decir, unas son declarativas meramente según las circunstancias del caso planteado, y otras, además son de condena.

En la sentencia de instancia, posteriormente confirmada por la Sala, se "declaraba incumplido el Plan social elaborado por la Empresa en el centro de trabajo de A Coruña condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración dando cumplimiento al mismo", es decir, en la misma se contiene en su parte dispositiva una declaración que el Plan Social, en un determinado punto, que fue el controvertido, estaba siendo incumplido por la empresa, luego la misma debería cumplir ese plan social, que fue, por otra parte, acordado con los representantes de los trabajadores; por parte de la empresa se ha ofrecido convocar la oferta para cubrir 44 plazas en el centro de trabajo de A Coruña en cumplimiento de dicha Sentencia, convocatoria esta que no está de acuerdo la representación de los Trabajadores. La Sentencia, en su pronunciamiento meramente declarativo fue clara, expresiva y contundente, el Plan Social, estaba siendo incumplido, en un determinado punto por la empresa, en consecuencia, a través de los mecanismos de la negociación se debe llevar a cabo el cumplimiento del mismo, el intentar sustituir dicha negociación por la vía judicial para llevar a cabo la transacción sobre qué plazas debe cubrir o a través de qué mecanismos, excede del proceso mismo de conflicto colectivo planteado. Es a través de acciones individuales de los trabajadores que directamente se vean afectado por dicha decisión los que podrán impugnar acudiendo a procesos singulares los cuales tendrán una posición de privilegio procesal al contar con una sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo que será título suficiente para amparar su pretensión de condena.

Por que además, a mayor abundamiento, cuando por el comité de empresa se alega la ejecutividad de la sentencia, que el considera de condena del proceso de conflicto colectivo, y se dice que se requiera a la empresa para el "inmediato cumplimiento de las resoluciones judiciales recaída en las actuaciones procediendo a la cobertura de las 44 plazas sobrantes", es, por otra parte, lo que se ha iniciado por la propia empresa. En qué manera pueda perjudicar dicha convocatoria a cada trabajador individual, es lo que habrá de ser dilucidado a través de concretos procesos individuales, que es a lo que se refiere el auto impugnado.

En consecuencia de todo lo dicho, se desestima el motivo del recurso, confirmándose el auto impugnado.

## Fallamos

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

COMITÉ DE EMPRESA DE TABACALERA contra el auto del Juzgado de lo Social número dos de A Coruña, de fecha 19 de julio de 2001, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

## 3314 Demanda nº 8/2001

**S.S.** CONFLICTO COLECTIVO. INADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. INEXISTENCIA DE HOMOXENEIDADE SUBXECTIVA DE INTERESE INDIVISIBLE ENTRE OS TRABALLADORES DEMANDANTES.

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

A Coruña, diecisiete de diciembre de dos mil uno.

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

**En nombre del Rey**

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En los presentes autos de conflicto colectivo, número 8/2001, iniciado por comunicación a este Tribunal de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, delegación provincial de A Coruña, a instancia del Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia (CCOO), representado por el letrado don F.M.R., contra la empresa "S.C., S.A.", representada por el letrado don J.G.R.

### Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El 23 de julio de 2001, CCOO dirigió escrito a la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, delegación provincial de A Coruña, con el fin "se sirva admitirlo y con él instado Conflicto Colectivo de Trabajo, citando a las partes al preceptivo acto de conciliación en el que la Empresa se avenga a revocar y dejar sin efecto la reducción de la 'gratificación voluntaria' de aquellos trabajadores que la percibían, reponiendo a los mismos en la cuantía que la venían cobrando con anterioridad a 30.06.2001".

La conciliación se intentó sin avenencia.

SEGUNDO.- El 15 de noviembre de 2001 la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, delegación provincial de La Coruña, remitió a este Tribunal comunicación de conflicto colectivo. Dicha comunicación fue registrada con fecha de entrada del día 21 de noviembre de 2001; la providencia del mismo día convocó a las partes para celebrar conciliación y juicio a las 10 horas del 11 de diciembre de 2001. Tales actos se celebraron en la hora y fecha indicadas; las litigantes no llegaron a acuerdo alguno, expusieron lo que a su derecho convino y tras la práctica de prueba -documental-, elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales; los autos quedaron vistos para sentencia.

### Hechos probados

PRIMERO.- "S.C., S.A." abonó a algunos de sus trabajadores una gratificación voluntaria, cuyo importe redujo en virtud de la absorción salarial a partir de la nómina del mes de junio de 2001, incluida ésta; tal reducción no fue precedida de acuerdo con la representación laboral ni del cumplimiento de los trámites previstos por la ley respecto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

SEGUNDO.- La gratificación voluntaria, de cuantía diversa, con la aminoración efectuada, no uniforme, la perciben los empleados de la demandada, aproximadamente unos cien, de distintas categorías profesionales, que prestan servicios en diversos centros de trabajo sitos en la provincia de A Coruña.

TERCERO.- "S.C., S.A." se rige por el Convenio Colectivo del Sector del Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña para el año 2001, que fue publicado en el Boletín Oficial provincial respectivo del 9 de agosto de dicho año. La vigencia temporal de tal pacto, firmado por CCOO, es desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2001.

CUARTO.- En los meses de mayo, junio y julio de 2001, algunos de los trabajadores afectados mantuvieron igual salario, otros percibieron remuneración inferior y otros retribución superior.

### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Con carácter previo, hemos de resolver la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la empresa demandada porque, como afirma el Tribunal

Supremo (s. 29.03.2001), para que una resolución judicial entre a decidir sobre el fondo del asunto, en toda su extensión, es premisa indispensable que el cauce procesal por donde se ha desarrollado el procedimiento sea el adecuado, pues en otro caso la decisión de fondo estaría viciada de nulidad y sería correcto no haberla producido.

SEGUNDO.- La jurisprudencia (ss. 25.06.92, 22.03.95, 27.05.96, 07.05.97, 12.05.98, 17.11.09, 28-3, 12.06.2000, 15-1, 26-2, 6-3, 15.05.2001) declara que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: A) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad. B) Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencia, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. La aplicación de la doctrina reseñada al supuesto que enjuiciamos lleva a estimar la excepción procesal de que se trata: Ahora concurre, efectivamente, un rasgo de pluralidad subjetiva en la configuración del conflicto -los trabajadores son varios, cien en número aproximado- y un aspecto objetivo de identificación de los reclamantes como grupo -perceptores de la gratificación-, pero en este último no deja de haber elementos diferenciadores, cuales son, entre otros, la ignorancia de la naturaleza y del origen temporal de la gratificación voluntaria, el carácter variable de su importe, la no uniformidad de la reducción, las distintas categorías profesionales a las que pertenecen los interesados, la diversidad de los complementos salariales que integran la retribución mensual de cada uno de ellos, así como la identidad o no retributiva que percibieron antes y después de la decisión empresarial litigiosa.

Todas estas circunstancias, predicables respecto de quienes perciben la gratificación voluntaria, difuminan el requisito subjetivo de la homogeneidad así como el presupuesto objetivo de la indivisibilidad del interés de los trabajadores afectados y, al tiempo, revelan la existencia de un conflicto plural de intereses, de modo que su resolución precisa el examen de las condiciones retributivas de cada uno de aquéllos, es decir, su comprobación particular e individualizada, caso por caso, y su decisión a través de los respectivos y singulares pronunciamientos, de modo que el cauce procesal no puede ser el -actual- de conflicto colectivo sino el de una pretensión de condena a través del proceso ordinario.

Por todo ello,

### Fallamos

Desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra "S.C., S.A.", al apreciar la excepción de inadecuación del procedimiento alegada por la empresa demandada, sin decidir la cuestión litigiosa de fondo planteada en aquélla.

## 3315 Recurso nº 5.419/01

**S.S.** IMPLANTACIÓN DE NOVA QUENDA DE TRABALLO SEN SEGUI-LOS TRÁMITES DA MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO. NULIDADE DA MODIFICACIÓN E NON APLICABILIDADE DO PRAZO DE CADUCIDADE DE VINTE DÍAS. POSIBILIDADE DE EFECTUALA MODIFICACIÓN SEN ACORDO DE EMPRESA, CON SEGUIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 ET PARA AS MODIFICACIÓNS COLECTIVAS.

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

A Coruña, diecisiete de diciembre de dos mil uno.

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. 5.419/01 interpuesto por "J.C.I., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol.

## Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por V.N.T. y otros en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "J.C.I., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 286/01 sentencia con fecha treinta y uno de mayo de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- En fecha 21 de marzo de 2000, el Comité de Empresa de "J.C.I., S.L.", y la dirección de la empresa, se celebró una reunión extraordinaria en la cual se acordó para el año 2000, la implantación de un cuarto turno de trabajo por necesidades de producción. El contenido del citado acuerdo fue el siguiente: 1º- Reconocer la necesidad de un cuarto turno de trabajo para atender las necesidades de producción provocadas por la acumulación temporal de pedidos. La duración de este 4º turno se prevé de una duración aproximada de dos meses. 2º- Contratar ocho nuevos tejedores y, aproximadamente, otros diez trabajadores para la sección de confección. 3º. Contratar con carácter indefinido a los siguientes trabajadores: 17.443 B.P.M. 16.229 M.J.V.P. 16.276 M.J.C.M. 16.251 J.M.G.F. 12.863 D.L.G. 16.329 J.P.R. 15.420 M.J.S.O. 17.364 B.P.L. 16.255 N.F.S. 14.687 E.Y.G. 15.447 M.J.C.G. 12.853 S.C.V. 12.852 R.R.J. 17.367 L.G.S. 4º- Conceder todos los descansos legales a que hubiera lugar derivados de la implantación de este cuarto turno. 5º- Aprobar un plus de 5.000 (cinco mil) pesetas mensuales por su participación, durante los meses que esté en vigor el citado cuarto turno, a los siguientes trabajadores: 12.752 D.C.G. 12.753 V.L.R. 14.235 A.I.S.L. 13.962 J.B.P. 13.451 M.M.N.P. 13.951 M.L.C./2º.- La empresa "J.C.I., S.A." respetó el acuerdo de fecha 21 de marzo de 2000, cumpliendo todos los compromisos pactados durante el año 2000./3º.- La empresa "J.C.I., S.A.", cuenta con una plantilla de 90 trabajadores distribuida en las siguientes secciones: corte, plancha, embalaje, tejido y estructura general. La implantación del cuarto turno de trabajo afecta a los trabajadores de la sección de tejido, un total de 35 empleados./4º.- La empresa "J.C.I., S.A.", se dedica a la actividad textil y confección, y tiene organizada su jornada de trabajo en régimen de turnos consecutivos y sucesivos de ocho horas diarias mañana, tarde y noche. El horario de trabajo antes del acuerdo arriba citado, de fecha 21.03.00, era tres turnos consecutivos y sucesivos de ocho horas cada uno, mañana, tarde y noche de lunes a viernes inclusive, librándose el fin de semana./5º.- En fecha 2 de abril de 2001, la empresa "J.C.I., S.A.", decidió unilateralmente la implantación del 4º turno con entrada en vigor en la misma fecha sin llegar a acuerdo alguno con el Comité de Empresa y sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y sin respetar lo dispuesto en el art. 40 del Convenio Colectivo del Sector Textil, con una duración de dos meses./6º.- El horario de trabajo después del acuerdo arriba citado es el siguiente: Tres turnos consecutivos diarios de mañana, tarde y noche a razón de ocho horas diarias cada uno, de lunes a viernes inclusive y un cuarto turno de a razón de tres turnos consecutivos de ocho horas diarias cada uno, mañana tarde y noche, para el sábado, el domingo y día festivo trabajado./7º.- Los demandantes ostentan la condición de miembros del Comité de Empresa de "J.C.T., S.A."./8º.- En fecha 27 de abril de 2001, se celebró la preceptiva conciliación en el SMAC con el resultado de intentada sin efecto."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: 1.- Que debo desestimar y desestimo la excepción de caducidad de la acción invocada por la Empresa demandada de conformidad a lo expuesto en el Fundamento de Derecho segundo. 2.- Que estimando íntegramente la demanda deducida por don V.N.T., doña P.T.V., doña M.F.C. y don D.V.P., contra la empresa "J.C.I., S.A.", en reclamación sobre CONFLICTO COLECTIVO, debo declarar y declaro que la decisión de la Empresa demandada de implantar un cuarto turno de trabajo de fecha 02.04.01 es radicalmente nula, dejando sin efecto la misma y condenando a la citada demandada a que reponga a los trabajadores a la situación anterior a dicho acuerdo, hasta tanto en cuanto, con respeto a lo dispuesto a los artículos 41 del E.T. y 40 del Convenio del Sector Textil se logre un acuerdo con el Comité de Empresa, condenando a la citada demandada a estar y pasar por tal declaración."

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

## Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia decidió: "1.- Que debo desestimar y desestimo

la excepción de caducidad de la acción invocada por la empresa de conformidad a lo expuesto en el Fundamento de Derecho segundo. 2.- Que estimando íntegramente la demanda deducida por don V.N.T., doña P.T.V., doña M.F.C. y doña D.V.P., contra la Empresa "J.C.I., S.A." en reclamación sobre conflicto colectivo, debo declarar y declaro que la decisión de la Empresa demandada de implantar un cuarto turno de trabajo de fecha 02.04.01 es radicalmente nula, dejando sin efecto la misma y condenando a la citada demandada a que reponga a los trabajadores a la situación anterior a dicho acuerdo, hasta tanto en cuanto, con respeto a lo dispuesto en los artículos 41 del E.T. y 40 del Convenio del Sector Textil se logre un acuerdo con el Comité de Empresa, condenando a la citada demandada a estar y pasar por tal declaración". La empresa (J.) impugna esa resolución y, a tal fin, solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico y con relación al apartado 5º de la sentencia recurrida ("En fecha 2 de abril del 2001, la empresa "J.C.I., S.A." decidió unilateralmente la implantación del 4º turno con entrada en vigor en la misma fecha sin llegar a acuerdo alguno con el Comité de Empresa y sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y sin respetar lo dispuesto en el artículo 40 del Convenio del Sector Textil, con una duración de dos meses"), propone suprimir los términos "sin llegar a acuerdo alguno con el Comité de Empresa y sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y sin respetar lo dispuesto en el artículo 40 del Convenio del Sector Textil", porque entiende que predeterminan el fallo. El motivo no prospera, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- Eliminar la expresión transcrita no supondría alteración del hecho impugnado porque, en cualquier caso, aquélla quedaría comprendida en los restantes términos de éste, una vez que la empresa acepta haber adoptado de forma unilateral la medida litigiosa. 2ª.- Tampoco apreciamos la predeterminación del fallo porque, junto a lo consignado en el párrafo anterior, la empresa también admite la inexistencia de acuerdo con la representación laboral y la inobservancia de determinados trámites legales, previos a adoptar la decisión discutida; además, la litis no versa sobre la realidad o no de tales omisiones sino que se proyecta sobre sus consecuencias.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia recurrida infringe: A) Los artículos 41 y 59.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues la demanda fue presentada extemporáneamente al haberse formalizado fuera del plazo de veinte días hábiles siguientes a la adopción de la medida empresarial impugnada, plazo que rige tratándose de modificación sustancial individual o colectiva de las condiciones de trabajo. B) Los artículos 41 ET y 40 del Convenio Colectivo de la Industria Textil y de la Confección, pues en las negociaciones con la representación laboral la única discrepancia se limitó a la compensación económica del cuarto turno de trabajo, lo que impidió el acuerdo, de ahí que al reproducirse las circunstancias que en el año 2000 motivaron igual pacto, hiciera uso de éste en el año 2001, ya que las normas indicadas obligan a negociar pero no a alcanzar acuerdos, lo que impide anular la decisión litigiosa, respecto de la que sólo cabe declararla justificada o injustificada.

CUARTO.- A los efectos que ahora interesa y según los hechos probados de la sentencia recurrida, los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1) "J." se dedica a la actividad textil; cuenta con 90 trabajadores, distribuidos en las secciones de corte, plancha, embalaje, tejido y estructura; la jornada laboral es de tres turnos diarios de mañana, tarde y noche, ocho horas al día cada turno, de lunes a viernes y descanso el fin de semana. 2) El 21.03.2000 "J." y el Comité de Empresa pactaron, entre otros acuerdos, la implantación del cuarto turno de trabajo, por necesidades de la producción derivadas de la acumulación de pedidos, con una duración aproximada de dos meses; afectó a los trabajadores (35) de la sección de tejidos. 3) El 02.04.2001 "J." decidió unilateralmente implantar el cuarto turno de trabajo con entrada en vigor en la misma fecha y duración de dos meses; en consecuencia, la jornada laboral fue de tres turnos diarios de mañana, tarde y noche, ocho horas al día cada turno, de lunes a viernes, y un cuarto turno de mañana, tarde y noche, ocho horas diarias cada turno, para sábado, domingo y día festivo trabajado.

QUINTO.- Los datos objetivos expuestos llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- La primera infracción no se aprecia, toda vez que: a) Las partes coinciden al afirmar que la implantación del cuarto turno de trabajo en abril de 2001 modificó de forma sustancial las condi-

ciones de trabajo, concretamente la prevista como tal en el artículo 41.1.c) ET. b) El carácter colectivo de esa alteración de los turnos de trabajo porque, al menos, afectó de forma común y homogénea a todos los operarios de una de las secciones de la empresa. c) "J." adoptó la medida de forma unilateral, lo que equivale a decir sin acogerse al procedimiento del artículo 41.4 ET ni, en su defecto, a las previsiones del artículo 40 del Convenio Colectivo aplicable (General de Trabajo para la Industria Textil y de la Confección, BOE 21.08.2000), vigente al tiempo de la decisión litigiosa. d) Respecto de estas omisiones, la jurisprudencia (ss. 10-4, 18.09.2000, 15-1, 06.03.2001) declara la idoneidad del proceso de conflicto colectivo especial diseñado por el artículo 41 ET para conocer las pretensiones tendentes a que se decrete la nulidad o el carácter injustificado de la decisión empresarial que se afirma modificativa de las condiciones de trabajo y que, según la norma citada, admita la calificación de colectiva, así como que el proceso especial del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) tiene como presupuesto la existencia real de las modificaciones tipificadas en el artículo 41 ET, de modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales de este precepto -cual ahora ocurre-, no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en él mismo, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a tal medida y no el especial del artículo 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero entonces sin sometimiento al plazo de caducidad de veinte días hábiles del artículo 59.4 ET, que alega la recurrente.

2ª.- La segunda infracción no se aprecia, toda vez que: a) Frente a lo alegado, es indiscutible la inexistencia de negociaciones previas a la implantación del cuarto turno de trabajo en el año 2001. b) El pacto del año 2000 no es extensible a la presente anualidad, cual pretende la empleadora, porque, entre otras circunstancias, no consta la realidad efectiva y actual de las circunstancias del año anterior que provocaron el acuerdo de las partes, cuya apreciación particular por la empresa no justifica su decisión, pues si bien es cierto que el artículo 89 ET impone el deber de iniciar una negociación cuando sea procedente pero no la obligación de alcanzar el acuerdo pretendido (ss. 17.11.98, 30.09.99, 01.03.2001), también es verdad que, en el caso, la citada normativa legal y convencional exigen a la recurrente cumplir determinados presupuestos, que omitió, antes de adoptar la medida discutida. 3ª.- Lo que dejamos consignado lleva a ratificar esencialmente la resolución impugnada, es decir, reiteramos la declaración de nulidad de la decisión empresarial litigiosa, que dejamos sin efecto, así como la condena de la demandada a reponer a los trabajadores en la situación anterior a haber adoptado aquélla. Sin embargo, la posibilidad de implantar el cuarto turno de trabajo no depende exclusivamente del acuerdo entre la empleadora y el comité de empresa, como indica la sentencia recurrida, sino también, en defecto de tal pacto y con arreglo al artículo 40 del citado Convenio de aplicación, de lo dispuesto en el artículo 41 ET con el cumplimiento de los requisitos fijados en la norma paccionada señalada, lo que supone estimar en parte el recurso y revocar en tal sentido la decisión judicial de instancia.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 201.3 LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir. Por todo ello,

## Fallamos

Estimamos en parte el recurso de suplicación de "J.C.I., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, de 31 de mayo de 2001 en autos nº 286/2001, que revocamos en el sentido de que la implantación del cuarto turno de trabajo por parte de la empresa demandada recurrente depende del acuerdo con el Comité de Empresa y, en su defecto, de lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores con el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo 40 del Convenio Colectivo General de Trabajo para la Industria Textil y de la Confección, BOE 21.08.2000, confirmándola en sus restantes pronunciamientos.

**3316** **Recurso número 03/0008865/1997**

**S.CA.** REDUCCIÓN DE COTAS Á SEGURIDADE SOCIAL. CONTRATO EN PRÁCTICAS. ADECUACIÓN DAS ACTIVIDADES Á TITULACIÓN QUE XUSTIFICA O CONTRATO.

*Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Vesteiro Pérez*

A Coruña, dieciocho de diciembre de dos mil uno.

**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 03/0008865/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "B.G., S.A.", domiciliado en C/…(Vigo), representado por don L.S.G. y dirigido por el letrado don I.R.N., contra Resolución de 08.05.97 que deniega los incentivos solicitados que establece la Ley 22/92 de 30 de julio y Orden Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 06.08.92 por contrataciones y transformaciones; expdte. nº 23/97. Es parte la Administración demandada INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto est determinada en 550.000 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 4 de diciembre de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

### Fundamentos de derecho

I.- La cuestión central del recurso consistente al amparo del art. 5 del R.D. 1992/84 de 31.10, en el entendimiento de que las prácticas desarrolladas por el trabajador contratado, no son adecuadas a su nivel de titulación y, consiguientemente, no dan lugar a la reducción de cuotas de S.S. para la empresa recurrente y subsiguiente sanción dimanante del Acta de Infracción.

II.- Es hecho indiscutido que la empresa recurrente contrató en prácticas en virtud de hallarse éste en posesión de título de auxiliar administrativo, para prestar servicios, con el título de Formación Profesional de 2º grado (FPII).

III.- Sentado lo anterior, procede reseñar que el artículo 1 del Real Decreto 1992/1984, de 31 de octubre, por el que se regulan los contratos en prácticas y para la formación, dispone que "el contrato de trabajo en prácticas es el concertado entre quien esté en posesión de una titulación universitaria o equivalente, el título de Bachiller, el título de Formación Profersional y otras titulaciones académicas o laborales que habiliten legalmente para la práctica profesional y un empresario para la prestación de un trabajo retribuido que permita a su vez al trabajador aplicar y perfeccionar sus conocimientos y le facilite una práctica profesional adecuada a su nivel de estudios. Tal precepto se hallaba, conforme con el tenor del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores y, más tarde, con el del artículo 3 de Real Decreto-Ley 18/1993, de 23 de diciembre, derogada por la Ley 10/94, de 19 de mayo y recogida en su art. 3º, preceptos en los que el punto crucial es que la práctica profesional se adecue al nivel de estudios realizado.

IV.- En el presente caso el trabajador fue contratado como tal, y no en virtud de otros títulos menores que podría poseer, como son algunos de los mencionado en el artículo 1 del Real Decreto 1992/1984. Por lo tanto, la práctica a desarrollar tenía inevitablemente que adecuarse a aquella condición, lo que implicaba la realización de actividades netamente distinguibles de las propias del auxiliar administrativo.

Sostiene la empresa recurrente que la actividad era la correspondiente a la formación del trabajador; dado que el nivel entra dentro del Grupo (Nivel IX, X, y XI) es el que recoge el art. 10 del CC de la Banca Privada.

Tal es el tenor de la STS de 28/11/88 al señalar que "a obtención de las ventajas públicas previstas para el caso de los contratos de trabajo en prácticas encuentra su límite en la tipificación legal de éstos, que con toda evidencia establece una relación entre la clase y contenido de los estudios realizados y el tipo de trabajo a desarrollar, en cuanto que la norma concibe a éste como una forma de apli-

cación de aquéllos en orden a su perfeccionamiento. En este sentido, aunque tampoco sea necesario predicar una ecuación exacta entre estudios y trabajo, sería ir de manera clara contra el texto y es espíritu de la institución, tal como aparece regulada en el Derecho positivo, el interpretarla y aplicarla con una orientación tan amplia que rompiera aquella impuesta relación entre estudios y trabajo, remitiéndose a un mero nivel de estudios que, cualquiera que fuese su contenido implique un grado de madurez y de conocimientos suficiente para ocupar puestos de trabajo de diversos cometidos, no necesariamente relacionados con las disciplinas estudiadas".

V.- A la misma conclusión se llega desde la perspectiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17/01/90, cuyo fundamento de derecho segundo precisamente alude a supuesto diferente al estudiado, al subrayar la intranscendencia de la existencia de titulación superior, a os efectos del contrato celebrado "si como queda dicho el actor no fue contratado como Titulado superior". En el presente caso el trabajador de la empresa actora fue contratado como Auxiliar Administrativo y se le encomendaron dichas funciones, propias para el trabajo desempeñado según el Convenio de la Banca; por lo que si la Empresa a tenor del art. 5º del R.D. 31.10.84 ha disfrutado de la reducción durante la duración del contrato del 75% de la cuota empresarial de la S.S., es evidente que no ha cometido por todas estas razones la infracción señalada en el art. 28.3 de la Ley 8/88 de 7 de abril y art. 3º de la Ley 10/94 de 10.05 al no cumplir con la finalidad que establece dicha contratación.

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

## Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "B.G., S.A." contra Resolución de 08.05.97 que deniega los incentivos solicitados que establece la Ley 22/92 de 30 de julio y Orden Ministerio de Trabajo y Seguridad S. de 06.08.92 por contrataciones y transformaciones; Expdte. nº 23/97 dictado por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO; y en consecuencia, se acuerda anular las resoluciones recurridas por ser contrarias a Derecho. Sin imposición de costas.