SENTENZAS E AUTOS

REVISTA GALEGA DERE SOCI

3659 **Recurso núm. 2.928/03**

S.S. FALTA DE CONSIGNACIÓN XUDICIAL EN FORMA DA INDEMNIZACIÓN POR DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, QUE PROVOCA QUE NON SE DETEÑA A REMUNERACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a siete de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2928/03, interpuesto por la entidad "S.H.A., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña G.L.P. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado "S.H.A., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 41/03 sentencia con fecha 14 de marzo de 2003, por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La actora doña G.L.P. con DNI …, presta servicios para la empresa "S.H.A., S.L." desde el 4 de diciembre de 2001, en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido, con categoría de Ayundante de Cocina, quedando en fecha 16 de diciembre de 2002 subrogada la empresa demandada en la relación laboral que mantenía la demandante con la anterior empresa concesionaria. El salario mensual es de 708,48 euros, incluido el prorrateo de pagos extras.- 2º.- La demandante recibió carta de despido con efectos de 3 de enero de 2003 en base el artículo 54.2 b y d

del Estatuto de los Trabajadores, carta que obra en autos y que se da por reproducida.- 3º.- El día 21 de enero de 2003 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SMAC, reconociendo la demandada la improcedencia del despido y ofreciendo a la actora la cantidad de 1157,38 euros en concepto de indemnización y que fue ingresada en la cuenta de Dª Guadalupe el mismo día de la conciliación..- 4º.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo sindical alguno ni la representación de los trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña G.L.P. contra "S.H.A., S.L." debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la trabajadora demandante, condenando a "S.H.A., S.L." a que la readmita en las mismas condiciones que regían antes del despido o, a su elección, al abono de las siguientes percepciones económicas: A) Una indemnización cifrada en 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades que se concreta en el supuesto de autos en 1151,48 euros (48,75 días de salario por año y mes de trabajo, a razón de 23,62 euros diarios).- B) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia. La opción deberá hacerse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de 5 días sin esperar su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la reamisión o indemnización, se entenderá que procede la primera".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandado, 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 parcialmente la demanda interpuesta por doña G.L.P. frente a la empresa "S.H.A., S.L.", declaró la improcedencia del despido de que fue objeto la trabajadora demandante, condenando a la mercantil demandada a que opte entre la readmisión de la actora o el abono de una indemnización, de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades que concretó en 1.151,48 Euros (48,75 días de salario por año y un mes de trabajo, a razón de 23,62 Euros diarios), así como una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha Sentencia, y contra dicha resolución, se alza en suplicación la empresa demandada que articula su recurso en base a dos motivos, el primero de los cuales, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral y el segundo, con apoyo en el artículo 191 c) de la propia Ley Adjetiva Laboral.

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión de lo que constituye el objeto del litigio, conviene señalar que, según se establece en los ordinales del relato histórico de la Sentencia impugnad a tenor de lo actuado, la empresa demandada, que en fecha 3 de enero de 2003 había despedido a la actora invocando el artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, por las razones a que se contrae el documento del folio 27 de autos, carta de despido, que en el ordinal segundo de la Sentencia de instancia se dio por reproducida, reconoció en el acto de conciliación, celebrado ante el SMAC el día 21 de enero de 2003 la improcedencia del despido y le ofreció, en dicho acto, a la trabajadora despedida la suma de 1.157,38 Euros, siendo ingresada dicha suma en la cuenta corriente de la demandante el mismo día de la conciliación, que terminó sin avenencia.

TERCERO.- En el motivo primero del recurso, aún invocando el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la mercantil interpelada no interesa la modificación, por supresión, adición o sustitución, de lo allí contemplado, limitándose a constatar lo recogido en el hecho tercero de la Sentencia -en realidad, la recurrente hace mención al hecho tercero de la demanda, sin duda por involuntario error- en el que consta que la cantidad ofrecida en el acto de conciliación fue ingresada en la cuenta de la demandante, siendo así que, como ha venido estableciendo esta propia Sala, "..en recta aplicación de lo prevenido por el invocado apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , cualquier modificación o alteración en el relato de hechos consignados como acreditados por el Juzgador "a quo" no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en los autos, patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente

e incuestionable y sin necesidad de acudir a argumentaciones lógicas, naturales o razonables el error de aquel juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba - aportados a los autos, le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones directas de parte interesada,..", de manera que, no invocando elemento probatorio hábil, ni interesando concreta y específicamente modificación alguna del relato fáctico de la Sentencia impugnada, han de permanecer inalterado los ordinales que constituyen el relato histórico de dicha resolución.

CUARTO.- En sede jurídica, constituyendo el motivo segundo del recurso, la empresa demandada denuncia la infracción del artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, solicitando que se modifique el fallo de la Sentencia de instancia en el sentido de que se estime que la indemnización ya ha sido percibida por la actora y los salarios se limiten a los devengados desde la fecha del despido (03.01.03) hasta el día 21.01.03, así como la devolución del depósito, de la indemnización y la parte de salarios de tramitación que correspondan.

Así las cosas, no discutida la consideración de improcedente del despido de que fue objeto la demandante, cabe aseverar que no ha de tener éxito la censura jurídica auspiciada por la parte demandada recurrente habida cuenta de que la literalidad del precepto invocado deja patente que la cantidad ofrecida en el acto de conciliación ha de ser depositada en el Juzgado de lo Social a disposición de la trabajadora y poniéndolo en conocimiento de ésta, de lo que se colige que, en el supuesto que nos ocupa, aún habiendo ingresado dicha suma en la cuenta de la propia trabajadora el mismo día de la conciliación no se ha dado cumplimiento a lo preceptuado en el artículo que la propia mercantil invoca y señala como conculcado por la resolución " a quo", pues, como se desprende de reiteradas resoluciones de los Tribunales, de ociosa cita, el ofrecimiento a que se refiere el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores ha de reunir los requisitos del artículo 1.176 del Código Civil, es decir, debe tratarse de un ofrecimiento formal de pago actual y efectivo, seguido de una consignación judicial de la cantidad previamente ofrecida para así poder constituir al trabajador en mora accipiendi, principio que justifica la reducción del alcance de los salarios de tramitación, siendo de destacar que, como se desprende de un análisis complementario e integrador de la prueba practicada, la actora no aceptó la cantidad ofrecida en el acto de conciliación y en el acto del juicio manifestó que no había recibido transferencia alguna de la indemnización por despido si bien, con fecha inmediata posterior a la del juicio dirigió escrito al Juzgado en el que manifestó que sí la había recibido, reseñando en el escrito de impugnación que después del juicio, en el que se enteró de dicha transferencia, acudió a su Banco comprobando la efectividad del ingreso, de todo lo cual es dado concluir aseverando que no ha de acogerse la pretensión a que se contrae el recurso articulado por la empresa demandada, siendo procedente la confirmación de la Sentencia de instancia, con imposición a la empresa recurrente de las costas del recurso que incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante en la cantidad de 300 Euros. En consecuencia,

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la empresa "S.H.A., S.L." contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de fecha 14 de marzo de 2003, en autos nº 41/03, sobre despido, instados por doña G.L.P. confirmamos la resolución de instancia.

3660 **Recurso núm. 2.798/03**

S.S. DESPEDIMENTO PROCEDENTE, POR EXTINCIÓN DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVICIO DETERMINADOS CELEBRADO EN FRAUDE DE LEI.

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

A Coruña, a ocho de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.798/03 interpuesto por la empresa "R.C.M.B., UTE" 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 J.M.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la empresa "R.C.M.B., UTE" en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 797/02 sentencia con fecha veintidós de noviembre de dos mil dos 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 J.M.F., con DNI nº …, vino prestando sus servicios para la empresa "R.C.M.B., UTE", en el centro de trabajo de C., con las siguientes circunstancias personales: Antigüedad: 6 de abril de 1998. Categoría profesional: oficial de primera. Salario: 1.156,46 euros incluido prorrateo de pagas extras.- SEGUNDO.- En fecha 22.08.02 la empresa "R.C.M.B., UTE" procedió a entregar al actor la siguiente carta cuyo contenido dice textualmente: "C., 22 de agosto de 2002. Muy Sr. Nuestro: A través de la presente le comunicamos que a partir del día 10 de septiembre de 2002, finaliza el contrato que tenía suscrito con esta empresa por término de obra, quedando rescindido a todos los efectos sus servicios. Lo que comunicamos a Vd. A los efectos oportunos".- TERCERO.- Don J.M.F. no esta de acuerdo con lo expuesto en dicha carta y en fecha 25 de septiembre de 2002 presentó ante el SMAC de Lugo papeleta de conciliación por despido frente a la empresa "R.C.M.B., UTE", celebrándose el actor de conciliación el día 7 de octubre de 2002 resultando sin avenencia.- CUARTO.- En fecha 17 de octubre de 2002 don J.M.F., solicitando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del despido y en consecuencia se proceda a la readmisión, o subsidiariamente la improcedencia del despido y en consecuencia se condena a la empresa demandada a abonar al actor la indemnización prevista en el Art. 56 del ET.- QUINTO.- Don J.M.F. en fecha 6.4.1998 firma un contrato de trabajo de duración determinada celebrado al amparo del Art. 15 del ET, para obra o servicio determinado con la empresa, "R.C.M.B., UTE", en el que se hace constar como categoría del actor la de oficial calderero, figurando en la cláusula séptima del contrato que el objeto del contrato es la "Fabricación de aerogeneradores AE-30".- SEXTO.- Otros trabajadores de la empresa cuyos contratos se han aportado en autos fueron contratados para la fabricación de aerogeneradores AE-46/I.- SEPTIMO.- En fecha 14 de noviembre de 2002, don M.A.S.B., ingeniero técnico naval, elabora un informe para la empresa "R.C.M.B., UTE", sobre la situación en la que se encuentran los pedidos formulados por Made, S.A. a "R.C.M.B., UTE", en relación a fabricación de aerogeneradores, informe que consta como documento nº 1 de la prueba de la parte demandada, y damos aquí por reproducido.- OCTAVO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores.- NOVENO.- La Unión Temporal de Empresas, "R.C.M.B., UTE", fue constituida en escritura pública otorgada el día 18 de noviembre de 1996, cuyo objeto exclusivo es "fabricación de elementos para aerogeneradores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.M.F. contra la empresa "R.C.M.B., UTE" sobre despido, debo declarar y declaro la improcedencia del despido realizado por la empresa demandada y en consecuencia debo condenar y condeno a esta a que en el plazo de cinco días de la notificación de la sentencia opte por la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización que es siete mil seiscientos sesenta y un euros con cincuenta y cuatro céntimos (7.661,54 Euros); entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización procede la primera, siendo 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 dos mil ochocientas cincuenta y un euros con noventa y siete céntimos (2.851,96 euros)".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, declara improcedente su despido y condena a la empresa demandada "R.C.M.B., UTE", a que en el plazo de cinco días desde la notificación de dicha sentencia opte: entre la readmisión

del trabajador o el abono en concepto de indemnización de la cantidad de 7.661,54 euros, ascendiendo los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la expresada sentencia, a la cantidad de 2.851,96 euros.

Y contra este pronunciamiento recurre en suplicación la empresa demandada articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191. b) LPL, en el que interesa la modificación del ordinal séptimo de los hechos probados para que se le adicione el siguiente párrafo: "Desde el pasado mes de agosto de 2.002 no existe ningún pedido de fabricación de aerogeneradores pendiente ni de entrega ni de ejecución, ni en curso; habiendo finalizado los pedidos formalizados por "M., S.A." y entregados los mismos a dicha empresa.

Que por parte de "R.C.M.B., UTE" no se practica ninguna actividad empresarial al haber finalizado la fabricación y entrega de aerogeneradores que era su único objeto social".

La adición que se interesa no resulta acogible por una doble consideración: la primera, porque su contenido resulta intranscendente para la decisión final, desde el momento en que no consta que la demandada hubiese sido disuelta y cesado realmente en su actividad empresarial, siendo el informe en que pretende apoyarse una simple manifestación del perito, o mas exactamente del testigo-perito, realizada en el momento de confeccionarlo. Y la segunda, porque las manifestaciones realizadas por el perito en su informe no afectan a la naturaleza del vínculo jurídico laboral que unía a las partes ni a sus efectos, todo lo cual se desprende de los restantes hechos que se declaran probados y que no han sido impugnados.

SEGUNDO.- Con cita procesal del apartado c) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, formula la recurrente un segundo motivo de suplicación, en el que denuncia infracción del artículo 15. a) del Estatuto de los Trabajadores, al amparo del cual se suscribió el contrato de obra determinada entre "R.C.M.B., UTE" y el actor el 08.04.98, para fabricación de aerogeneradores AE - 30, a cuya finalización en agosto de 2002 se comunicó la extinción del contrato. En este sentido, estima la recurrente que la sentencia de instancia aplica la norma con un rigorismo excesivo, que la convierte en inútil, porque si el trabajador ha sido contratado por la UTE para finalidad que constituye el objeto de esta, y se reconoce por la Juzgadora que no ha habido ocupación sino en tareas propias del objeto social temporal de esta empresa, solamente mediante una interpretación errónea de la norma puede llegarse a la conclusión de la sentencia, porque está claro que la naturaleza de la relación contractual era temporal y no indefinida.

En segundo término, señala la recurrente, que la Juzgadora debió aplicar lo dispuesto en el número 2 del artículo 15 citado, pues la condición de trabajador fijo solo se adquiere si de la propia naturaleza de la actividad -fabricación de aerogeneradores-, ya finalizada, no se deduce la duración temporal del contrato. Y en el caso de autos es evidente, tanto por la declaración del perito como por la de los testigos deponentes, que la fabricación de aerogeneradores ha finalizado, razón por la cual no se puede aplicar la presunción de existencia de fraude de ley en el contrato suscrito con el actor en su día.

En tercer lugar, a juicio de la demandada, también se aleja la Juzgadora en su sentencia del criterio mantenido por la Sala Social del TSJ de Galicia, en el sentido de que habiéndose acreditado la finalización de los trabajos -en este caso, aerogeneradores- no obsta a la consideración temporal de los contratos el hecho de que se hagan figurar una función determinada y realizado otras, pero siempre dentro de la misma categoría y dentro del mismo plan de actuación, -aerogeneradores, en el caso de autos, investigación en el de la sentencia de fecha 25.08.1995, recurso 3153/95, que se invoca como precedente.

La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar por las siguientes razones:

1.- En primer término, del inalterado relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia -aunque con valor de hecho probado- se desprende que el demandante vino prestando servicios para empresa ahora recurrente, habiéndolo desde el 6 de abril de 1998 como oficial calderero, en virtud de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado, celebrado al amparo del art. 15 del ET, y cuyo objeto era la "fabricación de aerogeneradores AE-30". Dichos aerogeneradores se dejaron de fabricar en el año 1999, continuando el actor trabajando en la empresa y ocupándose de poner accesorios, puertas etc.., a otro tipo de aerogeneradores, en concreto, el AE-45. La demandada "R.C.M.B., UTE", fue constituida en escritura pública otorgada el 18 de noviembre de 1996, siendo su objeto exclusivo "la fabricación de elementos para aerogeneradores". Con fecha 22.08.02, el

demandante recibió carta comunicándosele que "a partir del día 10 de septiembre de 2002, finaliza el contrato que tenía suscrito con esta empresa por término de obra, quedando rescindido a todos los efectos sus servicios".

2.- Sentado lo anterior, la cuestión a resolver en el presente recurso es la relativa a si el cese del actor, acordado por la demandada en 10 de septiembre de 2002, debe calificarse como constitutivo de despido improcedente, tal como ha resuelto la sentencia de instancia, o por el contrario, debe reputarse como extinción del contrato por finalización de la obra. Y el dilema ha de resolverse en el mismo sentido en que lo ha hecho la Juzgadora "a quo", pues constando probado que la "fabricación de los aerogneradores AE-30", que constituía el objeto del contrato para obra o servicio determinado suscrito por ambas partes, había finalizado en el año 1999, y que el objeto exclusivo de la demandada era "la fabricación de elementos para aerogeneradores", es claro que el expresado contrato carecía de la sustantividad y autonomía propias dentro de la actividad de la empresa al no constar especialidad alguna del puesto de trabajo, sino que se trató de la actividad natural y ordinaria de la demandada que no es posible calificarla de autónoma y diferenciarla de las cotidianas, normales y permanentes de la empresa, por lo que la relación laboral debe reputarse desde su inicio como indefinida (art. 2. 1 RD 2.546/1994, de 29 de diciembre, vigente en la fecha de celebración del contrato, en relación con el art. 15. 3 ET y STS de 01.12.96, 19.07 y 26.10.99). En todo caso, aun admitiendo hipotéticamente esa sustantividad, el contrato se habría convertido en indefinido al finalizar la obra por no haber existido denuncia expresa y haber continuado el demandante con la prestación de servicios (art. 8. 2 del RD 2.546/1994), pues tampoco ha quedado debidamente acreditado -carga que incumbía a la empresa- que la actividad realizada posteriormente por el trabajador tuviese naturaleza estrictamente temporal, por lo que ha de concluirse que se trató de la que era propia y permanente de la demandada, máxime teniendo en cuenta que su objeto exclusivo era precisamente la fabricación de elementos para aerogeneradores.

Por otro lado, resulta también inaceptable la alegación relativa a que la condición de trabajador fijo sólo se adquiere si de la propia naturaleza de la actividad -fabricación de aerogeneradores-, ya finalizada, no se dedujese la duración temporal del contrato, pues una cosa es el objeto social de la empresa y su carácter de unión temporal, y otra distinta la naturaleza de la relación laboral que unía a las partes, de tal modo que la hipotética temporalidad de aquel objeto social (en este caso tampoco consta que la demandada hubiese sido disuelta y cesado por completo en su actividad), no supone la transformación de una relación laboral que ya era indefinida desde su inicio -por fraude de ley en la contratación- en otra de naturaleza temporal, ya que la empresa demandada al contratar como trabajador al actor quedó sometida al ordenamiento laboral en su conjunto, con independencia de su carácter temporal o no, y al cumplimiento de sus obligaciones laborales para con los trabajadores. Consecuentemente, la calificación del cese del actor como despido improcedente, realizado por la sentencia de instancia (arts. 55.4 y 56 ET), debe reputarse correcto y ajustado a derecho.

TERCERO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada "R.C.M.B., UTE", contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2002 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del actor don J.M.F., debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

3661 **Recurso núm. 3.224/00**

S.S. TRABALLADOR INDEFINIDO NON FIXO AO SERVIZO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, AO SER CONTRATADO EN FRAUDE DE LEI PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a nueve de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.224/00 interpuesto por el CONSORCIO DE

SANTIAGO DE COMPOSTELA 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 M.P.M.S. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado el CONSORCIO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 39/00 sentencia con fecha veintinueve de abril de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Que la actora doña M.P.M.S. suscribió con el Consorcio de la Ciudad de Santiago contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en fecha uno de febrero de mil novecientos noventa y tres, para la prestación de servicios como Limpiadora, con idéntica categoría profesional, en jornada de 40 horas semanales, de lunes a viernes y hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, teniendo como objeto del contrato la realización de tareas de limpieza a realizar en el Consorcio de la Ciudad de Santiago y la limpieza de Pabellón de Exposiciones "Compostela 93", situado en la plaza de la Trinidad. En fecha uno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro se suscribió nuevo contrato, bajo idéntica modalidad contractual, para la prestación de servicios como Limpiadora, con idéntica categoría profesional, en jornada de 40 horas semanales, de lunes a viernes y con un termino de un año, teniendo como objeto del contrato la prestación de servicios como mujer de limpieza en el Consorcio de la Ciudad de Santiago. Dicho contrato fue prorrogado en fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, suscribiéndose nuevo contrato de idéntica modalidad en fecha dos de enero de mil novecientos noventa y seis y continúa la prestación de servicios en el momento actual./ SEGUNDO.- Que por Real Decreto 260/91 de 1 de marzo se aprobó la Organización del Real Patronato de la Ciudad de Santiago de Compostela, teniendo por misión promover y coordinar todas aquellas acciones que deban realizar en Santiago de Compostela las Administraciones y Entidades que lo componen, dirigidas a la preservación y revitalización del patrimonio cultural representado por la ciudad de Santiago, en sus aspectos histórico-artísiticos y arquitectónicos, a la difusión de los valores europeístas y al desarrollo y potenciación de las actividades turísticas y culturales vinculadas al itinerario jacobeo, teniendo como atribuciones específicas: a) promover la ejecución de obras e instalaciones en general, así como la construcción y establecimiento de medios adecuados de transportes urbanos e interurbanos relacionados con los objetivos del Patronato; b) impulsar la coordinación de las inversiones que se proyecten por las Administraciones Central, Autonómica y Local, para la realización de las obras, servicios e instalaciones antes referidas; c) promocionar iniciativas y proyectos culturales dirigidos a la potenciación de la Ciudad de Compostela en su condición de lugar de encuentro europeo. TERCERO.- Que para la coordinación institucional derivada de las atribuciones del citado patronato se constituyó un Consorcio de titularidad municipal, cuyos Estatutos se aprobaron en reunión constitutiva celebrada el 28 de abril de 1992 y se publicaron en el B.O.E. de 30 de marzo de 1993, siendo modificados por Acuerdos del Consejo de Administración de 11 de mayo de 1998 y 7 de septiembre de 1998, publicados en el B.O.P. de A Coruña de 22 de diciembre de 1999 y su Reglamento Orgánico se publicó en el B.O.E. de 23 de julio de 1993. CUARTO.- Que en Reunión del Consejo de Administración del Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela celebrada el 3 de diciembre de 1998 se aprobó la Definición de puestos de Trabajo, con aprobación de una plantilla de personal mínima para atender adecuadamente las necesidades técnicas y administrativas que la actividad del Consorcio plantea, incluyéndose el puesto de trabajo y las funciones que la actora viene desempeñando. QUINTO.- Que la actora percibe un salario mensual de ciento veintiocho mil ciento veintiséis pesetas (128.126 ptas), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. SEXTO.- Que en fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve el actor presentó reclamación previa solicitando la declaración de la relación laboral como indefinida, siendo desestimada por resolución de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña M.P.M.S. contra el CONSORCIO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, debía de declarar y declaraba que la actora se

encuentra vinculada con la entidad demandada con una relación laboral de carácter indefinido desde el día uno de febrero de mil novecientos noventa y tres, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por doña M.P.M.S., declara que la actora se encuentra vinculada con la entidad demandada con una relación laboral de carácter indefinido desde el 01.02.93, y condenando a la entidad demandada Consorcio de Santiago de Compostela, a estar y pasar por tal declaración. Decisión ésta contra la que recurre el demandado articulando sendos motivos de suplicación, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en los que denuncia: en el primero, infracción por aplicación indebida o interpretación errónea el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, al considerar realizados en fraude de ley los contratos de trabajo suscritos entre las partes bajo la modalidad de obra o servicio determinado. Y es que a su juicio, los contratos laborales suscritos entre este Organismo y los trabajadores del mismo tienen carácter temporal, como temporales son las funciones para cuyo cumplimiento se contrató al trabajador, en tanto que obedecen a encomiendas de las Administraciones que integran el Consorcio, organismo que carece de competencias propias y su dotación presupuestaria se integra exclusivamente por aportaciones de aquellas Administraciones. Sin que, por otra parte, se hubiera incumplida ninguna de las condiciones establecidas en la doctrina y en la jurisprudencia para el tipo de contratación elegido: obra o servicio de duración incierta y autonomía y sustantividad propia, sin que el trabajador se ocupe de tareas distintas. El Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela posee la naturaleza jurídica propia de una administración institucional o ente instrumental que se crea merced a la voluntad cooperativa de las tres Administraciones matrices para llevar a cabo los fines o programas previstos por el Real Patronato de la Ciudad de Santiago.

Como ente instrumental no ejerce competencias propias sino que su actividad depende en todo momento de lo que se le encomiende por las administraciones públicas que lo crearon, como precisamente afirman los interesados al citar el artículo 40 de sus Estatutos, sólo asume la ejecución de proyectos, gestión de servicios o "aquellas funciones que las administraciones consorciadas le atribuyan". El hecho de que en el Preámbulo se aluda "al carácter permanente de las necesidades ..." no es más que una declaración obvia de la multiplicidad de fines que deben de atender las administraciones que motiva entre otros, el motivo de la creación del Consorcio como un sistema de gestión asociativo o instrumental pero, ello no quiere decir que éste sustituya con carácter definitivo la gestión de determinados servicios o ejecución de programas, pues su contenido es mudable dependiendo de las funciones que se le encomienden, que se concretan de forma variable en los distintos presupuestos conformados por las aportaciones de las distintas administraciones matrices. Por ello, la circunstancia que los reclamantes hayan suscrito más de un contrato no puede reputarse como fraude de ley en el sentido que se produjera una alteración de fondo en cuanto a la modalidad de obra o servicio determinado, pues la naturaleza jurídica del Consorcio como sistema de gestión o administración instrumental sin competencias propias, para la realización de determinados servicios, obras, programas y funciones, permite afirmar la inexistencia de fraude de ley en la elección de la modalidad de contratación para el personal.. .".

En el segundo motivo denuncia infracción por aplicación indebida o interpretación errónea los arts. 14, 23.2 y 103. 3 de la Constitución Española, 19 y 15.1 de la Ley 30/1984, y el Título Segundo del Real Decreto 364/1995, por entender que la sentencia de instancia aunque afirma que reconoce el carácter indefinido de la relación laboral, reconoce en realidad el carácter de fijo, lo que es de todo punto inadmisible en base a la legislación citada y la jurisprudencia que lo interpreta (STS de 20 de enero de 1998, RJ 1.000\1998), ya que de acuerdo con el voto particular que contiene la citada sentencia, el reconocimiento del pretendido carácter indefinido de la relación laboral supone que el trabajador consolida, 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.

SEGUNDO.- El examen del recurso y de la censura jurídica que se denuncia en los anteriores motivos, lleva a la Sala a la conclusión de que no puede prosperar por las siguientes razones:

1.- En primer término, consta probado que la actora suscribió con el demandado, Consorcio de la Ciudad de Santiago, contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en fecha 01.02.93, para la prestación de servicios como limpiadora, en jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes, y hasta el 31.12.93, teniendo como objeto dicho contrato la realización de tareas de limpieza a realizar en el Consorcio de la Ciudad de Santiago y la limpieza de Pabellón de Exposiciones "Compostela 93". En fecha 01.02.94 suscribió nuevo contrato bajo idéntica modalidad contractual, para la prestación también de servicios como limpiadora, en jornada de 40 horas semanales, de lunes a viernes, y con un término de un año, teniendo como objeto el contrato la prestación de servicios como mujer de limpieza en el Consorcio de la Ciudad de Santiago y en el Pabellón de Exposiciones "Compostela 93". En 02.01.95 suscribió nuevo contrato, bajo idéntica modalidad contractual, para la prestación de servicios como limpiadora, en jornada de 40 horas semanales, de lunes a viernes y con un término de un año, con el mismo objeto que los anteriores. Dicho contrato fue prorrogado en 29.12.95, suscribiéndose nuevo contrato en idéntica modalidad en fecha 02.01.96, y continuando la prestación de servicios en el momento actual.

Consta también acreditado que por Real Decreto 260/91, de 1 de marzo, se aprobó a Organización del Real Patronato de la Ciudad de Santiago de Compostela, teniendo por misión promover y coordinar todas aquellas acciones que deban realizar en Santiago de Compostela las Administraciones y Entidades que lo componen, dirigidas a la preservación y revitalización del patrimonio cultural representado por la ciudad de Santiago, en sus aspectos histórico-artísticos y arquitectónicos, a la difusión de los valores europeístas y al desarrollo y potenciación de las actividades turísticas y culturales vinculadas al itinerario jacobeo... Y para la coordinación institucional derivada de las atribuciones del citado Patronato se constituyó un Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela, de titularidad municipal, cuyos Estatutos se aprobaron en reunión constitutiva celebrada el 28 de abril de 1992 y se publicaron en el B.O.E. de 30 de marzo de 1993, y su Reglamento Orgánico se publicó en el B.O.E. de 23 de julio de 1993.

En la reunión del Consejo de Administración del Consorcio de 03.12.98 se aprobó la definición de puestos de trabajo, con aprobación de una plantilla de personal mínima para atender adecuadamente las necesidades técnicas y administrativas que la actividad del Consorcio plantea, incluyéndose el puesto de trabajo y las funciones que la actora viene desempeñando.

2.- En segundo término, no puede sostenerse la temporalidad de los contratos de trabajo suscritos por la actora sobre la base, también, de la temporalidad de las funciones para cuyo cumplimiento se contrató al trabajador, por obedecer -a juicio del organismo recurrente- a encomiendas de las Administraciones que integran el Consorcio, al carecer éste de competencias propias e integrarse exclusivamente su dotación presupuestaria por las aportaciones de aquéllas Administraciones. Y es que, de un lado, en absoluto consta ese pretendido carácter temporal del Consorcio empleador, máxime cuando en el preámbulo de sus Estatutos se alude al "carácter permanente de las necesidades que requieren el esfuerzo público combinado.... justifican sobradamente la concepción y el diseño del Consorcio..."; y de otro lado, el art. 1.2 de sus Estatutos señala claramente que "el Consorcio tendrá la condición de Entidad de derecho público de carácter interadministrativo, de titularidad del municipio de Santiago de Compostela", añadiendo el art. 2 de los mismos Estatutos que "el Consorcio de la ciudad de Santiago de Compostela tendrá personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines específicos. Contará con patrimonio propio y desarrollará su actividad conforme a un presupuesto independiente".

En todo caso, debe tenerse presente que esa supuesta temporalidad del Consorcio y sus fines, no supone la transformación de una relación laboral que ya era indefinida desde su inicio -por fraude de ley en la contratación- en otra de naturaleza temporal, ya que el demandado al contratar como trabajadora a la actora quedó sometida al ordenamiento laboral en su conjunto, con independencia de su carácter temporal o no, y al cumplimiento de sus obligaciones laborales para con los trabajadores.

3.- Sentado lo anterior, aparece nítido el carácter indefinido del vínculo laboral que une al Consorcio con la actora, motivado por las irregularidades substanciales que existieron en su contratación como limpiadora, pues es claro que el objeto del primer contrato -

para obra o servicio determinado- carecía de la sustantividad y autonomía propias dentro de la actividad de la empresa al no constar especialidad alguna del puesto de trabajo, ya que se trató de la actividad natural y ordinaria del demandado que no es posible calificarla de autónoma y diferenciarla de las cotidianas, normales y permanentes de la empresa, por lo que la relación laboral debe reputarse desde su inicio como indefinida (art. 2.1 del RD 2.104/1984, de 21 de noviembre, vigente en la fecha del primer contrato, y 2. 1 RD 2.546/1994, de 29 de diciembre, vigente en la fecha de celebración de los posteriores, en relación con los arts. 6. 4 del C.c. y 15.3 ET, así como las STS de 01.12.96, 19-7 y 26.10.99), máxime cuando con la aprobación de una plantilla de personal mínima para atender adecuadamente las necesidades que la actividad del Consorcio plantea, se incluyó el puesto de trabajo y las funciones que la actora viene desempeñando. Por otra parte, debe tenerse presente que es doctrina unificada ya consolidada (sentencias de la Sala IV del TS, entre otras, de 20 de febrero de 1997, 21 de febrero de 1997, 25 de marzo de 1997, 5 de mayo de 1997 y 29 de mayo de 1997, dos sentencias), la que señala que "cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos (superiores a 20 días), en supuestos singulares y excepcionales, en que se acredita -como ocurre en este caso- una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral".

4.- Finalmente, resulta de todo punto inconsistente la alegación del recurrente relativa a que la sentencia de instancia, aunque afirma que reconoce el carácter indefinido de la relación laboral, admitió en realidad a la actora como fija de plantilla. Tal afirmación que parece fundarse en el voto particular que contiene la STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1.000\1998), no resulta admisible, por cuanto la doctrina unificada es la contenida en la decisión mayoritaria de la citada sentencia, que comienza reconociendo la especial posición de las Administraciones Públicas en materia de contratación temporal "en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales (sin hacer distinción de modalidades) no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público" (art. 19 de la Ley 30/1994, de la Función Pública). Se reconoce así la existencia de una concurrencia conflictiva entre la regulación administrativa y la laboral, que debe resolverse reconociendo la preferencia aplicativa de la norma administrativa "como norma especial en atención a la especialidad de la propia contratación administrativa". A partir de esta conclusión se identifican las consecuencias de la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla señalando que "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término". Pero sin que esto suponga 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". Por ello, no puede atribuirse, como afirma el recurrente, "la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo". El recurso, por tanto, ha de ser desestimado con la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada.

TERCERO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandado Consorcio de Santiago de Compostela, contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, en los presentes autos tramitados a instancia de la demandante doña M.P.M.S., frente a la entidad recurrente, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, con imposición a la parte demandada de las costas causadas en el recurso, que incluirán la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante.

3662 **Recurso núm. 3.107/03**

S.S. PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO DECRETADO, DADA A REITERADA NEGATIVA DO TRABALLADOR A REALIZAR HORAS DE PRESENCIA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Mª Antonia Rey Eibe

A Coruña, a diez de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.107/2003 interpuesto por don R.B.R.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.B.R.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado COMUNIDADE HEREDITARIA DE M.P.Y. y D.R.F.-COLEXIO M.P., S.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 781/2002 sentencia con fecha trece de marzo de dos mil tres por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

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

"Primero.- Don R.B.R.G. viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 1 de julio de 1991. Su categoría profesional es de celador. Su salario tomando como referencia la referida categoría, una jornada semanal de 31 horas y sin incluir el plus de nocturnidad es de 607,91 euros. Segundo.- El contrato de trabajo suscrito entre ambos litigantes es un contrato de duración determinada celebrado al amparo del artículo 15 ET el 1 de noviembre de 1999. En este documento se fija una jornada mensual de 31 horas prestadas de lunes a domingo. En las cláusulas adicionales del contrato se estipulo lo siguiente: "Undécima: Las horas de mera presencia del trabajador en el centro de trabajo no se consideran dentro de la jornada de trabajo efectivo. Duodécima: Por la propia naturaleza del trabajo, el trabajador contratado tendrá la consideración de personal interno por lo que deberá pernoctar en el centro según el horario establecido". Tercero.- El Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 13 de septiembre de 2002 resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el hoy actor contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Santiago el 29 de abril de 2002 sobre resolución de contrato y que denegó la demanda. El TS confirma la sentencia de instancia (damos su contenido por reproducido). Dicha sentencia está pendiente de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, siendo la última actuación procesal el dictado por el Alto Tribunal de una providencia de fecha 3 de febrero de 2003,acordando dar audiencia a las partes sobre concurrencia de una posible causa de inadmisión del recurso. Cuarto.- El TSX Galicia dictó sentencia el 14 de febrero de 2003 confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo social número uno de esta ciudad en los autos 530/2002, denegando la demanda del hoy actor sobre resolución de contrato (damos su contenido por reproducido). Quinto.- Don R.B.R.G. interpuso el 23 de noviembre de 2001 demanda de reclamación de cantidad, de la que conoce el Juzgado de lo Social número uno de esta ciudad en los autos 764/2001. La pretensión fue resuelta por sentencia de 24 de octubre de 2002. En esta resolución se consigna en el hecho probado tercero lo siguiente: " Que el actor está obligado a pernoctar en el centro, en dormitorio individual situado dentro del pasillo de las habitaciones de los internos, los días que trabaja, prestando servicios en la siguiente forma: una semana librando una noche, desde el lunes hasta el viernes, despertando a los internos a las siete cuarenta y cinco horas y hasta las ocho cuarenta y cinco horas, días alternos; de trece treinta horas a quince cuarenta y cinco horas, dedicando media hora diaria a comer; y de veinte a veinticuatro horas, salvo el día que libra de noche, que trabaja de veinte a veintidós horas, dedicando media hora diaria a cenar; otra semana, librando dos noches, desde el lunes hasta el viernes, dos días alternos de siete cuarenta y cinco horas, a ocho cuarenta y cinco horas de trece treinta horas a quince cuarenta y cinco horas, dedicando media hora diaria a comer, durante cuatro días; y de veinte horas a veinticuatro horas, dos días y los días que libra noche, de veinte a veintidós horas, dedicando media hora diaria a cenar, los sábados, uno cada tres, de trece treinta horas a veinticuatro horas y los domingos, uno de cada t res de nueve horas a veinticuatro horas, dedicando media hora a comer y

otra media hora a cenar". En el fundamento derecho primero de esta sentencia se razona que las horas de pernocta y comida no pueden considerarse horas extraordinarias, debiendo conceptuarse como horas de presencia en el centro, por lo que sin sumarse a estas las horas efectivas de trabajo, la jornada laboral del centro, no excede, en cómputo anual, de promedio de treinta y una horas semanales para las que fue contratado, por lo que desestima la demanda en lo que respecta a este extremo. El resto del contenido de la sentencia se da por reproducido. El 19 de febrero de 2003 don R.B.R.G. interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia. Sexto.- El actor fue sancionado por la empresa mediante carta entregada el 7 de noviembre de 2001 por una falta grave consistente en la falta injustificada al trabajo, confirmada por sentencia de este Juzgado de 14 de febrero de 2002, que es firme. El trece de diciembre de 2001 recibió otra carta de sanción por la comisión de falta grave, sanción anulada por sentencia de este Juzgado de 6 de marzo de 2002 por no encontrarse la falta tipificada, resolución que es firme. El catorce de diciembre de 2001 se le notifica la imposición e una falta muy grave, siendo revocada por falta de tipicidad por sentencia del Juzgado de lo Social número uno de 31 de diciembre de 2001. Séptimo.- El 7 de octubre de 2002 la hoy demandada entrega a don R.B.R.G. su horario de trabajo para el curso 2002-2003 (cuyo contenido damos por reproducido). El 10 de octubre de 2002 don R.B.R.G. remite a la Dirección del colegio P. un escrito que tras toda una serie de manifestaciones que damos por reproducidas, señala que "me considero totalmente eximido de la obligación de pernocta, obligación que considero nula a todos los efectos. A partir del recibo de la presente el que suscribe procederá a retirarse a su domicilio, una vez finalizada su jornada diaria (las 22,00 p.m. o las 24,00 p.m.) reincorporándose en la hora del día siguiente que corresponda, según el horario (las 7-45 a.m. o las 13,30 p.m., según el caso), para lo que intereso se faciliten las llaves que en su caso se necesiten para la salida y entrada al colegio)". El 14 de octubre de 2002 tuvo lugar una reunión extraordinaria del comité de empresa en la oficina del Director del colegio, quedando recogido el contenido de la reunión en el acta incorporada como documental y que damos por reproducida. Octavo.- Los días 11, 14, 16, 17, 19 y 20 del mes de octubre el actor a pesar de corresponderle pernoctar en el internado según el horario recibido, abandono el centro al rematar el horario diurno, sin dormir en el centro e incorporándose para cumplir sus obligaciones matinales. Fue sustituido, a petición del Director del centro, por don J.P.F., también celador del Colegio. Décimo.- El Comité de empresa trató en diversas ocasiones con la Dirección las condiciones económicas y laborales de los celadores del centro, manifestando la empresa estar dispuesta a negociar una mejora. El comité de empresa tuvo siempre conocimiento de todas las reclamaciones formuladas por el actor contra la empresa. Undécimo.- El actor recibió el 21 de octubre de 2002 boletín de despido con efectos de esta fecha, y cuyo contenido damos por reproducido. Decimosegundo.- Don R.B.R.G. no ejerció durante el año anterior la fecha de despido la condición de delegado de personal o miembro de comité de empresa. Decimotercero.- El día 26 de noviembre de 2002 tuvo lugar el acto de conciliación ante el SMA, el cual remato sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo desestimar la demanda interpuesta por don R.B.R.G. contra la COMUNIDADE HEREDITARIA DE M.P.Y. y D.R.F.-COLEXIO M.P., S.C., declarando su despido procedente."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor sobre despido nulo o subsidiariamente improcedente. Y contra dicha resolución recurre en Suplicación dicho demandante, solicitando en primer término al amparo del art. 191.b de la LPL revisión de hechos probados en concreto del ordinal segundo, a fin de que se modifique por el que propone en su escrito de recurso. Se basa el recurrente, en la documental unida a las actuaciones consistente en las sentencias dictadas por el TSJ Galicia , en autos 530/02 y 700/01, seguidos a instancia del ahora demandante contra la misma empresa.

La revisión no se admite por cuanto que los documentos en los que se basa, cuales son las sentencias dictadas en otro proceso anterior carecen de eficacia revisoria, ya que los medios probatorios aportados en aquellos procesos pueden reflejar una realidad no acre-

ditada en el proceso actual o ser reflejo de las diferentes pruebas practicadas ,y ello sin perjuicio de la facultad del juzgador de instancia, en uso de la facultad que le confiere el art. 97,2 de la LPL para formar su convicción teniendo en cuenta lo declarado en otros procedimientos, y que así desarrolla la magistrada de instancia en la resolución impugnada; y lo mismo en cuanto a la revisión solicitada del ordinal Sexto de prueba , por cuanto que el documento en el que se fundamenta obrante a la causa al folio 100, nada acredita en orden a lo manifestado, ni puede otorgarse asimismo eficacia al acta de conciliación celebrado en el SMAC, en la que fundamenta la revisión solicitada, puesto que dichas actas de conciliación sólo acreditan la fecha de celebración del acto y de las partes intervinientes, pero no de las manifestaciones de éstas, añadiendo que las mismas, carecen de fuerza vinculante, además de referirse a otro proceso anterior al ser emitidas con la finalidad de avenencia.

SEGUNDO.- Con idéntico amparo procesal en el art 191,b de la LPL solicita el recurrente la adicción al hecho tercero de prueba de la redacción que propone en su escrito de recurso.

La revisión no se admite puesto que el recurso de Suplicación es un recurso 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 que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que las mismos 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, hasta el punto de que precisamente se haya dicho de que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil 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 (SS TSJ Galicia 03.10.00, 14.04.00, entre otras); que es lo que acontece en el supuesto litigioso en el que además de que, los documentos que se invocan no acreditan el error valorativo del juzgador, los extremos que se discuten y en virtud de, los cuales solicita el recurrente la revisión fáctica son objeto de valoración en sede jurídica y no de revisión en vía de hechos.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el art 191.c) de la LPL denuncia el recurrente, interpretación errónea del art. 54 del ET, así como de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que cita en su escrito de recurso, y del Tribunal Supremo, en concreto con relación al Alto Tribunal cita las sentencias de 19.01.87, 28.11.89. Alega el recurrente que antes de acudir a la vía de hecho, que dio origen al despido, dicho demandante lleva pleiteando con la empresa desde el 17.02.01, reclamando una jornada superior y salarios acordes con la misma, lo que fue denegado por la empresa y tal situación fue confirmada en vía judicial, por lo que a su juicio, el hecho de exigirle realizar una serie de funciones sin que perciba prestación económica alguna acorde a tal función, supone hacer justa la desobediencia que se le imputa dado que la empresa había incumplido reiteradamente sus obligaciones salariales al abonarle exclusivamente un salario de 31 horas semanales y no compensar económicamente de manera alguna la estancia superior que exigía al actor; razón por la cual el despido ha de considerarse improcedente.

Centrada en estos términos la cuestión litigiosa, procede ahora discutir si los hechos que se contienen en la carta de fecha 21.10.00 son o no constitutivos de despido; y permaneciendo inalterados los hechos probados la cuestión ha de ser resuelta en el sentido acordado por la juzgadora de instancia, puesto que cuando el actor adopta la vía de hecho y comunica a la demandada que deja de pernoctar en el centro conoce perfectamente los pronunciamientos dictados por el juzgado de lo Social, y posteriormente confirmados por la Sala de lo Social del TSJ Galicia, sobre la desestimación de la demanda interpuesta por el actor sobre resolución de contrato que confirmando la dictada en la instancia, reitera el pronunciamiento que el actor está obligado a pernoctar en el centro, y que no se considera la pernocta ni la comida, como tiempo de trabajo efectivo, por lo que no cabe hablar de horas extras, ni consta la realización de trabajo nocturno que de lugar al incremento del 25% del salario base para el pago de las horas nocturnas; y lo mismo en cuanto a la sentencia dictada por este tribunal en fecha 24.10.02 confirmando la de instancia, sobre reclamación salarial y en la que se dispone que el actor está obligado a pernoctar en el centro, y que las horas de pernocta y comida no pue-

den considerarse horas extraordinarias , debiendo de conceptuarse como horas de presencia en el centro.

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión, y a tenor de todos los extremos que se relatan en la redacción fáctica, que si el actor de modo unilateral acudió a las vías de hecho optando por la comunicación a la demandada que dejaba de pernoctar en el centro, por considerar dicha obligación nula a todos los efectos, y que tras una reunión extraordinaria del comité de empresa, se le comunicó por escrito en fecha 15.10.02, que de no cumplir lo pactado en la cláusula 12 del contrato de trabajo (obligación de dormir en el colegio) se le procedería a sancionar por indisciplina y desobediencia, los hechos que se le imputan en la carta de despido, y que no se discuten cuales son que los días 11, 14, 16, 17, 19, y 20 de octubre el actor a pesar de que le correspondía pernoctar en el internado según el horario recibido abandonó el centro sin dormir en él, al finalizar el horario diurno, constituye un desobediencia grave y culpable merecedora de la sanción de despido , por cuanto que supone un acto de incumplimiento consciente y querido, de las obligaciones que el contrato de trabajo entraña para el sujeto trabajador.

En definitiva no existe infracción legal por aplicación indebida del art. 54.2 del ET que se denuncia como infringido , ni de la jurisprudencia del tribunal Supremo en las sentencias que se citan de fecha 29.01.87, y 28.11.89, sin que proceda hacer consideración alguna acerca de las sentencias que cita en su escrito de recurso, de los Tribunales Superiores de Justicia, por cuanto que no constituyen doctrina legal, la cual sólo puede ser invocada conforme al art. 1.6 del código Civil, como tal, la que de modo reiterado establezca el Tribunal supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y al haberlo entendido así , la magistrada de instancia su resolución no infringe los preceptos que se denuncian de contrario y previa desestimación del recurso procede confirmar la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por don R.B.R.G. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social número Dos de Santiago de Compostela de fecha 13.03.03, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3663 Recurso núm. 1.338/02

S.S. ACCIDENTE DE TRABALLO. RECARGO DAS PRESTACIÓNS. OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDADE. DILIXENCIA ESIXIBLE Á EMPRESA. RESPONSABILIDADE CUASI-OBXECTIVA. GRADACIÓN DA PERCENTAXE DO RECARGO.

Ponente: Ilma. Srª. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a once de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.338-2002 interpuesto por don I.G.E. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don I.G.E. en reclamación de INFRACCIÓN MEDIDAS SEGURIDAD siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA L.F.M., Empresa "P.V., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 711/01 sentencia con fecha trece de diciembre 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 actor. don I.G.E. prestó servicios para la empresa "P.V., S.A.", desde 13 de marzo hasta el 30 de noviembre de 2000, mediante un contrato de duración determinada, con la categoría profesional de Labrador. 2.- En fecha 21 de junio de 2000 sobre las 14,45 horas el actor, al que previamente se le había ordenado por el encargado el suplir el puesto de descargador en el tramo correspondiente a la sierra número dos, fue a proceder a desatascar la cinta transportadora de bloques de pizarra en el tramo correspondiente a la sierra número tres, y sin que pueda precisarse si cuando el trabajador subió a la cinta, esta estaba parada o en funcionamiento, cuando estaba

subido a esta empujando los bloques con el pie ante la inexistencia en el centro de trabajo de palancas para realizar esa operación desde el suelo, sufrió un accidente que le ocasionó fractura-luxación transcuboidea y fractura maleolo tibial pie derecho con afectación severa de partes blandas y piel, causando baja desde esa fecha por incapacidad temporal. 3.- A consecuencia de dicho accidente se levantó acta de infracción por la Inspección de Trabajo a la empresa demandada, que recurrió la misma, siendo confirmada por resolución de fecha 19 de junio de 2000 de la Dirección Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, contra dicha resolución se interpuso Recurso de Alzada por la empresa demandada. 4.- Por comunicación de fecha 16 de mayo de 2001 de la Inspección de Trabajo se instó expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, dictándose resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social que denegó la imposición de recargo alguno. 5.- El actor se encuentra de baja por incapacidad temporal, percibiendo prestaciones en cuantía del 75% de su base reguladora de147.000 pts., mensuales. 6.- Formulada reclamación previa en fecha 28 de junio de 2001, por el actor se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 8 de septiembre de 2001."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don I.G.E. contra la empresa "P.V., S.A." la Mutua L.F.M., EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo condenar y condeno a la empresa demandada a que abone al actor un recargo por falta de medidas de seguridad en el accidente por él sufrido en fecha 21 de junio de 2000 del 30% de todas las prestaciones de Seguridad de las que sea beneficiario, derivado de dicho accidente, absolviendo al resto de los demandados de la pretensión ejercitada contra ellos por el actor."

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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima en parte la demanda y condena a la empresa demandada a que abone al actor el 30% en concepto de recargo por falta de medidas de seguridad en el accidente de trabajo sufrido por el actor en fecha 21.06.00; recurre en Suplicación ambas partes, demandante y demandada solicitando ésta última, en primer término, y al amparo del art. 191.a) de la LPL, la nulidad de las actuaciones la haber sido denegada la practica de los medios de prueba de los que se intentaba valerse con anterioridad a la fecha de celebración del juicio, lo que ocasionó a juicio de la recurrente una clara indefensión por cuanto que la prueba pericial solicitada era trascendental en orden a la supuesta gravedad de las lesiones así como a sus posibles secuelas.

La denuncia que se formula no puede admitirse, por cuanto que salvo los supuestos en que se hallen comprometidos preceptos de derecho necesario que afecten al orden público del proceso, el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones requiere la vulneración de preceptos o de garantías procesales que hubiesen producido efectiva indefensión, y hubiese sido precedida de la oportuna protesta en forma, conforme a lo previsto en el art. 240 de la LOPJ , ya que en línea con el criterio unánime del TC, no existe indefensión cuando no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa y tampoco cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos por lo que no puede equipararse cualquier infracción o vulneración de las normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquella resulte imputable a su propia conducta; lo que no ocurre en el supuesto litigioso, por cuanto ante la petición formulada por el ahora recurrente de que el actor fuese sometido a un aprueba pericial forense ya ha sido resuelto por el juez de instancia en virtud de providencia de fecha 18.10.01, por no haberse seguido el trámite que señala el art 90.2 de la LPL, esto es sin entrar en el fondo de la cuestión debido a un defecto formal que por extemporáneo determinó su rechazo inmediato, y al que ya se hizo referencia en el acta del juicio, pero es que además ninguna indefensión se causa al recurrente por cuanto que lo que constituye el objeto de la presente

litis no es otra cosa sino que el recargo con cargo a la empresa por infracción de medidas de seguridad, es decir se culpabiliza la responsabilidad empresarial y no la gravedad de las secuelas, ni el estado clínico del accidentado, cuestiones que serían objeto de resolución en otro pleito.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL solicita el recurrente revisión de hechos probados, en concreto del ordinal segundo a fin de que se haga constar que toda manipulación sobre la cinta transportadora se realizaba estando parada. Se basa el recurrente en el acta levantada por la inspección de trabajo, ratificado por la propia confesión judicial, así como por las declaraciones judiciales de los testigos vertidas en el acto del juicio oral.

La revisión no se admite por cuanto que el acta levantada por la inspección de trabajo no constituye un medio revisorio hábil, pues conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia, a pesar de que dichas actas revisten un cualificado valor convictivo (por su cualificación e imparcialidad) la naturaleza "iuris tantum" de las afirmaciones que en ella se contienen referida por el funcionario actuante no se traduce en privilegio probatorio alguno, y que no es obstáculo que para que contra las mismas se utilicen los medios de defensa oportunos, en tanto que tales actas no tienen más valor que otra prueba de las admitidas en derecho, de manera que si las afirmaciones del acta son incorporadas a los hechos probados tras valorar la totalidad de la prueba practicada en autos, su cualidad de verdad formal no viene determinada por el art. 148.2 de la LPL, sino más bien por el hecho de que el juzgador las hubiese incorporado al relato fáctico de la sentencia, precisamente en uso que de la facultad valorativa de la prueba le confiere el art. 97.2 de la LPL ; y es precisamente en uso de esa facultad en el ejercicio del cual el juzgador de instancia configuró el hecho probado segundo, de conformidad con el acta de la inspección de trabajo, en relación con la prueba de confesión judicial y testifical practicada en el acto del juicio oral las cuales no puede ser objeto de revisión a tenor de lo dispuesto en el art. 191.b de la LPL.

TERCERO.- En sede jurídica, y con correcto amparo en el art. 191.c de la LPL denuncia la empresa recurrente infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 20.01.97) y del Tribunal Constitucional (81/95, de 5 de junio) Alega el recurrente que el art. 123 de la L.G.S.S. por su carácter sancionador ha de ser interpretado restrictivamente, ya que la imposición del recargo de prestaciones exige como requisito imprescindible, la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para el trabajador y la infracción del empresario dado que la naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones obliga a una interpretación restrictiva, y en el supuesto litigioso se ha roto el nexo causal entre la conducta observada por la empresa y la producción del accidente, dada la importante intervención activa del trabajador como causa eficiente del mismo, al considerar que el accidente no se produjo por el hecho de que el trabajador se subiese a la cinta y empujase con el pie los bloques de pizarra, sino porque lo hizo estando ésta en marcha.

En materia de recargo de prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, son principios generales recogidos por esta sala entre otras en las resoluciones de 25.04.02, y 15.09.99, las siguientes: 1º) Que exista una obligación empresarial de garantizar a los trabajadores que prestan servicios bajo su dependencia, una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, tal y como resulta de lo establecido en el art 19.1 del ET, a la par que un derecho de todo trabajador a mantener su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo. 2º) Que la citada obligación resulta plasmada con carácter general en la orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza de Seguridad e Higiene en le trabajo, que en su art. 7 establecía como obligación empresarial la de "adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa, 3º) Que en la actualidad la LPRL 31/95, de 8 de noviembre, plasma los anteriores principios en el art. 14 a través de lo que se ha venido denominando, por la doctrina, la "deuda de seguridad" que todo empleador asume con sus productores, constituyendo tal normativa la positivación del principio general del derecho "alterum non laedere", debiendo entenderse que el deber de vigilancia que impone a los trabajadores el art. 14 de la LPRL , ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según las máximas de diligencia ordinaria , exigibles a un empresario normal

cooperador a los fines de la convivencia industrial en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. En particular se viene a señalar que el recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad tiene naturaleza mixta de "indemnización sancionadora", y dada tal naturaleza sancionadora del recargo, se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial su obligada interpretación restrictiva (derivada de la naturaleza sancionadora), pues como señala la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21.02.02 " El recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya interpretación es sólo atribuible en forma exclusiva a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Se trata de una responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia en la conducta del trabajador".

CUARTO.- Para la resolución del presente litigio y permaneciendo inalterado el relato de hechos probados resulta que en fecha 21 de junio de 2000 sobre las 14,45 horas el actor, al que previamente se le había ordenado por el encargado el suplir el puesto de descargador en el tramo correspondiente a la sierra número dos, fue a proceder a desatascar la cinta transportadora de bloques de pizarra en el tramo correspondiente a la sierra número tres, y sin que pueda precisarse si cuando el trabajador subió a la cinta, esta estaba parada o en funcionamiento, cuando estaba subido a esta empujando los bloques con el pie ante la inexistencia en el centro de trabajo de palancas para realizar esa operación desde el suelo, sufrió un accidente que le ocasionó fractura-luxación transcuboidea y fractura maleolo tibial pie derecho con afectación severa de partes blandas y piel, causando baja desde esa fecha por incapacidad temporal fue a desatascar la cinta transportadora de bloques e el tramo correspondiente a la sierra número 3, y sin que pueda precisarse si cuando el trabajador subió a la cinta, estaba parada o en funcionamiento, siendo obligado el aviso al controlador del sistema de transporte de la cinta para proceder a manipular en la misma, cuando estaba subido a ésta empujando…".

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que en la producción del accidente sufrido por el trabajador se observa como tal efecto se señala en la resolución impugnada la infracción del Anexo II, número 1, del apartado 1 del Real Decreto 1.215/97 de 18 de julio, en donde se hace constar que "los trabajadores deberán poder acceder y permanecer en condiciones de seguridad en todos los lugares necesarios para ajustar y mantener y utilizar los equipos de trabajo", puesto que la operación de desatasque de la cinta transportadora se realizaba ante la existencia de palancas adecuadas, que permitieran hacerlo sin subirse a ella , subiéndose a esta, si bien parada y empujando los bloques con el pie , sistema totalmente inadecuado, así como infracción de los dispuesto en el art. 19.1 de la LPRL en cuanto que la empresa no ha garantizado al trabajador una formación teórica y práctica para realizar adecuadamente la operación de desatascar la cinta transportadora.

En definitiva, tratándose el recargo de medidas de seguridad de una responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador, al no requerir la cualificación de elementos subjetivos atinentes a la gravedad del daño o la entidad del mismo incumplimiento, constando que éste ha mediado, y la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, la consecuencia no puede ser otra sino que la de confirmar la resolución de instancia en cuanto a la imposición del recargo.

QUINTO.- Interpone asimismo la parte demandante recurso de suplicación , contra la sentencia de instancia articulando un único motivo, en sede jurídica, y con amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente, interpretación errónea del art. 123 de la L.G.S.S., en cuanto a que solo fija como porcentaje del recargo el 30% cuando debiera de ser el 50%.

La censura jurídica no se admite por cuanto que la fijación del recargo de medidas de seguridad es una facultad discrecional que le compete al juzgador de instancia, de conformidad con los parámetros de racionalidad y proporcionalidad ponderando la gravedad de la falta, la peligrosidad de las actividades, etc, y si bien tal porcentaje puede ser modificado por la Sala de Suplicación si resulta manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso, ello no concurre en el presente supuesto en el que además de no resultar tal hecho fundamentado en el escrito de recurso , de la prueba practicada, así como de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia resulta plenamente ajustado a derecho la imposición del recargo en cuantía del 30%, por lo que procede, previa desestimación del

recurso interpuesto por el demandante, confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por don I.G.E., y la empresa "P.V., S.A." contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social número Uno de Ourense de fecha 13.12.01 debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3664 **Recurso núm. 2.101/03**

S.S. PROCEDENCIA DE EXERCICIO ACUMULADO DE ACCIÓN POR DESPEDIMENTO NULO A CAUSA DE REPRESALIA EMPRESARIAL POR DEMANDAR O TRABALLADOR AO EMPRESARIO, E POR RESCISIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO POR MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO REDUNDANTE EN MENOSCABO DA DIGNIDADE DO TRABALLADOR E PREXUÍZO DA SÚA FORMACIÓN PROFESIONAL.

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

A Coruña, a catorce de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.101/2003 interpuesto por la empresa "L.R., 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 I.R.I., en reclamación de DESPIDO siendo demandadas las empresas "L.R., S.A." y "R.B.C., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 975/02 y 976/02 acumulados sentencia con fecha 14 de febrero de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

"PRIMERO.- El actor don I.R.I. vino prestando servicios para las empresas demandadas "L.R, S.A." y "R.B.C., S.A.", que forman un grupo empresarial, primero desde el 25 de setiembre de 1989 hasta el 14 de febrero de 1990, inscrito como trabajador de "R.B.C., S.A.", propietaria del periódico "A.D." que se edita en Vigo y en donde ejerció el puesto de Redactor y luego desde el 1 de marzo de 1990 como trabajador de la empresa "L.R., S.A.", con la cuál firmó en la indicada fecha un contrato de trabajo, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, para prestar servicios como Subdirector del periódico "L.R.", en cuya cláusula Quinta se afirma el carácter civil del contrato, a cuya Legislación se remite, y que en lo no previsto se estaría a lo dispuesto en el Real Decreto de 1 de agosto de 1985 que regula la relación laboral de carácter especial de alta Dirección, con carácter supletorio. En fecha 1 de junio de 1998 también como trabajador de "L.R., S.A.", firmó un contrato de alta dirección, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. En dicho contrato en la cláusula primera se dice que "en el desempeño de sus funciones como Alto Directivo se atendrá a las instrucciones que reciba del Consejo de Administrador de "L.R., S.A.", del Presidente del mismo o del Director del Periódico" y en la cláusula Tercera, párrafo Segundo se dice "Así pues se especifica claramente que la relación que hoy se formaliza suspende la relación laboral común que existió entre las partes, y en consecuencia de extinguirse el contrato de Alta Dirección por cualquier circunstancia, excepto por incumplimiento grave y culpable de alto Directivo, se reanudaría aquella relación de origen en los términos expresados." El actor venía percibiendo un salario de 4.006´76 euros mensuales, incluida prorrata de pagas extras hasta el 30 de setiembre de 2002. En concepto de incentivos percibió 1.200.000.-pts., correspondientes al año 1998 y 2.000.000.-pts., correspondientes al año 1999. SEGUNDO.- El actor desde el 1 de marzo de 2000 en que pasó a prestar servicios en Ourense, vino ocupándose con la categoría profesional de Subdirector del periódico "L.R., S.A.", de la gestión rutinaria del mismo, realizando la s siguientes funciones: Planificación del periódico diario; instrucción a los responsables de redacción

sobre los contenidos generales y distribución de las distintas secciones; contactos con fuentes de información; diseño de la portada; proponía modificaciones de páginas y secciones y diseños de otras nuevas; proponía al Director del periódico la compra de servicios externos, el pago a colaboradores, fotógrafos, renovaciones de contratos, sustituciones; mantenía conversaciones con personas de la redacción y de fuera de ella sobre todo lo relacionado con el periódico; hacía el guión de las nuevas publicaciones distintas del periódico y las coordinaba y supervisaba; prestaba apoyo al Director de "A.D." en cuestiones comunes a ambas publicaciones (las páginas de nacional e internacional son comunes y se hacen en Ourense). TERCERO.- Dichas funciones las venía ejerciendo en horario de tarde desde las 17 horas hasta el cierre del periódico y en fines de semana, alternos, el Domingo en jornada más reducida de 18 a 24 horas. CUARTO.- El Consejo de Administración de "L.R., S.A.", cuya vida registral por constar en autos se da por reproducida, estaba constituido hasta el 7 de noviembre de 2001, por don J.L.O.R. (Presidente), Secretaria doña A.Mª.O.R., Vocales: doña Mª.I.O.R., doña Mª.B.O.R., don A.O.V., don O.O.V. y don J.L.O.V.. Siendo Consejero-Delegado don J.L.O.R., a partir de esa fecha en Junta General Extraordinaria de accionistas, fue nombrado como Vicepresidente y Consejero don A.S.I., Director del periódico, permaneciendo los demás cargos iguales. QUINTO.- En el mes de julio del año 2000 al actor por el Director del periódico don A.S.I., se le comunica su relevo como Subdirector del periódico, para pasar a ocupar el puesto de Subdirector de Coordinación y Producción de Publicaciones, cambio que se produciría en setiembre y para lo cual se le haría un nuevo contrato. En el seno de las negociaciones para que este cambio se produjese, el actor propuso como posible sucesor al Redactor-jefe del periódico pero sin llegar a aceptar en ningún momento el cambio propuesto ante la falta de concreción de sus nuevas funciones. En fecha 3 de setiembre de 2002 el actor comienza a disfrutar sus vacaciones. En fecha 5 de setiembre de 2002 el periódico modifica la "mancheta" apareciendo como subdirector en funciones don M.S.L. y como subdirector de Coordinación y Publicaciones el actor. El día 11 de setiembre recibe a través de administración, un borrador de un contrato de trabajo de fecha 1 de setiembre de 2002 para ejercer el cargo de subdirector de Producción y Coordinación de Publicaciones, en el que se le fija un salario de 30.050´60 euros en concepto de retribución en 15 pagas y 12.020´24 euros en concepto de complemento de puesto de trabajo, contrato que no firmó. El día 13 del mismo mes recibe de administración un borrador de finiquito, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, por el que cesaba en la empresa en fecha 31 de agosto de 2002 y le correspondía una liquidación de 5.404´73 euros. SEXTO.- Disfrutadas sus vacaciones se reincorporó a su trabajo y ese mismo día se le dice por el Director del periódico que va a pasar a ejercer las funciones de subdirector de coordinación y producción de las publicaciones (Vida -Domingos- y "El Euro" -Domingos-, Gente Mayor -el primer Domingo de cada mes-, "Eco Agro" (Sábados), "+ Deporte" (martes, salvo en verano), "Xornada Escolar" (miércoles cada 15 días), al frente de cada uno de los cuales hay un responsable), en horario de lunes a viernes, en jornada de mañana y tarde (36 horas), sin que tenga trabajo los fines de semana y sin que a partir de entonces, se ocupe de los contenidos del periódico. El día 4 de octubre de 2002 se le facilita el despacho que antes estaba ocupado por la Directora de "L.R.I.", con una silla, un sillón y una mesa, un ordenador, con el que al principio tuvo problemas que luego fueron solucionados. En la nomina del mes de octubre pasó a percibir un salario de 3.506´79 euros, incluida prorrata de pagas extras. SEPTIMO.- El actor en fecha 28 de octubre de 2002, interpuso papeleta de conciliación por modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, alegando vulneración de Derechos Fundamentales, celebrándose la conciliación en fecha 12 de noviembre de 2002, el actor interpuso demanda en fecha 14 de noviembre que fue turnada a este Juzgado y acordándose por Providencia de fecha 21 de noviembre de 2002 la suspensión de los actos de conciliación y juicio al haber sido despedido el actor y mientras no se dictase una resolución definitiva. OCTAVO.- En fecha 15 de noviembre de 2002 al actor le es entregada carta de despido del siguiente tenor literal: "…La Dirección de esta Empresa viene constatando, desde ya hace tiempo y, concretamente, desde antes del verano pasado, que viene Ud. utilizando su cargo de relevancia en el Periódico "L.R." para asuntos personales, incluso haciendo ostentación pública de ello, ante diversas personas e instituciones. Y no solo eso, sino que incumplía la dedicación horaria que se le exigía, y todo ello con una falta total de lealtad para con esta Empresa.- Pues bien, tratando de reconducir esta situación se intentó, de común acuerdo, y durante los meses de julio y agosto,

reestructurar su nivel directivo en la Dirección de "L.R.", asignándole tareas de menos exigencia, si bien siempre tratándose de trabajos directivos. Para ello se tuvo especial preocupación en dotarlo de medios adecuados proporcionados a su nivel representativo (despacho central en la Redacción, equipamiento informático, mobiliario, horario pertinente y un puesto profesional de la máxima relevancia).- Además la empresa pretendió enfocar con amplitud la nueva etapa en un contexto de colaboración y buenas formas, pactando con usted la presentación pública de la nueva organización como así se concretó en la nueva "mancheta" del periódico, donde usted aparece en un emplazamiento de alta significación.- A pesar de que Ud. asintió verbalmente a dicho cambio, lo que se concretó en su aceptación efectiva de la nueva situación durante los meses de julio, agosto y setiembre en que se desarrolló todo lo hablado previamente, cuando llegó el momento de la firma se negó a ello, faltando claramente a la buena fe contractual.- Ante la imposibilidad de concretar este acuerdo, a la Empresa -dado la gravedad de la situación- no le queda otro remedio, en uso de su responsabilidad, que actuar unilateralmente y tomar la decisión de despedirle.- Además, recientemente, ha puesto Ud. una demanda por supuesta modificación substancial de sus condiciones de trabajo, en la que hace afirmaciones totalmente falsas, imputando a la Dirección de esta Empresa el apartarlo de la funciones, por ser incómoda su línea de tratamiento informativo, manifestando que son vulnerados sus derechos fundamentales de no discriminación por razón de opinión, y el de difundir y expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones, así como que se conculca un derecho a comunicar o recibir libremente información.- Queremos manifestarle nuestro absoluto respeto por los derechos que Ud. invoca y que nunca se le han negado en esta empresa. Asimismo, también respetamos su derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, que Ud. acuda a los tribunales de justicia en apoyo de sus pretensiones, pero como quiera que estas imputaciones las realiza Ud. por escrito y verbalmente, siendo como son rigurosamente falsas y atentatorias contra la "ultima ratio" de un medio de comunicación, esta Dirección se ve en la necesidad de prescindir de sus servicios inmediatamente al no ser posible su continuidad en esta empresa siendo como es un responsable del más alto nivel directivo de la Redacción del Periódico.- Su actitud pues se puede tipificar de transgresión de la buena fe contractual con grave perjuicio para la empresa, actitud que está considerada como una FALTA MUY GRAVE por el Articulo 54 del vigente Estatuto de los Trabajadores, que considera este tipo de actuación como grave y culpable, y sancionable con el Despido que, a medio del presente escrito se le impone y comunica y que surtirá sus efectos a partir del día de hoy.- Queremos dejar constancia por último que esta decisión se toma al considerar su actitud para con la empresa de deslealtad continuada sin que para nada haya influido el hecho de que haya Ud. presentado una Demanda de Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo, cuyo resultado se resolverá en sede judicial.- Tiene en las oficinas de la empresa la liquidación correspondiente, y de esta carta se dará copia al Comité de Empresa." NOVENO.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo representativo de los trabajadores durante el último año. DECIMO.- En fecha 12 de noviembre de 2002 el actor interpuso papeleta de conciliación por Rescisión de Contrato celebrándose el acto de conciliación en fecha 28 de noviembre de 2002, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 10 de diciembre de 2002. UNDECIMO.- En fecha 20 de noviembre de 2002 presentó papeleta de conciliación por Despido, celebrándose el acto de conciliación en fecha 28 de noviembre de 2002, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 10 de diciembre de 2002".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando en parte las demandas acumuladas –autos nº 975/02 y 976/02, formuladas por don I.R.I. contra las empresa "L.R., S.A.", y "R.B.C., S.A.", debo declarar y declaro extinguida la relación laboral que une a las partes, condenando a las empresas demandadas conjunta y solidariamente a que le abonen una Indemnización de 80.436'51 euros, más 12.153'96 Euros en concepto de Salarios de Tramitación y 901'52 euros 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.

QUINTO.- Con fecha 28 de mayo de 2003, se dictó auto inadmitiendo el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "R.B.C., S.A." contra la sentencia del Juzgado

de lo Social nº 1 de Ourense de fecha 14.02.03, continuando en trámite el de la empresa "L.R., S.A."

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre "L.R., S.A." en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se desestimen las demandas acumuladas de rescisión y despido y se declare procedente el despido acordado, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.B y C LPL interesa la revisión de los HP 5º y 7º (motivos 1º,2º y 3º) y denuncia infracción del art. 54.2.d ET en relación con el art. 106.1 LPL (motivo 4º) y (motivo 5º) del art.50.1.A en relación con los párrafos 2º y 3º del nº 3 del art. 41, ambos del ET.

La sentencia dictada en la instancia declara extinguida la relación laboral que une a las partes y condena a las demandadas a que abonen al actor don I.R.I. una indemnización de 80.436'51€ más 12.153'96 € en concepto de salarios de tramitación y 901'52 € en concepto de indemnización.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso interesa "L.R., S.A." se revise el primer párrafo del HP 5º en el siguiente sentido: A) Se sustituya en el párrafo inicial: "en el mes de julio del año 2000…", por: "en el mes de julio del año 2002…". Invoca la documental de los folios 191 al 204, la demanda y un mero error material. B) Se adicione que "el actor aceptó ceder su despacho a la persona que propuso como su sustituto", alegando que es una afirmación de hecho no controvertida, contenida en el hecho 7º de las demandas y en la demanda de modificación sustancial obrante a los folios 191 al 204. Y C) Se suprima "la afirmación de que el actor no llegó a aceptar en ningún momento el cambio propuesto ente la falta de concreción de sus nuevas funciones", declarando que "se llegó al acuerdo del cambio de funciones en el mes de septiembre, proponiendo el actor a su sustituto ,,,". Se alega al efecto que lo afirmado en la instancia "se aparta de las reglas de la lógica y la razón", que el cambio de funciones fue aceptado por el actor se deriva "desde la certeza de unas negociaciones, de la propuesta del actor de su sustituto…".

El motivo lleva a las siguientes consideraciones:

Primera.- Procede la rectificación reseñada en el apartado A) precedente dado que así se justifica por la documental de los folios 191 al 204 y por las propias demandas, constatándose la consignación del año 2000 en vez del 2002 como un error material (como así se asume en la impugnación del recurso).

Segunda.- La revisión reseñada en el apartado C) precedente no resulta viable. A partir de lo dispuesto en los arts. 191.B y 194 LPL y de que conforme tiene declarado reiteradamente esta Sala, el error de hecho justificativo de la revisión fáctica de la sentencia, necesariamente ha de resultar de documento o pericia que en forma directa y evidente pongan de manifiesto el error que se atribuye al Juzgador, a quien corresponde la facultad de valorar la prueba conforme a las normas de la sana crítica (art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que su objetiva y ponderada apreciación pueda ser desvirtuada por los razonamientos o criterios interesados de las partes a menos que exista prueba concluyente e inequívoca del error imputado.

Por consiguiente, no cabe fundar la revisión de que se habla argumentando –como hace la recurrente- que el juzgador de instancia "se aparta de las reglas de la lógica y la razón" y demás que se dejó dicho. No se invoca prueba documental o pericial apta al efecto y esto que se alega carece de eficacia revisoria, no pudiendo meramente ser sustituido el imparcial criterio judicial de instancia por el interesado de la parte, a quien corresponde probar la aceptación del cambio de funciones que alega. El criterio judicial aparece, además, correcta y explícitamente motivado en el fundamento Jurídico 3º de la sentencia recurrida y no se desvirtúa en Suplicación: "Modificación sustancial que en contra de lo alegado por las demandadas, no consta acreditado que hubiera sido aceptado por el actor, porque si bien es cierto que por parte del director del periódico se entablaron negociaciones para realizar el cambio, no existe una prueba concluyente de su aceptación –sólo lo afirma …. debiendo destacarse además de la conducta del propio actor, que se negó a firmar el contrato … la declaración del nuevo subdirector…". En suma, el conjunto probatorio practicado en el juicio (incluso testifical) permite y avala la valoración judicial plasmada en el HDP 5º cuestionado y no hay causa legal para revisarla de conformidad con lo dispuesto en los arts. 191.B y 194 LPL.

Y Tercera.- La revisión reseñada en el apartado B) precedente lleva a lo afirmado en el hecho 7º de las demandas acumuladas; en que se dice que el actor aceptó "ceder su des-

pacho" pero en un contexto radicalmente distinto al pretendido de un acuerdo sobre el cambio de funciones en septiembre, como es el que se declara en el párrafo 1º del HP 5º de la sentencia recurrida y "en la creencia de que es con carácter provisional". A lo sumo tal es lo que cabe insertar en el HP, si bien jurídicamente resulta intrascendente.

TERCERO.- En el 2º motivo del recurso se interesa la revisión del segundo párrafo del HP 5º en el sentido de que se adicione a lo que declara la sentencia de instancia ("en fecha 03.09.02 el actor comienza a disfrutar sus vacaciones"), lo siguiente: "El día 02.09.02 el director del periódico don A.S.I., mediante comunicado de régimen interior, notificó al resto del personal el nombramiento del actor como Subdirector de Producción y Coordinación de Publicaciones".

El documento del folio 411, invocado al efecto, justifica que en 02.09.02 el director del periódico, mediante comunicado de régimen interior, informa al personal meramente que don M.S.L. es nombrado subdirector de "L.R., S.A." en funciones y el actor Subdirector de Producción y Coordinación de Publicaciones, sin especificar funciones. Siendo esto lo que procede adicionar al HP 5º y que, en tales condiciones, ni siquiera concitó oposición del actor al hilo de impugnar el recurso.

CUARTO.- En el tercer motivo de recurso, la empresa "L.R., S.A." solicita se adicione al HP 7º lo siguiente: "En la mencionada papeleta de conciliación por modificación sustancial de condiciones de trabajo el actor alegó la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: -El derecho a no ser discriminado por razón de opinión artículo 14 de la Constitución. -El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, artículo 20.1 a) del mismo Texto. -El derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, artículo 20.1 d). –El derecho de los profesionales de la información a la cláusula de conciencia, derecho reconocido en el artículo precedente y desarrollado por la Ley 2/97 de 19 de junio".

El propio acto de conciliación a que se refiere la adición (folios 467 al 473) pone de relieve el contenido que se propone, de tal modo que, al margen de su trascendencia en términos de examen del derecho aplicado, procede así incorporarlo al HP 7º.

QUINTO.- Las infracciones que denuncia la recurrente al amparo del art. 191.C LPL del art. 54.2.d ET en relación con el art. 106.1 LPL (motivo 1º) y del art. 50.1.A y 41.3 párrafos 2º y 3º del ET (motivo 2º), deben examinarse a partir de que son HDP los fundamentales siguientes: A) El actor ha venido prestando servicios para las demandadas, que forman un grupo empresarial, como se dice en el HDP 1º; del siguiente literal tenor: "... desde el 25.09.89 hasta el 14.02.90 inscrito como trabajador de "R.B.C., S.A.", propietaria del periódico "A.D." que se edita en Vigo y en donde ejerció el puesto de Redactor y luego desde el 1 de marzo de 1990 como trabajador de la empresa "L.R., S.A.", con la cuál firmó en la indicada fecha un contrato de trabajo, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, para prestar servicios como Subdirector del periódico "L.R., S.A.", en cuya cláusula Quinta se afirma el carácter civil del contrato, a cuya Legislación se remite, y que en lo no previsto se estaría a lo dispuesto en el Real Decreto de 1 de agosto de 1985 que regula la relación laboral de carácter especial de alta Dirección, con carácter supletorio. En fecha 1 de junio de 1998 también como trabajador de "L.R., S.A.", firmó un contrato de alta Dirección, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. En dicho contrato en la cláusula primera se dice que "en el desempeño de sus funciones como Alto Directivo se atendrá a las instrucciones que reciba del Consejo de Administrador de "L.R., S.A.", del Presidente del mismo o del Director del Periódico" y en la cláusula Tercera, párrafo Segundo se dice "Así pues se especifica claramente que la relación que hoy se formaliza suspende la relación laboral común que existió entre las partes, y en consecuencia de extinguirse el contrato de Alta Dirección por cualquier circunstancia, excepto por incumplimiento grave y culpable de alto Directivo, se reanudaría aquella relación de origen en los términos expresados." El actor venía percibiendo un salario de 4.006´76 euros mensuales, incluida prorrata de pagas extras hasta el 30 de setiembre de 2002. En concepto de incentivos percibió 1.200.000.-pts., correspondientes al año 1998 y 2.000.000.-pts., correspondientes al año 1999". B) Desde que pasó a prestar servicios en Ourense, el actor vino ocupándose con la categoría profesional de subdirector del periódico "L.R., S.A." de la gestión del mismo, realizando las siguientes funciones: Planificación del periódico diario; instrucción a los responsables de redacción sobre los contenidos generales y distribución de las distintas

secciones; contactos con fuentes de información; diseño de la portada; proponía modificaciones de páginas y secciones y diseños de otras nuevas; proponía al Director del periódico la compra de servicios externos, el pago a colaboradores, fotógrafos, renovaciones de contratos, sustituciones; mantenía conversaciones con personas de la redacción y de fuera de ella sobre todo lo relacionado con el periódico; hacía el guión de las nuevas publicaciones distintas del periódico y las coordinaba y supervisaba; prestaba apoyo al Director de "A.D." en cuestiones comunes a ambas publicaciones (las páginas de nacional e internacional son comunes y se hacen en Ourense). Estas funciones las venía ejerciendo en horario de tarde desde las 17 horas hasta el cierre del periódico y en fines de semana, alternos, el domingo en jornada de 18 a 24 horas. C) En julio de 2002, el director del periódico don A.S.I. (al respecto y de los cargos de "L.R., S.A.", HDP 4º) comunica al actor su relevo como subdirector del periódico para pasar a ocupar el puesto de Subdirector de Coordinación y Producción de Publicaciones, cambio que se produciría en Septiembre con firma de un nuevo contrato. Esta decisión de la empresa provocó negociaciones para que este cambio se produjese, llegando a proponer el actor como posible sucesor al Redactor-Jefe del periódico pero sin llegar a aceptar –HP 5º- "en ningún momento el cambio propuesto ante la falta de concreción de sus nuevas funciones", asimismo, lo que se dejó dicho en el apartado 3º del Fundamento 2º precedente. El día 02.09.02 el director del periódico emitió el comunicado interno del folio 411 y que se dejó dicho en el fundamento 3º precedente; en 03.09.02 el actor comienza las vacaciones; el día 5 siguiente en el periódico aparece como subdirector en funciones don M.S.L. y como Subdirector de Coordinación y Publicaciones el actor; el día 11 siguiente el actor recibe un borrador de contrato de fecha 01.09.02 para ejercer el cargo de Subdirector de Producción y Coordinación de Publicaciones, salario de 30.050'60 € en 15 pagas y 12.020'24 € de complemento de puesto de trabajo, contrato que no firmó; y el día 13 siguiente recibió un borrador de finiquito en que figuraba cese en la empresa el 31.08.02 y una liquidación de 5.404'73 €. D) El mismo día de incorporación tras vacaciones, le fue comunicado al actor por el director que va a pasar a ejercer las funciones de subdirector de coordinación y producción de las publicaciones "Vida" –Domingos- y "El Euro" –Domingos-, Gente mayor –el primer domingo de cada mes-, "Eco Agro" (sábados), " + Deporte" (martes salvo verano) "Xornada Escolar" (miércoles cada 15 días), al frente de cada uno de los cuales hay un responsable, en horario de lunes a viernes, en jornada de mañana y tarde (36 horas), sin trabajo los fines de semana y sin que desde entonces se ocupe de los contenidos del periódico. El día 04.10.02 se le facilita el despacho que antes ocupaba la directora de "L.R.I.", con silla, sillón, mesa y ordenador, y pasó a percibir este mes un salario mensual de 3.506'79 €, incluida p/p de pagas extras. E) En fecha 28.10.02 el actor presentó papeleta de conciliación por modificación sustancial de sus condiciones laborales, alegando la vulneración de derechos fundamentales que se dejó dicha en el fundamento 4º precedente; celebrado el acto, se interpuso demanda el 14.11.02 y cuyo curso el Juzgado nº 1 de Ourense suspendió por providencia del 21 siguiente al haber sido despedido el actor y mientras no se dictase una resolución definitiva. F) El día 12.11.02 el actor interpuso conciliación por rescisión de contrato, celebrada sin avenencia el 28 siguiente y presentándose la demanda el 10.12.02, autos presentes. Y G) El día 15.11.02 se comunica al actor su despido mediante la carta que se transcribe en el HP 8º, frente a la que se interpone conciliación el día 20 siguiente y que celebrada el día 28 posterior, propició demanda el día 10.12.02, acumulada a la de rescisión contractual (autos presentes).

SEXTO.- El Juzgador de Instancia, tras calificar la relación laboral del actor con la empresa como ordinaria y no de alta dirección, lo que no se cuestiona en suplicación (siendo en todo caso oportuna la argumentación al respecto), entra a resolver en primer término la acción de rescisión de contrato con base a que al actor ejercitó esta acción mediante papeleta de conciliación antes de que hubiera sido despedido y con cita –entre otras- de la STSJ Galicia de 05.03.02, examinando luego el despido "con plenos efectos si es desestimada la primera, o bien limitándose a la determinación de la fecha de extinción de la relación laboral si es estimada aquella". La recurrente denuncia primero infracción en orden al despido, considerando –en síntesis- que lo correcto es examinar la demanda de despido "y rechazar la de rescisión de contrato por falta de acción" aduciendo concretas razones al efecto, en cuyo contexto denuncia la infracción del art. 54.2 d ET en relación con el art. 106.1 LPL. Es en el 2º motivo donde articula la parte la infracción relativa a la rescisión

contractual –art. 50.1.A en relación con art. 41.3 párrafos 2º y 3º del ET-, sosteniendo que fundada la demanda de rescisión en la modificación sustancial de condiciones de trabajo "el ejercicio de la acción pura prevista en el párrafo 3º del nº 3 del art. 41 ET veda el ejercicio de la acción rescisoria" y en todo caso afirma que no concurren los requisitos para que sea de aplicación el art. 50.1.A ET … y que "sin perjuicio de que se considere que el actor aceptó el cambio o que no mostró su conformidad, no tendría la opción de la acción de rescisión, sino solamente la de modificación sustancial de condiciones de trabajo…".

SÉPTIMO.- Se está en presencia de una acción resolutoria interpuesta por el trabajador seguida de despido, no estando vedada aquella por el previo y en suspenso proceso instado por modificación de condiciones laborales, como luego se dirá. El trabajador, por tanto, ha de impugnar el despido so pena de que consumado éste, quede impedida la pretensión resolutoria por virtud del art. 50 ET, al exigir pervivencia del vínculo al tiempo de recaer sentencia. Impugnado el despido en tiempo y forma, como ha hecho el actor, resulta de aplicación el art. 32 LPL, que prevé la acumulación de los autos y el conocimiento conjunto de las pretensiones del trabajador de extinción contractual e impugnación del despido y un solo pronunciamiento (también, art. 35 LPL). La STS de 22.05.00 hace hincapié en todo ello, argumentando la necesidad de impugnar el despido producido después de la presentación de la demanda de conciliación ejercitando acción del art. 50 ET y que para evitar situaciones abusivas, a partir de la reforma de la LPL de 1990 "se estableció la necesidad de ejercicio conjunto de las acciones de despido y extinción del contrato, cuando cronológicamente coincidieran ambas situaciones. Puede así el juzgador realizar el análisis conjunto de las dos pretensiones".

Con este contexto, el orden de conocimiento de ambas pretensiones resulta problemático, manteniendo pronunciamientos judiciales que ha de examinarse en primer lugar la que primero se haya ejercitado o, incluso, dando prioridad a la de despido. Resaltar, la STS de 23.12.96 (RJ 9.848) en cuanto argumenta que cabe una consideración conjunta " a efectos de la respuesta judicial a las correspondientes acciones" cuando subyace una misma situación de conflicto, cuando "las conductas cruzadas de las partes en litigio" correspondían a una misma situación de conflicto, o en otro caso una consideración autónoma ateniéndose a la acción primeramente ejercitada como criterio normal.

Al margen de que de los argumentos de recurso no se derivan razones que desvirtúen el criterio del Juzgador de instancia (fundamento jurídico 1º de la sentencia recurrida) de atender a examinar en primer lugar la acción de rescisión de contrato por ser la primeramente ejercitada y luego la de despido (con los efectos que anteriormente se dejaron dichos e invocando, entre otras, la STSJ Madrid de 05.12.00 y Galicia de 05.03.02), en el caso y a lo sumo cabe un examen de las conductas prácticamente unitario a la vista de la cierta conexidad que presentan las aducidas para la rescisión y el despido, sin perjuicio en todo caso de mantener las consecuencias de ambas acciones que decretó el Juzgador de instancia caso de concluirse con este que existe acción y causa rescisoria y despido sin causa legal (el demandante no ha interpuesto recurso frente a la sentencia de instancia e interesa su confirmación), no pudiéndose obviar que, como dice el juzgador, la acción primeramente ejercitada ha sido la rescisoria y sus causas. Y es que si la rescisión se funda –sustancialmente- en el cambio impuesto de cargo y puesto de subdirector de redacción del periódico al de subdirector de coordinación y producción … Y ciertos efectos de ello derivados, el despido se adopta (HDP 8º) por negarse el actor a firmar un acuerdo para el cambio de puesto referido (el alegado a efectos de rescisión) "a pesar de que Vd. asintió verbalmente a dicho cambio …" y por determinadas afirmaciones- imputaciones a la Dirección de la empresa que se dicen falsas y hechas en la demanda entablada por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tales como apartamiento de funciones por ser incómoda su línea de tratamiento informativo, vulneración de derechos fundamentales…

Aún examinando de este modo las acciones entabladas y/o las conductas que en aquellas subyacen y las han motivado, la ratificación de las conclusiones del juzgador de instancia relativas a la rescisión y al despido –a partir de los HDP que se dejaron anteriormente consignados- llevarían en todo caso al rechazo de las infracciones denunciadas en el recurso al amparo del art. 191.c LPL.

No incide en este planteamiento la argumentación que en los motivos de examen del derecho trae a colación la recurrente acerca de la demanda de modificación de condiciones de trabajo para afirmar que origina falta

de acción respecto de la acción rescisoria ejercitada posteriormente, citando el artículo 41 ET, e incluso aludiendo a la caducidad de la acción subyacente en aquella primera demanda vía art. "60.4 ET" (había de ser el art. 59.4), y que tal conducta procesal ha llevado al examen prioritario de la acción de rescisión, que dice "invalida", y "le ha propiciado indebidamente eludir las consecuencias del despido que debía y debe en este trámite ser examinado en primer lugar …". Ha de estarse a lo razonado, puntualizándose meramente y sin perjuicio de lo que luego se dirá al examinar la infracción relativa a la rescisión de contrato, que el demandante aparece ejercitando las acciones que consideró oportunas, con causas de pedir distintas la del art. 41 y la del art. 50.1 A del ET, lo que las dota de autonomía; y la primera, que está en suspenso y respecto de la que tampoco cabe traer aquí a colación su hipotética caducidad (cuestión que se dice en la impugnación del recurso no alegada en la instancia), no elimina la segunda acción ni obsta a su ejercicio con base a causa exclusivamente propia y con un plazo prescriptivo de un año a contar desde que se verificó la conducta empresarial tipificada en el art. 50 del ET (y no en el art. 41 ET) como causa resolutoria. Precisamente, la empresa demandada despidió al actor tras el ejercicio –temporáneopor este de la acción de rescisión de su contrato vía art. 50.1.A ET, al margen de una primera y distinta reacción procesal –además en este momento inactiva-, provocándose con ello el examen y resolución de la acción rescisoria y de despido como se prevé en los arts. 32 y 106 LPL, en cuyo contexto proceden las consideraciones de examen de las acciones que se dejaron dichas.

OCTAVO.- Sin perjuicio de lo que se ha dejado argumentado y de retomar en armonía con ello la cuestión de los efectos de las respectivas acciones y su prioridad caso de ser preciso, la Sala considera inviable la infracción que del art. 54.2.d ET en relación con el art. 106.1 LPL denuncia la recurrente en primer término y en virtud de la cual interesa la declaración de procedencia del despido y la revocación de la indemnización fijada por vulneración de derechos fundamentales. Como también considera inviable la infracción que del art. 50.1.A y 41.3 párrafos 2º y 3º ET denuncia en segundo lugar para sostener que la demanda de rescisión de contrato debe ser asimismo desestimada, rechazando respecto de ésta y en armonía con lo que quedó razonado en el fundamento precedente que haya falta de acción.

NOVENO.- La sentencia recurrida, resolviendo la cuestión de despido, concluye en su fundamento jurídico 5º: "… no habiendo la empresa demandada presentado prueba alguna sobre los comportamiento negativos que sobre el actor se vierten en la Carta de despido relativos al ejercicio de sus funciones, no habiendo aportado una justificación razonable del cambio de puesto de trabajo que le llevó a interponer esta demanda al trabajador demandado por modificación sustancial de condiciones de trabajo y habiendo sido el actor despedido al día siguiente de que se hubiese celebrado el acto de conciliación previo al planteamiento de la citada demanda, debe concluirse que por la demandada se ha producido la vulneración del Derecho señalado, por cuanto que las razones que se dan en la carta para justificar la no vulneración del citado Derecho con el despido efectuado, no pueden ser admitidas, desde el mismo momento en que no se ha probado la falsedad de las imputaciones vertidas, pues no es lo mismo que las imputaciones realizadas por el actor en la citada demanda, examinadas al resolver la demanda de rescisión, no hayan quedado probados, y otra que sean falsas, y para ello hubiera sido necesario que por la demandada se hubiera dado y acreditado una justificación razonable del cambio mencionado, que no dejara la puerta abierta ...".

Efectivamente: A) no cabe la censura imputada al demandante en la carta de despido de que tras haber asentido verbalmente al cambio de puesto y funciones a lo largo de julio, agosto y septiembre, " cuando llegó el momento de la firma se negó a ello, faltando claramente a la buena fe contractual. Ante la imposibilidad de concretar este acuerdo, a la empresa…. no le queda otro remedio… que actuar unilateralmente y tomar la decisión de despedirle". Lo probado (HDP 5º y 6º) es que el demandante no aceptó- "en ningún momento"- el cambio propuesto ante la falta de concreción de sus nuevas funciones.., razón por la que cuando el 11.09.02 recibe un borrador de un contrato de trabajo para ejercer el cargo de Subdirector de Producción y Coordinación de Publicaciones, no lo firmó, al igual que hizo con un borrador de finiquito que se le pasó el día 13 siguiente. También precisamente por eso reaccionó legalmente frente al cambio de funciones y demás ejercitando acciones por modificación sustancial de condiciones de trabajo en oct.02 (HP 7º) y en 12.11.02 de rescisión de contrato, siendo al hilo de aquella que se formula también imputación en la carta de

despido. La ausencia de aceptación por parte del actor se razona además de modo adecuado en el fundamento jurídico 3º de la sentencia recurrida: "modificación sustancial que en contra de lo alegado por las demandadas, no consta acreditado que hubiera sido aceptado por el actor, porque si bien es cierto…".

B) No hay tampoco materia disciplinaria en las afirmaciones y alegaciones efectuadas por el actor en la demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En esta, el demandante se limitó a alegar vulneración de los derechos fundamentales que se dejaron dichos en el fundamento 4º precedente, haciéndolo en forma que en absoluto se muestran gratuitas y con los oportunos encuadramientos jurídicos, en virtud de lo que instaba una pretensión por vía jurisdiccional, expresión y consecuencia del ejercicio regular de su derecho a la tutela judicial efectiva, que no es a obtener sentencia favorable si no motivada en cuanto al fondo. No hay en ello causa de sanción disciplinaria, y, como dice la sentencia recurrida en su antes trascrito fundamento jurídico 5º, aunque"… las imputaciones realizadas por el actor en la citada demanda, examinadas al resolver la demanda de rescisión, no hayan quedado probadas, y otra que sean falsas…"; máxime cuando aquel proceso esta en suspenso y en orden a la rescisión, la sentencia recurrida concluye (fundamentos jurídicos 3º y 4º) que no aprecia prueba bastante -no bastando la mera sospecha- para declarar vulnerados los derechos que se dejaron dichos en la adición al HP 7º (fundamento 4º precedente) pero que hay causa rescisoria del art. 2.B L.O. 2/97 y art. 50.1.A del ET. Tampoco se acredita incumplimiento relativo al ejercicio de sus funciones, como así mismo deja establecido la sentencia recurrida y ponen de relieve sus HDP.

Y C) Tiene fundamento oportuno la conclusión de instancia de que, a partir de lo precedente consignado, hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del actor-art. 24 CE-, conllevando indemnización por el derecho fundamental vulnerado -180. 1 LPL- (todo ello asimismo planteado en la demanda), al haber sido despedido al día siguiente del planteamiento de la demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo y por derivación de ello (a la que se alude en la propia carta de despido, HP 8º) y no haber justificación razonable del cambio de puesto de trabajo que motivo la acción entablada por el trabajador y demás argumentos que al efecto contiene la sentencia recurrida en su fundamento jurídico 5º y que no han sido desvirtuados en suplicación. Solo reiterar la tal argumentación: la proscripción del despido producido como represalia en cuanto vulnerador, aparte del Convenio de la OIT citado en la instancia, del art. 4.2 g ET, 24.1 CE... y que "… no habiendo la empresa demandada presentado prueba alguna sobre los comportamientos negativos que sobre el actor se vierten en la carta de despido relativos al ejercicio de sus funciones, no habiendo aportado una justificación razonable del cambio de puesto de trabajo que le llevó a interponer esta demanda… y habiendo sido el actor despedido al día siguiente de que se hubiese celebrado el acto conciliatorio… debe concluirse que por la demandada se ha producido la vulneración del derecho señalado, por cuanto que las razones que se dan en la carta para justificar la no vulneración del citado derecho con el despido efectuado, no pueden ser admitidas desde el momento en que no se ha probado la falsedad de las imputaciones...".

En suma, en el contexto de análisis que deriva del fundamento 7º precedente y complementado con lo que acto seguido se razonara al examinar la infracción que por último se denuncia del art. 50.1.A y 41.3 ET, se rechaza la infracción del art. 54.2.d ET y 106.1 LPL pretendida y las argumentaciones que la acompañan.

DÉCIMO.- La sentencia recurrida (fundamento jurídico 4º) considera que concurre la causa de rescisión contemplada en el art. 2b) de la L.O 2/97 y en el art. 50.1 a) del ET, pues afirma que la conducta protagonizada por la empresa demandada no solo supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino una modificación de tales condiciones que redunda en perjuicio de la formación profesional del demandante y afecta a su dignidad. Concreta doctrina jurisprudencial (SSTS 10.03.90, 20.06.90,26.07.90, 08.02.93….) puntualiza que la extinción del contrato de trabajo que prevé el art. 50.1 del ET requiere el doble requisito de que la empresa introduzca unilateralmente una modificación sustancial en las condiciones de trabajo y que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de la dignidad, de tal modo que si no concurre esta doble circunstancia, la sola modificación sustancial de las condiciones de trabajo podrá dar lugar en su caso al ejercicio de los derechos del art. 41.3 ET, pero no a la extinción contractual del art. 50 ET, añadiendo la STS de (08.02.93 (RJ 749): " Todo ello es significativo

de que la frase del art. 41.3 del E. de los Trabajadores que dice " sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50" ha de ser entendida en el sentido de que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sea o no autorizada, si perjudica al trabajador, genera los derechos que el propio art. 41 reconoce, siendo preciso para que entre en juego la aplicación del art. 50, que el 41 no excluye, que redunde en perjuicio de la formación o de la dignidad del trabajador". Así pues, el demandante invoca causa resolutoria estricta en términos del art. 50 ET y tal es lo que examina y concluye el juzgador de instancia, teniendo acción vigente y hábil efecto y sin que obste a ello el proceso distinto en suspenso al que inicialmente también acudió en virtud de fundamento jurídico diferente.

La Sala considera correcta la argumentación y el pronunciamiento del juzgador de instancia, al margen de que no hubiera llegado a considerar suficientemente acreditado al respecto vulneración de ciertos derechos fundamentales asimismo invocados en la demanda rescisoria, aunque sí la conducta empresarial concreta también denunciada en ésta relativa al cambio del actor del cargo y funciones de subdirector del periódico "L.R." para el que fue contratado y su pase al puesto de Subdirector de Coordinación y Producción de Publicaciones con toda una serie de consecuencias añadidas.

Es HDP (fundamento Jurídico 5º precedente) que el actor, que fue contratado en 01.03.90 –aparte servicios anteriores- para prestar servicios como subdirector del periódico "L.R.", vino prestando tales servicios con el contenido que se dice en el HP 2º, hasta que en julio de 2002 se le comunica su relevo como subdirector del periódico para pasar a ocupar el puesto de Subdirector de Coordinación y Producción de Publicaciones, con efectos de septiembre, con nuevo contrato y salario…, a lo cual el actor no prestó consentimiento, negándose asimismo a firmar el nuevo contrato y el finiquito que le fueron presentados y consumándose la decisión a través de un efectivo cambio de funciones, pasando a efectuar las que se derivan del HP 6º, de despacho, de salario... y de mancheta del periódico, que ya en el ejemplar del 05.09.02 hace aparecer como subdirector en funciones a don M.S.L. y al actor como Subdirector de Coordinación y Publicaciones.

No cabe duda de la concurrencia de la causa rescisoria acogida por el Juzgador de instancia, con rechazo de los argumentos de la recurrente. La consciente unilateral modificación sustancial que en las condiciones laborales llevó a cabo la empresa resulta patente; al igual que ello redunda en perjuicio de la formación profesional del actor y en menoscabo de su dignidad. Y es que el demandante fue contratado hace años para prestar servicios como subdirector del periódico de la demandada, con funciones, responsabilidades y condiciones laborales propias de tal tarea periodística, y, tras años, se le releva inconsentidamente asignándole únicamente tareas ajenas a ella, de coordinación de publicaciones ciertamente accesorias de la empresa y sin la trascendencia informativa propia del periódico, sin que desde entonces se ocupe de los contenidos de este, teniendo además cada una de aquéllas su propio responsable. Para un profesional como el actor, contratado específicamente al efecto, el apartamiento conscientemente impuesto de la tarea de subdirector del periódico y de la información periodística propiamente dicha inherente a este medio- HP2º y, HP6º, desde su apartamiento como subdirector el actor no se ocupa de los contenidos del periódico-, pone de relieve en sí mismo y en razón de las funciones que le fueron asignadas- además con escaso contenido, al tener las publicaciones su propio responsable- un evidente perjuicio para su formación profesional y afecta negativamente a su dignidad, como prevé el art. 50.1 A ET (aparte de la previsión del art. 2.B L.O 2/97); tanto más cuanto que ello llevó consigo asimismo cambio de jornada y de horario…… y una disminución de la retribución (anual) en 6.000 € (HP 1º y 6º). En definitiva, como ha concluido el juzgador de instancia en la sentencia recurrida, hay causa para dar lugar a la rescisión contractual que interesa el demandante, con derecho a la indemnización legal correspondiente, sin que tampoco resulte acogible la infracción denunciada en el motivo 2º del apartado de examen del derecho del recurso.

De esta manera, ratificada la calificación que se ha hecho en la instancia tanto del despido –por su nulidad- como de la rescisión contractual, los pronunciamientos de condena consiguientes que hace la sentencia recurrida – a partir del salario regulador y antigüedad que fija en su fundamento jurídico 4º y que sin impugnación especifica se muestran correctos- deben ser asimismo ratificados, porque estando en armonía con las acciones ejercitadas y sus efectos (indemnizaciones y salarios de trámite hasta la sentencia), sin ser recurridos por el demandante, tampoco han sido objeto de impugnación especifica como tales por la empresa recurrente. Proceden costas (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por "L.R., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense de fecha 14.02.03 en autos acumulados nº 975/02 y 976/02 seguidos a instancias de don I.R.I. frente a "L.R., S.A." y "R.B.C., S.A.", y Ministerio Fiscal, confirmamos la sentencia recurrida.

3665 **Recurso núm. 3.117/03**

S.S. DESPEDIMENTO OBXECTIVO PROCEDENTE, AO QUEDAR ACREDITADA A CONCORRENCIA DE CAUSAS ECONÓMICAS E ORGANIZATIVAS XUSTIFICADORAS DESTE.

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

A Coruña, a catorce de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.117/03 interpuesto por la empresa "R.A., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 861/02 se presentó demanda por doña Mª.L.P.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el EMPRESA "R.A., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de enero de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La actora, doña Mª.L.P.A., con D.N.I. número …, cuyos demás datos personales constan en autos, presta sus servicios para la empresa demandada "R.A., S.L.", desde el día 8 de mayo de 1990, con la categoría de Auxiliar Administrativo, percibiendo una retribución de 819,19 euros mensuales, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. 2.- En fecha 23 de octubre de 2002 la empresa demandada entregó a la actora una carta del siguiente tenor literal: *"Muy Sra. Nuestra: La dirección de esta empresa le comunica por medio de la presente, que ha tomado la decisión de rescindir su contrato de trabajo procediendo a la extinción por concurrir la necesidad objetivamente acreditada, en los términos en que le comunicamos y explicamos en esta comunicación. Concurren causas económicas, dado que esta medida contribuye a la superación de la evidente situación de crisis que vive la empresa. Y concurren igualmente causas organizativas, dado que esta decisión se incardina en la superación de determinadas dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, buscando una mejor organización que le permita mantenerse en el mercado sobre la base de una radical reducción de costes. Sobre las causas económicas que nos obligan a tomar esta decisión, debemos señalar la situación de desequilibrio en materia de ingresos y gastos que constituyen una grave situación negativa coyuntural, que confiamos en superar, con las medidas que le explicamos, en garantía a su derecho de defensa. La situación actual es la siguiente: AÑO 2000: Beneficio de 863,34 euros; AÑO 2001: Pérdida de -42.220,14 euros; A fecha 31/7/2002, los datos económicos con los siguientes:*

PÉRDIDAS ACUMULADAS	*-11.791,85*
COSTES LABORALES	*23.664,59*
Sueldos y salarios	*19.837,85*
Cargas sociales	*3.826,74*
APROVISIONAMIENTOS	*98.352,06*
OTROS GASTOS DE EXPLOTACIÓN	*9.000,34*
Servicios Exteriores	*8.827,06*
Tributos	*173,28*
TOTAL INGRESOS	*119.225,12*
TOTAL GASTOS	*131.016,99*

De las cuentas de resultados del año 2001, y de la situación a 3.177/2002 se deduce con claridad que la Sociedad viene sufriendo pérdidas de manera continuada que ascienden a 55.789,51 euros. De hecho a 31 de julio del 2002 dichas pérdidas ascendían a 11.791,85 euros. En este sentido destaca el elevado coste laboral que nuestra empresa soporta, heredado de años anteriores, en que tal estructura era necesaria, pero que en la actualidad, ante la pérdida de importantes clientes, resulta imposible mantener. Se debe tener en cuenta que tradicionalmente la empresa ha centrado sus ventas en la leche, artículo que deja un muy estrecho margen de beneficio por litro, lo que al perder determinados clientes

muy importantes, o verse reducida la facturación en otros, determina que el importe neto de la cifra de negocios no evoluciones como cabría esperar, generando una situación recurrentemente negativa, por los costes fijos heredados que tiene la empresa. Por lo tanto, amortizando su puesto de trabajo, y no renovando el contrato temporal del Sr. P.R., obtenemos un importante acercamiento al punto de equilibrio, que conseguiríamos con un pequeño incremento en la cifra de negocio. Por además, hemos señalado la concurrencia de causas organizativas. Efectivamente, la empresa debe reorganizarse. Tanto usted como el Sr. P.R. son administrativos, por lo tanto, resulta evidente la desproporción existente en una empresa, con tan escasa facturación, y con una oficina sobredimensionada, frente a un único vendedor. Es decir, es una situación de falta de productividad real de los trabajadores en la administración: Dos administrativos para un único vendedor. Por lo tanto es inevitable proceder a la reorganización de la oficina, amortizando su puesto de trabajo, no renovando al otro trabajador mencionado, y simplificando toda la compleja estructura informática preexistente, injustificable para un nivel de facturación y de funcionamiento como el de la actualidad. Se crea, y ya se está implementando, un sistema de facturación directa y manual, realizada por el vendedor, en los cobros al contado, que son la mayoría; dejando el albarán para los cobros a plazo, que serán facturados a fin de mes. Esta operativa, permite que la gestión contable sea externalizada en una asesoría que realiza la función administrativa con un muy sustancial menos coste. Todo lo que va a permitir a la empresa recuperar en un primer período el punto de equilibrio, y posteriormente, con un pequeño aumento de la cifra de negocio y la incorporación de nuevos productos, recuperar la línea de beneficios. Para garantizar este incremento en la cifra de negocio se mantendrá al vendedor, con un mayor protagonismo comercial del dueño. En definitiva, se trata de una crisis real y actual, que consideramos reversible, con las medidas que estamos dispuestos a implementar. Partimos de una situación sostenida de pérdidas, una situación de pérdida de determinados clientes, con un sobredimensionamiento de la plantilla dedicada a la administración. La conclusión es única e inevitable: hay que reducir los costes fijos. Por ello nos vemos obligados a plantear una reorganización de medios materiales y personales, que inevitablemente, vaciarán de contenido las funciones del personal de administración, tal como hemos explicado. La externalización de las funciones administrativas, contratando las mismas con una asesoría externa, tiene un muy sustancial menor coste que el de los dos trabajadores actualmente existentes, y contribuye de forma indubitada a la finalidad de reducción de gastos fijos y obtención del equilibrio presupuestario. Se trata de incorporar una nueva organización con abandono de nuestra vieja y costosa estructura, incluso en el ámbito informático, para simplificar de forma sustancial el funcionamiento de la empresa, consistente en comprar y vender al por mayor, y conseguir un beneficio en dicha venta, sin que el mismo sea absorbido por costes improductivos, determinados por la preexistencia de una organización de superior rango que nuestra posición actual, relativa, en el mercado, no nos permite mantener. Simultáneamente a la firma de este contrato, le entregamos un cheque que contiene la indemnización de veinte días de trabajo por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año. Es un esfuerzo importante el que realiza la empresa, dada la situación de la tesorería, pero consideramos que si argumentamos y solicitamos este esfuerzo del trabajador, debemos compensarle con un pago inmediato de su indemnización. El plazo de preaviso de treinta días, le será abonado en su liquidación. La extinción surtirá plenos efectos en el mismo día de recepción de esa carta. Tiene a su disposición la liquidación en el domicilio de la empresa, en el momento en que se le entregue la documentación necesaria para el desempleo. Contra esta decisión podrá interponer reclamación en la vía jurisdiccional, previa demanda en conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación." 3.- Con fecha 11 de noviembre de 2002 se celebró acto de Conciliación ante el SMAC, éste terminó sin avenencia. 4.- En la empresa trabaja en la actualidad J.M.P.R., con la categoría de Auxiliar Administrativo desde el mes de febrero de 2000.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda presentada por doña Mª.L.P.A. contra "R.A., S.L.", debo declarar y declaro improcedente la decisión extintiva del nexo laboral aquí enjuiciado, de la que fue objeto la actora el día veintitrés de octubre de dos mil dos, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración así como a que en el plazo de cinco días desde la notificación de

esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo o por abonarle una indemnización de QUINCE MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS (15.564,61 euros), con abono, en caso de que proceda la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de esta sentencia y sin perjuicio del derecho al salario correspondiente a treinta días por falta de preaviso que podrá reclamar la actora.".

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.- Recurre Representaciones "R.A., S.L." en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara improcedente la decisión extintiva acordada por la empresa, se desestime la demanda declarando la procedencia de la referida decisión extintiva por causas objetivas, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.B y C LPL interesa la revisión de los H.P. (motivos 1º y 2º) y denuncia la infracción de los arts. 52.c) y 51.1 E.T. y jurisprudencia que cita.

SEGUNDO.- Invocando el informe pericial de los folios 72 a 109 emitido por el economista auditor Sr. T., solicita la recurrente se adicione como nuevo H.P, el 5º, lo siguiente: "Los resultados de la empresa "R.A., S.L." a 31 de julio del 2002 han sido negativos en 13.901,25 euros, antes de impuestos. Por sueldos y salarios el coste asciende a 19.837,85 euros con unas cargas por Seguridad Social de 5.302,71 euros. Los resultados negativos de ejercicios anteriores ascienden a 68.222,08 euros. Solamente los gastos de personal suponen un 20,99 por ciento sobre las ventas, cuota totalmente desproporcionada, si tenemos en cuenta que el margen sobre el que trabaja la empresa está entre el 10 y el 12 por ciento. Solamente la minoración de los dos puestos de trabajo de administrativos supone una reducción 14.649,92 euros, pasando a un coste de personal de 10.490,64 euros que supone un 8,51 por ciento sobre las ventas, la evolución de la empresa pasaría de una situación de pérdidas acumuladas a un beneficio de 1.947,98 euros. Solamente con la reducción de costes de personal empezaría la empresa a ser rentable. La organización informática actual de la empresa está totalmente sobredimensionada".

Si bien el Juzgador de Instancia ostenta facultades legales en orden a valorar la prueba practicada, su criterio es revisable vía arts. 191.B y 194 LPL; y lo es en concreto cuando prueba pericial justifique error valorativo al efecto, como en el caso presente sucede según acto seguido se razona.

En el acto de juicio fue propuesta y practicada prueba pericial, emitida por economista auditor de cuentas, que es la invocada por la empresa recurrente en orden a la adición de un H.P. 5º para poner de relieve concreta situación de la empresa, a fecha que se dice y también oportuna a los efectos presentes. Prueba de trascendencia y adecuada para el tipo de hechos a acreditar, habiendo utilizado el perito a los efectos de su informe las fuentes correspondientes, como son (folio 73) los libros oficiales contables de 2000 y 2001, impuesto sobre sociedades de iguales ejercicios, balance de sumas y saldo desde el 01.01.02 al 31.07.02 … No se aprecia, en suma, razón para no dar a la indicada pericia –la única practicada en juicio y sin formularse aclaraciones de contenido de su informe- la eficacia probatoria oportuna cuando en razón del hecho a acreditar resulta prueba idónea y no aparece contradicha por otras asimismo oportunas; tanto más cuando en los H.D.P. de la sentencia recurrida nada se dice sobre la situación de la empresa al tiempo que razonablemente interesa y en fundamentos de derecho se alude a la pericial pero sin rechazarla ciertamente, en todo caso sin razones valorables al efecto referentes a la falta del resultado final del ejercicio fiscal…). Sin perjuicio de la valoración definitiva en sede de examen del derecho aplicado, la prueba pericial practicada acredita concretos extremos en torno a la empresa "R.A., S.L." que se interesa incorporar a los H.D.P. vía art. 191.B LPL, de tal manera que, en principio, la revisión resulta procedente; cuestión distinta es la de la viabilidad del íntegro texto revisor que se propone.

Los H.P. deben declarar hechos y no valoraciones. A partir de ello y de los términos de la prueba pericial practicada, en concreto y en especial de sus conclusiones explicitadas en el folio 74 de los autos, procede declarar probada la siguiente realidad fáctica en torno a la concreta revisión que se interesa: los resultados de la empresa demandada a 31.07.02 fueron

negativos de 13.901,25 € antes de impuestos (folios 74, 77 y 83); por sueldos y salarios el coste en 2002 asciende a 19.837,85 € y por cargas sociales 5302,71 € (folio 74); los gastos de personal suponen un 20,99% sobre las ventas, trabajando la empresa con el margen del 10 al 12% (f. 74); la minoración de los dos puestos de trabajo de administrativos supone una reducción de 14.649,92 € (folio 74).

Respecto a los resultados "negativos de ejercicios anteriores …" que se interesa declarar, aparte de la falta de precisión temporal de lo que se pide, no se consignan como tales en las conclusiones de la pericial (f. 74), si bien al folio 77 se avanza la cantidad del texto revisor a 31.07.03 y se consigna a 31.07.02 "-54.320,83"; a partir de ello, no se viene a justificar en este aspecto nada sustancialmente distinto a lo consignado en la carta de extinción contractual cuando reseña en 2000 beneficio de 863,34 € y en 2001, pérdidas de 42.220,14 € (en armonía esencial con lo consignado a los f. 88 y 89 del informe pericial), a lo que ha de estarse en cuanto a tales años y sin perjuicio de los resultados que a 31.07.02 se dejaron al principio puntualizados.

Los restantes extremos contenidos en el texto revisor propuesto relativos a la "desproporción" de los gastos de personal, evolución de la empresa de pérdidas a beneficios y la apreciación de sobredimensión de la organización informática no resultan propiamente fácticos sino valorativos y como tal impropios de los H.P., sin perjuicio de lo que en sede de examen del derecho aplicado se argumente y concluya a partir de los H.D.P.

TERCERO.- Asimismo interesa la empresa se adicione al H.P. 4º lo siguiente: "Que el contrato del citado trabajador, era un contrato eventual por circunstancias de la producción, con vencimiento el día 01.02.03".

Invocándose al efecto el folio 52, al mismo obra un contrato eventual suscrito por empresa y J.M.P.R. pero en el que consta como duración desde el 02.01.02 hasta el 01.02.02, estando fechado el contrato a 02.01.02. Consecuentemente, la revisión que se interesa no puede prosperar; tanto más cuando en el Ftº. Jurídico 1º de la sentencia de instancia, con su valor fáctico correspondiente, se dice que la empresa cuenta con dos administrativos, la actora y J.M.P.R. "el cual también reconoce en prueba testifical de la demandada que realiza labores de auxiliar administrativo si bien le han dicho que no le van a renovar el contrato. Afirmando que desde el año 2000 hasta marzo de 2001 trabajó como agente comercial, pasando posteriormente a auxiliar administrativo, cargo que ejerce hasta la actualidad. Constando dicho cargo en contrato celebrado en 02.01.02 …". A esto y al H.D.P. 4º ha de estarse en relación al auxiliar administrativo de la empresa J.M.P.R. conforme al imparcial criterio judicial fundado en testifical y documental y no desvirtuado en Suplicación.

CUARTO.- La infracción que de los arts. 52.c y 51.1 E.T. denuncia la empresa al amparo del art. 191.C LPL se traduce en la argumentación que la acompaña en sostener, en esencia, que la extinción del contrato de trabajo de la actora procede "por la concurrencia de causas económicas y organizativas y por la necesidad de amortizar ese puesto de trabajo …"; que con la amortización del puesto de trabajo de la actora se supera una situación económica negativa que, de otra forma, no se podría superar; que se acreditan las exigencias al efecto: las pérdidas continuadas sufridas por la empresa, la necesidad de amortizar el puesto de la trabajadora demandante por razones objetivas y la razón de proporcionalidad.

Los H.D.P. explicitan, en lo fundamental, lo siguiente. A) La actora ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 08.05.90, con la categoría de auxiliar administrativo y con la retribución total mes de 819,19 €. B) En fecha 23.10.02 la empresa comunicó a la actora la decisión adoptada de extinguir su contrato por concurrir necesidad objetivamente acreditada al efecto por causas económicas y organizativas, tal como aparece en la carta transcrita en el H.P. 2º, con efectos de su recepción. C) Al respecto de la situación empresarial, lo incorporado a los H.D.P. al amparo del art. 191.B LPL que se dejó indicado en el precedente Ftº Jurídico 2º. Y D) En la empresa trabaja como auxiliar administrativo desde febrero de 2002 J.M.P.R., en los términos que asimismo se dejaron dichos en el fundamento 3º precedente.

QUINTO.- De acuerdo con el art. 52.c ET, cabe la extinción del contrato por causas objetivas cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 ET y en número inferior al que prevé, debiendo el empresario acreditar la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones eco-

nómicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Así, la llamada causa económica se identifica habitualmente y de modo general con una situación negativa o de pérdida y la organizativa con la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y lo conexo respecto de todo ello.

En concreto y respecto a las causas económicas es de recordar que este Tribunal (Sentencia de 08.05.03) se viene haciendo eco de que conforme a doctrina unificada S.T.S. 24.04.96, Ar. 5.297, que reproduce la de 30.09.02 Ar. 10.679– "la Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa; las exigencias que la Ley impone en este sentido son de menos intensidad y rigor. A este respecto hay que tener en cuenta que el art. 52.c) se remite, en lo que concierne a las causas de la extinción, al art. 51.1, y según éste se ha de entender que concurren causas económicas, «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa». La simple lectura de este precepto pone de manifiesto que la expresión «contribuya» es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del mismo; y es sabido que contribuir equivale a «ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin». No es preciso, por ende, que el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual «contribuya» a la mejoría de la empresa, es decir que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría; si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente o casacional, tangencial o remota".

Asimismo es de destacar que ni siquiera en la redacción del art. 52.a.c ET anterior a la Ley 63/1997 (esto es, la dada por la Ley 11/1994), el precepto "exige como requisito inexcusable o necesario para su amortización –al contrario de lo que ocurre en el art. 51 ET– que el empresario tenga que presentar al mismo tiempo un plan de viabilidad de la empresa; ni, por ende, su ausencia puede determinar, por sí misma, la improcedencia de la extinción acordada [...] el art. 52.1.c), versión del 1994, no imponía dicho plan como requisito constitutivo del tipo legal. Y su exigencia tampoco estaba justificada por la remisión al art. 51.1 que se refiere exclusivamente a las causas y no a las disposiciones legales en orden a la tramitación y justificación de la medida extintiva. Además, cuando el 51.1 habla de «medidas propuestas» se está refiriendo a los propios despidos que pretende la empresa [...] Tal vez, porque la razón del plan de viabilidad obedece en el art. 51 a diversas circunstancias: mayor gravedad de la situación en atención al superior número de trabajadores afectados por la medida; existencia de un período de consultas con los legales representantes de los trabajadores; tramitación administrativa compleja, decisión de la autoridad laboral basada en la documentación aportada, etc., ninguna de las cuales concurre en las extinciones del art. 52. De otro lado, cabe también sostener que la finalidad de la reforma de la Ley 11/1994: «garantizar los elementos básicos de competitividad» para «mantener en el futuro la pervivencia de la empresa», aconsejaba ya adoptar una posición favorable a la no exigencia del plan [...] Cuestión distinta es que el plan de viabilidad pueda constituir un elemento probatorio relevante en el juicio de razonabilidad que, en toda ocasión, debe formar el Magistrado. Porque no basta con probar la existencia de pérdidas que acrediten la situación económica negativa, sino que además el juzgador debe realizar un juicio de razonabilidad sobre «la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados (...) y la adecuación o proporcionalidad de estos para conseguir la superación de aquella», en expresión de la sentencia de 14.06.96 [Ar. 5.162], o como señaló la Sentencia de 24.04.96 [Ar. 5.297] para comprobar si la contribución de la medida es «directa y adecuada al objetivo que se persigue (...) y no meramente ocasional, tangencial o remota»" (misma STS 30.09.02 Ar. 10.679).

Al respecto –finalmente– ha de indicarse que en los supuestos de situación de pérdidas, «la acreditación de la razonabilidad en términos económicos del acuerdo de extinción de uno o varios contratos de trabajo suele ser más fácil, ya que tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa» (STS 17.04.96 Ar. 3.321, citada –haciendo suya la doctrina– por las SSTS 29.05.01 Ar. 5.452 y la ya referida 30.09.02 Ar. 10.679). En palabras

–también– de la STS: 28.01.98 Ar. 1.148, "la extinción del contrato de trabajo de la actora [...] evidentemente «contribuye» a la mejoría económica de la empresa, tratando de superar su situación deficitaria". Y a ello debe añadirse –STS 19.01.98 Ar. 996– que fuera de la preferencia establecida en el art. 52.c ET, en relación con el art. 68 de la misma norma y con el art. 10 LOLS, así como los supuestos de eventuales previsiones de la negociación colectiva sobre esta materia, «la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios (artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores)».

SEXTO.- En el caso presente, al margen de que los HDP nada reflejen en torno a la externalización de las funciones administrativas, contratándolas con una asesoría, y la modificación de la estructura informática, lo cierto es que está acreditado que la empresa demandada venía sufriendo pérdidas al tiempo de adoptar la decisión extintiva acerca del contrato de la actora; pérdidas que procedían ya de modo importante de 2001 y que a julio de 2002 persistía alcanzando a lo largo del año y hasta la fecha dicha 13.901 €, así poniéndolo de relieve el informe pericial practicado. No desvirtúa esta situación económica y comercial negativa de la empresa el hecho de pender el resultado final del ejercicio fiscal o el cierre de la contabilidad del 2002 o que la extinción contractual fuese en octubre de 2002…, puesto que el informe pericial es inequívoco en cuanto expone la situación empresarial a julio de 2002, complementado por la consideración-valoración que acerca de la evolución del negocio hace para el 2003 a partir de la situación existente. Tampoco desvirtúa la situación de la empresa expuesta las objeciones que se hacen al respecto en la impugnación del recurso; en concreto, los HP nada explicitan de actividad comercial-negocial "oculta" en la demandada –negada por la empresa- a partir de lo cual no sirven las conjeturas y apreciaciones valorativas subjetivas de parte (incluso sobre prueba testifical), máxime cuando la prueba pericial practicada llega a conclusiones ciertas y rotundas tras examinar y valorar los libros oficiales contables, impuesto de sociedades, balance… .

Así pues, al tiempo de la adopción de la medida extintiva contractual de autos se constata una situación empresarial negativa, de pérdidas ciertas; en cuyo contexto resulta que los gastos de personal suponen un 20,99% sobre las ventas, desproporcionado (y así lo valora la pericial) por el margen comercial, entre el 10 y el 12%, teniendo así una trascendencia especial el capítulo de sueldos y salarios. Con este contexto se evidencia que la supresión de un puesto laboral permite una reducción de los gastos y una mejoría económica en aras de superar la ya persistente efectiva actual situación deficitaria; como resulta intrínsecamente concluible de la situación expuesta y ratifica la pericia, que cuantifica una importante reducción de costes por esa vía.

Por otra parte, la afectación de la medida extintiva al puesto de auxiliar administrativo resulta asimismo razonable dado los datos que de la recurrente constan y desde el punto en que en la empresa, al tiempo de ser adoptada aquella, había dos administrativos y existe la alegada necesidad y posibilidad de, reorganizando la oficina, afrontar con menos costes y personal –en concreto, sin la actora- la actividad de la misma, aún caso de prescindir del otro auxiliar administrativo. La pericia justifica también la oportunidad de que la extinción afecte al puesto de administrativo por su coste y la actividad empresarial y la posibilidad cierta y mejores alternativas para asumir este tipo de trabajos con menos personal del que existía. No incide en ello del modo que dice la sentencia recurrida –y se asume en la impugnación- el hecho de la contratación por parte de la empresa del auxiliar administrativo J.M.P.R., según lo que acto seguido se dirá.

A partir de lo que se ha dejado constatado, la contratación y situación contractual del también aux. administrativo de la empresa Sr. J.M.P.R. no obsta a la apreciación de la causa extintiva aducida respecto de la demandante. Se trata de aliviar costes de personal por la situación negativa y de pérdidas de la empresa; y la medida adoptada es oportuna al efecto con independencia del otro personal existente. Del referido auxiliar administrativo consta que trabajó desde 2000 a marzo de 2001 como comercial, pasando posteriormente a labores de auxiliar administrativo, careciendo de real y decisiva trascendencia a los efectos presentes que esa última actividad fuese concertada a principio de 2002 y/o la posible temporalidad del vínculo. Debiéndose atender más decisivamente a la situación empresarial en la fecha de la decisión extintiva de autos, con diferencia de meses respecto de

aquella otra, lo cierto es que la causa eficiente de la situación económica de la empresa no radica en aquella contratación, que tampoco supuso en sí misma una agravación valorable como tal y autónomamente a los presentes efectos, máxime si la contratación tenía carácter coyuntural–temporal y el trabajador había sido comercial en la empresa, con posibilidades alternativas al efecto incluso; y aunque objetivamente y a la poste pudiera –en su caso- considerarse no acertada la contratación, en modo alguno resulta –valorando lo oportuno- impeditiva de acudir a las medidas autorizadas por el art. 52.c ET ante lo que posteriormente ya se mostraba como irremediable involución de la situación de la empresa y sus causas. Por otra parte, ya se dijo –siguiendo doctrina jurisprudencial- que la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario fuera de la preferencia establecida en el art. 52.c ET y sin perjuicio de fraude de ley, abuso de derecho…, aquí no apreciables, siendo susceptible de suponer también mayor gravamen para la empresa un trabajador indefinido que uno temporal. Tampoco aparece conexión valorable entre la actual decisión extintiva y un despido anterior de la actora (con readmisión) y otras vicisitudes, no reflejadas en los HDP y en todo caso sin incidencia causal que conste en la extinción contractual acordada en 23.10.02 por la empresa (regida por presupuestos propios y específicos), no aludiéndose tampoco a ello en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia recurrida.

Por consiguiente, como se alega en el recurso, la medida extintiva del contrato de la demandante cumple las exigencias del art. 52.c y 51.1 ET en cuanto "contribuye" a la mejoría económica de la empresa y la superación de una situación negativa cierta, deficitaria, siendo asimismo la medida adecuada y proporcional en orden a conseguir superar aquella, esto es, razonable en cuanto aparece la precisa conexión –de acuerdo con todo lo que se dejó razonado en este fundamento y en el precedente y de prueba pericial y demás que consta- entre la situación económica desfavorable existente en la empresa, la extinción acordada y la contribución directa y adecuada de la medida a la superación de aquella. De esta manera, cumplidos los requisitos previstos por el art. 53.1 ET –si bien, y así se dice en la propia comunicación empresarial, el preaviso no se ha concedido y propicia el efecto del nº 4 del art. 53 del ET-, se está en el caso de estimar el recurso y, con revocación de la sentencia dictada en la instancia, declarar procedente la decisión extintiva acordada en los términos previstos en el art. 53.5 A. del ET y art. 123.1 LPL.

En razón de todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por "R.A., S.L.", revocamos la sentencia que con fecha 14.01.03 ha sido dictada en autos Nº 861/02 tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Lugo, y desestimamos la demanda presentada por doña Mª.L.P.A., declarando procedente la decisión extintiva adoptada por la recurrente en fecha 23.10.02 y el derecho de la trabajadora a la indemnización legal de veinte días de salario por año de servicio y a la remuneración correspondiente al preaviso –incumplido– de treinta días, absolviendo a la parte demandada.

3666 Recurso núm. 3.119/03

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO FRAUDULENTO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS CONCERTADO POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, QUE PROVOCA A EXISTENCIA DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a catorce de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.119-2003 interpuesto por don F.R.T. y Empresa TRAGSEGA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.R.T. en reclamación de DESPIDO siendo demandado Empresas TRAGSEGA y TRAGSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en

autos núm. 643/2002 sentencia con fecha veintiuno de octubre de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- El actor, don F.R.T., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, ha prestado para la empresa demandada TRAGSEGA desde el 25 de febrero de 2002 con la categoría profesional de Licenciado en Veterinaria. El salario mensual era en el momento del cese de 1.648,13 euros mensuales con prorrateo de pagas extraordinarias. El centro de trabajo era la Provincia de Lugo. El trabajador demandante y la empresa demandada TRAGSEGA firmaron el día 25 de febrero de 2002 uno contrato de trabajo, del que figura copia en los ramos de prueba de ambas partes, bajo la modalidad de "duración determinada" para la realización de una obra o servicio determinado, concretado en la cláusula Séptima del contrato como "la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. ACREDITACIÓN Y APTITUD SANITARIA PARA EL MOVIMIENTO PECUARIO Y SACRIFICIO ANUALIDAD 2002" En la cláusula Sexta del mismo contrato se establecía que la duración del contrato se extendía "desde 25.02.02 hasta la finalización de los trabajos de la categoría y especialidad del trabajador dentro del servicio"./2.- El grupo TRAGSA está constituido por las sociedades: Trasiga, matriz del grupo y al que da nombre, Tragsatec, Tragsega y PTP en España, Trapsa en Portugal y Cutasa-Decypar en Paraguay. Tragsa es una sociedad estatal especializada en el desarrollo rural, en la conservación de la naturaleza y en la prestación de servicios de emergencia, fue constituida en 1977, al personalizar como sociedad anónima un órgano del entonces Instituto Nacional de reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA), su Parque de Maquinaria. 3.- El día 22 de julio la empresa comunicó verbalmente al trabajador su cese. Mediante comunicación escrita, fechada y recibida por la demandante también el día 22 de julio, y con efectos para el día 26 de julio de 2002 se le comunicó lo siguiente: "Muy Sr. Mío: Conforme a lo establecido en el artículo 8.1 del Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre, y en consecuencia con el contenido de la Cláusula Séptima de su contrato de trabajo, le comunico que el próximo día 26 de julio de 2002 causará baja en esta Empresa por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del Servicio para el que fue contratado. A partir de la fecha antes indicada le será practicada la correspondiente liquidación y finiquito. Será indispensable que antes haya hecho entrega del material y equipo propiedad de la empresa que obra en su poder al Coordinador Provincial. Deseo expresarle mi mayor consideración por los servicios presados." El trabajador percibió la cantidad de 1.254 euros con 96 céntimos en conceptos de liquidación y finiquito. 4.- El día 3 de enero de 2002 la Consellería da Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural de la Xunta de Galicia ordenó a la empresa TRAGSA la prestación del servicio de "Investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002". Las condiciones a las que habría de ajustarse la realización del servicio fueron las siguientes: 1.- El trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico-facultativas y 2.- el plazo de ejecución del servicio se fijaba hasta el 31 de diciembre de 2002. El pliego de prescripciones técnicas para la realización de la Asistencia Técnica cuyo objeto es la realización de las Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal 2002 Galicia de fecha 3 de enero de 2002, del que obra copia en el ramo de prueba de la parte demandada, al que nos remitimos, establece los servicios concretos a desenvolver respecto de los ganados bovino, ovino y caprino e incluye, en el número de 5 de sus prescripciones, la de que el plazo de ejecución del servicio se fijaba hasta el 31 de diciembre de 2002. Figura en el ramo de prueba de la parte demandada copia del pliego de prescripciones técnicas al que se ha hecho referencia así como la de las Instrucciones técnicas para la ejecución de las investigaciones sanitarias del programa de sanidad animal de 2002. Ambos documentos, por su extensión, se tienen por reproducidos. Dentro del ámbito del Servicio de Investigación Sanitaria y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2002, están comprendidas, entre otras actuaciones, las siguientes: Comprobación de la identificación ajustada conforme a la normativa vigente. Anotación de las marcas de identidad e actualización del censo en las fichas de corte, donde se registra también la edad, raza aptitud, sexo y se procede a la cumplimentación de las nominas. Tuberculinización, de acuerdo con las normas técnicas que marque la dirección de los trabajos. Realización de los servicios necesarios para la ejecución control de movimiento precuniario. Numeración de los tubos y posterior extracción de muestras de sangre, sus números correspondientes se

anotarán en la ficha de corte, enviándose al laboratorio para que se analice. Se cumplimentara la documentación necesaria para el traslado al matadero de los animales positivos. Comprobación del libro de la explotación. El día 31 de julio de 2002 la Consellería antes citada emitió una Memoria Propuesta para la contratación de un servicio para control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia. En el Pliego de prescripciones técnicas para su realización se recoge que el objeto del pliego es la realización de los servicios necesarios para la ejecución del Control de Movimiento Pecuario e Investigaciones Epidemiológicas en Galicia. Con el número 5 la de que el plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31 de diciembre de 2002. Dentro del ámbito del Servicio para el Control del Movimiento Pecuario e Investigaciones epidemiológicas de Galicia están comprendidos los servicios siguientes: Realización de las pruebas sanitarias de diagnostico de enfermedades animales. Realización de anamnesis y de encuestas epizootiológicas consecutivas. Realización de informes sobre la situación sanitaria de las explotaciones y sobre la actitud sanitaria de los animales respecto de las diversas enfermedades. Realización de trabajos estadísticos y administrativos especialmente para los abores de seguimiento sanitario de las explotaciones ganaderas respecto a las diversas patologías de las especies animales afectadas. Labores de control, indagación y comprobación de todos los movimientos de animales que pudieran tener contacto con las explotaciones afectas. Supervisión y control de la realización de la limpieza y desinfección de los vehículos utilizados para el transporte de los animales. 5.- El día 9 de agosto de 2002 se emitió Certificado por don G.F.R., Subdirector Xeral de ganadería de la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvimiento Rural de la Xunta de Galicia un certificado en el que se expresaba: Que con fecha 3 de enero de 2002, por Orden del Secretario General de la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvimiento Rural, actuando por delegación del Conselleiro, encomendándosele al Grupo TRAGSA a prestación del Servicio de Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2002, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de la orden social, así como lo previsto en el Real Decreto 371/1999, del 5 de marzo, disposiciones estas que recogen la posibilidad de que la Administración autonómica encomiende la realización de los servicios necesarios para la consecución de sus objetivos, pudiéndose realizar bien por TRAGSA o a través de sus filiales. Que la prestación del citado servicio por el grupo TRASGA se realizó con plena conformidad, acorde con el pliego de condiciones técnico-facultativas que regían la citada prestación, se alcanzó con plena satisfacción el objeto del contrato, por lo que el día 15 de julio de 2002 ya se tenían decepcionado en conformidad los trabajos previstos. Y para que así conste y, por petición del grupo TRAGSA y para los efectos que sean de su interés se expide el presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002. 6.- El Colegio Oficial de Veterinarios de Lugo comunicó a este Juzgado el día 18 de septiembre de 2002 que los veterinarios que pertenecen a las empresas TRAGSA y TRAGSEGA, a esa fecha, continúan expidiendo Autorizaciones Sanitarias sobre animales de las especies bovina, ovina y caprina destinados a mataderos. Asimismo comunica que se han habilitado en la provincia de Lugo un grupo de diez veterinarios colegiados en otras provincias y que realizan trabajos para las empresas demandadas. 7.- El demandante no figuraba en la relación de veterinarios presentados a procesos de selección de la empresa TRAGSA del año 2001. Si figura en la del año 2002. 8.- El día trece de agosto de 2002 se presentó papeleta de conciliación. El acto se celebró el siguiente día treinta de agosto de 2002 con el resultado de "SIN AVENENCIA" respecto de la empresa TRAGSEGA. 9.- El Convenio Colectivo aplicable es el XII Convenio Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos publicado en el B.O.E. el día 11 de febrero de 2002. 10.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la cualidad de representante de los trabajadores."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda presentada por don F.R.T. contra las empresas TRAGSEGA y TRAGSA, declarando la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante el día veintiséis de julio de dos mil dos, condenando a la demandada TRAGSEGA a que, en el plazo de cinco días, opte por la readmisión del trabajador en el mismo puesto de trabajo, en los términos expresados en el Fundamento Quinto de esta Sentencia, o por la indemnización el la cuantía de MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON VEINTICINCO CÉNTIMOS (1.481.471,25 euros), debiendo abonarle, asimismo, en caso de read-

misión, los salarios, dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de su reincorporación. Asimismo debo absolver y absuelvo a la codemandada TRAGSA de las peticiones contra ella dirigidas en la demanda."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandada siendo impugnado por la demandada TRAGSEGA. 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 la improcedencia del despido de fue objeto el demandante con fecha 26.07.02 y frente a ella demandante y demandado interponen recurso de suplicación.

La empresa denunciando solo la fundamentación jurídica y el actor al amparo del art. 191 b) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretendiendo también la revisión de los hechos declarado probados y en concreto del hecho 4º para que se adicione: "La empresa TRAGSA vino ejecutando distintas contrataciones para la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, algunas de las cuales se llevaron a cabo por la empresa TRAGSEGA.

Así en junio del año 2001, la Consellería Ordena a TRAGSA "la realización de la asistencia técnica para acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio" durante dicho año, por un importe de 549.781.062 ptas."

El día 3 de enero de 2002 la Conselleria de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural de la Xunta de Galicia ordenó a la empresa TRAGSA la prestación del servicio de "Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2002" por un importe de Tres Millones Novecientos dieciocho mil quinientos noventa y ocho Euros (3.918.598 Euros).

Este servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA. Las condiciones a las que habría de ajustarse la realización del servicio fueron las siguientes:1) El trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico-facultativas.2) El plazo de ejecución del servicio se fijaba hasta el 31 de diciembre de 2002.

En la Memoria propuesta para la contratación de este servicio se hace constar; "la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural tiene entre sus objetivos, la lucha, control y erradicación de las enfermedades en los animales. Dentro de éstas se encuentras aquellas enfermedades que son objeto de los programas oficiales de erradicación como la tuberculosis y la brucelosis, y por otra parte se realizan investigaciones sanitarias para realizar actuaciones de prevención y control sanitario de otras patologías con la finalidad de la mejora sanitaria de los animales.

Los trabajos encomendados por la Orden de 03.01.02 los realiza la filial TRAGSEGA, y en el documento informativo (Memoria), que consta en Autos, de abril de 2002 de TRAGSEGA se distingue la campaña de saneamiento ganadero a realizar en Galicia con 185 trabajadores y por 652 millones de pesetas (3.918.598 Euros) y la asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero a realizar en Galicia en el año 2002 con 99 trabajadores y 100 millones de pesetas (601.012,10 Euros).

Y se mantenga el resto de la redacción del HDP4º; la petición prospera porque así consta en la documental reseñada por el recurrente.

SEGUNDO.- En sede jurídica se denuncia la Infracción del Art. 15.1.a) ET y 2 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, en relación con el Art. 52e) del EJ. redactado conforme a la Ley 121/2001, de 9 de julio, y el Artículo 6.4 del Código Civil, también en relación con el RD 3.454/2000 y Orden de 12.01.01 (BOE 13.01.01) en la que se desarrolla el Anexo 11 del citado Real Decreto, e instrucciones publicadas en el DOG el 22.01.01 (sobre acreditaciones sanitarias, certificaciones para el sacrificio, movimientos pecuarios, etc.), también en relación con el RD 2.611/96 de 20 de diciembre y la Orden de 04.04.97 de la Consellería de Agricultura (sobre Campañas de Saneamiento Ganadero) y la doctrina unificada —SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.04.02 Ar. 5.990-, así como las sentencias de la Sala de lo Social del TSJG de 28.02.03 (Rec. Suplicación 1.761/03), sentencia de 06.03.03 (Rec. Suplicación 398/03) y Sentencia 03.03.03 (Rec. Suplicación 179/03) entre otras.

La sentencia recurrida, estima la demanda declarando la improcedencia del despido, indicando en el Fallo "En los términos expresados en el Fundamento quinto de esta sentencia", y en el se dice "Por lo que

debe considerarse que la opción de la empresa por la readmisión habrá de limitarse a la nueva orden que, con duración hasta el 31 de diciembre de 2002 le ha sido encomendada el 31 de julio de 2002 ...". En la Providencia de 12.11.02 en la que se tiene por hecha la opción por la readmisión, que obra en Autos se hace mención expresa a"la limitación temporal que se expresa en la sentencia".

La parte recurrente entiende que los trabajos que vino desarrollando el actor, son permanentes y estables y que por lo tanto el contrato por obra se considera suscrito en fraude de ley, ya que no reúne los requisitos para ser considerado contrato por obra o servicio determinado.

Entendemos que la denuncia debe ser estimada y por lo mismo en el fallo de la sentencia deberá suprimirse el límite temporal para la readmisión; por lo que luego se dirá, en el nº 5 de la fundamentación jurídica

TERCERO.- La empresa demandadacondenada TRAGSEGA interpone en su recurso de suplicación y en un único motivo amparado en el art. 191c) (aunque el recurrente consigne el 191.b) por error) de la Ley de Procedimiento Laboral, alega que la sentencia recurrida infringe el art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque TRAGSEGA se constituyó el 20 de diciembre de 2001 por acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 16 de noviembre del mismo año, siendo su objeto social la realización de las actuaciones relacionadas con la ganadería que anteriormente realizaba la empresa pública TRAGSA que es su único accionista.

La nueva empresa TRAGSEGA es una filial de TRAGSA y por tanto con idéntico régimen jurídico que ésta, el cual viene definido en la ley 66/97 de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en cuyo artículo 88 se recoge, entre otras cosas, que TRAGSA es un medio instrumental y servicio técnico de la administración; asimismo se establece que la empresa está obligada a realizar con carácter exclusivo, por si mismo o sus filiales los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes. También en el apartado 6 se recoge que los importes de las tarifas de los trabajadores deberán ser objeto de aprobación por parte de la Administración competente.

Por ello TRAGSA y en particular, por lo que afecta al presente caso TRAGSEGA, están a la orden de la Administración y de las Comunidades Autónomas; que sus cometidos vienen impuestos por éstas mediante las correspondientes órdenes y que no puede haber orden, encomienda, ni trabajo a realizar, si previamente no existe la oportuna aprobación presupuestaria, de forma que sin presupuesto de la Administración, ni TRAGSA ni TRAGSEGA pueden acometer trabajo de clases alguna, excepto los de emergencia.

La sentencia de instancia declara probado que: el demandante prestó servicios como veterinario por cuenta y orden de la empresa grupo TRAGSA, con un contrato desde el 25.02.02 de duración determinada para obra o servicio determinado, siendo el objeto del contrato "la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002".

En fecha 03.01.02 la Consellería de Política Agroalimentaria ordenó a TRAGSA la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal de 2002, como se dice al H.P. 4°. En fecha 22.07.02 al actor le fue comunicado que causaría baja en la empresa el día 26 siguiente de conformidad con el art. 8.1 R.D. 2.720/98 y cláusula 7 de su contrato "por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado"; constando al respecto que en 19.08.02 el Subdirector General de Ganadería de la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvimiento Rural certifica: "Que con data 3 de Xaneiro de 2002, por Orde do Secretario Xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, actuando por delegación do Conselleiro, encomendóuselle ó Grupo TRAGSA a prestación do Servicio de Investigacións Sanitarias e Traballos de Campo do Programa de Sanidade Animal do ano 2002, de conformidade co disposto na Lei 66/1997, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, así como do previsto no Real Decreto 371/1999, do 5 de marzo, disposicións estas que recollen a posibilidade de que a Administración Autonómica encomende a realización dos servicios necesarios para a consecución dos seus obxectivos, podéndose realizar ben por TRAGSA ou a través das súas filiais.- Que a prestación do citado servicio polo grupo TRAGSA realizouse cor plena conformidade, acorde co prego de condicións técnico-facul-

tativas que rexían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan recepcionado en conformidade os traballos previstos. - E para que así conste e, por petición do grupo TRAGSA e para os efectos que sexan do interese, expídese o presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002.

Por R.D. 379/77 se autorizó la constitución de TRAGSA y posteriormente la creación de TRAGSEGA, con el objeto social que se dice en el HP.2º, creándose en 20.12.01 como filial de TRAGSA y participada plenamente por ella. Aparte de lo incorporado a los HDP, consta que diversos trabajadores de TRAGSEGA vieron finalizado su contrato en julio de 2002, si bien TRAGSEGA contrató nuevos veterinarios en el propio mes de julio.

De lo anterior, a partir de la infracción denunciada en suplicación vía art. 191.c LPL ya señalado, deriva la desestimación del recurso.

CUARTO.- En orden a los requisitos del contrato temporal (tal y como se señaló en la sentencia de esta Sala de 03.03.03) para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998 (18 de diciembre), la doctrina unificada —SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida— ha indicado que son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas»

Y la misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTS de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467,17.03.98 Ar.2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, por lo que es trascendente que se cumpla la previsión del art. a) citado en orden la obligación de identificar en el contrato —con toda claridad y precisión— cuál sea la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican, pues —STS 26.03.96 Ar. 2.494— «si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han "determinado" previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado» (también SSTS 22.06.90 Ar. 5.507, 26.09.92 Ar. 6.816 y 21.09.93 Ar. 6.892). Y ello siquiera la forma escrita con inclusión de ese dato no constituya exigencia «ad solemnitatem», ni tampoco sea «iuris et de iure» la presunción que establece el Art. 9.1 RD 2.720/1998 para los incumplimientos formales, de manera que es destruible por prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal; más si la prueba fracasa el contrato deviene indefinido.

Tratándose de contratación por parte de la Administración Pública, si bien el Tribunal Supremo admite que se acoja a la modalidad contractual del Art. 15 ET, sin embargo ha precisado que «no es posible a las Administraciones Públicas eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y generadoras de derechos y obligaciones» (STS 05.07.99 Ar. 6.443). Y tal como expresa la STS 21.03.02 Ar. 5990 —cuya doctrina reitera la sentencia de 10.04.02 Ar. 6.006— «no ha elevado pues esta Sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal, {...] aunque [haya puesto en ocasiones un mayor énfasis en dicho dato, porque así lo exigía el planteamiento del debate concreto.

En el caso de autos, las demandadas son Sociedades Estatales constituidas precisamente para dar cumplimiento —entre otros— a los fines públicos relativos a servicios gana-

deros y veterinarios propios de las Administraciones Públicas —estatal y autonómica—, hasta el punto de que cada «servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA». Y esa circunstancia determina que los citados criterios jurisprudenciales en todo caso serían aplicables a autos, mutatis mutandis; aparte de que —luego se verá— la referencia jurisprudencial incluso resulta del todo ociosa, tras la modificación del art. 52 ET operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio).

QUINTO.- Resulta de plena aplicación al caso lo que ha resuelto esta misma Sala en Sentencia dictada con fecha 28.02.03, Rec. 176/03, aunque en ella el recurrente fuera el propio demandante, por ser la sentencia desestimatoria. En dicha sentencia se considera la existencia de un despido improcedente en base a razones que a continuación exponemos, y que justifican la desestimación del recurso y la confirmación parcial de la sentencia de instancia.

"Para justificar la válida extinción del vínculo laboral, las demandadas argumentan el agotamiento presupuestario y la finalización de la obra; para acreditar lo primero —de prueba específica inexistente— parecen remitirse a la segunda, basándose en la certificación de la Consellería—19.08.02— que tiene por cumplidos los objetivos del «Servicio de Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2000». Pero este planteamiento viene invalidado por los siguientes obstáculos:

a).- En primer lugar, que el contrato no se refiere para nada al agotamiento del presupuesto habilitante como causa extintiva, sino —pura y simplemente— a la «finalización de tos trabajos de su especialidad y categoría», con lo que en autos se estaría aduciendo —de forma improcedente— motivo de extinción no previsto por las partes al contratar.

b).- En segundo término, que tal causa tampoco fue la invocada en la carta de cese —ordinal segundo de los HDP—, sino que la misma refiere tan sólo la indicada «finalización» de los trabajos para los que había sido contratado, y no hay que olvidar que en sede judicial está vedado alegar cualquier otro motivo de oposición a la demanda que previamente no se haya indicado en la carta, conforme inequívocamente prescribe el art. 105.2 LPL, al objeto de evitar censurable indefensión para la parte demandante.

c).- El anterior resumen que se ha hecho de las actividades de las Empresas demandadas para la Consellería pone de manifiesto que para ésta y para la propia TRAGSEGA son perfectamente diferenciables el «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» (presupuesto de 3.918.598 euros) y los que se denominan «aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio» (presupuesto de 549.781.062 pesetas), «control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia» (por importe presupuestado de 639.229,35 euros) y «asistencia técnica en acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio», pareciendo que aquella actividad que motivó la contratación de la actora bien pudiera ser lo que en su memoria de abril de 2000 TRAGSEGA denomina —diferenciándolo expresamente del Programa de Sanidad Animal— «asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero» (presupuesto de 601.012,10 euros). Y al tener cada una de ellas respectiva Orden de realización a TRAGSA, memoria-presupuesto.y pliego de condiciones, es claro que el certificado de finalización relativo al «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» no puede trascender —hacerse extensivo— a lo que en el contrato se califica como «Asistencia Técnica … Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio», y que parece corresponderse con «la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero», pero que en todo caso es diverso —lo evidencia la propia denominación oficial— al citado programa anual de Sanidad Animal.

d).- Asimismo quiere la Sala resaltar que a nuestro juicio las de mandadas se encuentran en el dilema —en su sentido propio de alternativa de dos términos con idéntica consecuencia— de que si pretenden justificar el cese de la trabajadora por la finalización del programa genérico de sanidad anual, en este caso no aparece justificada la sustantividad de su contratación y el vínculo así constituido sería indefinido, con resultado de estimar la demanda y calificar el cese como despido improcedente; y si admiten la causa «autónoma» que en el contrato se especifica, esa sustantividad —con Orden y presupuesto propio, como en todas las otras actividades específicas, según hemos visto— legitimaría ciertamente la contratación, pero obligaría a

acreditar la finalización de la obra singular pactada, y para tal supuesto no sería ya argumentable el cumplimiento de los objetivos del genérico Plan de Sanidad Animal, de forma que habría de llegarse a la misma consecuencia de entender que concurre despido improcedente y que haya de estimarse la demanda. Y finalmente,

e).- Se ha de poner de manifiesto que aún para el supuesto de que se admitiese el agotamiento de una dotación presupuestaria de la que nada consta —dato irrelevante, según veremos—, en todo caso la ex tinción del contrato de la demandante en 26.07.02 sería de por sí injustificada con arreglo a la doctrina unificada que más arriba se ha citado, una vez que el objeto del contrato —control sanitario de bovinos en movimiento y con destino a matadero, según la hipótesis que nos parece más razonable— constituye una actividad permanente y ordinaria de la Administración, hasta el punto de que sin solución de continuidad tras la extinción del contrato de la accionante —junto con otros Veterinarios más se presupuesta y ordena a TRAGSEGA la realización de idéntico cometido, dando lugar a la contratación de nuevos profesionales de la Veterinaria y entre ellos muchos de los cesados junto con la accionante.

Y en tal contexto de actividad ordinaria de la Administración — actuando a través de sociedad estatal, pero asumiendo como propia la gestión— y con mayor motivo mediando contrataciones sin solución de continuidad, en todo caso sería de aplicación la jurisprudencia a que hemos hecho referencia; incluso aunque el contrato hubiese estado vinculado formalmente a un determinado presupuesto, ya agotado a la fecha del cese..."

SEXTO.- Estas consideraciones son traspolables al caso ahora enjuiciado, no apareciendo la extinción contractual invocada por finalización de los trabajos objeto del contrato como causa de extinción del mismo; por lo que procede, pues, confirmar la declaración de la existencia de un despido improcedente en la extinción contractual operada el día 26.07.02; a la que le resulta de aplicación el Art. 56 ET. desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no vulnera la normativa, que por la parte condenada-recurrente se invoca, procediendo, previa desestimación del recurso de la empresa y estimando parcialmente el del demandante, dictar un pronunciamiento parcialmente confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por TRAGSEGA, contra la sentencia de fecha 21.10.02, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, en el Procedimiento nº 643-02 sobre despido y estimando el interpuesto por el demandante don F.R.T. debemos revocar y revocamos la sentencia en el sentido de suprimir la limitación temporal a los efectos de la readmisión y confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia y auto de aclaración recurridos.

3667 Recurso núm. 3.272/00

S.S. ASIGNACIÓN DE CATEGORÍA ARTÍSTICA PACTADA EN CONTRATO INDIVIDUAL, QUE IMPIDE APRECIAR A EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a quince de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.272/2000 interpuesto por doña R.Mª.A.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.Mª.A.C. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado INSTITUTO GALEGO DAS ARTES ESCENICAS E MUSICAIS-XUNTA DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 616/99 sentencia con fecha 7 de abril de 2000 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- La demandante, nacida el 5 de octubre de 1950, suscribió, en fecha 1 de

marzo de 1999, contrato especial para Artistas al amparo del Real Decreto 1.435/1985, de 1 de agosto, en cuya virtud, de una parte, don A.O.F., en su calidad de Gerente y en nombre y representación del Instituto Galego das Artes Escénicas e Musicais en adelante, IGAEM), perteneciente a la Conselleria de Cultura, Comunicación Social e Turismo de la Xunta de Galiza, y, de otra, la demandante pactaron la contratación de ésta para que interpretare y representase el personaje "a nai" en la obra "Eu estaba na casa e agradaba que viñese a chuvia" del autor Jean-Luc Lagarce, de formas que el contrato, que abarcaba los ensayos y la distribución del espectáculo, se celebró por tiempo determinado comprensivo desde el 1 de marzo hasta el 30 de junio de 1999, acordándose que la Artista, para la que no se fija si su papel sería el de protagonista o principal, percibiría doscientas cuarenta y una mil ciento sesenta pesetas (241.160 ptas) brutas mensuales más diez mil setecientas sesenta (10.760 ptas) íntegras en concepto de ayuda para alojamiento y manutención (que sería de quince mil quinientas noventa y una pesetas (15.591 ptas) en funciones a representar en el resto de España).- 2º) En fecha 2 de junio de 1999, las mismas partes suscribieron una adenda al referido contrato a cuyo tenor la actora se comprometía a la interpretación de los personajes adjudicados en dicho espectáculo, producido por el Centro Dramático Galego (en adelante, CDG) del IGAEM, a los efectos de realizar la grabación del mismo para ser emitida por TV, de forma que la demandante percibiría cincuenta y dos mil doscientas cuatro pesetas 52.204 ptas por la totalidad de los derechos de propiedad intelectual, industrial, de comercialización, representación, interpretación e imagen que le pudieran corresponder, incrementándose el salario pactado en un 5% sobre el bruto, y autorizando al IGAEM para realizar la grabación videográfica para su posterior emisión por TVE de Galiza, cediendo sus derechos por el período de un año desde la fecha de dicha grabación.- 3º) La obra "Eu estaba na casa e agradaba que viñese a chuvia", del autos Jean-Luc Lagarce, dirigida artísticamente por don J.M., fue producida por el CDG, dirigido por don M.G.O., y estrenada en Galiza el 9 de abril de 1999 en Vilalba. En la misma figura el siguiente elenco de actrices: Doña L.G. en la representación del personaje "a máis vella", doña R.A. en el antedicho de "a nai", doña M.C. en el del personaje de "a filla mayor", doña M.B. en el de "a segunda" y doña I.A.S. en el de "a filla máis nova". De dicho reparto, las Sras. G., B. y A. fueron retribuidas de acuerdo con el papel de protagonista, habiendo pactado un salario mensual bruto de trescientas veinte mil seiscientas ochenta y dos pesetas (320.682 ptas) más setenta y tres mil ochenta y seis pesetas (73.086 ptas) por el resto de derechos relacionados en la adenda contractual, mientras que la demandante y la Sra. C. fueron retribuidas como interpretes de personales principales no protagonistas.- 4º) En la representación de la mencionada obra teatral, que tuvo cierta repercusión en los medios de comunicación social gallegos, todas las actrices permanecen en escena durante todo el tiempo de representación de la función, con excepción del personaje de "a máis vella", que desaparece una parte, así "a máis vella" interpreta 18 textos, " a nai" lo hace en 22 ocasiones, "a filla mayor" en 28, al igual que "a segunda" y "a filla máis nova" en 15. Al finalizar las sesiones, la demandante sale a saludar en último lugar, sin compañía de otra compañera de reparto, al centro del escenario, haciéndolo las restantes actrices de dos en dos con anterioridad.- 5º) La demandante posee una notoria trayectoria profesional en el ámbito de la CC.AA. de Galiza que se remonta a los años 70, y ya participó en la primera de las obras escénicas por el CDG cuando éste fue creado en torno al año 1984.- 6º) La Asociación de Actores, Directores y Técnicos (AADTE) se dirigió al CDG (el 11 de marzo de 1999) y al IGAEM (31 de marzo de 1999) reclamando la consideración de protagonistas para los cinco papeles de la obra mencionada. El primero de ellos fue contestado (11 de marzo de 1999) en el sentido de que no se trataba de una arbitrariedad sino del ejercicio personal e intransferible, libre, voluntario y soberano de las personas afectadas.- 7º) Presentada reclamación previa en vía administrativa, fue desestimada mediante Resolución de 23 de julio de 1999."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda formulada por doña R.Mª.A.C. contra el INSTITUTO GALEGO DAS ARTES ESCENICAS E MUSICAIS, dependiente de la CONSELLERIA DE CULTURA, COMUNICACIÓN SOCIAL E TURISMO de la XUNTA DE GALIZA, debo absolver y absuelvo al Instituto demandado de todas las pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora, se interpone recurso de suplicación, contra la sentencia desestimatoria de su pretensión, d e que se le reconozca su derecho a ser retribuida de igual forma que las actrices intervinientes en dicha obra, que desempeñaron la categoría profesional de protagonista, condenando al IGAEM (Instituto Galego das Artes Escénicas e Musicais) a estar y pasar por tal declaración, y en su consecuencia a abonarle la diferencia retributiva existente, entre la categoría de "principal" y la de "protagonista", desde el inicio de la vigencia del contrato hasta su finalización; pretendiendo como primer motivo y con adecuado amparo procesal la revisión de los DHP y en concreto el ordinal 5º, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "La actora tiene una larga trayectoria y gran personalidad, con gran cualificación artística y profesional" ; modificación que se rechaza al ser irrelevante y tratarse más que de prueba pericial, de testifical, (medio no hábil a efectos revisorios), conteniendo valoraciones más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato fáctico de hechos probados.

SEGUNDO.- Como segundo motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adeudado amparo procesal, se denuncia, infracción por aplicación indebida, de los arts. 103, 114. 9.3, de la Constitución Española en relación con el 119 del Tratado de la Unión Europea, así como infracción del 17.1 (no discriminación en las relaciones laborales) y 23 del ET, en relación con distinta doctrina jurisprudencial (que cita y se tiene por reproducida), alegando sustancialmente que la entidad contratante no gozaba de autonomía para establecer retribuciones distintas a trabajos de igual valor, sino que por el contrario, venía obligada a reconocer igual nivel retributivo a trabajos iguales, salvo que acreditara que la diferencia de trato estaba justificada, cuestión ésta que no resultó acreditada, antes al contrario, lo que había quedado sobradamente probado en la instancia, fue, en palabras del juzgador "a quo" que: "… la demandante poseía una presencia constante en escena, que es el centro sobre la que se relacionan los restantes personajes, en cuanto que el suyo es el dinamizador de conflictos, que sale a saludar en solitario al finalizar en cada sesión y que posee una trayectoria profesional dilatada y notoria… y que ostenta una reconocida personalidad artística para la interpretación de personales con registros plurales", por lo que no cabe, argumentar como hace la sentencia de instancia, que al tratarse de artistas sus relaciones jurídicas con la Administración se rigen por el principio de "autonomía de la voluntad", pues, ello supondrían discriminar en cuanto al salario a trabajadores que realizan trabajos de igual valor y naturaleza.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa y así se desprende del inalterado relato fáctico de hechos probados deben destacarse lo siguiente: A) La demandante, nacida el 5 de octubre de 1950, suscribió, en fecha 1 de marzo de 1999, contrato especial para Artistas al amparo del Real Decreto 14351985, de 1 de agosto, en cuya virtud, de una parte, D. Aníbal Otero Fernández, en su calidad de Gerente y en nombre y representación del Instituto Galego das Artes Escénicas e Musicais en adelante, IGAEM), perteneciente a la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo de la Xunta de Galicia, y, de otra, la demandante pactaron la contratación de ésta para que interpretare y representase el personaje "a nai" en la obra "Eu estaba na casa e agardaba que viñese a chuvia", del autor Jean-Luc Lagarce, de forma que el contrato, que abarcaba los ensayos y la distribución del espectáculo, se celebró por tiempo determinado, desde el 1 de marzo hasta el 30 de junio de 1999, acordándose que la Artista, para la que no se fija si su papel sería el de protagonista o principal, percibiría doscientas cuarenta y una mil, ciento sesenta pesetas (241.160 ptas) brutas mensuales, más diez mil setecientas sesenta (10.760 ptas) íntegras, en concepto de ayuda para alojamiento y manutención (que sería de quince mil quinientas noventa y una pesetas (15.591 ptas) en funciones a representar en el resto de España).- B) En fecha 2 de junio de 1999, las mismas partes suscribieron una adenda al referido contrato, a cuyo tenor, la actora se comprometía a la interpretación de los personajes adjudicados en dicho espectáculo, producido por el Centro Dramático Galego (en adelante, CDG) del IGAEM, a los efectos de realizar la grabación del mismo para ser emitida por TV, de forma que, percibiría cincuenta y dos mil doscientas cuatro pesetas 52.204 ptas por la totalidad de los derechos de propiedad intelectual, industrial, de comercialización, representación, interpretación e imagen que le pudieran corresponder, incrementándose el salario pactado en un 5% sobre el bruto, y autorizando al IGAEM para realizar la grabación videográfica para su posterior emisión por TVE de Galiza, cediendo sus derechos por

el período de un año desde la fecha de dicha grabación.- C) La obra "Eu estaba na casa e agardaba que viñese a chuvia", del autor Jean-Luc Lagarce, dirigida artísticamente por don J.M., fue producida por el CDG, dirigido por don M.G.O., y estrenada en Galiza el 9 de abril de 1999 en Vilalba. En la misma figura el siguiente elenco de actrices: Doña L.G. en la representación del personaje "a máis vella", doña R.A. en el antedicho de "a nai", doña M.C. en el del personaje de "a filla mayor", doña M.B. en el de "a segunda" y doña I.A.S. en el de "a filla máis nova". De dicho reparto, las Sras. G., B. y A. fueron retribuidas de acuerdo con el papel de protagonista, habiendo pactado un salario mensual bruto de trescientas veinte mil seiscientas ochenta y dos pesetas (320.682 ptas) más setenta y tres mil ochenta y seis pesetas (73.086 ptas) por el resto de derechos relacionados en la adenda contractual, mientras que la demandante y la Sra. C. fueron retribuidas como interpretes de personales principales no protagonistas.- D) En la representación de la mencionada obra teatral, que tuvo cierta repercusión en los medios de comunicación social gallegos, todas las actrices permanecen en escena durante todo el tiempo de representación de la función, con excepción del personaje de "a máis vella", que desaparece una parte, así "a máis vella" interpreta 18 textos, " a nai" lo hace en 22 ocasiones, "a filla mayor" en 28, al igual que "a segunda" y "a filla máis nova" en 15. Al finalizar las sesiones, la demandante sale a saludar en último lugar, sin compañía de otra compañera de reparto, al centro del escenario, haciéndolo las restantes actrices de dos en dos con anterioridad.- E) La demandante posee una notoria trayectoria profesional en el ámbito de la CC.AA. de Galiza que se remonta a los años 70, y ya participó en la primera de las obras escénicas por el CDG cuando éste fue creado en torno al año 1984.- F) La Asociación de Actores, Directores y Técnicos (AADTE) se dirigió al CDG (el 11 de marzo de 1999) y al IGAEM (31 de marzo de 1999) reclamando la consideración de protagonistas para los cinco papeles de la obra mencionada. El primero de ellos fue contestado (11 de marzo de 1999) en el sentido de que no se trataba de una arbitrariedad sino del ejercicio personal e intransferible, libre, voluntario y soberano de las personas afectadas.

Esto sentado la censura jurídica formulada no puede prosperar, pues, para la determinación si de un personaje (artista) ostenta la condición de "protagonista", -como acertadamente se razona por el magistrado de instancia-, aparte de tener en cuenta circunstancias de carácter objetivo, tales como: "su edad, experiencia, curriculum, trayectoria profesional, notoriedad publica, presencia en escena, número de textos a interpretar en una obra, número de ensayos en que ha participado, presencia y saludo final ante el público, etc.", han de ponderarse igualmente otros baremos de carácter sujetivo, tales como: la cualidad de la prestación artística, la personalidad creadora del artista, etc., de tal manera, que la "dirección de la obra", tiene la facultad de determinar, precisamente porque le compete de manera significativa la ponderación de los elementos subjetivos antedichos, que artistas de los que se ponen a su disposición presentan las condiciones de cualidad en la representación artística, por sus aptitudes, personalidad etc., necesarias para poder asignarles los papeles correspondientes, y desde este punto de vista, nada se puede reprochar a la designación de personajes, realizada por aquélla en relación con las actrices que componían el elenco de la obra teatral citada y si bien es evidente, y se ha acreditado, que la demandante posee una presencia constante en escena, que es el centro sobre el que se relacionan los restantes personajes y que posee una trayectoria profesional dilatada y notoria, habiendo participado incluso ya, en la primera de las obras representadas por centro Dramático de Galicia cuando este fue fundado en el año 1984 y que ostenta una reconocida personalidad artística para la interpretación de personajes con registros plurales, no se puede desconocer, que se rige por el Real Decreto 1.435/1985 de 1 de agosto (que regula la relación laboral especial de los artística en espectáculos públicos)y en su art. 7º al hablar de las retribuciones señala: "La retribución de los artistas en espectáculos públicos, será en sus modalidades y cuantía, la pactada en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, con respecto en todo caso de la normativa sobre salarios mínimos"; donde se infiere que al estar acreditado, que la actora en uso de su libre voluntad, formalizó un contrato especial para artistas al amparo del Real Decreto citado, en el que se fijaba el personaje y el salario mensual a percibir por su representación, se ha de entender que no se aprecia arbitrariedad alguna, al haber sido designada con la categoría de "principal" y "no la de protagonista", dado que existe una notable especialidad que radica en la propia naturaleza de la actividad profesional a que nos venimos refiriendo –la de artista- en

donde ponderan factores subjetivos, que han de ser valorados por la dirección de la obra, no siendo infrecuente que una actriz que únicamente permanece en escena unos minutos, pueda asumir el protagonismo de la obra, o sin asumirlo, perciba unos emolumentos muy superiores a los del resto del elenco. En base a lo que, a ser conforme a derecho la sentencia recurrida, procede en consecuencia desestimar el recurso y confirmar el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña R.Mª.A.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago, en fecha 7 de abril de 2000, autos nº 616/99, seguidos a instancia de la recurrente contra el INSTITUTO GALEGO DAS ARTES ESCENICAS E MUSICAIS-XUNTA DE GALICIA sobre OTROS EXTREMOS, debemos confirmar y confirmamos íntegramente el fallo que se combate.

3668 Recurso núm. 1.113/01

S.S. PRESTACIÓNS A FAVOR DE FAMILIARES. CARENCIA DE MEIOS PROPIOS DE VIDA. COMPATÍBEL COA ALTA NO REA, SE SE ACREDITA INEXISTENCIA DE RENDAS IGUAIS OU SUPERIORES AO SMI.

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

A Coruña, a diecisiete de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.113-01 interpuesto por INSS y TGSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 761/00 se presentó demanda por doña Mª.J.G.A. en reclamación de PRESTACIÓN FAVOR FAMILIARES siendo demandado el INSS y TGSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintitrés 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: "1.- La actora es doña Mª.J.G.A., nacida el día …, con D.N.I. nº … y nº de afiliación a la Seguridad Social ... 2.- La actora ha convivido siempre con sus padres don M.G.D. y doña S.A.L., teniendo todos ellos sus domicilios en el lugar de … nº … de la parroquia de D. (C.). 3.- El padre de la actora, don M.G.V., era titular de una pensión de jubilación en su modalidad contributiva y falleció el 16.10.98, y doña Mª.S.A.L., madre de la actora era perceptora de una pensión no contributiva de jubilación y pensión de viudedad del Régimen Especial Agrario, falleció el 08.04.00. 4.- La actora solicitó en junio del 2000 pensión a favor de familiares del Régimen Especial Agrario, dicha pensión se le deniega por resolución del INSS de fecha 29.06.00 por "no tener el causante la condición de pensionista de jubilación o incapacidad en la modalidad contributiva". 5.- La actora interpone reclamación previa frente a la resolución del INSS en fecha 28.07.00, reclamación previa que fue desestimada pro resolución del INSS de fecha 05.12.00. 6.- La actora en fecha 28.10.00 interpone demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social solicitando pensión a favor de familiares y se declare que la actora tiene derecho a ésta. 7.- La actora, doña Mª.J.G.A., vivió y atendió a sus padres hasta el fallecimiento de ambos. La actora convive con un hermano, aquejado de una minusvalía y de un hijo mayor de 21 años en paro. 8.- La actora está afiliada al Régimen Especial Agrario desde el 01.3.90. 9.- La actora no presentó declaración del IRPF correspondiente a los ejercicios 1996, 1997 y 1998".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por doña Mª.J.G.A., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se declara el derecho de la actora a percibir la prestación a favor de familiares, con efectos de la solicitud inicial, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal

declaración y a hacerle efectiva dicha prestación".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren INSS y TGSS en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara el derecho de la actora doña Mª.J.G.A. a percibir prestación a favor de familiares, se desestime la demanda, a cuyo efecto y en un motivo único de Suplicación que formula al amparo del art. 191.C LPL denuncia la infracción del art. 176 LGSS y art. 2 del D. 2.123/71, regulador del REA.

A través de esta infracción denunciada la parte recurrente sostiene que la actora no tiene derecho a la prestación prevista en el art. 176 LGSS, puesto que está afiliada y en alta en el REA. Así, argumenta literalmente: "No es difícil, pues, desde el tenor literal de ambas normativas, llegar a la conclusión de que es incompatible lucrarse de la prestación contemplada en el art. 176 LGSS con el alta en el REA, porque, si son compatibles, ¿Cuál es el medio fundamental de vida …". "En resumen, y con los debidos respetos, esta representación no comparte la interpretación que jurisprudencialmente viene dándose de la expresión "carecer de medios de subsistencia", demasiado amplia a nuestro juicio …".

SEGUNDO.- Se rechaza la censura jurídica que el recurso hace, y ello en base a las siguientes consideraciones:

1ª.- Con carácter general tenemos indicado en precedentes ocasiones –SSTSJ Galicia de 18.10.99 R. 3.556/96, 05.05.00 R. 352/97, 23.10.00 R. 1.245/97 y 07.12.01 R. 3.624/98–, que la «la función de todo sistema de Seguridad Social, conforme al mandato del artículo 41 de la Constitución Española [...] consiste en garantizar a todos los ciudadanos asistencias y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad»; y «el problema consiste en determinar cuándo existen esos límites, de acuerdo con los criterios del legislador y no del subjetivo del interesado» (SSTS 14.10.91 Ar. 7.659 y 23.02.98 Ar. 1.850).

2ª.- Más en concreto, tratándose de prestaciones a Favor de Familiares, se ha de reiterar (SSTSJ Galicia 17.02.98 R. 1.901/95, 12.03.98 R. 2.458/95, 16.06.98 R. 4.613/95, 12.02.99 R. 708/96, 16.04.99 R. 1.419/96, 20.05.99 R. 2.461/96, 19.11.99 R. 4.395/96, 05.05.00 R. 352/97, 23.10.00 R. 1.245/97, 02.11.01 R. 2.622/98, 07.12.01 R. 3.694/98, 29.06.02 R. 1.310/99 y 07.11.02 R. 4.997/99) que una razonable interpretación del art. 176. 2 LGSS/94 lleva a considerar –en hermenéutica flexible, acorde a la equidad y ajustada al espíritu de la norma– que la falta «de medios propios de vida» y la «dependencia económica» aludidas por el citado precepto, así como la expresión «vivir a expensas» utilizada por la normativa precedente y complementaria, no puede identificarse con la total inexistencia de recursos económicos o absoluta indigencia, de manera que se halla dentro del campo de acción de la normativa legal quien tiene una mínima capacidad económica con la que pueda participar en la economía de la unidad familiar de manera secundaria y coadyuvante (SSTS de 09.11.92 Ar. 8.791, 09.07.93 Ar. 5.558, 19.07.93 Ar. 5.739 y 27.04.94 Ar. 3.463), quedando únicamente excluidos como posibles beneficiarios quienes en sus ingresos, rentas, pensiones o subsidios superen el SMI, por considerarse que la política social y económica del Estado cifra en aquella dicha cuantía el límite de supervivencia, por considerarla un mínimo para atender a las necesidades más elementales de la vida (SSTS de 27.04.94 Ar. 3.463, 12.03.97 Ar. 3.389, 09.12.98 Ar. 10.496 –dictada en Sala General, correctora de criterio anterior–, 18.01.99 Ar. 809, 25.06.99 Ar. 5.785, 03.03.00 Ar. 2.594 y 27.03.00 Ar. 3.422); es más, de esta forma y por una razonable vía interpretativa, quedaría en muchos casos enervado –incluso– el requisito adicional de no tener derecho a pensión del Estado, Provincia o Municipio o a prestaciones periódicas de la seguridad Social, siempre y cuando su importe no alcance el SMI (SSTS 09.02.98 Ar. 1.646, 09.12.98 Ar. 10.496, 18.01.99 Ar. 809, 03.03.00 Ar. 2.594); aunque en este caso, obviamente ha de optar el beneficiario entre una y otra prestación, por aplicación de la incompatibilidad de pensiones establecida en el –hoy vigente– art. 122.1 LGSS.

3ª.- Como consecuencia de la doctrina precedentemente expuesta, no parece cuestionable afirmar que el derecho a la prestación o subsidio en Favor de Familiares es perfectamente compatible –también– con el alta en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, pero en el bien entendido que la afiliación presupone en principio que el trabajo determinante de la inclusión constituye medio de vida, hasta el punto de que el solicitante de

la prestación sea el que deba acreditar la insuficiencia de los ingresos para satisfacer las más perentorias necesidades de subsistencia y con ella la necesidad de la pensión o subsidio, conforme a los principios que informan la distribución de la carga de la prueba –antes en el art. 1.214 CC y ahora en el art. 217 LEC– (entre otras muchas, y en línea con la más usual doctrina de Suplicación, las SSTSJ Galicia de 30.09.93 R. 606/92, 07.07.94 R. 4.367/92, 06.10.94 R. 4.702/92, 25.09.96 R. 1.157/94, 05.04.97 R. 4.505/94, 12.03.98 R. 2.458/95, 16.06.98 R. 4.613/95, 12.02.99 R. 708/96, 16.04.99 R. 1.419/96, 20.05.99 R. 2.461/96, 19.11.99 R. 4.395/96, 02.11.01 R. 2.622/98, 07.12.01 R. 3.624/98, 29.06.02 R. 1.310/99 y 07.11.02 R. 4.997/99).

4ª.- La aplicación de la precedente doctrina al caso de autos, a la vista de los incuestionados en Suplicación H.D.P. de la sentencia recurrida, lleva a concluir que la demandante ha acreditado cumplidamente la insuficiencia de ingresos que justifica -junto con la concurrencia de los restantes requisitos- le sea reconocida la cualidad de beneficiaria de la prestación a favor de familiares. Y es que la actora, nacida en 1943, soltera, vivió con y atendió a sus padres hasta el fallecimiento de ambos, uno en 1998 y el otro en 08.04.00, siendo el padre titular de jubilación y la madre de jubilación no contributiva y de viudedad del Régimen Especial Agrario; y si bien está afiliada al REA desde 1/3/90, resulta que –Ftº. J. 2º de la sentencia recurrida, con valor legal de H.P.- "únicamente posee 2 vacas y un huerto" (lo que extrae el juzgador de testifical –asistente social- y documental), justificándose así la existencia de ingresos absolutamente mínimos –se concluye ciertamente que inferiores al SMI- y carencia de medios propios de subsistencia en el sentido antes dicho; tanto más, por encima, cuando también la sentencia recurrida se hace eco de que tiene a su cargo un hijo que tuvo en estado de soltera en paro (y un hermano minusválido con una mínima pensión por este concepto).

Así pues, siguiendo lo sentado por este Tribunal en supuesto esencialmente similar en Sentencia de 14.11.02 (rec. 159/00), se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo de fecha 23.12.00 en Autos nº 761/00 seguidos a instancias de doña Mª.J.G.A. frente a los recurrentes, confirmamos la sentencia recurrida.

3669 Recurso núm. 3.260/03

S.S. CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO DEDUCIDA FRONTE A CONCELLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diecisiete de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.260/03 interpuesto por don R.A.C.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.A.C.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE V. y el CONSERVATORIO DE MÚSICA DEL AYUNTAMIENTO DE V. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 875/02 sentencia con fecha trece de marzo de dos mil tres 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 R.A.C.G., prestaba servicios para el Ayuntamiento de V., en el Centro de Trabajo Conservatorio Municipal de Música de V. desde el 1 de octubre de 1996 como profesor de Percusión. Su jornada de trabajo, en el momento de extinguirse la relación que unía a las partes era de dos horas diarias dos días a la semana. Su trabajo consistía en clases de percusión en los Grados Inicial y Medio. El salario que percibía el demandante era de 65.000 pesetas mensuales (390,66 euros). Figuran en el ramo de prueba de las partes demandada copia de los contratos de

prestación de servicios firmados por las partes el día uno de octubre de 2001, y el mismo día uno de octubre de los años 2000, de 1999, de 1998, de 1997 y de 1996, que se tienen por reproducidos. SEGUNDO.- El día 12 de septiembre de 2002 el Ayuntamiento de V. entregó al demandante un Preaviso y Notificación de Finiquito del siguiente tenor literal: *"Don C.A.M., en calidad de Alcalde-Presidente de la Empresa Excmo. Ayuntamiento de V., con número de patronal … y C.I.F.: …, por medio de la presente le comunica a don R.A.C.G., con D.N.I. núm. …, que el próximo día 30 de septiembre 2002 vence el contrato DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL CONSERVATORIO DE MÚSICA DE V. Por todo lo expuesto anteriormente le comunico que a partir de dicho día, esta Empresa considera finalizadas las relaciones laborales que se regían por el anteriormente descrito contrato ADMINISTRATIVO de PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Asimismo le comunico que las cantidades que le serán abonadas SERÁN: LA MENSUALIDAD…….62.500 PTS. DESPLAZAMIENTO Y DIETAS… 30.000 PTS. Se entiende que a dichas cantidades se les aplicarán los descuentos a que hubiese lugar, y estarán sujetas a las posibles variaciones que pudieran producirse en fechas posteriores". TERCERO.- El actor no ostenta ni ha ostentado* en el último año anterior al cese de su actividad para la demandada la condición de delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o delegado sindical. CUARTO.- Presentada reclamación previa ante el Ayuntamiento demandado el día 14 de octubre de 2002, fue re chazada la misma por acuerdo de la Comisión de Gobierno celebrada el día 25 de noviembre de 2002".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimando la de caducidad de la acción de despido ejercitada por don R.A.C.G. contra don C.A.M. como Alcalde-presidente y en nombre y representación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE V. y del CONSERVATORIO DE MÚSICA de dicho Ayuntamiento, debo desestimar y desestimo la demanda, sin entrar en el fondo del asunto y absolviendo a la demandada de las peticiones contra ella dirigidas 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.- Frente a la Sentencia de instancia, que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y apreciando la de caducidad de la acción, absolvió a los demandados don C.A.M. en su condición de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de V., así como a dicho Ayuntamiento y al Conservatorio Municipal de Música, sin entrar en el fondo del asunto litigioso; interpone recurso la representación procesal del demandante, formulando tres motivos de Suplicación, el primero procesalmente amparado en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dedicado a la revisión de los hechos declarados probados, y los dos restantes, sin citar cauce procesal de amparo, se refieren al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, la parte recurrente se limita a efectuar una particular manifestación sobre la fecha de notificación de preaviso de cese, pero no solicita la revisión de ningún hecho probado, ni propone texto alternativo alguno, ni cita prueba documental o pericial que evidencien error del juzgador en la valoración de la prueba, consecuentemente, la Sala para la resolución del recurso debe partir, ineludiblemente, del relato de hechos probados que se contienen en la sentencia recurrida, y a los fines discutidos en el presente litigio, cabe destacar los siguientes: a).- El actor, que es miembro de las Fuerzas Armadas, vino compatibilizando su cargo con el de profesor en el Conservatorio Municipal de Música dependiente del Ayuntamiento de V., desde el 1º de octubre de 1996, dos horas al día, dos días a la semana, percibiendo una retribución mensual de 390,66 euros; b).- Su trabajo consistía en impartir clases de percusión en los Grados Inicial y Medio, suscribiendo contrato de trabajo al inicio del curso de cada año, concretamente el 1º de octubre, con una duración anual; c).- El 12 de septiembre de 2002, el Ayuntamiento de V. hizo entrega al demandante de preaviso de cese y notificación de finiquito con efectos a partir del próximo 30 de septiembre siguiente; d).- El actor presentó escrito de reclamación previa ante el Ayuntamiento demandado el día 14 de octubre de 2002, que fue desestimada por acuerdo de la Comisión de Gobierno celebrada el día 25 de noviembre de 2002, y la demanda origen de los presentes autos fue presentada en el Decanato para reparto el día 9 de diciembre de 2002.

TERCERO.- En el segundo de los motivos, la parte recurrente alega, en esencia, que en el momento de presentación del escrito de reclamación previa –el 14 de octubre de 2002- no habían transcurrido los 20 días a que se refiere el artículo 59 de la Ley de Procedimiento Laboral (en realidad quiere decir, artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores). Y en el tercero de los motivos se solicita que se desestime la excepción de caducidad, se devuelvan los autos a la jugadora "a quo" para dictar resolución de fondo, porque así lo exige el principio "pro actione" y el derecho fundamental que asiste a todo ciudadano en orden a obtener una resolución de fondo, por aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución.

Ninguno de los motivos resulta acogible. En primer lugar, la parte recurrente no cita el cauce que procesalmente ampare dichos motivos del recurso, de modo que solicitándose en este último la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento, debiera haberse formulado el motivo por el cauce del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento laboral. En cualquier caso, y en aras de la tutela judicial efectiva la Sala entra a valorar los motivos del recurso, pero –como ya se dijo- ninguno de ellos puede prosperar, por cuanto la Sala tiene que partir, ineludiblemente, de los incombatidos hechos de la Sentencia de instancia, cuya modificación o revisión no se solicitó adecuadamente por la recurrente. Y en el hecho probado segundo se declara que el "el día 12 de septiembre de 2002 el Ayuntamiento de V. entregó al demandante un preaviso y Notificación de finiquito del siguiente tenor literal…" y a continuación se transcribe el documento entregado al actor por el Ayuntamiento demandado, en el que se afirma que el día 30 de septiembre de 2002 vence el contrato de prestación de servicios que tenía concertado con el Conservatorio de Música de V., añadiendo que a partir de dicho día, el Ayuntamiento considera finalizada las relaciones laborales entre ambos, por lo tanto el día 1º de octubre de 2.002 es el "dies a quo" del inicio del cómputo del plazo de los 20 días hábiles de los que el actor disponía para reclamar contra el despido, tal como establece el artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores. El demandante dirigió escrito de reclamación previa al Ayuntamiento demandado, que fue presentado el día 14 de octubre de 2002, fecha en la que habían transcurrido 10 días hábiles. En este momento, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Laboral, la presentación de la reclamación previa produce el efecto de suspender el plazo de caducidad, señalando este mismo artículo que dicho plazo se reanudará "…al día siguiente de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada". Y la reclamación previa, en este caso debe entenderse desestimada en los términos a que alude el artículo 69.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se dispone: "Denegada la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la resolución, el interesado podrá formalizar la demanda ante el juzgado o la Sala competente…". En el caso enjuiciado, no consta que el Ayuntamiento hubiese notificado al demandante resolución alguna relacionada con la reclamación previa formulada en el plazo de un mes, sino que únicamente consta al folio 26 de las actuaciones acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento demandado de fecha 25 de noviembre de 2002, cuyo punto 3.14 trata el tema de la reclamación previa del actor, acordando su desestimación. Pero aplicando lo dispuesto en el artículo 69.2 de la LPL, la reclamación previa del actor debe entenderse desestimada por el transcurso del plazo de un mes sin haber recibido notificación alguna, plazo que computado de mes a mes (artículo 5.1 del Código Civil) finalizaba el día 14 de noviembre de 2002, reanudándose el plazo de la caducidad el día 15.11.02. Y habiéndose presentado la demanda en el Decanato de los Juzgados de Lugo el día 9 de diciembre de 2002, en esta fecha había transcurrido con exceso el citado plazo de los 20 días hábiles, anteriormente aludido, por lo tanto la acción ya se encontraba caducada, tal como acertadamente se señala por la sentencia recurrida.

En resumen, partiendo de la inalterada declaración de hechos probados, la acción de despido se hallaba caducada en el momento de la presentación de la demanda, por lo que procede rechazar la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio de la misma. En consecuencia:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del demandante don R.A.C.G., contra la

Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Lugo, de fecha 13 de marzo de 2003, en proceso sobre reclamación por despido, frente a los demandados EXCMO. AYUNTAMIENTO DE V., CONSERVATORIO DE MÚSICA DEL AYUNTAMIENTO DE V. y don C.A.M., debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

3670 Recurso núm. 3.610/00

S.S. GRUPO DE EMPRESAS: EXISTENCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA ENTRE AS EMPRESAS DO GRUPO. CONFUSIÓN PATRIMONIAL E DESCAPITALIZACIÓN DUNHA DELAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a dieciocho de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.610/2000 interpuesto por "C.L., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES DE VIGO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por G.C.C. en reclamación de SALARIOS siendo demandado "E.P.G.A., S.A.", "C.L., S.L.", F.R.R.G., Mª.A.R.R.G., Mª.P.R.R.G. E.P. e INTERVENTORES JUDICIALES DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS, G.T.N. y C.M.R. y FOGASA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 123/99 sentencia con fecha 20 de enero de 2000 por el Juzgado de referencia que desestima excepción alegada y estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) La actora G.C.C., mayor de edad, con D.N.I. número …, ha venido prestando servicios para la empresa demandada "E.P.G.A., S.A." y ello desde el 13.08.75, con la categoría profesional de Vendedora, adscrita al centro de trabajo de la C/ … de Vigo, desde el 13.08.75 al 30.03.79 y desde el 01.10.79 al 28.07.92, fecha en que pasó a situación de invalidez provisional y percibiendo por sus servicios una retribución mensual de 154.810 pesetas, de las que 101.969 pesetas corresponden a retribución mensual, 14.139 pesetas a antigüedad y 38.702 pesetas a prorrata de pagas extras.- 2º) Que habiendo sido despedida la actora con fecha de 15.05.98 y presentada por ésta demanda de despido, la misma fue turnada a este Juzgado dando lugar al Procedimiento 316/98 y con fecha de 25.06.98, por ese Juzgado de lo Social se dictó sentencia, declarando improcedente el despido de la actora, condenando a la empresa "E.P.G.A., S.A." a que opte entre readmitir a la actora o abonarle la indemnización correspondiente, habiendo optado la empresa por la readmisión con efectos de 27.07.98 y planteado por la actora incidente de readmisión irregular, con fecha de 20.08.98, por este Juzgado de lo Social, se dictó Auto, desestimando la petición de readmisión irregular.- 3º) Que por resolución de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de 28.12.98, dictada en Expediente de Regulación de Empleo nº 2.358, se acordó autorizar a la empresa "E.P.G.A., S.A.", para la extinción de los contratos de los 27 trabajadores relacionados en hoja anexa entre ellos, la actora) por causas económicas.- 4º) Que la empresa demandada "E.P.G.A., S.A.", adeuda a la actora, los salarios correspondientes al período del 27.07.98 al 28.12.98, o sea por mensualidad de julio 1998 (4 días) 15.480 pesetas salario base 13.595 pesetas y antigüedad 1.885 pesetas por mensualidad de agosto de 1998 completo, 116.108 pesetas salario base 101.969 pesetas y 14.391 pesetas de antigüedad; por mensualidad de septiembre 1998 -116.108 pesetas-; por mensualidad de octubre 1998 -116.108 pesetas-, por paga extra octubre 1998 –parte proporcional al tiempo trabajado -20.640 pesetas; por mensualidad noviembre 1998 -116.108 pesetas-; y por paga de diciembre 1998 -49.020 pesetas-, o sea 657.939 pesetas y habiéndole abonado la empresa "E.P.G.A., S.A." a la actora la cantidad de 36.440 pesetas y 55.000 pesetas, o sea 91.440 pesetas, le adeuda la demandada a la actora un total de 566.499 pesetas.- 5º) Que "E.P.G.A., S.A.", ha sido constituida mediante escritura otorgada ante el Notario el 31.12.66, por F.R.R.E. y sus hijos F., Mª.P. y Mª.A.R.R.G. y M.I.C., con un capital social inicial de 6 millones de pesetas, totalmente desembolsado, en la siguiente

forma: F.R.R.E., 500 acciones por valor de 250.000 pesetas cada socio. Sociedad que tenía como objeto social, la venta de toda clase de tejidos, confecciones, géneros de punto, paquetería, bazar, perfumería, plásticos, muebles, aparatos electrodomésticos, ferretería y todos los demás artículos y mercaderías propios de la actividad comercial de los grandes almacenes, así como aquellas actividades industriales, preparatorias, complementarias o derivadas de las anteriores, fijándose el domicilio social en Vigo, C/ ... Siendo Director General de dicha Sociedad, F.R.R.E.- 6º) Que la sociedad inmobiliaria "L.R., S.A." ha sido constituida por escritura otorgada ante Notario el 20.08.73, por los hermanos S.A., B.S. y los hermanos R.R.G., con un capital social de 34 millones de pesetas, suscrito por los socios fundadores, aportando los primeros a la Sociedad, un terreno solar que tiene frente a la C/ … y superficie de 4.654 M2. inscrita en el Registro de la Propiedad con finca nº ... Sociedad que tenía como objeto social, la compra, urbanización y venta de terrenos, construcción de edificios, para sí o para terceros y la explotación, venta, arrendamiento de los mismos en bloque o por pisos y comercialización de inmuebles y edificios terminados o por terminar, para su venta o arrendamiento.- 7º) Que con fecha de 04.12.80, se otorgó ante Notario escritura de compraventa por Inmobiliaria "L.R., S.A." a favor de "E.P.G.A., S.A.", por la cual la primera vende a la segunda ("E.P.G.A., S.A.") dos sótanos, sitos en el edificio nº … de la calle …, el primero de superficie de 2.364 m2 y libre de cargas, y el segundo de superficie 1.806 m2, por un precio de 30 millones de pesetas, de los que corresponden 17 millones a la finca primera y 13 a la segunda, la cual tenía una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, en garantía de 10 millones y de dicha suma, retiene la entidad compradora el importe de 10 millones 48.000 pesetas para abonárselas a la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, como consecuencia del préstamo hipotecario.- 8º) Que con fecha de 26.11.92, se otorgó ante Notario, escritura de Disolución y Liquidación de Inmobiliaria "L.R., S.A.", adoptado en Junta General de Accionistas el 08.03.91, procediéndose en la última Junta a la distribución del haber social al único accionista "C.L., S.L.", que se subroga en todo el activo y el pasivo resultante del Balance Final de la Liquidación.- 9º) Que en el Balance final de Liquidación a 31 de mayo de 1992 de Inmobiliaria "L.R., S.A.", figura en el activo en el capítulo de deudores varios Epigasa deudor por intereses -20.043.650 pesetas y en ventas financieras en el capítulo –crédito corto plazo a Epigasa -88.468.522 pesetas.- 10º) Que por escritura de 28.12.90 quedó reducido el capital social de Inmobiliaria "L.R., S.A." a 18 millones de pesetas.- 11º) Que "C.L., S.L.", ha sido constituida por escritura otorgada ante Notario el 28.12.90, por los hermanos F., Mª.P. y Mª.A.R.R.G., con un capital social de 600.000 pesetas, dividido en 60 participaciones de valor diez mil pesetas cada una, adjudicándose a cada uno de los tres socios, 20 participaciones, siendo Administradores Solidarios F. y Mª.P.R.R.G.. Sociedad que tiene como objeto social, la compraventa y urbanización de terrenos, construcción de edificios y su explotación en régimen de alquiler; compraventa de títulos valores mobiliarios y compraventa y alquiler de embarcaciones y automóviles.- 12º) Que con fecha de 18.02.93, se otorgó ante Notario, escritura de compraventa en virtud de la cual "E.P.G.A., S.A.", dueña de las fincas integrantes del edificio nº … de la calle … de Vigo, sótano primera de 2.364 m2 y otro sótano de 1.806 m2.- gravadas con hipotecas a favor de Hacienda, de fechas 91 y 92 por importe de 44.753.155 pesetas, vende a la Entidad "C.L., S.L." las citadas fincas, por el precio de 165 millones de pesetas, reteniendo la compradora la suma de 44.753.155 pesetas para satisfacerlas a la Hacienda Pública y la suma de 116.306.835 pesetas, se declaran recibidas por la vendedora, a través de la compensación del crédito que tiene pendiente de pago con la compradora (a saber, EPIGASA adeudaba a Inmobiliaria "L.R., S.A.", la cantidad de 116.306.835 pesetas y dicha Entidad fue disuelta y liquidada el 26.11.92, adjudicándose la titularidad del activo y pasivo a la entidad "C.L., S.L." y por lo tanto, el crédito de 116.306.835 pesetas y ante la imposibilidad de "E.P.G.A., S.A.", de la devolución de los citados importes, se convino la cesión onerosa de las citadas fincas, por parte de "E.P.G.A., S.A." a "C.L., S.L.", en Junta General Ordinaria de Socios celebrada el 11.12.92, en pago de la deuda antes citada).- 13º Que con fecha de 27.10.93, el "F.G.A., S.A.", formalizan un convenio de fraccionamiento de pago, de la cantidad abonada por Fondo de Garantia Salarial a los trabajadores de "E.P.G.A., S.A.", la cual sería satisfecha en la forma establecida en dicho convenio y cuyo contenido, se da por reproducido. Y también en garantía de devolución y cumplimiento de los pactos previstos, se pactó que la entidad "C.L., S.L." constituía a favor del Fondo de Garantía Salarial, primera hipoteca sobre la finca siguiente: Parcela Cinco L, de superficie 227 m2.- 14º) Que con

fecha de 12.11.93, se otorgó ante Notario, escritura rehipoteca unilateral, otorgada por "C.L., S.L.", a favor del Fondo de Garantía Salarial, para asegurar el cobro en el plazo de 8 años, mediante pagos trimestrales, a contar desde el mes de agosto de 1994, de la cantidad de 145.000.000 pesetas de principal y 85.688.750 pesetas de intereses. Y para que sirva de tipo de la subasta, en caso de ejecución hipotecaria, tasan la finca hipotecada en 230.668.750 pesetas.- 15º) Que el Fondo de Garantía Salarial abonó a los trabajadores de "E.P.G.A., S.A.", que figuran en la relación anexa, obrante en la documental aportada por el Fondo de Garantía Salarial, las prestaciones de garantía salarial, por importe de 120.358.783 pesetas, no constando que la citada empresa haya devuelto cantidad alguna en relación con las prestaciones abonadas.- 16º) Que con fecha de 23.05.96, se otorgó ante Notario, escritura de solemnización de acuerdos sociales, cese y nombramiento de administrador, Administrador Único nombrado de "E.P.G.A., S.A.", F.R.R.D.- 17º) Que la Sociedad "S.E.P., S.L.", fue constituida por escritura otorgada ante Notario el 15.03.94, por los hermanos F.O., Mª.P. y Mª.A.R.R.G. y F.R.R.D., F.V., J.M.V. y Mª.C.F.G., con un capital social de 600.000 pesetas, de las cuales estos tres últimos, detentan 20 participaciones sociales, de diez mil pesetas de valor nominal cada uno de ellos, designando Administrador único a F.R.R.D. y teniendo como objeto social, la venta y suministro de toda clase de mercancía incluida su facturación (centrando la actividad fundamentalmente en suministros a Entidades Públicas). Y por escritura otorgada ante Notario, de fecha 03.10.97, se efectuó el cambio de denominación social de "S.E.P., S.L." por "E.P., S.L." por lo cual el artículo 2 de los Estatutos de la Sociedad se modificó, quedando su redacción del siguiente modo: artículo 2 denominación social -. La Sociedad girará bajo la denominación "E.P., S.L."- 18º) Que en la Memoria de cuentas Anuales del ejercicio económico, cerrado el 31 de enero de 1992, de la empresa "E.P.G.A., S.A.", figuran entre las deudas no comerciales Inmobiliaria "L.R., S.A." - 88.468.- 19º) Que en el año 1993, la empresa "E.P.G.A., S.A.", puso en práctica un plan de reestructuración, con la intención de cambiar la tendencia de resultados negativos de los anteriores ejercicios. Este plan implicaba, como medida de mayor importancia, la reducción de la plantilla, lo cual se llevó a efecto en el año 1993. Y en el plan de viabilidad de la empresa "E.P.G.A., S.A." (aportado como documental por la actora, consta que ante la deuda de la empresa, se presentó en febrero de 1998, suspensión de pagos, ante lo cual los proveedores no les sirven, por lo que la plantilla está sobredimensionada para la nueva situación y debe reducirse, adecuándola a la realidad existente den la actualidad y abonando las secciones que hay en día, por circunstancias de mercado, resulta imposible hacerlas rentables y redimensionando el establecimiento acorde a la nueva situación, que debe limitarse a 3 plantas del centro comercial y por ello, con un ajuste en la plantilla de 9 personas, se podría dar un buen servicio en las tres plantas comerciales, vislumbrándose una posible viabilidad del negocio. Y dado que las plantillas de los centros comerciales de la … y … se encuentran muy ajustadas, no pudiéndose realizar nuevas incorporaciones, ante la imposibilidad de absorber dicho costo.- 20º) Que con fecha de 16.02.98, "E.P.G.A., S.A.", presentó ante el Juzgado, solicitud de suspensión de pagos, presentándose por la empresa un balance detallado de su activo y pasivo por la entidad Suspensa y en él se determina un activo de 1.215.035.904 pesetas y un pasivo de 1.142.684.458 pesetas, con una diferencia a favor del activo de 72.351.446 pesetas. Que los interventores de la suspensión de pagos nombrados, T.G.G. en representación de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo y C.M.R. y G.T.N., Auditores Censores Jurados de Cuentas, en ejercicio, elaboraron su dictamen, donde consta que son ciertas las causas de la suspensión expresada por la entidad deudora, en la Memoria presentada, acompañando como anexos, la lista de acreedores y la relación de créditos, según su calificación jurídica y balance, en el que se establece el activo en 579.955.019 pesetas y el pasivo en 1.343.385.522 pesetas y la diferencia a favor del segundo de 763.430.504 pesetas.- 21º) Que por Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Vigo, se declaró en estado de suspensión de pagos e insolvencia definitiva a la entidad "E.P.G.A., S.A.", con una diferencia a favor del pasivo de la suma de 763.430.504 pesetas.- 22º) Que con fecha de 25.09.98, por este Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en los autos nº 343/98, seguidos como demandantes, por trabajadores de la empresa "E.P.G.A., S.A." y domo demandados, contra los hoy demandados en este procedimiento, se dictó sentencia, estimando la demanda y condenando solidariamente a los demandados "E.P.G.A., S.A.", "C.L., S.L." y "E.P., S.L."; absolviendo a los restantes codemandados, e interpuesto recurso de Suplicación, contra la citada sentencia, con fecha de 09.04.99 por el Tribunal Superior de

Justicia de Galicia, Sala de lo Social, se dictó sentencia, confirmando la sentencia recurrida, excepto en lo relativo a la absolución de los demandados, personas físicas, dejando sin efecto este pronunciamiento y en su lugar se declara la incompetencia de este orden jurisdiccional, respecto a los mismos, por ser competencia del orden civil.- 23º) Se intentó conciliación ante el SMAC instada y celebrada los días 12 y 22 de enero de 1999, con el resultado de sin efecto.- 24º) Se presentó demanda ante esta jurisdicción social con fecha de 2 de marzo de 1999.- 25º) En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del Procedimiento, a excepción del término para dictar sentencia, dada la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la excepción alegada de defecto legal en el modo de proponer la demanda y apreciando la excepción de incompetencia de jurisdicción, respecto de las personas físicas codemandadas y estimando la demanda interpuesta por doña G.C.C., contra "E.P.G.A., S.A.", "C.L., S.L.", don F.R.R.G., doña Mª.P.R.R.G., "E.P., S.L.", INTERVENTORES JUDICIALES DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS, don G.T.N. y don C.M.R. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, debo condenar y condeno solidariamente a los demandados "E.P.G.A., S.A.", "C.L., S.L." y "E.P., S.L." a que abonen a la actora la cantidad de QUINIENTAS SESENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTAS NOVENTA Y NUEVE PESETAS (566.499 pesetas) y ello con los intereses por mora que legalmente procedan. Absolviendo a los restantes codemandados."

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Por la representación letrada de la empresa "C.L., S.L.". se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y apreciando la excepción de incompetencia de jurisdicción, respecto de las personas físicas codemandadas y estimando la demanda, condenó solidariamente a los demandados, "E.P.G.A., S.A.", "C.L., S.L." y "E.P., S.L.", a que abonaran a la actora la cantidad de 566.499 pts. con los intereses por mora que legalmente proceda, absolviendo a los restantes codemandados; y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia en un único motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida y con adecuado amparo procesal-, infracción del art. 6.4 del C.C., en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo y sus consecuencias en orden a la responsabilidad solidaria empresarial; alegando sustancialmente que la entidad mercantil "C.L., S.L.", no constituye grupo empresarial con la codemandada y condenada "E.P.G.A., S.A.", solicitando, en consecuencia, se dicte sentencia por la que se anule la extensión de responsabilidad solidaria respecto a "C.L., S.L.", declarando la obligación de abonar las cantidades señaladas en la sentencia impugnada a la empresa "E.P.G.A., S.A.", con todos los demás pronunciamientos que en derecho proceda.

El problema que se suscitan en la presente "litis" consiste en determinar, si ambas empresas codemandadas y condenadas ("E.P.G.A., S.A." y "C.L., S.L."), a pesar de constituir entidades mercantiles diferenciadas, constituyen una unidad empresarial, para la que la actora ha venido prestando sus servicios y responden solidariamente de las consecuencias en el pago de salarios.

A este respecto, conviene recordar ciertos criterios jurisprudenciales, resumidos en la sentencia de esta Sala de 27.07.94 (rec. Nº 2.993/92) a saber: a) lo que caracteriza fundamentalmente la existencia de un grupo de empresas, son notas tales como la relación vertical de dominación de una empresa respecto de las demás del grupo, un sistema de gobierno unitario y la prestación de servicios por los trabajadores de forma indistinta y común, sea simultánea o sucesivamente (en este sentido, véanse los criterios jurisprudenciales utilizados en sentencia del TS de 03.05.90, R. 3.946, de 06.03.91, R. 1.334 y de 30.06.93, R 4.939). b) En principio, el mero hecho de que una empresa aparezca integrada en un grupo carece de trascendencia laboral, en cuanto el establecimiento de Sociedades Mercantiles de diversa clase, con limitación de responsabilidad, y su actuación en grupo, cualesquiera que sean las relaciones civiles o mercantiles e incluso la participación accionarial existente entre ellas, es una actuación lícita

amparada en el principio constitucional de libertad de empresas (art. 38 Constitución Española), teniendo cada una de ellas titularidad y personalidad jurídica independiente (S. TCT de 18.03.81, r 1017). C) Sin embargo, no obstante la existencia de personalidades jurídicas separadas y la limitación de responsabilidades correspondientes, ello no impide que en supuestos singulares, cuando se detecte que la constitución de sociedades o integración en el grupo, aunque al amparo formal de una norma, se produce con el propósito abusivo y fraudulento de evadir responsabilidades personales en perjuicio de otros, persiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico (arts. 6.4 y 7.1 Código Civil), puedan los Tribunales penetrar en el substrato personal de dichas entidades, levantando su "velo", para proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados, respetando de este modo "el derecho de los demás" al que alude el art. 101 de la C.E. como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, y dispensando en definitiva la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Norma Fundamental (véase exposición de esta doctrina, clásica en la Sala 1ª del TS, en sentencia de Sala 4ª de 25.09.89, r. 6.488) pero, como también alerta la jurisprudencia, los Tribunales deberán hacer uso moderado y cauteloso de tales facultades, para no quebrantar intereses legítimos, y de ahí que deban constar en "hechos probados" datos indiciarios, suficientes en número e intensidad que permitan alcanzar la presunción lógica (art. 1.253 del Código Civil) de que la apariencia formal creada era una simple pantalla jurídica para ocultar que todas las empresas del grupo forman una unidad y son coempresarios. D) A estos fenómenos de pluralidad de empresarios integrados en grupo corresponde una responsabilidad de tipo solidario, (STS 07.12.87, R 10.115), pero no en virtud de lo dispuesto en el art. 1.137 del Código Civil, que se refiere a las deudas constituidas expresamente con tal carácter, sino por imperativo de las reglas del mandato contenidas en el art. 1.731 del Código Civil, a cuyo tenor "si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato". En conclusión, como dice la sentencia del T.S. de 12.07.88 (r. 5.802), es doctrina de la Sala que "cuando diversas sociedades convergen en un fin común, aunque por razones prácticas de operatividad mantengan cada una su personalidad jurídica propia ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia se impone el principio de solidaridad que, descansa fundamentalmente en el de la realidad, consistente en buscar dicha realidad auténtica más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, con lo que se evita pueda pesar sobre el productor contratado el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que para nada le atañen y, que por supuesto, suelen ser muy difíciles de descubrir, y ello, en aras de la seguridad jurídica y del principio de que quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como realidad, a fin de no fomentar la posible aparición de empresas ficticias que carezcan de las mínimas garantías de responsabilidad dejando a los trabajadores indefensos". Más recientemente el TS en su sentencia de 26.01.98 (RJ 1.062/98) han venido señalando *"no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, sino que es necesaria la presencia de elementos adicionales. La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad. No puede olvidarse que los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propia como personas jurídicas independientes que son. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, entre los elementos adicionales que hacen falta. La jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo ha residenciado la conjunción de alguno de los siguientes: *funcionamiento Unitario de las organizaciones de Trabajo de las Empresas del Grupo. * Prestación de Trabajo común, sucesiva o simultánea, a favor de varias de las empresas del Grupo. * Creación de empresas aparentes sin sustento real. * Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. * Utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente en perjuicio de los trabajadores"*

Por lo que en aplicación de la referida doctrina al caso de autos, ha de estimarse que concurren todos los elementos que definen el principio de solidaridad en el grupo de empresa, toda vez que del relato fáctico de hechos probados y de la fundamentación jurídica de la sentencia, (que, aun cuando no es lugar adecuado, tiene valor de hecho probado) se desprende que las tres sociedades codemandadas, están constituidas por los hermanos

R.R.G., socios únicos de la empresa "E.P.G.A., S.A.", que la empresa "E.P.G.A., S.A." era propietaria de dos almacenes comerciales de superficie útiles de 1.806 m2 y 2.364 m2 en la c/…, locales que habían sido vendidos a dicha empresa por la inmobiliaria "L.R., .S.A.", por escritura otorgada ante notario en 1980 y, posteriormente, en el año 1993, por "E.P.G.A., S.A." se otorga escritura ante notario, por la cual ésta empresa cede a la empresa "C.L., S.L." (constituida por los socios de "E.P.G.A., S.A.") los locales anteriormente descritos y ello en pago de una deuda de 116.306.835 ptas que "E.P.G.A., S.A." tenía con dicha empresa (al haber asumido "C.L., S.L." el activo y pasivo de inmobiliaria "L.R., S.A.", la cual era acreedora de "E.P.G.A., S.A.", en la indicada cantidad 116.306.835 ptas) y lo cierto es que de la documental obrante en autos, a saber, balance de liquidación de inmobiliaria "L.R., S.A." y memoria de "E.P.G.A., S.A." de los años 19991 y 1992, no aparece en ninguno de los ejercicios económicos ninguna partida por importe de 116.306-835 ptas y en el balance de la inmobiliaria "L.R., S.A.", el único saldo que aparece en la partida de deudores corresponde al capitulo de deudores varios 20.043.650 ptas, de donde resulta, que la sociedad "E.P.G.A., S.A." que en el año 1980 tenía un patrimonio inmobiliario constituido por dos locales en la c/ …, de 1.806 m2 y 2364 m2, en la actualidad está descapitalizada y sin patrimonio alguno, al haber cedido ésta dichos bienes inmuebles a la sociedad "C.L., S.L.", en pago de deudas, deudas no suficientemente documentadas ni con constancia clara de la realidad de dichas deudas. Siendo asimismo destacar, la existencia de una hipoteca unilateral constituida sobre una finca en la c/…, de "C.L., S.L.", a favor del Fondo de Garantía Salarial, garantizando una deuda de "E.P.G.A., S.A." por importe 200.030.000 ptas, todo lo cual conduce a estimar que en el supuesto de autos se han dado circunstancia de confusión patrimonial entre ambas sociedades, constituidas por los mismos socios, los hermanos R.R.G. y mediante la utilización de diversas técnicas societarias y negocios y presuntas deudas y cesiones de bienes entre unas y otras sociedades de tal modo que la única sociedad, la empresa "E.P.G.A., S.A.", ha quedado descapitalizada y sin patrimonio alguno, todo lo que conduce a estimar, dado el entramado de relaciones entre las sociedades codemandadas, la responsabilidad solidaria de las mismas, pues en otro caso, la declaración de condena únicamente frente a "E.P.G.A., S.A.", única empresa para la cual la actora ha venido trabajando quedaría hueca de auténtico contenido en cuanto que dirigida contra quien, como consecuencia de artilugios jurídicos, ha logrado carecer de solvencia económica adecuada, eludiendo así las consecuencias de los incumplimientos laborales y por tanto quedando así vacía la efectividad de la tutela judicial efectiva solicitada (en igual sentido sentencia de esta Sala de 09.04.99, Rec. 5.026/99, en la que, si bien no se trata de reclamación salarial, sino de despido, se resolvió el problema referente a la responsabilidad solidaria de las codemandadas). En base a lo que, al ser conforme a derecho, la sentencia recurrida, procede en consecuencia desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

De conformidad con el art. 233 de la L.P.L., se impone las costas del recurso a la empresa recurrente, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte impugnante en la cuantía de 150 €.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "C.L., S.L." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. TRES DE VIGO, en fecha 20 de enero de 2000, autos nº 123/99, seguidos a instancia de doña G.C.C. contra la recurrente, "E.P.G.A., S.A." Y OTROS sobre SALARIOS debemos confirmar confirmamos íntegramente el fallo combatido.

3671 **Recurso núm. 3.658/03**

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DO PERSOAL ESTATUTARIO. INDICIOS DE VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. DISCRIMINACIÓN CONTRARIA AO PRINCIPIO DE IGUALDADE. INDEMNIZACIÓN ADICIONAL: CRITERIOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a dieciocho de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.658/03, interpuesto por don L.L.R.B.B. Y MINISTERIO FISCAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don L.L.R.B.B. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES, siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SÁUDE, MINISTERIO FISCAL y don J.A.C., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 64/03 sentencia con fecha 25 de febrero de 2003, por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Don L.L.R.B.B., mayor de edad, con DNI nº …, es facultativo especialista de Área de Pediatría, prestando servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde, desde 1990, y con plaza en propiedad desde 1994.- II.- Por resolución de 28.12.98 de la Dirección General de RRH del Servicio Galego de Saúde, se convocó Concurso de Traslados de facultativos, que fue resuelto por resolución de 03.01.00; impugnó tal resolución el actor –que estaba en el Hospital de M.-, en vía contencioso-administrativa, impugnación que fue finalmente estimada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26.12.01, por la que se anularon las actuaciones a fin de que se excluyeran de baremación los participantes que no se hallaran en servicios jerarquizados. Repetido el trámite concursal, por resolución de 30.06.02 se acordó el traslado del actor al Servicio de Pediatría del Complejo Hospitalario Xeral-Cíes de Vigo, tomando posesión el 28.06.02.- III.- Desde hace tiempo, el Jefe de Servicio de Pediatría del Complejo Hospitalario Xeral-Cíes, el demandado don J.A.C., venía solicitando una reorganización del servicio, destacando la situación crítica del Área de Urgencias, por la cantidad de pacientes que debían atenderse; en este sentido dirigió, entre otras, carta de 19.12.01 a la Gerencia, reiterándole al nuevo Gerente el 14.01.02, indicando entre otras cosas, aumento del personal para urgencias, para cubrir un pediatra por la mañana, y dos por la tarde y noche en días laborales, y dos pediatras de guardia sábados, domingos y festivos.- IV.- El 05.06.02 don J.A.C. dirigió al Director-Médico, carta que decía: "Estimando Sr. Director: Ante la situación que atraviesa la Urgencia Pediátrica de este Hospital de no poder contar con dos Pediatras para la atención de la misma (debido a la poca colaboración de la Gerencia de "Atención Primaria" con los Pediatras Extrahospitalarios), propongo como solución transitoria: 1.- Cubrir una columna de guardia, en el Área de urgencias, con los Pediatras Extrahospitalarios (como se me informó que garantiza la Gerencia de "Atención Primaria"). 2.- Cubrir un turno de tarde, de 15:00 a 22:00 horas, los días laborables, con un Pediatra.- 3.- Cubrir los sábados, domingos y festivos, las 24 horas, con dos Pediatras. Ruego, por tanto, me comunique la posibilidad de disponer de un pediatra, en turno de tarde, de 15:00 a 22:00 horas. En espera de sus noticias, reciba un cordial saludo".- V.- Dicha propuesta fue informado favorablemente por el Director-Médico el 10.06.02, y aprobada por el Comité de Dirección del Centro en reunión celebrada el 19.06.02, lo que se comunicó a don J.A.C. por Nota interior de 21.06.02.- VI.- Al tomar posesión el demandante el 28.06.02, el Dr. J.A.C.le comunicó que prestaría sus servicios en el turno de tarde (15 h a 22 h) del Servicio de Urgencias Pediátricas, advirtiéndole que en Urgencias no podían expedirse recetas; el área de Urgencias, se atiende por dos pediatras –uno interino y otro eventual- en el turno de 8 a 15 horas.- VII.- En el Servicio de Pediatría hoy 1 Jefe de Servicio, 4 Jefes de Sección, 11 facultativos especialistas de Área con plaza en propiedad, 7 facultativos especialistas interinos y 7 facultativos especialistas eventuales. El Servicio dispone de 5 Secciones: Neonatología, Lactantes, Preescolares, escolares y Cirugía Pediátrica; se organiza en las siguientes Unidades Funcionales: UCI pediátrica, UCI neonatal, Area de Urgencias pediátricas, Hospital de día Pediátrico, Dismorfología, U. de Gastroenterología, U. de Alergia, U. de Cardiología, U. de Oncología, U. de Endocrinología, U. de Nefrología, U. de Epileptología y Neurología, U. de Sida, U. de Síndrome de Down, U. de Consulta de referencia, U. de Consulta de RN, de no ingreso hospitalario, U. de Consulta de Neonatología, U. de Consulta de lactantes, U. de Consulta de Preescolares, U. de Consulta de Escolares, U. de Consulta de Trastornos de Alimentación, U.de C. de Psiquiatría Infantil, U. de Consulta de Neurología P.A. cada Unidad están asignados unos facultativos fijos, en unos casos en exclusiva, y en otros casos en dedicación parcial, compartida con otra Unidad.- VIII.- Del personal facultativo, ocho no realizan guardias por ser mayores de 55 años;

4 realizan guardias específicas localizadas en cirugía Pediátrica, 4 realizan sólo guardias en UCI y planta y el resto, realizan guardias, bien en Neonatología, UCI + Planta y Área de Urgencias; las guardias de urgencias están apoyadas por Pediatras de Atención Primaria; el actor ha realizado guardias en UCI + Planta y en el Área de urgencias.- IX.- En enero del 2003 se contrató a una pediatra eventual con subespecialidad de Nefrología, que fue asignada a la Unidad de Nefrología Infantil.- X.- El actor estuvo en I.T., del 12.12.02 al 17.12.02 por "Síndrome. Ansiedad – S. Depresivo", y del 03.02.03 al 07.02.03 por similar diagnóstico.- XI.- Las sesiones clínicas se realizan por la mañana, habiendo asistido el actor a alguna de ellas".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda de don L.L.R.B.B., absuelvo a los demandados don J.A.C. y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, de las pretensiones de la demanda, con la intervención del MINISTERIO FISCAL".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados, don J.A.C. y Servicio Galego de Saúde, de las pretensiones de la demanda; con la intervención del Ministerio Fiscal. Frente a este pronunciamiento interponen recursos la representación procesal del demandante y el Ministerio Fiscal; construyéndose el de aquél a través de dos motivos de Suplicación, dedicado el primero a la revisión de hechos probados y destinado el segundo al examen del derecho aplicado; mientras que el recurso del representante del Ministerio Público, se articula en dos motivos de Suplicación, alegando en el primero la excepción de incompetencia de jurisdicción y, para el supuesto de que fuera desestimado, construye el segundo con base en el art. 189.1.f) de la Ley Procesal Laboral, en cuanto se refiere a la tutela de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Por obvias razones jurídico-procesales, procede el análisis prioritario del primero de los motivos del recurso del Ministerio Fiscal. Se fundamenta el mismo en el art. 189.1.e) de la Ley Adjetiva Laboral; por considerar que la competencia para conocer de la cuestión litigiosa no corresponde al orden jurisdiccional social sino al contencioso-administrativo, ya que se trata de una demanda sobre tutela de un derecho fundamental invocada por un funcionario público, como lo es indudablemente el actor, pediatra con plaza en propiedad en el Hospital Xeral-Cies de Vigo; e invocando la Disposición Adicional 5ª de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la que, aduce el recurrente ha modificado la Ley de Procedimiento laboral en su art. 3 excluyendo expresamente la competencia del orden social para conocer de las demandas relativas a tutela del derecho fundamental a la libertad sindical y huelga cuando se trata de un funcionario público; y aunque no hace referencia a otros derechos fundamentales, sin embargo, entiende el recurrente que tal referencia no es necesaria porque la Ley Procesal Laboral sólo regula el procedimiento especial relativo a la tutela de libertad sindical y el art. 181 de la misma equipara la tramitación de las demanda de tutela de otros derechos fundamentales, incluida la prohibición de tratamiento discriminatoria, a la prevista para la tutela de libertad sindical; añadiendo que, de no entenderlo así, se llega al absurdo de variar el criterio de atribución jurisdiccional en función de cual sea el derecho fundamental cuya tutela se invoque en cada caso en lugar de atender a la condición del actor, trabajador o funcionario. El motivo no prospera. En primer término, y fundamentalmente, por las razones contenidas en el segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, que la Sala acepta en su integridad. En segundo lugar, porque la competencia para conocer y decidir la cuestión litigiosa viene atribuida a la jurisdicción social, tanto por imperio de lo normado en el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuanto por el mandato expresa contenido en el art. 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto de 30 de mayo de 1974 -que continúa vigente- que atribuye la competencia para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal a la Jurisdicción de Trabajo, al ser dichas relaciones de carácter estatutario. No estando, por tanto, incluido dentro de lo preceptuado en el art. 3.1.a) de la Ley Procesal Laboral, el personal estatutario, en el que está integrado el demandante; de ahí que la competencia para enjuiciar y resolver la cuestión litigiosa venga atribuida al orden jurisdiccional

social. Debe, pues, rechazarse, como queda dicho, la excepción a que se viene haciendo referencia.

TERCERO.- El primero de los motivos del recurso del demandante se formula al amparo del art. 191, letra b) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitando la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia que impugna, concretamente para que se añada o rectifique en los hechos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10º y 11º, en los términos que se pasan a exponer:

a) La rectificación en el hecho 2º del error de fechas siguiente: "...Repetido el trámite concursal, por resolución de 30.04.02 (publicada en DOG de 23.05.02) se acordó el traslado del actor al Servicio de Pediatría de C.H. Xeral-Cíes de Vigo, tomando posesión el 28.06.00".

b) La adición al hecho 3º de: "No hay respuesta de la Gerencia respecto a las cartas del Dr. J.A.C. de fechas 19.12.01 y 14.01.02".

c) Se añada al hecho 4º lo siguiente: "La Sentencia del TSJG de 26.12.01 y la Resolución -de 30.04.02- en la que se acordó el traslado del actor al Servicio de Pediatría del C.H. Xeral-Cíes de Vigo (publicada en DOG de 23.05.02), son PREVIAS Y ANTERIORES a la carta que dirigió el codemandado don J.A.C. al Director Médico, solicitando la reorganización del Servicio (carta de fecha 05.06.02)".

d) Se adicione el hecho probado 5º bis en los términos siguientes: "Nunca hubo un pediatra de plantilla en Urgencias en turno fijo de tardes en el Servicio de Pediatría".

e) Se añada al hecho 6º que: "El actor es el único pediatra del servicio que realiza su jornada ordinaria, turno de tarde, en Urgencias (de 15 a 22 h.)".

f) La inclusión en el hecho 8º de lo siguiente: "Los pediatras propietarios del Hospital no realizan guardias en Urgencias. El único pediatra propietario que hace guardias en Urgencias es el actor. En Neonatos y UCI-Planta realizan guardias Pediatras de Atención Primaria, ajenos al servicio de Pediatría del Hospital".

g) Se añada y corrija en el hecho 9º lo siguiente: "La Dra. Co. fue contratada con posterioridad a la toma de posesión del actor. Realiza su jornada en la Sección de Neonatología en horario de mañana -de 8 a 15 h-, y realiza guardias preferentemente en UCI-Planta".

Se aceptan, a la vista de los medios de prueba que por el recurrente se invocan, las revisiones a que se refieren los apartados a), d), e), f) y g). No se admiten: la b) -por ser intrascendente-, la c) -por hacer alusión a circunstancias temporales, que se pueden comprobar con los datos que el recurrente aduce y constan en el relato judicial-.

CUARTO.- En el segundo de los motivos del recurso del actor, y con sede en el art. 191, apartado c).de la Ley Adjetiva Laboral, se denuncian las infracciones siguientes:

A) Art. 14 de la Constitución, por considerar, esencialmente, que la sentencia recurrida, es contrario al citado precepto, que consagra el derecho fundamental a la igualdad, al desestimar la pretensión del actor y declarar la inexistencia de discriminación en el trato laboral que recibe de los codemandados, relatado en los hechos declarados probados, haciendo de éstos el recurrente, una prolija exposición, desde que accedió a la plaza que ocupa, en virtud de sentencia de 26 de diciembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, su situación en el desempeño de la misma, comportamiento del codemandado don J.A.C. y numerosas vicisitudes derivadas de la actuación de éste último; entendiendo, en definitiva, el que recurre, que el origen de la discriminación que sufre, se halla en cómo accedió a su actual plaza tras haber impugnado judicialmente un concurso de traslados y obtener un pronunciamiento favorable del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y la preferencia del nombrado codemandado, don J.A.C., porque hubiera continuado el Dr. V. es manifiesta y está implícita y explicita en la demanda, al argumentar que todas las reorganizaciones que sufre el actor fueron consecuencia de ese relevo y no la aplicación nunca al mencionado Dr. V.

B) El art. 24 de la Constitución, en cuanto consagra el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, al desestimar la sentencia de instancia la pretensión del actor en dos aspectos: uno, en que el origen de la discriminación que sufre el recurrente está en la sentencias en ejecución de la cual accedió a la plaza de pediatra y supuso la anulación de la adjudicación de la misma, que, con anterioridad, se había realizado al Sr. V.; considerando que se está vulnerando la garantía de indemnidad, y el otro, en que la plaza que se impuso al actor vacía de contenido la sentencia favorable dictada y la tutela judicial obtenida, ya que el puesto de trabajo que desempeñó el Sr. V.,

siete años en comisión de servicios y quince meses en propiedad, y que la sentencia adjudicó al actor, nada tiene que ver con la que don J.A.C. dio posesión a aquél.

C) Art. 23.2 de la Carta Magna; que recoge el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; de un lado, en relación con su predecesor en la plaza, Sr. V., que es pediatra y no trabaja desde que tomó posesión el actor y, además porque tenia horario de mañana, y de otro, en relación a la Sra. C., estatutaria eventual, de ingreso posterior en el Servicio de Pediatría, por no convocar públicamente ni ofertar su puesto de trabajo en dicho servicio, produciendo una manifiesta ilegalidad en el procedimiento de acceso, al privar al que recurre de dicha vacante, con el propósito de satisfacer intereses extraños a los públicos, vulnerando el precepto constitucional citado. Cita las sentencias del Tribunal Constitucional 215/91, 193/87 y 148/86.

D) Jurisprudencia relativa al acoso moral en el trabajo o "mobbing"; por estimar, esencialmente, que las funciones que se le asignan corresponden a otra especialidad creada por Decreto 290/01 y ninguna de las sesiones clínicas a las que asiste se le computa como tiempo trabajado, a diferencias de los demás pediatras; la hostilidad que padece también la denota el hecho de cómo y en que plazo se obtuvo la autorización, de dudosa legalidad en el fondo y forma, para impedir la incorporación efectiva en el Servicio de Pediatría al tomar posesión de la plaza y en que con posterioridad a su incorporación se contrató eventualmente a la Sra C. que sí se incorporó al servicio inmediatamente; invoca diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, sobre acoso moral en el trabajo.

E) Jurisprudencia relativa al principio de igualdad; invocando las sentencias del Tribunal Constitucional 114/1989, de 22 de junio, 29/2000, de 31 de enero, y otras y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de abril de 2002, con trascripción fragmentaria de sus argumentaciones, singularmente de esta última.

QUINTO.- En el segundo, y último, de los motivos del recurso del representante del Ministerio Publico construido con fundamento en el art. 189.1.f) de la Ley Rituaria Laboral, se manifiesta que considera acreditado que el actor sufre un trato claramente discriminatorio, y por ello atentatorio contra el derecho fundamental a la igualdad, en relación con el resto de pediatras de la plantilla del servicio de pediatría del Hospital Xeral de Vigo, y que está de acuerdo con la juzgadora "a quo" en que la atribución de uno u otro horario es una competencia empresarial, en este caso la gerencia. y que en principio no tiene significado discriminatorio, y que también comparte la idea de que es muy deseable que existan no ya uno, sino incluso varios pediatras que desarrollen su trabajo por las tardes, especialmente en áreas de tanta demanda como al de urgencias; pero el problema surge a la hora de determinar quien o quienes sean las personas que deban asumir ese trabajo, así como, si han de ser cono siempre las mismas. Analiza a continuación el representante del Ministerio Fiscal, con mención de la Directiva Comunitaria 1999/70 de 28 de junio, que se indica en la sentencia, que prevé que el trato a trabajadores con contrato de duración determinada no puede ser menos favorables que el trato a los fijos, y que tampoco puede producirse la situación contraria, esto es, que el trabajador fijo tenga un peor trato que el que tiene un contrato de duración determinada. Manifiesta, así bien el nombrado correcurrente, que el Sr. J.A.C. -jefe de servicio- afirmó en el juicio que hay interinos que llevan más años que los que tienen plaza en propiedad, y que él asigna a unos y otros en función de la especialidad, y pese a todo eso, de la documentación relativa a la plantilla, organización del servicio en secciones y unidades, y la asignación de pediatras a los distintos puestos, documentación que ha remitido el propio Hospital, se deduce claramente que eso no es cierto, que el tener la plaza en propiedad supone para todos los pediatras en esa situación, excepto para el actor, un cierto estatus, y que, incluso para la mayoría de los interinos y eventuales, la situación es claramente más favorable que para el actor; pasando, el recurrente, a continuación, a explicar, de modo exhaustivo, los horarios en el servicio de pediatría, con designación por sus apellidos de los facultativos que allí prestan sus servicios, con mención de las actividades que se realizan en las secciones y unidades, organización de guardias y otras actividades. Por ello, considera que la situación del actor en su trabajo es claramente discriminatoria y perjudicial con el resto de la plantilla; dentro de su horario no podrá asistir a las sesiones clínicas, no puede hacer seguimiento de pacientes, no puede atender a consultas y no puede contactar con sus colegas del servicio de pediatría, salvo en el raro supuesto de que están de guardias coincidiendo con él en

su horario, ya que la mayoría de las guardias de urgencias las hacen residentes y médicos de atención primaria; es decir, todas estas actividades, de indudable carácter formativo siempre le están vedadas en su horario, y no es de recibo que se diga que no se le prohíbe acudir a ellas, ya que eso lo tiene que hacer disponiendo de su tiempo libre; y esta situación se produce únicamente con el actor y nunca con los demás integrantes del servicio, que siempre tienen horario de mañana, donde todas esas actividades se realizan. En definitiva, el Ministerio Fiscal, considera que la conducta de los demandados, jefe de servicio y SERGAS, respecto al actor, es indudablemente, discriminatoria con relación al resto de pediatras del servicio, sin motivo alguno que lo justifique, por lo que debe cesar inmediatamente, otorgando al actor al mismo trato profesional que al resto de sus colegas del servicio de pediatría, con las mismas posibilidades de formación y sin aislamiento alguno. Considerando, en definitiva, el representante del Ministerio Público, que los evidentes perjuicios sufridos por una discriminación que se produce desde el mismo momento de su toma de posesión, en junio de 2002, deben ser indemnizados en la cuantía de 6.000 Euros.

SEXTO.- La situación de hecho sometida a debate, extraída del relato histórico de la sentencia recurrida, consiste en : A) El demandante es facultativo especialista de Área de Pediatría, prestando servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde, desde 1990 y con plaza en propiedad desde 1994. B) Por resolución de 28.12.98 de la Dirección General de RR.HH. del Servicio Galego de Saúde, se convocó Concurso de Traslados de facultativos, que fue resuelto por resolución de 03.01.00; impugnó tal resolución el actor –que estaba en el Hospital de M.-, en vía contencioso-administrativa, impugnación que fue finalmente estimada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26.12.01, por la que se anularon las actuaciones a fin de que se excluyeran de baremación los participantes que no se hallaran en servicios jerarquizados. Repetido el trámite concursal, por resolución de 30.06.02 se acordó el traslado del actor al Servicio de Pediatría del Complejo Hospitalario Xeral-Cíes de Vigo, tomando posesión el 28.06.02. C) Desde hace tiempo, el Jefe de Servicios de Pediatría del Complejo Hospitalario Xeral-Cíes, el demandado don J.A.C., venía solicitando una reorganización del servicio, destacando la situación crítica del Área de Urgencias, por la cantidad de pacientes que debían atenderse; en este sentido dirigió, entre otras, carta de 19.12.01 a la Gerencia, reiterándole al nuevo Gerente el 14.01.02, indicando entre otras cosas, aumento del personal para urgencias, para cubrir un pediatra por la mañana, y dos por la tarde y noche en días laborales, y dos pediatras de guardia sábados, domingos y festivos. D) El 5 de junio de 2002 el Dr. J.A.C. dirigió al Director-Médico, carta que decía: "Estimado Sr. Director: Ante la situación que atraviesa la Urgencia Pediátrica de este Hospital de no poder contar con dos Pediatras para la atención de la misma (debido a la poca colaboración de la Gerencia de "Atención Primaria" con los Pediatras Extrahospitalarios), propongo como solución transitoria: 1.- Cubrir una columna de guardia, en el Área de urgencias, con los Pediatras Extrahospitalarios (como se me informó que garantiza la Gerencia de "Atención Primaria"). 2.- Cubrir un turno de tarde, de 15:00 a 22:00 horas, los días laborables, con un Pediatra.- 3.- Cubrir los sábados, domingos y festivos, las 24 horas, con dos Pediatras. Ruego, por tanto, me comunique la posibilidad de disponer de un pediatra, en turno de tarde, de 15:00 a 22:00 horas. En espera de sus noticias, reciba un cordial saludo". E) Dicha propuesta fue informada favorablemente por el Director-Médico el 10.06.02, y aprobada por el Comité de Dirección del Centro en reunión celebrada el 19.06.02, lo que se comunicó al Dr. J.A.C. por Nota interior de 21.06.02. F) Al tomar posesión el demandante el 28 de junio de 2002, don J.A.C. le comunicó que prestaría sus servicios en el turno de tarde (15 h a 22 h) del Servicio de Urgencias Pediátricas, advirtiéndole que en Urgencias no podían expedirse recetas; el área de Urgencias, se atiende por dos pediatras –uno interino y otro eventual- en el turno de 8 a 15 horas. G) En el Servicio de Pediatría hay un Jefe de Servicio, 4 Jefes de sección, 11 facultativos especialistas de Área con plaza en propiedad, 7 facultativos especialistas interinos y 7 facultativos especialistas eventuales. El Servicio dispone de 5 Secciones: Neonatología, Lactantes, Preescolares, escolares y Cirugía Pediátrica; se organiza en las siguientes Unidades Funcionales: UCI pediátrica, UCI neonatal, Área de Urgencias pediátricas, Hospital de día Pediátrico, Dismorfología, U. de Gastroenterología, U. de Alergia, U. de Cardiología, U. de Oncología, U. de Endocrinología, U. de Nefrología, U. de Epileptología y Neurología, U. de Sida, U. de Síndrome de Down, U. de Consulta de referencia, U. de Consulta de RN, de no ingreso hospitalario, U. de Consulta de Neonatología, U. de Consulta de lactantes, U. de

Consulta de Preescolares, U. de Consulta de Escolares, U. de Consulta de Trastornos de Alimentación, U.de C. de Psiquiatría Infantil, U. de Consulta de Neurología P.A. cada Unidad están asignados unos facultativos fijos, en unos casos en exclusiva, y en otros casos en dedicación parcial, compartida con otra Unidad. H) Del personal facultativo, ocho no realizan guardias por ser mayores de 55 años, cuatro realizan guardias específicas localizadas en cirugía Pediátrica, cuatro realizan solo guardias en UCI y planta, y el resto realiza guardias, bien en Neonatología, UCI Planta y Área de Urgencias. Las guardias de urgencias están apoyadas por Pediatras de Atención Primaria. El actor ha realizado guardias en UCI Planta y en el Área de Urgencias. I) En enero de 2003 se contrató a una pediatra eventual con subespecialidad de Nefrología, que fue asignada a la Unidad de Nefrología Infantil. H) El actor estuvo en incapacidad temporal desde el 12 al 17 de diciembre de 2002, por "Síndrome Ansiedad. S. Depresivo", y del 3 al 7 de febrero de 2003, por similar diagnóstico. I) Las sesiones clínicas se realizan por la mañana, habiendo asistido el actor a alguna de ellas.

A lo anterior deben adicionarse los añadidos y rectificaciones a que se remite el fundamento de derecho tercero de los que antecedentes.

Fijada, en los términos que quedan expuestos, la situación litigiosa, resta ahora determinar si debe declararse la nulidad radical de la conducta de los demandados y condenar a éstos al cese inmediato de los comportamientos que atentan contra los derechos fundamentales y libertades públicas del actor y se ordene su integración en el Servicio de Pediatría del Complejo Hospitalario Xeral-Cíes de Vigo, en las mismas condiciones funcionales y laborales que su predecesor en la plaza e iguales al resto de Pediatras de plantilla del citado Servicio, condenándose, asimismo al pago de una indemnización de nueve mil euros, en concepto de daños morales sufridos por el actor, como por éste se postula o declarando que existe trato discriminatorio y por tanto vulneración del derecho fundamental a la igualdad del actor por parte de los demandados y a que se le abone una indemnización por importe de seis mil euros, como solicita el representante del Ministerio Fiscal; o si, por el contrario, los demandados no violaron los derechos fundamentales del actor, como proclama la sentencia recurrida. La alternativa debe resolverse optando por la tesis que mantienen, en lo esencial, los recurrentes; partiendo de que el éxito de las pretensiones de la naturaleza de la ejercitada en el debate que ahora se decide está supeditado a que por quien postula el amparo se haya constatado, al menos la existencia de indicios de que se ha producido una violación de los derechos fundamentales que se invocan, de conformidad con lo dispuesto en el art. 179, nº 2, de la Ley Adjetiva Laboral; y en el caso litigioso, por el demandante se fundamentaba la acción de tutela que ejercita en una serie de hechos y este planteamiento, sin duda alguna, servía, sin más, para constatar la apariencia de concurrencia de indicios de violación del derecho fundamental del actor, a la igualdad, en relación con el resto de pediatras en la plantilla del servicio de pediatría del Hospital Xeral de Vigo, con lo que se trasladaba a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad; y esta carga probatoria, no solo no se ha cumplimentado debidamente por los demandados, sino que por el accionante se ha demostrado, cumplidamente, la situación fáctica que servia de sustento a la pretensión deducida en la demanda; habiendo quedado constado que su situación en el trabajo es claramente discriminatoria y perjudicial en relación al resto de la plantilla, como lo evidencia el conjunto de situaciones antes descritas; de las que se pueden destacar: a) el demandante es el único pediatra del servicio que realiza su jornada ordinaria, en turno de tarde, en Urgencias, de 15 a 22 horas; b) a causa de ello, no puede asistir, habitualmente, a sesiones clínicas que se realizan por la mañana; no pudiendo hacer seguimiento de sus pacientes, ni contactar con sus colegas del servicios de pediatría, habiendo asistido solamente a alguna de ella ; c) La doctora C. fue contratada con posterioridad a la toma de posesión del actor y realiza su jornada en la Sección de Neonatología en horario de mañana -de 8 a 15 horas- haciendo guardias preferentemente en UCI-Planta; d) el actor estuvo en situación de incapacidad temporal, con el diagnóstico y durante los periodos que se concretan en el apartado H) del párrafo que precede; e) Los treinta pediatras del Servicio de Pediatría todos tienen horario de 8 a 15 horas, excepto el demandante, con horario de 15 a 22 horas; y de los treinta, dieciséis tienen plaza en propiedad, y de ellos, el actor es el único que figura, exclusivamente, como adjunto a una unidad, la de urgencias; siendo los demás jefes o responsables de alguna sección o unidad; f) Las situaciones discriminatorias hacia el demandante se iniciaron casi desde el mismo

momento en que tomó posesión de su plaza -el 28 de junio de 2002-.

De lo expuesto, claramente se evidencia, en criterio coincidente con el que sustenta el representante del Ministerio Público, que la conducta de los demandados, respecto al actor, es indudablemente discriminatoria, con relación al resto de pediatras del servicio, sin motivo alguno que lo justifique. Y este comportamiento, sin duda, vulnera el principio de igualdad ante la Ley que proclama el art. 14 de la Constitución; de ahí que proceda acordar el cese inmediato del mismo y otorgar se conceda al actor mismo trato profesional que al resto de sus colegas del servicio de pediatría, con el subsiguiente derecho a ser indemnizado, en la cuantía que, a continuación, se indicará. Siendo de resaltar que la situación litigiosa se considera, como queda dicho, como infractora del principio de igualdad ante la Ley, sin apreciarse en la misma la concurrencia de presupuestos fácticos, determinantes de la apreciación de una situación de acoso en el trabajo "mobbing".

Respecto al "quantum" indemnizatorio, por el actor-recurrente se postula, reiterando lo solicitado en demanda, que el mismo se fije en nueve mil euros; mientras que por el representante del Ministerio Fiscal se establece la cuantía en seis mil euros. A este respecto debe significarse que por el Tribunal Supremo, en resoluciones recaídas en unificación de doctrina (por todas, sentencia de 8 de mayo de 1995), ha establecido que, declarada la violación del derecho fundamental, se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización del mismo, cuya cuantía debe fijarse ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, la naturaleza de la lesión y periodo de tiempo que duró el comportamiento, y que no basta con que quede acreditada la vulneración de un derecho fundamental, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización, pues es obligado que el demandante alegue en la demanda las bases y elemento clave de la indemnización que reclama y que justifique que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate y las pertinentes razones y avalen y respalden dicha decisión. Y en el caso presente, teniendo en cuenta todas y cada una de las circunstancias, materiales, profesionales y personales, en relación con su alcance temporal, se evalúan los daños originados al actor en la cantidad de seis mil euros.

La obligación de indemnizar los daños y perjuicios tiene su fundamento, generalmente, en la culpa del sujeto agente, y es condición imprescindible para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria; sin olvidar que, en determinados supuestos opera la responsabilidad objetiva o la presunción de culpa del sujeto agente; produciéndose una especie de inversión de la carga de la prueba, acreditativa ésta del carácter fortuito de los daños producidos. Y en el supuesto litigioso, la culpa del codemandado don J.A.C., queda evidencia de la realidad fáctica sometida a debate, más arriba descrita, en cuanto promueve esas conductas discriminatorias al se responsable directo como jefe de servicio; mientras que del también demandado, Servicio Galego de Saúde (SERGAS), se deriva de la culpa "in vigilando", respecto al otro demandado, en cuanto su finalidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 1/1989, de 2 de enero, es la gestión de los servicios sanitarios de carácter público dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia y la coordinación integral de todos los recursos sanitarios y asistenciales en su territorio, en el ámbito de su competencia; en relación con las funciones que el art. 3 de la propia Ley le asigna. Y siendo culpables de la conducta discriminatoria ambos demandados -así lo considera también el representante del Ministerio Público-, los mismos habrán de reparar las consecuencias derivadas del acto lesivo, incluida la indemnización; de ahí que la obligación de hacer efectivo el importe de ésta habrá de imponerse, con carácter solidario, a los interpelados.

SÉPTIMO.- Por todo lo que queda expuesto, procede compartir, en parte, las censuras jurídicas y jurisprudenciales que, en los recursos, se dirigen a la sentencia de instancia y, con estimación parcial de éstos, dictar un pronunciamiento acorde, en lo esencial, con lo postulado en el escrito instaurador del debate. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando parcialmente los recursos de Suplicación interpuestos por el demandante don L.L.R.B.B. y por el representante del Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha veinticinco de febrero de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Vigo, en proceso sobre tutela de derechos fundamentales, promovido por el nombrado demandante frente a don J.A.C. y el Servicio

Galego de Saúde, siendo parte el Ministerio Fiscal; con revocación de la sentencia recurrida, debemos estimar y estimamos, en parte la demanda, declarando la nulidad radical de la conducta de los demandados y condenando a éstos al cese inmediato de los comportamientos que atentan contra los derechos fundamentales del actor, la integración de éste en el Servicio de Pediatría del Complejo Hospitalario Xeral-Cíes de Vigo, en las mismas condiciones funcionales y laborales que el resto de pediatras de plantilla en dicho servicio; condenándose, asimismo, a los demandados a que, de modo solidario, abonen al demandante, en concepto de indemnización, la cantidad de seis mil euros.

3672 Recurso núm. 2.988/00

S.S. EXISTENCIA NON DE RELACIÓN LABORAL COMÚN, SENÓN DE RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Mª Teresa Conde Pumpido

A Coruña, a diecinueve de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.988/00 interpuesto por doña Mª.L.F.P. y BALLET GALEGO REY DE VIANA (INSTITUO GALEGO DAS ARTES ESCÉNICAS E MUSICAIS) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 959/98 se presentó demanda por doña Mª.L.F.P. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado el BALLET GALEGO REY DE VIANA (INSTITUTO GALEGO DAS ARTES ESCÉNICAS E MUSICAIS) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de febrero de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La demandante, vino prestando servicios artísticos como bailarina, para el Ballet Galego Rey de Viana, adscrito en la actualidad a la gerencia del Instituto Galego das Artes Escénicas e Musicais, según Decreto 107/1993, de 12 de mayo (D.O.G.A. de 25 de mayo de 1993), desde el año 1987, según sucesivas becas en las que ha participado mediante solicitud y posteriormente correspondiente toma de posesión, así hasta el año 1996. 2.- Durante el transcurso de su relación con la demanda mediante su participación en el mencionado Ballet la demandante realizó funciones de bailarina de la compañía, con sujeción al programa de ensayos y actuaciones propios del Ballet, y bajo el ámbito de dirección y organización del mismo, percibiendo como compensación económicas diversas cantidades mensuales, que oscilan desde 45.000 ptas. (años 1987 y 1989), hasta 90.000 año 1996 y 202.176 durante el año 1997. 3.- En fecha 31 de enero de 1997, suscribió contrato de trabajo, como artista con el Instituto Galego das Artes Escénicas e Musicais (I.G.A.E.M.) al amparo de lo establecido en el Real Decreto 1.435/85, de 1 de agosto, para prestar servicios artísticos en el "Ballet Gallego Rey de Viana", durante la temporada 1997, desde el 1 de febrero de 1997 hasta el 15 de diciembre de 1997, con un salario mensual de 202.716 pesetas mensuales, con inclusión de pagas extras. 4.- Ese mismo año 1997 en fecha 9 de enero, la demandante igual que los anteriores solicitó tomar parte como Bolseira, en fecha 29 del mismo mes se publica la lista de admitidos entre los que no está la actora, firmándose el contrato de trabajo anteriormente referido unos días después. Una vez finalizada dicha temporada, le fue rescindido su contrato, en virtud de comunicación de 21 de noviembre de 1997, con efectos de 15.12.97. En fecha 15.12.97 solicita nuevamente tomar parte como Bolseira pasando de nuevo a calificarse su situación como de "Becaria" o "Bolseira", y siendo admitida. En fecha 04.12.98 solicita tomar parte como Becaria o Bolseira para 1999, siendo igualmente admitida. La demandante desde la fecha en la que le fue concedida dicha bolsa, (enero de 1998) hasta la actualidad, sigue desempeñando funciones de bailarina, percibiendo una compensación económica de 90.000 pesetas mensuales. 5.- En fecha 30 de diciembre de 1997, la directora del Ballet Gallego Rey de Viana, doña V.C. manifestó la existencia de bajo rendimiento y deterioro progresivo en la prestación de servicios como bailarina de la demandante, al gerente del IGAEM. El 19

de febrero de 1999 informó de que no contaba con ella para formar parte del cuerpo de baile que se trasladaría a Barcelona.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda promovida por doña Mª.L.F.P. contra EL BALLET GALLEGO REY DE VIANA debo declarar y declaro que la relación de la demandante con el IGAEM lo es de naturaleza laboral indefinida desde el 31 de enero de 1997, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, al abono de las diferencias salariales correspondientes como consecuencia de tal declaración, así como a la cotización correspondiente a la Seguridad Social.".

CUARTO.- En fecha 6 de marzo de 2000, se dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda promovida por doña Mª.L.F.P. contra EL BALLET GALLEGO REY DE VIANA debo declarar y declaro que la relación de la demandante con el IGAEM lo es de naturaleza laboral desde el 31 de enero de 1997, de carácter especial de artistas, condenando a la demanda a estar y pasar por la anterior declaración, al abono de las diferencias salariales correspondientes como consecuencia de tal declaración, así como a la cotización correspondiente a la Seguridad Social.".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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 estimó en parte la demanda, declarando la existencia de una relación especial de artistas entre las partes, de 31.01.97, recurren ambas partes; el recurso de la demandada, con amparo en el articulo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita revisión de los hechos probados y con fundamento en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, censura a la sentencia, la infracción de los artículos 1.1.3.g) y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación a los artículos 1º.1. 2 y 3 del R.D. 1.435/1985 y artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, la demandante basa en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral su recurso, censurando la infracción de los artículos 1 y 15 del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- El Recurso de la Xunta de Galicia, con correcto amparo procesal, solicita la revisión del relato fáctico; el motivo comienza acusando al Juzgador de instancia de "predeterminación" en su confección del relato, en lo que aparece como una acusación hueca de contenido, ya que, después, ninguna rectificación se interesa de afirmación alguna de carácter jurídico, que no se atisba a lo largo del relato de los hechos.

Con una inadecuada técnica procesal, el recurrente va analizando cada hecho declarado probado, para incluir una serie de matizaciones, conclusiones subjetivas o argumentaciones absolutamente impropias del motivo que desarrolla. El artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, tiene por objeto revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, debiendo cumplirse, en este Recurso extraordinario tres requisitos:

1).- Que se indique con precisión cual es el hecho afirmado, negado u omitido, que se considera equivocado, contrario a lo acreditado o que no se ha incorporado al relato. 2).- Que se ofrezca un texto alternativo concreto, que sustituya o complete la narración errónea. 3).- Que se citen, pormenorizadamente, los documentos que demuestren la equivocación del Juzgador, de forma evidente, directa y patente, sin necesidad de conjeturas, suposiciones o argumentos más o menos lógicos. 4).- Que las modificaciones que se interesen, sean trascendentes para el fallo.

Pues bien, el recurrente solicita, en primer término, la revisión del hecho segundo para que diga: "Durante la relación de becaria relatada anteriormente percibía una compensación económica, que osciló desde 45.000 ptas. en 1989 hasta 90.000 ptas. en 1996", revisión que no puede prosperar, al estar ya perfectamente descrito tal extremo en el hecho segundo, más amplio que el propuesto, y sin que se especifique el documento que pudiera demostrar el error del Juzgador al incluir las afirmaciones que se quieren omitir.

Se solicita la revisión del hecho cuarto, a fin de que diga: "La actora sufrió accidente laboral el 10 de noviembre de 1997, siendo posteriormente dada de alta el 02.02.98. El 15 de diciembre al finalizar la temporada se le notificó la extinción del contrato a que se hizo

mención en el hecho anterior. Al finalizar esta temporada el Informe que, a efectos de ulterior concurso, emite para todos los artistas, la Directora del Ballet a la Gerencia del IGAEM, de fecha 30 de diciembre de 1997 reflejaba el bajo rendimiento y deterioro progresivo de la prestación que como bailarina profesional evidenciaba la actora"; revisión que sólo puede admitirse, en lo que se refiere a la siguiente afirmación "la actora sufrió accidente laboral el 10 de noviembre de 1997, siendo posteriormente dada de alta el 02.02.98", al derivarse de la sentencia unida a autos del Procedimiento 162/98, manteniéndose el resto del relato, al no justificarse su supresión, y estar contenido el resto del texto que se ofrece en el ordinal quinto.

Por último, se propone una nueva redacción del ordinal quinto que diga: "En fecha 15.12.97 se le concedió una Beca o Bolsa para la temporada 1998; y nuevamente, solicita beca el 4 de diciembre de 1998, le fue concedida Beca para la temporada de 1999. El importe mensual de la misma fue de 90.000 ptas. mensuales", que no puede prosperar, pues ni se cita documento en su apoyo, ni resulta trascendente al estar recogido, en lo sustancial, en los ordinales segundo y cuarto de la sentencia.

TERCERO.- En el examen del derecho aplicado, la demandante aduce infracción de los artículo 1 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia de aplicación (con cita de las Sentencias del T, Supremo de 23.02.01, T.S.J. Madrid de 18.01.96 y del T.S.J. Asturias de 01.03.96), así como del articulo 8 del Estatuto de los Trabajadores, afirmando que no debió declararse la relación como especial de artista, sino común u ordinaria indefinida, sea desde su inicio, sea desde 1997, y sólo subsidiariamente como artista, al estar ante una sucesión de becas que encubren fraudulentamente una relación laboral; y por ello, además, el contrato temporal firmado el 31.01.97 entre las partes, no puede convalidar la irregular situación anterior.

La Xunta de Galicia, por su parte denuncia infracción de los artículos 1.1.3 g) y 8-1º del Estatuto de los Trabajadores, en relación a los artículos 1 ap. 1, 2 y 3 del R.D. 1.435/85 de 1 de agosto y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, argumentando, en esencia, que la sentencia es incongruente pues en el año 1997 existió una relación laboral no puesta en cuestión, sino las sucesivas, por lo que, en todo caso, debió declararse como de "temporada", pero, en definitiva, mantiene que, si tras el contrato de 1997, se le volvió a conceder una beca, no puede considerarse fraudulenta tal actuación.

CUARTO.- Para la resolución de los Recursos, la Sala ha tomado en consideración la existencia de un despido posterior a la sentencia, resuelto definitivamente por sentencia de esta Sala de 13.07.00, en el que se planteó la discusión, en los mismos términos, que en el presente; y en ella, se afirma, lo siguiente:

1ª.- No ofrece duda alguna que la relación que ha unido a los colitigantes, desde su inicio hasta el año 1996 inclusive, lo ha sido en virtud de sucesivas becas.

2ª.- Tampoco se cuestiona que durante la temporada de 1997 han estado vinculados a través de unan relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos, con regulación especifica en el Real Decreto de 1 de agosto de 1985, en relación el art. 2, nº 2, letra e), del Estatuto de los Trabajadores.

3ª- La problemática litigiosa surge con la prestación de servicios de la demandante durante los años 1998 y 1999, durante los que si bien es cierto que, formalmente, lo ha sido como becaria, sin embargo, el vínculo jurídico que, realmente, ha surgido, no puede merecer otro calificativo que el de relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos, con regulación específica en el antes citado Real Decreto de 1 de agosto de 1985, número 1.435/85, en relación con el art. 2 nº 2 letra e), del Estatuto de los Trabajadores, por concurrir todos los requisitos necesarios para ello, cuales son, por un lado, los de prestación de una actividad artística, por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección del Instituto demandado –art. 1 del citado Real Decreto- y por otro, el contrato de artistas en espectáculos públicos, según el art. 5º del repetido Real Decreto, puede celebrarse para una duración indefinida o determinada y en este último caso podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel; pudiendo acordarse prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada salvo que se incurriese en fraude de ley.

4ª.- La concesión a la actora de las becas, desde el año 1987 hasta el año 1996, inclusive, es perfectamente lícita, acomodándose a lo previsto en el Decreto 394/1990, de 19 de julio, por el que se crea el Ballet Galego Rey de Viana, como un centro adscrito al Insti-

tuto Galego de las Artes Escénicas y Musicales, y más concretamente a lo preceptuado en su art. 1º, al disponer que dicho Ballet se crea como un centro o unidad de producción artística integrado en el mencionado Instituto, que tendrá como finalidad primordial el desenvolvimiento de la danza gallega, así como su estudio y promoción, especialmente entre los mozos y mozas.

5ª.- Por el contrario, la prestación de servicios de la demandante durante las temporadas de 1998 y 1999, debe ser conceptuada del modo que se indica en la consideración 3ª de las que anteceden y por las razones allí expuestas, a lo que debe añadirse que no puede justificar la reanudación de la concesión de becas, razón alguna, puesto que el objeto o finalidad de la concesión de bolsa para el cuerpo de danza del Ballet Gallego Rey de Viana, a que se remite la Orden de 1 de agosto de 1990, de la Consellería de Cultura e Xuventude de la Xunta de Galicia, había sido debidamente cumplido, por los largos años que la actora ostentó la cualidad de bolsera, la que se extinguió con la contratación para la temporada del año 1997, por lo que, como queda dicho, el vínculo jurídico contractual que ha unido a los contendientes en el debate es el de una relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos.

Pues bien, la Sala no sólo comparte plenamente tal argumentación, sino que, además, estima que está vinculada por aquella Sentencia firme, que produce efectos de cosa juzgada, so pena de infringir el principio de seguridad jurídica que sufriría si sobre una misma cuestión, las partes recibieran dos pronunciamientos firmes contradictorios.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 17.12.98 (R.J. 1998/10.521), dentro del concepto del efecto positivo de la cosa juzgada, existen dos posibles alternativas: 1ª) La más rigurosa que considera que solo lo que sólo lo que se ha incorporado a la parte dispositiva de la sentencia, es susceptible de producir esa vinculación y 2ª) La más flexible que sostiene que la vinculación afecta también a aquellos elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica, aunque actúan sobre él como determinantes lógicos, recordando como ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 29.05.95 establecía que "la jurisprudencia no exige que el pleito nuevo sea una reproducción exacta de otro precedente para aplicar la presunción legal, pues no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio".

Ello supone que, al circunscribirse el Recurso de ambas partes, a la naturaleza y duración de la relación entre las mismas existentes, cuestión ya resuelta definitivamente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13.07.00, tales Recursos han de ser desestimados, en su integridad, y confirmada la resolución recurrida, por apreciación de oficio del efecto positivo de la cosa juzgada. Tal apreciación de oficio ha sido admitida, entre otras, en las Sentencias T.S. de 29.05.95. 17.12.98 y 26.12.00, por tratarse de cuestión de orden público procesal, en tanto su finalidad en la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 de la C.E..

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por doña Mª.L.F.P., como también desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la XUNTA DE GALICIA, contra la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de A Coruña, de fecha 16 de febrero de 2000, en Autos nº 959/98, confirmando la sentencia de instancia.

3673 **Recurso núm. 4.217/00**

S.S. PERSOAL AO SERVIZO DAS INSTITUCIÓNS SANITARIAS DE SEGURIDADE SOCIAL. CONTRATO DE INTERINIDADE POR SUBSTITUCIÓN EN FRAUDE DE LEI. RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA, NON FIXA DE CADRO DE PERSOAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diecinueve de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.217/2000 interpuesto por doña C.B.I. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de SANTIAGO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 121/00 se presentó demanda por doña C.B.I. en reclamación de PERSONAL S.S. siendo demandado el SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de julio de 2000 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La demandante, mayor de edad, vino prestando sus servicios por cuenta del SERGAS desarrollando en el Hospital Gil Casares, sito en Santiago de Compostela, las funciones propias de la categoría profesional de Auxiliar Administrativo con una antigüedad que databa del 16 de septiembre de 1987 y percibiendo un salario mensual de ciento cuarenta mil ciento setenta y siete ptas. (140.177 ptas.). 2º.- Don J.V.O., funcionario de la Escala Administrativa de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA) –adscrita al INSALUD mediante Real Decreto 187/1987, de 23 de enero-, prestaba sus servicios como Administrador del Hospital de Enfermedades del Tórax "Profesor Gil Casares" de Santiago de Compostela (puesto de libre designación) y fue cesado mediante Resolución de la Dirección General de Servicio del Personal de fecha 28 de agosto de 1986, siendo adscrito a la situación administrativa de Oficial Administrativo de dicho Hospital. 3º.- El Ministerio de Sanidad y Consumo decidió, en fecha 28 de septiembre de 1986, incoar expediente disciplinario al Sr. J.V.O. y, pudiendo ser aquél autor de hechos tipificados como delitos, en fecha 5 de noviembre de 1986 acordó suspender la tramitación del citado expediente hasta tanto recayera resolución judicial al respecto. 4º.-El citado Ministerio, en fecha 7 de marzo de 1987 acordó la suspensión provisional del Sr. V.O. por un periodo de tiempo de seis meses, con efectos desde el 15 de enero de 1987, prorrogable durante todo el procedimiento en el caso de que éste se produjera. 5º.- La demandante, en fecha 16 de septiembre de 1987, celebró con el INSALUD contrato de trabajo de duración determinada, al amparo del Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre, de interinidad por sustitución del Sr. V.O. y hasta su reincorporación, prestando sus servicios desde entonces sin solución de continuidad desempeñando las funciones propias de la categoría profesional de Auxiliar Administrativo (en tres Departamentos: Suministros, Informes y Admisión de Enfermos). 6º.- El Tribunal de Cuentas, en fecha 1 de marzo de 1989, dictó sentencia declarando la existencia de una partida de alcance de noventa mil pesetas (90.000 ptas.) a que ascendía el perjuicio sufrido por el Estado siendo su responsable directo el Sr. V.O. 7º.- Mediante Real Decreto 1.679/1990, de 28 de diciembre, se produjo el traspaso de las funciones y servicios del INSALUD, así como de su personal, a la CC.AA. de Galicia. 8º.- En el curso de la causa seguida ante la A.P. de A Coruña bajo el número 319/90, ésta dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 1996 condenando al Sr. V.O. como autor de un delito de malversación de caudales públicos a la pena de seis meses y un día de prisión menor con sus accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de condena. 9º.- Mediante sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1997 se procedió a casar y anular la anterior sentencia por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, dictando segunda sentencia en la misma fecha manteniendo los mismos pronunciamientos de la sentencia de instancia con excepción de la supresión de la responsabilidad civil. 10º.- Mediante auto dictado el 18 de septiembre de 1997 por la A.P. de A Coruña, se procedió a revisar la sentencia de 10 de mayo de 1996 y se impuso al Sr. V.O. la pena de seis meses y un día de prisión, multa de dos meses y diez días a razón de tres mil (3.000 ptas.) diarias y suspensión de cargo público por seis meses, manteniéndose el resto de pronunciamientos. 11º.- Reanudado el expediente disciplinario que en su día había quedado suspendido y recayendo Resolución que sobreseía el mismo, el Sr. V.O. –a quien la sentencia de la A.T. de Madrid, mediante sentencia de 3 de diciembre de 1986, asignándole el coeficiente 4- interesó el ingreso al servicio activo, solicitud que fue estimada mediante Resolución dictada por la Dirección General de la Administración Pública de la Consellería de Presidencia e Administración Pública de la Xunta de Galicia de 6 de julio de 1999, que autorizó dicho reingreso al servicio activo con efectos de 12 de diciembre de 1997, tomando posesión el 20 de septiembre de 1999 en su puesto de trabajo de la División de Recursos Económicos de la Conse-

llería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta, grupo A, nivel 20, procediéndose a la apertura de expediente para la amortización de la plaza funcionarial, amortización acordada por la Dirección Xeral da Función Pública, y la creación de plaza estatutaria, que le fue ofrecida a la actora (nombrada provisionalmente en la misma), quien la rechazó hasta que se dictara sentencia sobre este asunto. 12º.- Presentada reclamación previa, fue desestimada mediante Resolución de la Dirección Xeral de RR.HH. del SERGAS de 30 de junio de 2000".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando como desestimo la demanda formulada por doña C.B.I. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo absolver y absuelvo al demandado de todas las pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda en la que se postula la declaración de que la actora se halla vinculada por una relación laboral de carácter indefinido con el SERGAS, y se condene al indicado Servicio Galego de Saúde a estar y pasar por esta declaración. Frente a este pronunciamiento se interpone recurso por la representación letrada de la demandante, al objeto de obtener su revocación y de que se estime la demanda, invoca al efecto por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados y referido el segundo al examen del derecho aplicado.

SEGUNDO.- En cuanto a la revisión de hechos probados, se interesa, en primer lugar, la modificación del hecho probado undécimo de la sentencia de instancia, si bien la modificación tan solo afecta a su parte final, para que se sustituya por lo siguiente: *"Reanudado el expediente disciplinario que en su día había quedado suspendido y recayendo Resolución que sobreseía el mismo, el Sr. V.O. –a quien la Sentencia de la A.T. de Madrid, mediante Sentencia de 3 de diciembre de 1986, asignándole el coeficiente 4- interesó el reingreso al servicio activo, solicitud que fue estimada mediante Resolución dictada por la Dirección General de la Administración Pública de la Consellería de Residencia e Administración Pública de la Xunta de Galicia de 6 de julio de 1999, que autorizó dicho reingreso al servicio activo con efectos de 12 de diciembre de 1997, tomando posesión el 20 de septiembre de 1999 en su puesto de trabajo de la División de Recursos Económicos de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta, grupo A, nivel 20. Al producirse el reingreso se tramitó la reconversión del puesto base grupo C del Sr. V.O. en plazo estatutaria del grupo D, Auxiliar Administrativo con miras a vincular nuevamente a la demandante, dicha reconversión no se produjo al no ser competente el SERGAS para la reconversión de personal funcionarios. En enero del año 2000 al aprobarse la plantilla del complejo hospitalario para ese año, se oferta a la actora el nombramiento provisional en plazo vacante de auxiliar administrativo, recordando la actora al SERGAS la existencia de la presente litis y la trascendencia de la resolución judicial pendiente.*

La revisión interesada se acoge, por cuanto se sustenta en documento eficaz (informe de la Sección de Recursos Humanos del SERGAS, obrante al folio 79 de los autos), siendo el texto ofrecido transcripción literal de dicho documento.

En segundo lugar, se interesa que se adicione el hecho probado duodécimo el texto siguiente: *"La reclamación previa fue interpuesta por la actora en fecha 12 de enero de 2001"*; adición que también se acoge, por cuanto así resulta de la prueba documental obrante a los folios 3 y 4 de las actuaciones.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, la parte recurrente denuncia infracción, por interpretación inadecuada, del artículo 6.4 del Código Civil, así como del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, y del Real Decreto 2.104/1984 (si bien, no denuncia ningún precepto concreto del mismo), argumentando, en esencia, que la contratación de la actora es fraudulenta por haber sido contratada para funciones que no eran las propias del personal sustituido, que la interinidad nunca existió por haber sido contratada seis meses después de haberse producido la vacante, que incorporado el titular de la plaza, la demandante siguió prestando servicios al amparo del mismo contrato de interinidad, por lo que concluye afirmado que el fraude es pal-

mario, por lo que procede la declaración de laboral indefinido.

Partiendo del relato de hechos probados con la modificación aceptada por vía de revisión, es de destacar a los fines discutidos en la presente "litis": A) Que la demandante , mayor de edad, vino prestando sus servicios por cuenta del SERGAS desarrollando en el Hospital Gil Casares, sito en Santiago de Compostela, las funciones propias de la categoría profesional de Auxiliar Administrativo con una antigüedad que databa del 16 de septiembre de 1987 y percibiendo un salario mensual de ciento cuarenta mil ciento setenta y siete ptas. (140.177 ptas.). B).- Que don J.V.O., funcionario de la Escala Administrativa de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA) –adscrita al INSALUD mediante Real Decreto 187/1987, de 23 de enero-, prestaba sus servicios como Administrador del Hospital de Enfermedades del Tórax "Profesor Gil Casares" de Santiago de Compostela (puesto de libre designación) y fue cesado mediante Resolución de la Dirección General de Servicio del Personal de fecha 28 de agosto de 1986, siendo adscrito a la situación administrativa de Oficial Administrativo de dicho Hospital. C).- Que el Ministerio de Sanidad y Consumo decidió, en fecha 28 de septiembre de 1986, incoar expediente disciplinario al Sr. V.O. y, pudiendo ser aquél autor de hechos tipificados como delitos, en fecha 5 de noviembre de 1986 acordó suspender la tramitación del citado expediente hasta tanto recayera resolución judicial al respecto. D).- Que la demandante, en fecha 16 de septiembre de 1987 celebró con el INSALUD contrato de trabajo de duración determinada, al amparo del Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre, de interinidad por sustitución del Sr. V.O. y hasta su reincorporación, prestando sus servicios desde entonces sin solución de continuidad desempeñando las funciones propias de la categoría profesional de Auxiliar Administrativo (en tres Departamentos: Suministros, Informes y Admisión de Enfermos). E).- Que por la causa que motivó la apertura del expediente disciplinario al Sr. V.O., se siguieron actuaciones penales y en el curso de la causa penal seguida ante la A.P. de A Coruña bajo el número 319/90, ésta dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 1996 condenando al Sr. V.O. como autor de un delito de malversación de caudales públicos a la pena de seis meses y un día de prisión menor con sus accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de condena. Mediante sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1997 se procedió a casar y anular la anterior sentencia por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, dictando segunda sentencia en la misma fecha manteniendo los mismos pronunciamientos de la sentencia de instancia con excepción de la supresión de la responsabilidad civil. Mediante auto dictado el 18 de septiembre de 1997 por la A.P. de A Coruña, se procedió a revisar la sentencia de 10 de mayo de 1996 y se impuso al Sr. V.O. la pena de seis meses y un día de prisión, multa de dos meses y diez días a razón de tres mil (3.000 ptas.) diarias y suspensión de cargo público por seis meses, manteniéndose el resto de pronunciamientos. F).- Reanudado el expediente disciplinario que en su día había quedado suspendido y recayendo Resolución que sobreseía el mismo, el Sr. V.O. –a quien la Sentencia de la A.T. de Madrid, mediante Sentencia de 3 de diciembre de 1986, asignándole el coeficiente 4.- Interesó el reingreso al servicio activo, solicitud que fue estimada mediante Resolución dictada por la Dirección General de la Administración Pública de la Consellería de Residencia e Administración Pública de la Xunta de Galicia de 6 de julio de 1999, que autorizó dicho reingreso al servicio activo con efectos de 12 de diciembre de 1997, tomando posesión el 20 de septiembre de 1999 en su puesto de trabajo de la División de Recursos Económicos de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta, grupo A, nivel 20. Al producirse el reingreso se tramitó la reconversión del puesto base grupo C del Sr. V.O. en plazo estatutaria del grupo D, Auxiliar Administrativo con miras a vincular nuevamente a la demandante, dicha reconversión no se produjo al no ser competente el SERGAS para la reconversión de personal funcionarios. En enero del año 2000 al aprobarse la plantilla del complejo hospitalario para ese año, se oferta a la actora el nombramiento provisional en plazo vacante de auxiliar administrativo, recordando la actora al SERGAS la existencia de la presente litis y la trascendencia de la resolución judicial pendiente y G) y presentada reclamación previa por la actora el 12 de enero de 2001, fue desestimada mediante Resolución de la Dirección Xeral de RR.HH. del SERGAS de 30 de junio de 2000.

Así pues, a la vista de las circunstancias fácticas que se dejan expuestas, la cues-

tión a dilucidar consiste en determinar si puede tener éxito la pretensión de la trabajadora demandante de que se declare su condición de personal vinculado con el SERGAS por una relación laboral indefinida, o si, por el contrario, no existió fraude ni irregularidad alguna en la contratación de la actora, tal como se declara en la sentencia recurrida, razón por la cual no procedería dicha declaración.

El recurso de la actora prospera; ya que es criterio jurisprudencial reiterado que son por tiempo indefinido aquellos contratos que en su concertación, desarrollo y duración no cumplen los requisitos que configuran la modalidad contractual empleada, y que se celebren con evidente fraude de ley. Y esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al presente supuesto, porque según resulta de las circunstancias fácticas que más arriba se dejaron expuestas, la trabajadora demandante fue contratada como auxiliar administrativo por el INSALUD, bajo la modalidad de interinidad por sustitución del titular de la plaza, don J.V.O., quien ostentaba la condición de oficial administrativo adscrito al Hospital Gil Casares de Santiago de Compostela, por lo tanto, y "prima facie" se observa que la contratación es para desempeñar unas funciones y una categoría distintas de las que ostentaba el sustituido, además, la actora vino desempeñando sus funciones en tres departamentos distintos (hecho probado quinto): En Suministros, en Informes y en Admisión de Enfermos, sin que conste que en ninguno de ellos hubiese trabajado antes el sustituido. A mayor abundamiento, finalizada la suspensión provisional del Sr. V.O., tras la conclusión de la causa penal seguida contra él y de la reanudación del expediente disciplinario, aquél solicita la reincorporación que se produce en el mes de septiembre del año 1999, con efectos de diciembre de 1997, y una vez reincorporado a un puesto de trabajo que ahora es del grupo A) nivel 20, la actora continuó prestando servicios, y según el apartado d) del artículo 4 del Real Decreto 2.104/84, al amparo de cuya norma se había celebrado el contrato de trabajo entre la actora y el INSALUD, los contratos de interinidad "se considerarán indefinidos...cuando tras la reincorporación continúe prestando servicios". Por otra parte, según consta en el informe del SERGAS que obra al folio 79 de los autos, en enero del año 2000, al aprobarse la plantilla del Complejo Hospitalario para ese año, se oferta a la actora el nombramiento provisional en plaza vacante de auxiliar administrativo, todo ello evidencia que el propio SERGAS era conocedor de la situación irregular en la que se encontraba la trabajadora demandante. Este proceder del SERGAS –como sustituto legal del INSALUD- supone una clara actuación en fraude de ley, de conformidad con los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil. Estas irregularidades cometidas por la citada Administración Sanitaria en la contratación laboral, no implican la atribución de una relación laboral fija, como personal de plantilla, pero sí cabe efectuar la declaración de personal vinculado por una relación laboral indefinida, tal como se solicita en la demanda. Y si bien es cierto, que a partir de la sentencia del TS de 18.03.1991 (RJ 1991, 1.875) la doctrina de la Sala IV… "se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza". Sin embargo, a partir de la sentencia de 07.10.96 (RJ 1996, 7.492) se matiza dicha doctrina jurisprudencial y, en especial, en lo relativo a la expresión "adquisición de la fijeza", estableciéndose que "la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido".

Y en la sentencia del Alto Tribunal de 20.01.98 (Ar. 1.000) se examina, nuevamente, la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla, señalándose 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". Añadiéndose que "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 reglamentaria

procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

Así pues, de dicha doctrina jurisprudencial se desprende que cuando se concierta un contrato temporal en fraude de ley, dándose la conculcación de normas legales, la relación laboral deviene en indefinida, y no fija de plantilla. Por todo ello, la Sala considera que la sentencia de instancia no es ajustada a la doctrina jurisprudencial citada, por lo que procede la estimación del recurso de la actora y la consiguiente revocación de la resolución impugnada. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la actora doña C.B.I., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Dos de SANTIAGO DE COMPOSTELA, en fecha siete de julio de dos mil, recaída en autos 121/2000, promovidos por la citada recurrente frente al el SERGAS, y con revocación de la misma y estimación de la demanda, declaramos que la relación que vincula a la actora con el SERGAS es laboral de carácter indefinido, condenando al citado Servicio a estar y pasar por esta declaración.

3674 Recurso núm. 5.285/00

S.S. ACCIDENTE DE TRABALLO. RECARGO DAS PRESTACIÓNS. OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDADE. DOUTRINA XERAL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRINCIPAL E NON DA AUXILIAR, AÍNDA QUE NON CONCORRA A MESMA ACTIVIDADE. CONCEPTO DE EMPRESARIO INFRACTOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diecinueve de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.285-00 interpuesto por "C.T.E., S.A.", y "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 178 y 183/00 acumulados se presentó demanda por "C.T.E., S.A." y "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." en reclamación de RECARGO PRESTACIONES siendo demandado el INSS, TGSS y don M.A.F.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha catorce de abril de dos mil por el Juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Don M.A.F.S., cuyos datos personales constan en autos, afiliado a al Seguridad Social con el nº …, venía prestando sus servicios para la empresa "C.T.E., S.A." con la categoría profesional de electricista. La empresa tenía cubierto el riesgo de accidente de trabajo con la Mutua F., "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", tienen contratada con la empresa "C.T.E., S.A.", la realización de trabajos de mantenimiento eléctrico. SEGUNDO.- Don M.A.F.S. sufrió un accidente de trabajo en fecha 27 de Julio de 1.994 cuando en la serie 4 de Electrólisis de la planta de "A.A.E., S.A.", el trabajador de la empresa auxiliar "I., S.A." don J.M.D.Q. detectó un fallo en los electroimanes que permiten el desenganche de la viga-últil, y entre ellos la cadena de seguridad y el interruptor de la botonera que acciona los electroimanes, interviniendo con el otros dos trabajadores. Al no poder desenganchar el útil el Sr. D.Q. se ausentó para comunicar la avería a don J.P.C., encargado de turno de la empresa "A.E., S.A.", que lo comunica a la empresa "C.T.E., S.A.", encartada del mantenimiento eléctrico, acudiendo don M.A.F.S. junto con otro compañero para efectuar la reparación. El puente-grúa estaba siendo utilizado por don J.R.F. cuando la viga útil se desprende y cae sobre al zona de paso de la nave alcanzando a don M.A.F.S.. La máquina estuvo trabajando con la avería durante más de una hora, fue preferente la producción al mantenimiento. No se colocaron anuncios de máquina averiada. Los trabajadores estuvieron circulando debajo de una carga suspendida sin garantías de seguridad. TERCERO.- Con fecha 10 de noviembre de 1994 la Inspección Provincial de

Trabajo y Seguridad Social remite al Instituto Nacional de la Seguridad Social copia del Acta de infracción nº 740/94, en la mencionada Acta se propone un recargo del 50% de todas las prestaciones económicas que se satisfagan como consecuencia del accidente de trabajo, iniciando la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social expediente administrativo en concepto de "responsabilidad empresarial recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo". CUARTO.- En fecha de salida 30 de julio de 1999 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, declara la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por don M.A.F.S. y la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente sean incrementadas en el 50% con cargo exclusivo a la empresa responsable, "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.". QUINTO.- Se presentó reclamación previa por el trabajador don M.A.F.S. y la empresa "A.E., S.A.", "A.A.E., S.A.", estimándose parcialmente y declarando la exigencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene con el trabajo y la procedencia del recargo de prestaciones en el 50% con cargo a la empresa "C.T.E., S.A." y la responsabilidad solidaria de la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.". SEXTO.- Se tramitó juicio de faltas nº 124/96 ante el Juzgado de Instrucción número Uno de Vivero cuya sentencia consta en autos y aquí se da por reproducida así como de la recaída en apelación dictada pro la Audiencia Provincial de Lugo de fecha 18 de junio de 1997. SÉPTIMO.- Como consecuencia de las lesiones sufridas por el trabajador y derivadas de accidente de trabajo, fue declarado afecto de Incapacidad permanente Total".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, en autos 1.787/00, desestimando la demanda presentada por la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa "C.T.E., S.A." y don M.A.F.S., debo absolver y absuelvo a los demandados de todas las peticiones de la demanda. Que en autos 183/00, desestimando la demanda presentada por la empresa "C.T.E., S.A." contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, las empresas "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." y don M.A.F.S., debo absolver y absuelvo a los demandados de todas las peticiones de la demanda".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por "C.T.E., S.A." y "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." 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 desestimó las demandas acumuladas formuladas por la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." y absolvió al INSS y TGSS, a la empresa "C.T.E., S.A." y al también codemandado don M.A.F.S.; y que desestimó también la demanda formulada por "C.T.E., S.A." frente al INSS-TGSS, la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." y frente al trabajador anteriormente citado don M.A.F.S., se interpone recurso de suplicación por las dos empresas demandantes. La empresa "C.T.E., S.A." articula dos motivos: El primero, formulado al amparo del apartado b) del artículo 191 de la LPL, dedicado a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo formulado por el cauce del apartado c) del mismo artículo, referido al examen de la normativa jurídica aplicada en la sentencia recurrida. De otra parte la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", sin cuestionar la declaración de hechos probados, articula un solo motivo de Suplicación (aunque se diga "Segundo") por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, dividido en tres apartados destinados al examen del derecho aplicado en la resolución impugnada.

SEGUNDO.- La revisión de hechos propuesta por la empresa "C.T.E., S.A." pretende la modificación del hecho probado tercero de la sentencia recurrida, con el fin de que se adicione al mismo "que tanto el acta de infracción nº 740/94, que es mencionada en dicho ordinal fáctico, como la propuesta de recargo de prestaciones, fueron formuladas única y exclusivamente a la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", y ello con base en el propio escrito de iniciación del expediente administrativo aportado por el INSS, a continuación de oficio de fecha 10 de noviembre de 1994, que se cita en el hecho probado cuya revisión se postula, así como en la referida acta de infracción nº 740/94, que obra, también sin foliar, a continuación del anterior documento, esto es, del escrito o propuesta de iniciación del expediente de la Inspección de Trabajo".

La Sala no acoge la adición interesada, sobre la base de las siguientes consideraciones: En primer lugar, porque el éxito de la revisión exige que se evidencie que la equivocación del juzgador se desprenda de forma directa de un documento con eficacia probatoria que esté incorporado a las actuaciones, y que la adición que se postule en base a dicho documento tenga relevancia a los fines del recurso. Y en el presente caso la adición propuesta resulta totalmente innecesaria, por cuanto la sentencia de instancia ya declara en el hecho probado cuarto que la Dirección Provincial del INSS por resolución de 30 de julio de 1999 señala que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente sean incrementadas en el 50%, con cargo exclusivo a la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", por lo tanto, la adición propuesta nada nuevo aporta al relato fáctico. Además, el relato ofrecido alude a numerosos documentos, sin identificar en concreto cual de ellos evidencia el supuesto error del juzgador; ni muestra tampoco la necesaria adecuación entre cada documento y la redacción ofrecida. Finalmente, debe recordarse que la valoración de la prueba es facultad atribuida por el artículo 97.2 de la LPL al juzgador de instancia, y lo que realmente pretende esta parte recurrente es sustituir la soberana facultad del juzgador "a quo" en orden a la valoración de la prueba, por su unilateral y subjetiva versión.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, la empresa "C.T.E., S.A." denuncia infracción, del artículo 123 apartados 1º y 2º de la LGSS, así como de la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación de este precepto, citando y transcribiendo parcialmente la STS de fecha 8 de febrero de 1994, e igualmente cita y también transcribe parcialmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 21 de junio de 1999 y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de octubre de 1996, si bien estas dos últimas Sentencias no constituyen jurisprudencia en los términos exigidos por el artículo 1.6 del Código Civil, a los efectos del artículo 191 c) de la LPL. Se alega por dicha empresa, en esencia, que no existió infracción alguna imputable a la misma, ya que el accidente ha ocurrido fuera o al margen del círculo rector y organizativo del trabajo que le corresponde, en el ámbito de otras empresas, cuyo trabajo no era controlado por esta recurrente, en la cual no repercuten ni directa ni indirectamente los frutos o consecuencias de dicho trabajo.

Por su parte, el recurso de la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", tiene por objeto que se revoque la sentencia de instancia y se dicte otra estimando la demanda formulada por esta recurrente, formulando al efecto, y por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, un solo motivo de Suplicación, dividido en tres apartados, destinando los tres al examen de la normativa jurídica aplicada en la sentencia recurrida. Y a la vista de las cuestiones que plantea en los apartados B) y C) del recurso, las mismas pueden ser examinadas conjuntamente con la censura jurídica planteada por la empresa "C.T.E., S.A.", dada la estrecha relación que existe entre ellas. Así, en el apartado B), se denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 123 de la LGSS (el mismo precepto legal que también "C.T.E., S.A." denuncia como infringido). Se alega por esta parte recurrente, en síntesis, que el accidente fue debido a una avería totalmente fortuita, sufrida por una máquina que contaba con todos los elementos de seguridad, que estaba siendo manejada y utilizada en el momento de sufrir tal avería por personas pertenecientes a otra empresa, únicas conocedoras y responsables de la utilización de aquellos elementos de seguridad y de la situación en la que dejaban los mismos. Y que el jefe de turno de la recurrente actuó correctamente poniendo en conocimiento de la persona que había de proceder al estudio, evaluación y reparación de la avería y que resultó ser el trabajador accidentado, por lo que no concurren los presupuestos necesarios para que pueda nacer la responsabilidad que establece y regula el citado artículo 123 de la LGSS, el cual, dado su carácter punitivo y sancionado ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Y en el apartado C) del recurso, se denuncia infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en síntesis, que el trabajador accidentado no pertenecía la plantilla de estas recurrentes, y que no puede nacer la responsabilidad solidaria de ambas empresas (principal y subcontratista), siendo además distinta la actividad de las mismas, por lo que no concurre presupuesto alguno que justifique tal declaración de responsabilidad, solidariamente con la empresa "C.T.E., S.A.", por no existir la vinculación a la que se refiere el artículo 42 del ET que se infringe por aplicación indebida.

CUARTO.- Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el inalterado relato histórico de la sentencia recurrida, y a los fines discutidos en el presente "litigio", pueden resumirse así: A).- El traba-

jador codemandado don M.A.F.S., venía prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa "C.T.E., S.A.", empresa que tenía contratada la realización de trabajos de mantenimiento eléctrico con la empresa principal "A.E., S.A.", dicho trabajador ostentaba la categoría profesional de electricista y antigüedad de 7 de febrero de 1980. B).- El día 27 de julio de 1994, el citado trabajador sufrió el accidente de trabajo que se describe en el hecho probado segundo de la sentencia impugnada, que ninguna de las recurrentes ha combatido. Según dicha descripción, el accidente se produjo en la serie 4 de la planta de Electrolisis de "A.A.E., S.A.", cuando otro trabajador de la empresa auxiliar "I., S.A." Sr. D.Q. detectó un fallo en los electroimanes que permiten el desenganche de la viga-util de uno de los puentes-grua, y por un fallo de los electroimanes la viga se desprendió del puente, cayendo sobre la zona de paso de la nave alcanzando al trabajador accidentado. La máquina estuvo trabajando con la avería durante más de una hora. No se colocaron anuncios de máquina averiada. Los trabajadores estuvieron circulando por debajo de una carga suspendida sin garantías de seguridad. C).- El trabajador que detectó el fallo, Sr. Q., lo comunicó al jefe de turno de la empresa principal "A.-A.E., S.A." Sr. P.C., quien a su vez lo comunicó a la empresa "C.T.E., S.A.", encargada del mantenimiento eléctrico, acudiendo al lugar el trabajador accidentado Sr. F.S., junto con otro compañero, para efectuar la reparación de la avería. D).- Al trabajador accidentado le fue amputado su pie izquierdo y tras un período de Incapacidad Temporal, causó alta con secuelas por las que fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión, derivada de la contingencia de accidente de trabajo. E).- La Inspección de Trabajo extendió acta y propuso sanción inicialmente sólo para la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", declarando también a cargo de esta empresa el recargo de prestaciones del 50% por infracción de medidas de seguridad. Y por resolución del INSS de 25 de enero de 2000, resolviendo reclamación previa interpuesta contra la resolución inicial, se acordó declarar la existencia de responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, declarar el recargo de prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo en el porcentaje del 50% con cargo a la empresa "C.T.E., S.A." y se acordó declarar también la responsabilidad solidaria de la empresa "A.-A.E., S.A." y que ambas constituyeran el capital coste necesario ante la TGSS.

QUINTO.- Pues bien, partiendo de las circunstancia fácticas expuestas debe determinarse si se ha incumplido por la empresa demandante-demandada "C.T.E., S.A." alguna medida de seguridad causante del accidente, o bien, si fue la empresa "A.-A.E., S.A.".(también demandante-demandada), la que incurrió exclusivamente en la infracción de dichas medidas, o si han de responder solidariamente. Para ello conviene hacer una referencia a la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, partiendo siempre de la base de que la jurisprudencia tradicional ha venido destacando el carácter sancionador y no indemnizatorio del recargo en las prestaciones establecido en el artículo 123 de la L.G.S.S. (antes artículo 93 del Texto de 1974), al sostener que el susodicho recargo constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida recientemente en la sentencia del T.S de 02.10.00 que con relación a este singular recargo en las prestaciones, la jurisprudencia unificadora ha sentado las siguientes líneas generales básicas: a) el recargo ostenta un carácter sancionador y por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente, por lo que partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias imperativas de la Seguridad Social (entre otras, SSTS/IV 20.03.97, -recurso 2.730/1996, 11.07.97 -recurso 719/97). b) se afirma que el recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo, (entre otras, SSTS/IV 08.03.93, 07.02.94, 08.02.94, 20.05.94). c) se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva. d) en orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera

prestación de la Seguridad Social, impide pueda ser objeto de aseguramiento público o privado (entre otras SSTS/IV 08.03.93, 23.03.94, 20.05.94, 22.09.94).

El recargo de prestaciones de la Seguridad Social impuesto en el art. 123 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RDL 1/94, de 20 de junio, antiguo art. 93 de la LGSS de 1974, cuando deriva de omisión de medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo, causantes del accidente, exige, la existencia de nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores, y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo; excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia del propio trabajador accidentado, cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por la empleadora y puestas a su disposición; la omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, criterio éste que no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social del derecho básico en el contenido de la relación laboral, recogido en los arts. 4.2 y 19 del E.T. y que con carácter general y como positivación del principio del derecho alterum non laedere, elevado a rango constitucional por el art. 15 del Texto fundamental y que, en términos de gran amplitud, tanto para el ámbito de las relaciones contractuales como extra contractuales, consagra el Código Civil en sus arts. 1.104 y 1.902, debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el art. 7 de la Ordenanza de 09.03.71, ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los recogidos en el art. 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22.06.81 y ratificados por España en 26.07.85, en cuanto impone a los empleadores en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores (TSJ Cataluña, 27.03.00).

Dadas las circunstancias fácticas del caso enjuiciado, debe recordarse que alguna Sentencia del Tribunal Supremo como la de 18 de abril de 1992 (RJ 1992/4.849) ha extendido la responsabilidad a la empresa principal, a través de un proceso de integración del artículo 93 de la LGSS de 1974 (actual artículo 123), en relación con los arts. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, y 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y art. 40 de la Ley 8/1988, de 7 abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, pero siempre, sobre la base de que se contraten obras o servicios de la misma actividad; que el accidente se produzca en el centro de trabajo de aquélla y en buena lógica, que las normas de prevención, vigilancia y control hayan sido asumidas contractualmente por la empresa principal, llevándose a cabo los trabajos de la empresa subcontratada, en dicho campo, sin autonomía y con responsabilidad compartida.

Proyectada esta doctrina al caso de autos, y por lo que a la responsabilidad del accidente se refiere, resulta procedente la estimación del recurso de suplicación de "C.T.E., S.A." y la desestimación del recurso de "A.-A.E., S.A." y ello porque, el contenido del artículo 93 de la Orden de 9 de marzo de 1.971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, ha resultado incumplido de una forma evidente por esta empresa. En dicho artículo se dispone lo siguiente: "Toda máquina averiada o cuyo funcionamiento sea irregular será señalizada con la prohibición de su manejo a trabajadores no encargados de su reparación.

Para evitar su involuntaria puesta en marcha, se bloquearán los arrancadores de los motores eléctricos o se retirarán los fusibles de la máquina averiada, y si ello no es posible, se colocará en su mando un letrero con la prohibición de maniobrarlo, que será retirado sólo por la persona que lo colocó".

Del relato fáctico anteriormente expuesto, consta de un modo diáfano que esta obligación se incumplió en el caso enjuiciado, en el que ningún cartel prohibitivo se colocó al efecto, y quien tenía que haber adoptado las medidas de seguridad pertinentes era la empresa "A.-A.E., S.A.", y no lo hizo, sino que

consintió que la máquina continuase en funcionamiento después de haber sido detectada la avería, limitándose el jefe de turno don J.P.C., una vez conocida la avería, a comunicar la misma a la empresa "C.T.E., S.A." para que procediera a su reparación, sin adoptar medida alguna de seguridad, bien colocando los carteles a que hace referencia el citado artículo de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, o bien acordonando o reduciendo la zona de paso para prevenir un posible accidente como el acaecido, que era perfectamente evitable. Como se señala en la Sentencia de fecha 18 de junio de 1997 de la Audiencia Provincial de Lugo (folio 98 y ss. de los autos), que condenó, entre otros, al Sr. P.C., por una falta de imprudencia, la orden de reparar la avería que el mismo impartió, ha de llevar consigo adoptar las medidas preventivas que correspondan para asegurar la evitación de daños o perjuicios en tanto no se lleva a cabo la reparación ordenada y como J.P. eludió esa actuación es por lo que fue condenado en vía penal.

SEXTO.- Por lo que se refiere a la cuestión de la responsabilidad solidaria planteada por la empresa "Alúmina" en el apartado C) de su recurso, cabe señalar que en este caso y a tenor de los hechos declarados probados no puede prosperar la censura que se plantea, pues el Tribunal Supremo en sentencia de 05.05.99 (RJ 1999/4.705) en un asunto en el que se debate la extensión de la responsabilidad por falta de medidas de seguridad a la empresa principal, trata el tema de la infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, -que la empresa "A.-A.E., S.A." denuncia como infringido- y en la que a pesar de no apreciarse el contenido casacional, por la diversidad de supuestos, fija una serie de pautas resumiendo posiciones anteriores, así dice que la tesis de considerar que para que pueda imputarse la responsabilidad a la empresa principal es preciso que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la empresa principal no es correcta, señalando con cita de la sentencia de 18 de abril de 1992 (RJ 1992/4.849) –más arriba señalada- y dice que aunque se refiere a un supuesto en el que había coincidencia entre la actividad contratada y la propia de la empresa principal y se cita por ello el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, la decisión de esta sentencia no se funda de forma decisiva en este dato, sino en una interpretación del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social (actual artículo 123 de la LGSS) sobre la noción de empresario infractor a la luz del artículo 153.2º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene del Trabajo. Este precepto establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal. De acuerdo con esa interpretación, lo decisivo, es el hecho de que *«el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran»* y si es así –continúa diciendo la sentencia de 18 de abril de 1992– es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.

Y en la sentencia de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9.320), el Alta Tribunal reitera que en estos casos el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y añade que, aunque esta doctrina se estableció en la sentencia de 18 de abril de 1992 en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

En el caso enjuiciado, la empresa "A.-A.E., S.A." no tiene la misma actividad que la

empresa "C.T.E., S.A.", pero como se acaba de exponer, siguiendo doctrina jurisprudencial, este dato no es decisivo. La fundamental es la determinación del "empresario infractor", y también el lugar o centro de trabajo en el que se produce el accidente, por ser la empresa principal la que tiene que velar por el cumplimiento y vigilancia de las medidas de seguridad en dicho centro, no constando extensión de responsabilidad alguna en este sentido para la empresa "C.T.E., S.A.". Y no ofrece duda, que en este caso el empresario infractor (artº 123.2 de la LGSS), es la empresa "A.-A.E., S.A.", por ser la titular de la máquina averiada, y por ser la empresa que tenía que adoptar todas las medidas de seguridad en torno a la máquina averiada, ya que el accidente se produce en su centro de trabajo, y dentro de la esfera de responsabilidad propia de tal empresario, por tanto entendemos que no puede sustraerse a la empresa principal de la extensión de la responsabilidad derivada de la producción del accidente, y en consecuencia procede la desestimación de su recurso también en este punto y la confirmación de la sentencia de instancia en el pronunciamiento relativo a la condena de la citada empresa, si bien debe ser revocada en el pronunciamiento de condena impuesta a la empresa "C.T.E., S.A.", por no ser "el empresario infractor" ni responsable de las medidas de seguridad a adoptar en relación con la máquina averiada, debiéndose hacer los correspondientes pronunciamientos en cuanto a las medidas de aseguramiento y a las costas, de conformidad con lo establecido en los artículos 202 y 233 de la LPL.

SEPTIMO.- Finalmente, y en relación a la cuestión planteada en el apartado A) del recurso de la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", en el que denuncia infracción del artículo 24 de la Constitución, alegando que se ha agravado su situación por el hecho de haber presentado demanda, respecto de aquella en que le había colocado la resolución administrativa frente a la que se dirigía; dicha alegación tampoco resulta acogible, porque la resolución administrativa inicialmente declaró la responsabilidad exclusiva de dicha empresa en orden al recargo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente sufrido por el trabajador de "C.T.E., S.A.", posteriormente, el INSS dictó nueva resolución al resolver la reclamación previa interpuesta contra la primera resolución, y en esta última ya declaró la responsabilidad solidaria de las dos citadas empresas, que debían responder del 50% de la prestación reconocida al trabajador, y la sentencia de instancia confirmó el criterio del INSS, y no agravó en absoluto la posición de la citada empresa recurrente; y aunque lo hubiera hecho, estimando la demanda de "C.T.E., S.A." y desestimando la de "A.E., S.A.", sería una solución completamente ajustada al principio de la legalidad.

En resumen, y como ya se dijo, la empresa recurrente "A.-A.E., S.A." es la responsable del accidente y, consiguientemente, del recargo de prestaciones de Seguridad Social, debiendo constituir esta empresa exclusivamente el capital coste del 50% de la prestación, procediendo la devolución de los depósitos y cancelación de las medias de aseguramiento respecto de la empresa "C.T.E., S.A.". Por cuanto antecede:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación de la empresa "C.T.E., S.A.", y desestimando el de la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", ambos recursos interpuestos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo, en autos acumulados seguidos a instancia de ambos recurrentes, los de "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." con el núm. 178/00, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, el trabajador don M.A.F.S. y la empresa "C.T.E., S.A.".Y en los autos 183/00, seguidos a instancia de "C.T.E., S.A." frente al INSS-TGSS, el trabajador don M.A.F.S. y contra la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A." sobre recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad, y con revocación parcial de la misma, y estimación de la demanda de la empresa "C.T.E., S.A.", declaramos que esta empresa no es responsable del recargo de prestaciones como consecuencia del accidente ocurrido el día 27 de julio de 1994, sufrido por el trabajador anteriormente citado don M.A.F.S., sino que el empresario infractor y responsable del pago del recargo del 50% de la prestación de Seguridad Social es la empresa "A.E., S.A." y "A.A.E., S.A.", en consecuencia, condenamos a esta empresa recurrente al abono del citado recargo, así como a la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal una vez firme la presente la resolución, manteniéndose el aseguramiento prestado, y a abonar al letrado del trabajador don M.A.F.S., impugnante del recurso, en concepto de honorarios de su Abogado la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (250 EUROS).

3675 **Recurso núm. 1.788/00**

S.S. CRITERIOS PARA A CUANTIFICACIÓN DE DANOS E PREXUÍZOS CIVÍS, A CONSECUENCIA DO FALECEMENTO DO TRABALLADOR EN ACCIDENTE DE TRABALLO MEDIANDO CULPA OU NEGLIXENCIA DO EMPRESARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veintiuno de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.788/00 interpuesto por doña C.M.A. en nombre propio y en representación de su hijos menores R., S. y M., doña E.P.P.R. y don T.F.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.M.A. y otros en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado la empresa "G.V., S.L." y "M.I., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 751/99 sentencia con fecha 18 de febrero de 2000 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:" Primero.-Don T.F.P., nacido el 31.10.60, contrajo matrimonio con doña C.M.A., de cuyo matrimonio nacieron R., S. y M. el 19.09.89, 11.05.91 y 03.06.96 respectivamente.- Segundo.-El referido venía trabajando para la empresa "G.V., S.L.", dedicada a la actividad de cantera desde el 01.10.97 como oficial de 1ª. Con fecha 15.01.99, cuando se encontraba trabajando en la cantera "F.", explotada por "M.M., S.L.", la cual había contratado con "G.V., S.L." los trabajos de extracción de bloques de granito, y tras ser requerido para que cortara el suministro de aire comprimido a una perforadora, y así realizarlo, procedió a manipular el racor o conector de la manguera, con el calderín en carga, quizás por observar una pérdida de aire, desajustando la conexión del racor, soltándose la manguera, golpeando ésta indiscriminadamente al referido trabajador, causándole la muerte. Dicha maquinaria era propiedad de "G.V., S.L."- Tercero.- El actor vino trabajando desde el año 1974 para empresas dedicadas a canteras en los siguientes periodos: del 18.11.74 al 18.11.75, del 16.01.76 al 02.09.77 del 28.05.78 al 16.05.81, del 02.10.81 al 02.04.83, del 13.04.83 al 31.05.84 del 01.06.84 al 29.04.88, y para la empresa "G.V., S.L." en los periodos de 20.03.91 a 31.07.92, 19.08.92 al 31.12.93, 03.01.94 al 31.07.95, 16.08.95 a 30.09.97 y del 01.10.97 hasta su fallecimiento. Era el encargado de dicha empresa, y el que realizaba a las labores de mantenimiento y control de la instalación aire comprimido y de las herramientas de trabajo, la cual revisaba mensualmente, al menos desde febrero de 1998.- Cuarto.- El actor no tenía ninguna titulación concreta en materia de seguridad e higiene en el trabajo, si bien participaba como encargado de la empresa, en las reuniones periódicas que sobre seguridad e higiene se convocaban por parte de la demandada.- Quinto.- Las labores de manipulación del calderón, racor, etc, son de sencilla realización.- Sexto.- El racor se encontraba en perfectas condiciones, presentando señales de martillazos, realizados para ajustar y/o desajustar el mecanismo de anclaje. El calderín y resto de la maquinaria estaba legalizada por Industria, no precintando dicha Consellería ninguno de los elementos, que siguieron funcionando, aconsejando adoptar como medida de seguridad complementaria, la unión de las mangueras de aire comprimido a un hilo fijador de suficiente resistencia, y así se realizó por la empresa.- Séptimo.- La empresa demandada tenía confeccionado el informe de evaluación de riesgos laborales, realizado el 29.10.97 pro el Técnico de la Mutua A., si bien dicho documento se encuentra sin firmar ni sellar.- Octavo.- La empresa "G.V., S.L." tiene concertado con "M.I., S.A." póliza de seguros por dicha contingencia, garantizándose la suma de 50.000.000 pts.- Noveno.- El fallecido convivía con su esposa e hijos, y no con sus progenitores doña E.P.P.R. y don T.F.M.- Décimo.- La Mutua A. abonó a doña C.M.A. las siguientes cantidades: 2.664.828 pts en concepto de indemnización a tanto alzado, 5.000 pts de auxilio por defunción y 5.500.000 pts por indemnización de convenio, estando pendiente de calcular el importe del capital coste de las prestaciones

de viudedad y orfandad. La actora cobra como pensión de viudedad unas 290.000 pts mensuales.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña C.M.A., en su propio nombre y en representación de sus hijos menores R., S. y M., doña E.P.P.R. y don T.F.M. contra "G.V., S.L." y "M.I., S.A.", se absuelve a las demandadas de las pretensiones en su contra aducidas.

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, desestimando la demanda interpuesta por doña C.M.A., en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, R., S. y M.; doña E.P.P.R. y don T.F.M. contra "G.V., S.L." y "M.I., S.A.", absolvió a las demandadas de las pretensiones en su contra deducidas, y frente a dicha resolución, se alza en suplicación la parte demandante, articulando su recurso en base a motivos, tanto de índole fáctica como en relación con la normativa aplicada en la citada resolución.

SEGUNDO.- En el motivo primero de su recurso, los demandantes interesan, con amparo procesal en el artículo 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, "la nulidad de la Sentencia recurrida y la reposición de los Autos al momento en el que se han infringido las normas o garantías del procedimiento que han producido indefensión", denunciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 24.1 Constitución Española en relación con lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y los artículos 359 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, arguyendo, en síntesis, que en relación con determinadas afirmaciones recogidas en la resolución de instancia, "la Juzgadora a quo ha declarado probados hechos que en absoluto han sido objeto de prueba y que no existen más que en el mundo de la especulación, sea esta más o menos razonable", así como que "lo que ha hecho la Juzgadora a quo no es utilizar la técnica que la ortodoxia rituaria exige para hacer una Sentencia, ya que todo parece indicar que partiendo de una decisión que era absolver a las demandadas, tuvo que ajustar la prueba ofrecida a tal objetivo, es decir, justo al revés de cómo se tiene que hacer", y "este conjunto de afirmaciones (se refiere a las contenidas en la resolución impugnada) por su nulo soporte probatorio, por su arbitrariedad, por su apuesta por lo que debe ser lo más probable y por lo que suponen de afirmaciones en los hechos probados que prejuzgan la Sentencia, no se ajusta a la técnica exigida en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y a lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española y a la Jurisprudencia sobre los mismos y obvio resulta la procedencia de declarar la nulidad de la Sentencia recurrida..."

No han de tener acogida las pretensiones de nulidad auspiciadas por la parte actora pues, con independencia de la aspereza y rigidez que se evidencian en la redacción del motivo primero del recurso, y se esté o no de acuerdo con lo plasmado en la resolución de instancia, cabe expresar que lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, permite establecer que allí se constata la exigencia de que las Sentencias hayan de contener la motivación suficiente que avale la posterior resolución del Órgano Jurisdiccional de que, en cada caso, se trate, de tal modo que la inexistencia o deficiencia, por escasa, de la línea argumental llevada a cabo por el Juez o Tribunal, acarrearía la conculcación del principio de tutela judicial efectiva, que incluye el de obtener una Sentencia fundada en derecho, habiendo establecido el Tribunal Constitucional, Sentencias entre otras 25/90 y 14/91, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 03.11.99, que "a los efectos de determinar si ha habido infracción del artículo 24 de la Constitución Española, no cabe exigir que la fundamentación sea absolutamente exhaustiva, ni deba expresar el completo proceso lógico que condujo al Juez a su decisión, ni es imprescindible una descripción exhaustiva de lo que consideró probado, aunque ello fuera deseable desde la más pura técnica procesal", y en el presente caso no se evidencia la vulneración del principio referido ni la concurrencia de una situación de indefensión que hiciese viable la adopción del drástico remedio de la nulidad de actuaciones, al que debe acudirse solo de modo excepcional y cuando no quepa otra posibilidad de subsanar las posibles deficiencias de la resolución generadoras de la indefensión para la parte constituyendo, en tal sentido, la última ratio, siendo así que la pretensión de nulidad no ha de tener acogida no solo por cuanto del artículo 97.2 de la Ley de Pro-

cedimiento Laboral no se desprende que el Juzgador haya de razonar de modo singular sobre todos y cada uno de los elementos probatorios traídos, determinando el alcance y valoración que a cada uno de ellos otorga, por más que, en todo caso, siempre quedaría a la parte la posibilidad de solicitar, cumpliendo las premisas exigidas por el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, la correspondiente modificación del relato histórico, de manera que ha de desestimarse el motivo primero del recurso articulado por la parte actora.

TERCERO.- En el motivo segundo del recurso, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la modificación del hecho probado segundo a fin de que se redacte de la forma siguiente:

"El referido venía trabajando para la empresa "G.V., S.L.", dedicada a la actividad de cantera desde el 01.10.97 como oficial de 1º. Con fecha 15.01.99, cuando se encontraba trabajando en la cantera "F.", explotada por "M.M., S.L." la cual había contratado con "G.V., S.L." los trabajos de extracción de bloques de granito. El referido Sr. F.P. sufrió un accidente de trabajo, que la empresa describió así en el parte de accidente: sobre las 10 de la mañana iba a cerrar el aire del calderín cuando se soltó la manguera que estaba unida a dicho calderín, golpeándole en la cabeza, falleciendo como consecuencia de dicho accidente. Dicha manguera era propiedad de "G.V., S.L." Los informes del Inspector de Minas don L.G.F., dicen lo siguiente: El primero de ellos de fecha 17.03.99, dice así: según se deduce de las declaraciones de los testigos del accidente que se anexiona a este informe, el accidentado se hallaba en el momento del accidente junto a un distribuidor de aire comprimido que se encontraba en carga abasteciendo de aire a varios martillos perforadores. Parece ser que se había aproximado al mismo porque tenía que cortar el aire de servicio a una perforadora que estaba muy próxima a una zona donde se iba a efectuar una voladura. Por las manifestaciones del responsable de la empresa "G.V., S.L." para la que trabajaba el accidentado, éste, era el responsable del mantenimiento general de la instalación del aire comprimido en la empresa, que hacía rutinariamente cada mes, según figura en los partes de la empresa. Causas del accidente: Como no hubo testigos directos del accidente, las causas del mismo solo pueden sospecharse, pudiendo ser motivadas a juicio del informante con base a los siguientes supuestos: A) Como el accidentado tenía ordenado el corte de suministro de aire a una perforadora, debió proceder a realizarlo y entra dentro de lo posible que a la vez por tenerlo asignado, realizara la comprobación mensual del mantenimiento, según manifestaciones de "G.V., S.L.", manipulando el conector de manguera de aire de 2,5 pulgadas para comprobar si estaba bien ajustado, o bien porque observara una cierta pérdida de aire. Como la manipulación la realizó sin cortar previamente la alimentación general de esta manguera y con el calderín en carga, es posible que él mismo desajustara totalmente con su maniobra de comprobación la conexión de los racores, desencadenándose con ello el accidente, recibiendo fuertes golpes de la propia manguera que por la presión a que estaba sometida golpeaba sin control y arbitrariamente en todas direcciones. B) También es posible que el día que se realizó la conexión de la manguera con el calderín, no se efectuara correctamente por el operario encargado de ejecutar esta operación, pudiendo ocurrir que no llevara al tope de la unión de las patillas de los conectores, por lo que con la propia presión del aire al entrar en carga la manguera y después en descarga por las paradas, se fuese aflojando cada vez mas hasta soltarse definitivamente causando el accidente al operario, que en ese momento se encontraba próximo al lugar. C) Por las deducciones anteriores, se puede considerar que el accidente pudo ser consecuencia o de una imprudencia temeraria del operario accidentado, que nunca debió intentar manipular la conexión de manguera a calderín sin haber cortado previamente la alimentación del aire comprimido y descargado el circuito completo afectado, o por una deficiente conexión de la pieza de la manguera con el calderín. Medidas a adoptar por la empresa en lo sucesivo para evitar esta clase de accidentes. Como medida adicional preventiva, en lo sucesivo toda conexión de aire comprimido entre mangueras o entre manguera y calderín, deberá estar complementada con una fijación que evite en caso de rotura o desconexión imprevista las sacudidas incontroladas de las mismas. Esta medida de seguridad complementaria puede consistir en la unión de las mangueras de aire a presión a un hijo fijador de suficiente resistencia. El segundo informe, de fecha 23.12.99, dice así: Como continuación del acta levantada por el Técnico que suscribe el 17.03.99 sobre el accidente que nos ocupa, se emite el presente informe que recoge el resultado de la investigación continuada sobre las posibles causas del accidente, una vez revisada la documentación aportada por la empresa "G.V., S.L." a la que pertenecía el ope-

rario accidentado. A requerimiento del que suscribe la empresa "G.V., S.L." ha aportado los siguientes documentos: Relación de la revisión periódica de mangueras y herramientas de trabajo, efectuada por el operario fallecido don T.F.P., realizada los meses de febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1998. Fotocopia de características de la manguera para aire comprimido que estaba unida al racor tipo Barcelona cuya desconexión del distribuidor de aires provocó el accidente. Fotocopia de las características del racor tipo Barcelona fabricado por EACISA de Barcelona. Fotocopia del informe de evaluación de riesgos laborales realizado el 29.10.1997, por el Técnico de Mutua A. don A.C.R., a la empresa "G.V., S.L." en el centro de trabajo Cantera F. Este documento no está firmado ni por el Técnico de A. ni por la empresa "G.V., S.L.", por lo que no tiene validez alguna. Fotocopia del contrato de trabajo entre "G.V., S.L." y el accidentado don T.F.P., firmado por ambos el 01.10.97, en el que el último es contratado como oficial de 1º para realizar sus servicios como cantero. No se aporta por "G.V., S.L." documentación que demuestre que el operario accidentado tuviera o hubiese recibido una formación específica en el manejo y conservación de instalaciones de aire comprimido tal y como especifica el artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/95, de 8 de noviembre, que especifica que la formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o en función de cada trabajador. Por otra parte el artículo 35 del Reglamento de Seguridad en las Máquinas, Real Decreto 1.496/1986, de 26 de Mayo, dispone que las máquinas y aparatos o sus partes, sometidos a presión (tuberías, juntas, bridas, racores, elementos de mando y otras) están diseñados, construidos y en su caso, mantenidos de forma que teniendo en cuenta sus propiedades físicas o químicas de los gases o líquidos sometidos a presión, se eviten daños a las personas por fugas o roturas. Por lo anterior, y como continuación del acta levantada el 17.03.99, se llega a la conclusión de que parece improbable que el accidente se produjera por imprudencia del operario accidentado, ya que carecía de formación específica acreditada y para realizar el mantenimiento o manipulación de la red de aire comprimido, la cual debía haber sido garantizada por la empresa "G.V., S.L.".

Señala en pro de sus pretensiones de revisión, el contenido de los folios 37,38, 163 y 164 de autos, en que se plasman los informes del Sr. Técnico de Minas de la Delegación de Industria de Pontevedra, fechados respectivamente en 17 de marzo y 23 de diciembre de 1999, ratificados en autos, así como la documental del folio 241, que no ponen de manifiesto, de la manera inconcusa, directa y evidente que se requiere, sin necesidad de razonamientos ni hipótesis, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, la concurrencia de error de la Juez de instancia en la exégesis de lo actuado, por más que la invocación a la falta de prueba alguna en orden a las circunstancias que rodearon al accidente, no deviene asaz para constituir válida apoyatura de la pretensión de revisión. En consecuencia, ha de permanecer inalterado el hecho probado segundo de la Sentencia de instancia.

CUARTO.- En el motivo tercero del recurso, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la parte actora la modificación del hecho probado tercero, ofreciendo redacción alternativa del siguiente tenor:

"El actor vino trabajando desde el año 1974 para empresas dedicadas a canteras en los siguientes períodos: Del 18.11.74 al 18.11.75; del 16.01.76 al 02.09.77; del 28.05.78 al 16.05.81; del 02.10.81 al 02.04.83; del 13.04.83 al 31.05.84; del 01.06.84 al 29.04.88 y para la empresa "G.V., S.L." en los períodos de 20.03.91 31.07.92; 19.08.92 al 31.12.93; 03.01.94 al 31.07.95; 16.08.95 al 30.09.97 y del 01.10.97 hasta su fallecimiento. Aunque fue contratado como Oficial 1ª cantero, oficiosamente realizaba funciones de encargado de la empresa y realizaba las funciones de mantenimiento y control de la instalación de aire comprimido y de las herramientas de trabajo, la cual revisaba mensualmente, al menos desde febrero de 1998, apoyando su solicitud en la documental de los folios 244, 241, y 240 y 247.

Conviene tener presente que, a tenor de doctrina Jurisprudencial reiterada, de ociosa cita, "en recta aplicación de lo prevenido por el invocado apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, cualquier modificación o alteración en el relato de hechos consignados como acreditados por el juzgador "a quo" no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en los autos, patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a argumentaciones lógicas, naturales o razonables el error de aquel

juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba - aportados a los autos, le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones directas de parte interesada," siendo así que, de los folios a que se hace mención en el motivo de recurso que nos ocupa, no se pone de manifiesto la concurrencia de error de la Juzgadora de instancia que justificase la modificación pretendida, sin que pueda soslayarse que el relato histórico de la resolución "a quo", en concreto en el ordinal segundo, ya se hace expresa referencia a la categoría profesional del fallecido causante de los actores, dejando constancia de que "venía trabajando para la empresa "G.V., S.L." dedicada a la actividad de cantera, desde el 01.10.97 como Oficial de 1ª", de manera que, rechazando la pretensión de revisión interesada por la parte actora, ha de mantenerse la prístina redacción del hecho probado tercero de la resolución de instancia.

QUINTO.- Con el mismo amparo procesal, interesa la parte actora recurrente que se revise el hecho cuarto, para que quede redactado de la forma siguiente:

"El fallecido carecía de formación e instrucción oficial tanto sobre las normas generales de seguridad como sobre las específicas de las funciones que realizaba como encargado del mantenimiento, si bien participaba firmando como encargado de la empresa en las reuniones periódicas que sobre seguridad se convocaban por parte de la empresa demandada y cuyas actas de reunión fueron aportadas en la prueba documental por dicha empresa y las tenemos aquí por reproducidas".

La parte actora interesa que se incorporen a los hechos probados el contenido de las actas de las reuniones que había en la empresa, invocando al efecto el folio 147, constituido por una libreta con las actas, y, por otro lado, hace una reflexión acerca de la necesidad de precisar lo concerniente a la formación del fallecido haciendo mención de la Orden de 16.04.00, además del artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que sin perjuicio de lo que en sede jurídica pudiera argumentarse al respecto, no devienen base asaz para la modificación fáctica de manera que, ha de acogerse en parte la revisión y manteniendo la redacción original del hecho probado en cuestión, ha de añadirse la mención de que "se da por reproducido el contenido de las actas de las reuniones a que se contrae la documental del folio 247 de autos".

SEXTO.- Aún en el ámbito de la revisión fáctica, solicita la modificación del hecho probado quinto, ofreciendo la siguiente redacción:

"Las labores de manipulación del calderín, racor, etc, son de sencilla realización, para las personas que han sido instruidas de acuerdo con la legalidad vigente para realizar dichos cometidos y en cualquier caso, desajustar el racor con el calderín en funcionamiento resulta mucho más difícil por la presión y es muy arriesgado".

La parte demandada, tras dejar constancia, una vez más de lo que para ella constituye una acomodación de los hechos probados al fallo de la Sentencia, pretende que, o bien se suprima el ordinal quinto por considerarlo predeterminante del fallo o se le de la redacción que propuso. Ni una ni otra alternativas ha de tener acogida pues, por más que el contenido del hecho cuestionado no es, a juicio de la Sala, constitutivo de predeterminación del fallo, tampoco deviene procedente acoger el texto que propugna la recurrente pues la prueba que invoca al respecto no pone de manifiesto equivocación de la Juez de instancia en la interpretación de lo actuado que justificase la revisión. En consecuencia, ha de permanecer inalterado el hecho probado quinto de la resolución impugnada.

SÉPTIMO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la parte actora, en el motivo sexto del recurso, que se modifique el hecho probado sexto del relato histórico a fin de que quede redactado como sigue:

"El racor se encontraba en perfectas condiciones, presentando señales de martillazos, realizados para ajustar y/o desajustar el mecanismo de anclaje. El calderín y resto de la maquinaria estaba legalizada por Industria, pero no homologadas, no precintando dicha Consellería ninguno de los elementos, que siguieron funcionando, aconsejando adoptar como medida de seguridad complementaria, la unión de las mangueras de aire comprimido a un hilo fijador de suficiente resistencia y por la empresa en lugar del hilo fijador instaló una guía de acero que sujeta toda la manguera a lo largo de su recorrido".

No ha de tener acogida la revisión que propone la demandante pues, como tiene declarado reiteradamente este Tribunal, la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, siendo así que, a tenor de reiterada jurisprudencia – Sentencias del Tribunal Supremo de 03.11.89; 21.05.90; entre otras – "el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara , ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b) Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas", lo que aplicado al caso que nos ocupa, habida cuenta de que la confesión del representante de la empresa y la testifical del director facultativo de la explotación no constituyen elementos de prueba hábiles para la revisión, determina el rechazo de las pretensiones de revisión interesadas por la parte actora en relación con el ordinal sexto de la resolución de instancia y la propia suerte desestimatoria ha de acompañar a la invocación que en el propio motivo sexto se hace a la nulidad de la Sentencia por una supuesta insuficiencia de hechos probados, siendo de recordar que sin que no es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el objetivo criterio del juzgador. En consecuencia, la redacción original del ordinal sexto ha de permanecer incólume.

OCTAVO.- En el motivo séptimo del recurso, todavía en el ámbito de la revisión fáctica, con el mismo amparo procesal antedicho, pretende la interpelante que se modifique el ordinal séptimo del relato histórico, proponiendo la siguiente redacción:

"La empresa demandada carecía del preceptivo plan de evaluación de riesgos, así como de delegado de prevención de riesgos".

Conviene no olvidar que la revisión de hechos, según reiterada Jurisprudencia de ociosa cita, exige, entre otras consideraciones que el hecho que se pretenda incorporar al relato fáctico, resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial que obre en autos, sin necesidad de conjeturas, disquisiciones o hipótesis por lógicas que resulten, siendo así que la documental que invoca la recurrente no deviene asaz para la modificación pretendida al no desprenderse lo pretendido por aquella de la manera inconcusa, directa y concreta que se exige, por lo que el hecho cuestionado ha de mantenerse en su redacción original.

NOVENO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, intenta la revisión del ordinal octavo y propone la siguiente redacción:

"La empresa "G.V., S.L.", en la fecha del accidente, tenía concertado con "M.I., S.A.", dos pólizas de seguros que cubren la contingencia de responsabilidad civil patronal, la póliza nº 096-9880222288, prima nº 84866495 cubre hasta la suma de 50.000.000 pesetas por siniestro y víctima y la póliza nº 096-9880222288, prima nº 84847430 que cubre 25.000.000 pesetas también por siniestro y victima".

Se remite a los folios 249, 250, 251 y 252, de los autos, siendo así que no se desprende de la prueba invocada la concurrencia de error que justificase la modificación por lo que ha de mantenerse incólume el hecho probado octavo de la resultancia fáctica de la resolución "a quo".

DÉCIMO.- En el motivo noveno del recurso, aún en el ámbito de la revisión fáctica, la parte actora solicita la modificación del hecho probado décimo de la resolución "a quo", con la pretensión de que se redacte como sigue:

"La Mutua A. abonó a doña C.M.A. las siguientes cantidades: 2.664.828 pesetas en concepto de indemnización a tanto alzado; 5.000 pesetas de auxilio por defunción y 5.500.000 pesetas por indemnización por convenio, estando pendiente de calcular el importe del capital coste de las prestaciones de viudedad y orfandad. La actora cobra como pensiones de viudedad y orfandad por sus tres hijos unas 290.000 pesetas mensuales".

Invocando los documentos de los folios "210, 241, 244, 248, etc", cabe expresar que los propios argumentos "ut supra" reseñados en orden al rechazo de las pretensiones de revisión por no evidenciarse error de la Juzgadora que justificase la modificación fáctica, así como, en relación con lo instado en el

motivo noveno que nos ocupa, la intrascendencia de la pretensión de revisión a efectos de la sustanciación del presente litigio, determinan que haya de permanecer inalterado el hecho probado décimo de la Sentencia de instancia.

UNDÉCIMO.- Ya en sede jurídica, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte actora, en el motivo décimo de su recurso, la infracción de las siguientes normas:

Artículos 9 y 24 de la Constitución Española. Artículos 1.101 y siguientes o en su caso 1.902 y siguientes, 1.214 y siguientes y 1.249 y siguientes del Código Civil. Artículos 20, 73 y siguientes y concordantes de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Artículos 4.2d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores. Artículos 14, 15, 16, 17, 19, 23 y 30 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre (Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Artículos 14, 19, 21, 31, 35 y 41 del Reglamento de Seguridad en las Máquinas (Real Decreto 1.495/1986 de 26 de mayo). Apartado 3º del Anexo de la Orden Ministerial de 16.4.1990 (BOE 30.4.1990). Real Decreto 7.3.1997. Artículo 4.3 del Real Decreto 1.215/1997, de 18 de julio (Seguridad de equipos de trabajo).

Aún permaneciendo inalterados, salvo en lo relativo a la modificación por adición operada en el hecho probado cuarto, los ordinales que constituyen el relato histórico de la resolución de instancia, llega la Sala a otras consideraciones distintas a las contempladas en la fundamentación jurídica de aquella, entendiendo que no se ha demostrado de modo incuestionable y determinante que la causa eficiente del suceso radicase, al menos de modo exclusivo, en la actuación del propio trabajador accidentado, siendo así que, por mas que el plan de evaluación d riesgos no estaba firmado ni sellado, aún en la consideración de que la maquinaria se encontrase en buenas condiciones para el desarrollo de la actividad laboral, ello no implica la ausencia de responsabilidad en la patronal demandada, sobre quien recae el deber de garantía de seguridad en relación con el trabajador a tenor de lo dispuesto en los artículos 14.1 y 19.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en la génesis del luctuoso evento al no haber extremado cuantas precauciones fuesen necesarias para prever y prevenir situaciones como la que le costó la vida al operario Sr. F.P., sin que pueda argüirse que lo acaecido no fuese susceptible de previsión ni que el hecho de que el calderín y resto de la maquinaria estuviese legalizada por Industria o incluso que no fuese precintado "a posteriori" ninguno de los elementos, pues, como asimismo se desprende de lo actuado, con posterioridad al trágico suceso, la empresa adoptó la medida de unir las mangueras de aire comprimido a un hilo fijador de suficiente resistencia en aras de evitar que se desprendiese la manguera mientras la máquina estuviese en funcionamiento esto es, con el calderín de aire en carga, y a tal consideración no es óbice el hecho de que alguno de los peritos que intervinieron en el proceso se refiriese a ello como una medida extraordinaria, pues el acaecimiento de sucesos como el que nos ocupa, aún que, afortunadamente no se produzcan de manera cotidiana, no constituyen hechos insólitos o de carácter excepcional, por mas que el propio hecho de que acaeciese el accidente demuestra que la diligencia empresarial no fue completa, siendo de recordar, al respecto, lo prevenido en el Reglamento de seguridad en las máquinas en orden al diseño, conservación y mantenimiento de las mismas para evitar daños a las personas por fugas o roturas, siendo así que aún admitiendo que el trabajador manipulase el racor, quizá por observar una pérdida de aire, no se ha demostrado que hubiese golpeado a martillazos el mecanismo de anclaje, y todo ello unido al hecho de que el trabajador, aún participando en las reuniones de la empresa acerca de la seguridad no ostentaba titulación concreta en materia de seguridad e higiene, circunstancia que, aún en la hipótesis de que ello implicase un conocimiento del manejo de la red de aire comprimido no determina que el fallecido operario hubiese recibido cursos de formación en relación con dicha actividad, deja patente la concurrencia de responsabilidad de la empresa en relación con el suceso que nos ocupa, debiendo tenerse presente lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, singularmente ex artículo 19 de dicha norma, sin olvidar que reiterada doctrina Jurisprudencial, Sentencias, entre otras de 02.10.00, 21.02.02 y 08.04.02, al establecer que sin alterar la línea Jurisprudencial relativa a la responsabilidad subjetiva y culpabilista que en orden a la compensación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de accidente de trabajo, la Jurisprudencia viene proclamando que el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen, como regla, derecho a su reparación, de manera que, ha de acogerse, en los términos y con el alcance a que nos referire-

mos, la pretensión indemnizatoria auspiciada por la parte actora.

DUODÉCIMO.- En lo que se refiere al capítulo de indemnizaciones, la Sala, aún partiendo de la innegable dificultad que representa la cuantificación dineraria en los casos, como el presente, en que no se trata del deterioro que se produzca en el acervo patrimonial de una persona, sino de compensar dinerariamente el perjuicio que se deriva del fallecimiento de un ser humano, llega a la consideración de que, en relación con las cantidades a abonar a la viuda e hijos del trabajador accidentado, tales conceptos han de fijarse, a tenor de las circunstancias concurrentes en el presente caso, en la suma de 60.101,21 Euros (10.000.000 pesetas para la viuda y 30.050,61 Euros (5.000.000 pesetas) para cada uno de los tres huérfanos, sin que proceda establecer cantidad alguna en concepto de indemnización en relación con los padres del fallecido operario, pues aún sin desconocer la inconmensurable aflicción que debió producirles la muerte de su hijo, no podemos soslayar que, como señala el inalterado hecho probado noveno de la resolución "a quo", el fallecido convivía con su esposa e hijos y no con sus progenitores, no desprendiéndose de lo actuado que estos últimos dependiesen de aquel para la satisfacción de sus habituales necesidades, lo que, en definitiva, determina que el total a indemnizar sea de 150.253,04 Euros (25.000.000 pesetas), sin que haya de acogerse lo solicitado en orden a los intereses por mora "ex artículo" 20 de la Ley de Contrato de Seguro, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución.

Por lo expuesto,

Fallamos

Estimando en parte el recurso de suplicación articulado por doña C.M.A., en nombre propio y en representación de sus hijos menores R., S. y M.; doña E.P.P.R. y don T.F.M., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de fecha 18 de febrero de 2000, en autos nº 751/99, sobre indemnización por daños y perjuicios, instados por la parte actora frente a la empresa "G.V., S.L." y "M.I., S.A.", revocamos la resolución de instancia y acogiendo parcialmente la demanda rectora del procedimiento, declaramos la existencia de culpa y negligencia en la actuación de la empresa "G.V., S.L." en relación con el accidente de trabajo sufrido por don T.F.P. el día 15.01.99, y condenamos solidariamente a las entidades codemandadas a que abonen, en concepto de indemnización por responsabilidad civil patronal y en reparación de los daños y perjuicios causados, las siguientes cantidades: a la viuda doña C.M.A., la suma de 60.101,21 Euros (10.000.000 pesetas) y 30.050,61 Euros (5.000.000 pesetas) para cada uno de los tres huérfanos, R., S. y M.F.M., lo que hace un total de 150.253,04 Euros (25.000.000 pesetas).

3676 Recurso núm. 3.516/03

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO A CONSECUENCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE DO TRABALLADOR, QUE NON CONSTITÚE REPRESALIA DECRETADA POLO SINDICATO EMPREGADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintiuno de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.516/03 interpuesto por don M.C.B.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.C.B.C. en reclamación de Despido siendo demandado C.I.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 114/03 sentencia con fecha seis de mayo de dos mil tres 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 M.C.B.C., con D.N.I. ..., ha venido prestando servicios para la demandada Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) desde el 1 de

enero de 1989, con la categoría profesional de liberado B y un salario mensual, con prorrateo de las pagas extras de 1.092,84 euros. El demandante, además, ostenta el cargo de miembro de la Ejecutiva nacional de la Federación del Mar de la CIG, desde que fuera elegido el 9 de mayo de 1998 en el I congreso de dicha Federación.- SEGUNDO.- El 17 de febrero de 2003 el demandante recibió carta de la demandada del siguiente tenor literal: Compañero: Teniéndose recibido notificación de sentencia recaída en el recurso 695/00-S, seguida sobre invalidez, en que se confirma su declaración en situación de Incapacidad Permanente para la actividad en este sindicato, por medio de esta comunicación, ponemos en tu conocimiento que, con efectos del día 31.10.03, procedemos a tramitar tu baja en la Seguridad Social y tu cese como empleado de esta organización. Le agradecemos los servicios que nos prestó en estos años y le recordamos así mismo que tiene a tu disposición en el local de la CIG en Pontevedra la correspondiente liquidación.- TERCERO.- El demandante había solicitad las prestaciones de incapacidad permanente total y su demanda fue resuelta por sentencia de fecha 2 de diciembre de 1999 del Juzgado de lo Social 2 de Pontevedra que lo declaró en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de marinero. Interpuesto recurso de suplicación contra esta sentencia por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de fecha 18 de enero de 2003, desestimó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia de instancia. Dicha Resolución contiene en sus fundamentos jurídicos lo siguiente: "SEGUNDO.- La revisión de hechos pretendida se ciñe solamente a que se modifique en el hecho probado primero la profesión del actor, cambiando la de "marinero" que declara la sentencia, por la profesión de "empleado de sindicato". Modificación que no se acoge por resultar intrascendente para la decisión del litigio, como luego se razonará, además de no existir propiamente la profesión indicada de empleado de sindicato.- TERCERO.- …Pues bien, este cuado de padecimientos con intendencia de la profesión del actor, es tributario de Invalidez Permanente total, en efecto, el demandante padece una hipoacusia bilateral irreversible, que equivale a una sordera absoluta, y esta dolencia, por sí sola es considerada por el art. 38.f) del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, que, aun derogado, es de aplicación habitual con un criterio orientativo por los Juzgados y tribunales del orden social, como constitutiva de Invalidez Permanente total. Y si en el presente caso el actor padece además: vértigos periféricos, migrañas, hiperlipemia, síndrome de la silla turca vacía, no ofrece duda que el conjunto de dolencias comporta un menoscabo funcional significativo que inhabilita bien para trabajar como marinero, o bien para trabajar a las órdenes de un Sindicato, en la actividad que éste le encomiende, y muy singularmente si es la que se describe en el certificado que emite el Sindicato CIGA, que obra al folio 43 de las actuaciones. En consecuencia, la Sala valorando el cuadro de las dolencias anteriormente descrito, considera que el mismo implica limitación para todas o las fundamentales tareas de la indicada profesión, por lo que procede la desestimación del recurso del I.N.S.S. y, consiguientemente, la confirmación del fallo que se combate".- CUARTO.- El demandante había aportado a los autos 888/98 en los cuales se dictaron las resoluciones antes señaladas una certificación de la C.I.G. de 4 de septiembre de 1998, relativa a los cometidos laborales asignados dentro de la estructura de la Confederación en su condición de "liberado" en la Federación del Mar. De acuerdo con esta certificación el demandante ostenta "el cargo de Secretario Comarcal de la CIG-Mar en la comarca de Pontevedra, lo que incluye la prestación de servicios en exclusiva para la Federación del Mar de la Confederación, desempeñando su trabajo diario en los puertos de Marín, Pontevedra, Vigo, Cangas y desplazándose, cuando así lo requiere su actividad sindical, a otros puertos de la geografía gallega. Los concretos cometidos a llevar a cabo consisten en la realización de contactos a bordo de los buques y en puerto con el personal perteneciente a tal sector de la actividad, debiendo para ello acceder a los buques. Está así mismo encargado de la comprobación a bordo de los barcos de las condiciones laborales en que se desempeña el trabajo del mar. De igual modo la labor de asesoramiento que le corresponde en su cualidad de Secretario de la Federación debe llevarla a cabo organizando asambleas a bordo de los buques. Además de estas tareas, que tiene el carácter de esenciales en su trabajo, debe también gestionar delante de los diferentes Organismos públicos, relacionados con el trabajo del mar, todas aquellas cuestiones que pudieran suscitarse en el ámbito de sus competencias, exclusivamente desde el punto de vista sindical, ya que el trabajo relativo al campo legal o administrativo está reservado a otras personas de la Organización sindical. Otra tarea incluida en el cometido habitual del compañero interesado y el

control de proceso electora sindical, en los referente a los contactos directos a mantener con los marineros, que se llevan a cabo a bordo de los buque y en los puertos que visita, y en el seguimiento de todo el proceso electoral sindical en cada barco dentro de su ámbito territorial. Como quiera que después de la reforma legal en el año 1994 el proceso de elecciones sindicales se turnó permanente, esta actividad pode prestarse de hecho continuado y constituye, para él, un cometido permanente.- QUINTO.- Con motivo del despido de un compañero del sindicato don E.P., el demandante manifestó reiteradamente su desacuerdo contra esta decisión ante los órganos de decisión de la CIG y compareció como testigo a propuesta del demandante en el juicio (autos 412/2002 del Juzgado de lo Social 3 de Pontevedra) por despido celebrado el 23 de octubre de 2002. En junio de 2002 había presentado un escrito ante el Secretario Comarcal de Organización de la CIG, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido ponía de relieve sus discrepancias con la actuación del sindicato en este punto.- SEXTO.- El 28 de mayo de 2002 el demandante presentó recurso contra la convocatoria de la Asamblea General de Afiliados de la CIG para el nombramiento de un nuevo Secretario comarcal de CIG-Mar. Consta la desestimación de su recurso no presentó impugnación alguna. No hay constancia de que se le notificara la desestimación del recurso. La Dirección nacional de CIG-Mar acordó la sustitución del demandante como responsable de finanzas de la Federación de CIG-Mar el 28 de junio de 2002, y así fue notificado al interesado. En la misma reunión se acordó rescatar la documentación financiera de la Federación en su poder, dada su nula colaboración, con el fin de realizar un informe financiero sobre la situación global de la Federación y se le retira la firma de la cuenta debido a su falta de compromiso con la Federación. Se le requirió para que hiciera entrega de la documentación contable que tenía en su poder, pero el demandante no lo verificó. El 5 de septiembre de 2002 el demandante presentó denuncia en la que hacia constar que los cajones de su mesa de trabajo en la oficina de la CIG habían sido forzados y que de su interior faltaban el libro de cuentas, el talonario de cheques y otra documentación. En virtud de esta denuncia el Juzgado de Instrucción 2 de Marín incoó Diligencias previas 716/2002 y por auto de fecha 20 de enero de 2003 acordó su sobreseimiento provisional por no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito que dio lugar a la formación de la causa, ya que se constató que quien había cobrado los cheques era otro miembro de la Ejecutiva con autorización para ello.- SEPTIMO.- El demandante ha permanecido en situación de IT desde el 20 de febrero de 2002 por "migrañas y síndrome vertiginoso" hasta, la fecha de celebración de este juicio. El demandante había permanecido en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de marinero percibiendo las correspondientes prestaciones desde el 1 de diciembre de 1993 hasta el 23 de enero de 1997 en un proceso de incapacidad previo al que dio origen a la sentencia de fecha 18 de enero de 2003.- OCTAVO.- Se intentó sin efecto la preceptiva conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por don M.C.B.C. contra la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA".

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 sobre declaración de nulidad del despido, o subsidiariamente improcedente, absolviendo al Sindicato demandado "CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA". Este resolución es impugnada por el trabajador demandante, al objeto de que se revoque la sentencia de instancia, se estime la pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, se declare la nulidad del despido y se condene al Sindicato demandado CIG, a readmitirle en su puesto y condiciones de trabajo, y subsidiariamente, se declare la improcedencia del cese y se condene al mencionado Sindicato a que a su elección readmita al trabajador en su puesto y condiciones de trabajo, o lo indemnice en legal forma, con abono de los salarios dejados de percibir, invocando al efecto por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos declarados probados y el examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- A la modificación de hechos probados la parte recurrente dedica el primer motivo del recurso, dividido en seis apartados, interesando la revisión de los hechos probados 1º, 3º, 5º, 6º, 7º del relato fáctico, así como la adición de un hecho probado nuevo, todo ello con el contenido siguiente:

*Respecto del hecho probado primero, se interesa que se adicione al mismo el texto siguiente: "El demandante, además ostenta el cargo de miembro de la Ejecutiva Nacional de la Federación del Mar de la CIG, desde que fuera elegido el 9 de mayo de 1998 en el 1er. Congreso de dicha Federación", "si bien fue desposeído de toda responsabilidad en la Ejecutiva Nacional de CIG-Mar el 28 de junio del año 2002, destitución que se produce después de haber dirigido un escrito el 6 de junio del año 2002, al Secretario Nacional de Organización de la CIG, en las que el demandante hacía constar sus discrepancias con el despido del trabajador del sindicato don E.P., y cuyo tenor literal se transcribe en nota al pie de pagina"..

*En cuanto al hecho probado tercero, se solicita su sustitución por otro, ofreciendo el siguiente texto alternativo: "El demandante, comenzó a prestar servicios para el Sindicato Confederación Galega (CIG) el 01.01.89, en un principio como liberado, siendo contratado laboralmente el 02.08.93 (documentos obrantes a los folios 67 a 69 de los autos). Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de la ciudad de Vigo, de fecha 22 de Diciembre de 1993, es declarado en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual de marinero, a consecuencia de padecer: Hipoacusia bilateral moderada, pérdida de audición en el oído derecho del 20% y del 25% en el oído izquierdo. Cefalea fronto parietal pulsátil y migrañas. Síndrome de silla turca vacía (folios 289 y siguientes de los autos en que figura dicha sentencia), con efectos del 11 de septiembre de 1993 (folio 319 de los autos en el que figura Testimoniado dictamen propuesta del E.V.I. de fecha 11.09.93), comenzando en consecuencia, a percibir la pensión de invalidez permanente total para su profesión habitual de marinero unos días después de haber sido contratado laboralmente, compatibilizando desde entonces dicha percepción, con el sueldo que le pagaba el sindicato, y sigue percibiendo la mencionada pensión hasta el 23 de enero de 1997, fecha en que es revocada la mencionad sentencia, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (folio 294 de autos). Y vuelve a percibirla al ser declarado de nuevo en situación de invalidez permanente total, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra de fecha 2 de diciembre de 1999, que lo declara en situación de invalidez permanente total para su profesión de marinero, dicha sentencia tiene efectos económicos desde el 21.07.98, fecha del dictamen propuesta del E.V.I. que obra testimoniada al folio 312 de los autos), a consecuencia de un cuadro muy similar al que padecía cuando fue declarado por primera vez en situación de invalidez permanente total, pues presenta, Migrañas. Síndrome de silla turca vacía. Tiroiditis de Hasimoto. E. hipoacusia bilateral irreversible, siendo la única agravación, el que actualmente también padece vértigos, aunque sin precisar su frecuencia lo que le resta importancia, y que su hipoacusia ha aumentado algo, pues en el 2º expediente es del 50% en el oído Derecho y 41% en el oído izquierdo, según figura en informe del Dr. L.B. (obrante al folio 93 de los autos), pero le permite un correcto nivel conversacional".

*Por lo que respecta al hecho probado quinto, se pretende que quede redactado con el contenido siguiente: "El 06.06.02 el demandante, había presentado un escrito ante el Secretario Comarcal de Organización de la CIG, en el que se hacía alusión a otro escrito presentado por E.P., el 7 de mayo de dicho año, pidiendo aclaraciones por lo acontecido con los expedientes penales que tenía abiertos a raíz de la huelga de la Unión. Escrito que el demandante tuvo que pedir al Secretario Comarcal le firmara y leyera en la reunión, y haciendo referencia a hechos sucedidos con anterioridad al 06.06.02".

*Respecto del hecho probado sexto, se pide su sustitución por otro proponiendo el texto siguiente: "El 28 de mayo de 2002, el demandante presentó recurso contra la convocatoria de la Asamblea General de Afiliados de la CIG para el nombramiento de un nuevo Secretario Comarcal de CIG-Mar, no siéndole notificada la desestimación de dicho recurso, motivo por el que al no conocer tal decisión no pudo impugnarla, ni defenderse de lo contenido en la misma". Además también se interesa que se añada al mismo "Fue cesado en el cargo de Secretario Comarcal de CIG-Mar,el 24 de mayo de 2002, según Acta de elección e la Ejecutiva Comarcal, y sustituido en el cargo de Secretario Comarcal de CIG-Mar de Pontevedra-Marín, por don X.S.R.P.".. Y también solici-

ta que se declare probado en este hecho que "El demandante recurre la convocatoria de la Asamblea General de Afiliados para el nombramiento de nuevo Secretario comarcal, no cuando se convoca, porque no le es notificada, sino cuando se entera que en dicha reunión ha sido cesado y nombrada otra persona para su puesto de Secretario Comarcal de CIG-Mar. De ahí que su cese se produzca en reunión de 24 de mayo de 2002, y la impugnación de la convocatoria sea de fecha posterior, esto es de fecha 28 de mayo de 2002".

*En cuanto al hecho probado séptimo, se interesa que el primer párrafo se complete y quede redactado de la siguiente forma: "El demandante ha permanecido en situación de IT desde el 20 de febrero de 2002 produciéndose en un principio la baja por "migrañas y síndrome vertiginoso", si bien actualmente, desde julio de 2002, está siendo valorado periódicamente por el Servicio de Psiquiatría, al presentar síndrome depresivo con elevada ansiedad, indicando en su último informe (El Psiquiatra)…" por presentar permanentes conflictos de carácter sindical (en su caso laboral), sentirse decepcionado y actualmente marginado pro denuncia ·"irregularidades" en su sector, al mantenerse la tensión se mantiene la ansiedad".

*Finalmente, la parte actora recurrente pretende que se añada al relato fáctico un nuevo hecho probado del tenor literal siguiente: "Cuando se dictó y notificó la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra, de fecha 2 de diciembre de 1999, que lo declaró en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual de marinero, siguió prestando servicios para el sindicato pese a tal declaración, como ya había hechos antes, prácticamente todo el tiempo que duró la relación laboral, hasta caer de baja el 02.02.02, percibiendo además de la pensión, los salarios correspondientes a su trabajo en el sindicato".

Ninguna de las modificaciones resulta acogible por las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque según afirma la juzgadora de instancia en el Primer Fundamento de la Sentencia, los hechos que se declaran probados, se derivan de la prueba practicada en juicio, documental, interrogatorio de las partes y testifical, consiguientemente, la prueba documental en que se apoya la revisión ya ha sido valorada por la Magistrado de instancia, y no se puede sustituir su objetivo e imparcial criterio, por la subjetiva versión de la parte recurrente. Además, y con relación a la primera de las revisiones, si bien es cierto que el actor fue desposeído de toda responsabilidad en la Ejecutiva Nacional de CIG-Mar el 28 de junio de 2002, así consta al folio 134 de los autos, el actor pretende que se declare probado que dicha destitución se produce en represalia por haber dirigido un escrito el 6 de junio de 2002, sobre discrepancias con el despido de un trabajador, cuando ello no consta acreditado, tratándose de una valoración que hace la parte recurrente. En el escrito de destitución se dice que ello obedeció "al descontrol y desconocimiento absoluto (por el actor) de la situación económico-financiera de la Federación" por no acudir a las reuniones de la CIG-Mar.

En cuanto a la modificación del hecho tercero, referido a los procesos de invalidez anteriores, carecen de trascendencia para la decisión del litigio, pues cuales sean las dolencias del actor constitutivas de la Invalidez reconocida, es un dato irrelevante a los fines discutidos en el presente proceso sobre despido

Respecto de la modificación del hecho probado quinto, la misma se apoya en un documento elaborado por el propio actor (folio 96 de las actuaciones), que carece de eficacia a efectos revisores, del cual extrae una serie de consideraciones, que no son más que valoraciones subjetivas, sin que conste acreditado ningún tipo de represalia por su elaboración.

Y lo mismo cabe decir de la revisión del hecho sexto, el actor también considera que la impugnación de convocatorias del Sindicato, producidas varios meses antes del cese, actuaron como detonante del mismo, pero tampoco consta acreditado este dato, sino que ni en ese momento, ni cuando fue destituido de sus responsabilidades en la Ejecutiva Nacional de la CIG-Mar, el actor no ejercitó reclamación alguna ante lo que él entendía que era algún tipo de represalia personal.

Respecto de la revisión del hecho probado séptimo, el recurrente pretende hacer constar que las situaciones de Incapacidad Temporal que causó, fueron por permanentes conflictos de carácter sindical; la revisión de este ordinal tampoco se acoge, de los informes médicos en que se sustenta la revisión, (no ratificados en juicio) se desprende que se trata de manifestaciones del interesado a los facultativos, afirmando sentirse decepcionado y marginado por denunciar irregularidades, pero

no apreciación objetiva de los especialistas que lo tratan.

Finalmente, en cuanto a la adición al relato fáctico de un nuevo hecho, referido a su situación de actividad en el Sindicato después de la declaración de Invalidez por el Juzgado de lo Social, se trata de un hecho que el Sindicato al impugnar el recurso no niega, pero carece de trascendencia para alterar el signo del fallo. Se trataba de una declaración de Invalidez que no era firme, y el Sindicato esperó a la resolución del recurso por esta Sala para tomar la decisión de cese.

TERCERO.- El segundo de los motivos del recurso la parte actora lo dedica al examen del derecho, y con cita del cauce procesal de amparo correspondiente, denuncia infracción del apartado 5 del artículo 55 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 27 de marzo, así como de la doctrina contenida en diversas Sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia (que no se citan por no constituir jurisprudencia), argumentando, en esencia, que se está ante un despido discriminatorio que atenta contra los derechos fundamentales, y la denominada "Garantía de Indemnidad" del trabajador, señalando que desde principios del año 2002 comenzó a mantener discrepancias con el Sindicato, tanto a nivel de Secretario Comarcal de la Federación de CIG-Mar en Pontevedra, como a nivel de la Federación Nacional de CIG-Mar, en la que figuraba como "responsable de finanzas", y que el despido obedece a una represalia por oponerse al pago de cantidades no justificadas y excesivas, y no estar conforme con la actuación de los responsables mayoritarios del Sindicato Comarcal, en relación con el despido del trabajador de la CIG, E.P.D., y por haber comparecido con posterioridad, como testigo de dicho trabajador en el proceso de despido. Así como también, por haber denunciado la violación y descerrajamiento del cajón de su mesa en el Sindicato, y sustracción de los documentos en ella existentes. Por ello, concluye, que alegar como causa del despido la situación de invalidez permanente total para su profesión de marinero, parece un fraude de ley y abuso de derecho.

Partiendo de los inalterados hechos declarados probados, el recurso del actor no puede tener favorable acogida, pues conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993 de 18 de enero), cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, debe aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, en cuyo caso incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (STC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia... La decisión empresarial será así válida 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.

Y en el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se evidencia que el cese del actor no fue debido a ningún tipo de represalia, sino que la causa del cese fue la declaración de invalidez permanente total, una vez que dicha declaración fue ratificada por Sentencia de esta Sala de fecha 18 de enero de 2003. El demandante trata de enlazar su cese, con una serie de conductas o actuaciones que, a su juicio, fueron determinantes para la extinción de la relación laboral, señalando que todo obedece a las malas relaciones con el Sindicato empleador, que datan desde el inicio del año 2002. Sin embargo, para la Sala no consta debidamente acreditada ninguna conducta empresarial lesiva del derecho fundamental invocado, sino todo lo contrario, en este caso el Sindicato empleador acreditó que las causas del cese, no obedecieron a una represalia por el ejercicio de acciones judiciales, o por haber efectuado reclamaciones o actuado como testigo en el juicio de un compañero despedido –actuaciones todas muy anteriores en el tiempo al cese del actor- sino que resultaron probados otros motivos, concretamente que el cese fue debido a la declaración de invalidez permanente total, por tanto, existió una causa cierta y real del cese, que no fue creada ficticia y artificiosamente por la empleadora, en este caso el Sindicato demandado, el cual, de existir esas hipotéticas discrepancias, siempre mantuvo como liberado-B al actor, incluso

después de haber sido declarado en situación de Invalidez por el Juzgado de lo Social. La conclusión, por tanto, ha de ser la desestimación del motivo y la inexistencia de despido del actor, sino extinción de la relación laboral por la causa prevista en el artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- El actor formula una petición subsidiaria, de declaración de improcedencia del despido, pero tan solo denuncia la infracción normativa propia de la nulidad (artículo 55.5 del ET), y ante esa pretensión subsidiaria, también tenía que haber denunciado infracción del artículo 55.4 del ET. En cualquier caso, tampoco cabe apreciar la concurrencia de motivo alguno para la declaración de improcedencia del cese, toda vez que el artículo 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores establece que el contrato de trabajo se extingue, entre otras causas, por la invalidez permanente total del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2, resultando evidente que en el presente caso la extinción del vínculo laboral no se originó por decisión unilateral y arbitraria del empresario, el Sindicato empleador, sino por un motivo previsto de forma expresa en la Ley del Estatuto de los Trabajadores para que se produzca el efecto extintivo, tratándose de una extinción válida y eficaz de la relación de trabajo.

En relación con el supuesto de autos el Tribunal Supremo tiene declarado (STS 18 de diciembre de 1989, RJ 1989/9.039) que: « La invalidez permanente total, en cuanto que determina la inhabilitación del trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas que compongan el núcleo funcional de su profesión habitual –art. 137-4 de la Ley General de la Seguridad Social–, se erige por la ley en causa extintiva del vínculo laboral, facultando por tanto, a la empresa para así decidirlo (art. 49.1.e. del Estatuto de los Trabajadores), sin que el hecho de que la indicada situación permita a quien la padece ejercer otra profesión u oficio, para el que no sean precisas las aptitudes perdidas, desvirtúe lo expuesto, pues tal posibilidad no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de otras características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere…", cosa que no ocurre en el caso de autos. Esta doctrina jurisprudencial, supone un evidente rechazo a cuanto se afirma en el recurso sobre el estado invalidante del actor y la posibilidad de continuar desempañando su trabajo en el Sindicato, otorgando clara apoyatura a la decisión adoptada por el Sindicato demandado, por todo ello procede rechazar la censura jurídica dirigida contra la sentencia impugnada y dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. Por lo expuesto,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don M.C.B.C., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Pontevedra, de fecha seis de mayo de dos mil tres, en proceso promovido por el citado recurrente, frente a la empleadora demandada "CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA." (CIG), sobre reclamación por despido, sentencia que se confirma íntegramente.

3677 Recurso núm. 2.172/03

S.S. PROCEDENCIA DA ACCIÓN RESCISORIA DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO CONTRACTUAL GRAVE DO EMPRESARIO, XUSTIFICADOR DA EXTINCIÓN DA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE REPRESENTANTE DE COMERCIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veintidós de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.172/03 interpuesto por don J.J.S.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 961/02 se presentó demanda por don J.J.S.P. en reclamación de Rescisión de Contrato siendo demandado "A.I.Q.F., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 31 de enero de 2003 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante don J.J.S.P., mayor de edad y con D.N.I. número …, viene prestando servicios para la empresa "A.I.Q.F., S.A.", con la categoría profesional de representante comercial, habiendo suscrito un primer contrato de comisión mercantil el 08.01.92, y un segundo contrato de naturaleza laboral especial con fecha 01.04.93. 2.- Solicita el actor la rescisión de su contrato en base a: no permitírsele vender el producto G., no abonarle desde el mes de mayo los gastos en cuantía de 240 euros mensuales, obligación de cumplir una política de ventas que afecta tanto a la imagen de la empresa, como al estado de salud del trabajador, deteriorando tanto su moral como su estado psíquico. 3.- La política de ventas de la empresa consiste en entrega de contraprestaciones a los facultativos, a cambio del compromiso de recetar, y por recetar productos de la firma, especificándose en diversas circulares cual ha de ser la forma de actuación, averiguando los intereses, entretenimientos y necesidades personales de los facultativos, etc. Damos aquí por reproducido el contenido de dichas circulares de los años 2000 y 2001 obrantes a los folios 62 a 78 de los autos. 4.- El actor en la actualidad tiene 65 años, estando al parecer en situación de I.T. desde el 01.10.02. Se encuentra a tratamiento con P. desde julio de 2002. Con fecha 14.05.02 remita carta a la empresa, proponiendo llegar a un acuerdo para la extinción del contrato a medio de un despido improcedente, que debería tener lugar en junio o julio, fechas en las que menos trastornos se le causarían. 5.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 28.11.02, la misma tuvo lugar en fecha 10.12.02 con el resultado de sin efecto, presentando demanda el actor el día 24.12.02. 6.- El actor percibió en el año 2002 la suma de 3.824.55 euros, y en el año 2001 una suma mensual de 240,40 euros mensuales fijos y 5.009,58 euros en concepto de comisiones.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.J.S.P. contra la empresa "A.I.Q.F., S.A.", se absuelve 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sentencia de instancia, desestimando la demanda interpuesta por don J.J.S.P. frente a la empresa "A.I.Q.F., S.A.", absolvió a la referida mercantil de las pretensiones en su contra deducidas.

La parte actora se alza en suplicación frente a dicha resolución articulando su recurso en base a cuatro motivos, los tres primeros, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, dedicados a la solicitud de revisión del relato histórico de aquella y el último, con apoyo en el apartado c) del mismo precepto de la Ley Procesal Laboral, para interesar el examen de las infracciones de la normativa y de la Jurisprudencia.

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso, pretende la parte actora que se modifique el ordinal tercero a fin de que se adicione al texto original del mismo el párrafo siguiente: "La revista I. de 16 de diciembre de 2001, páginas 10 a 14, publicó un artículo referido a la práctica y política de ventas de la empresa demandada, en los términos en que la misma aparecen y que se dan por reproducidos".

Invoca en pro de sus intereses de revisión, el ejemplar de la mencionada revista "Interviú" que se halla incorporado a autos en el folio 54 y siguientes. Al efecto, conviene tener presente que, como reiteradamente ha venido manteniendo la doctrina Jurisprudencial, de ociosa cita, "..en recta aplicación de lo prevenido por el invocado apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, cualquier modificación o alteración en el relato de hechos consignados como acreditados por el juzgador "a quo" no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en los autos, patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a argumentaciones lógicas, naturales o razonables el error de aquel juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba - aportados a los autos, le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones directas de parte interesada..", siendo así que el artículo periodístico que se plasma en el

ejemplar de la revista, obrante en autos, al que se remite la parte actora, no constituye documento idóneo a tal efecto, siendo de tener en cuenta, que, en su caso, requería una ratificación que hubiese constituido la prueba testifical inaccesible a la vía de suplicación; en tal sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia País Vasco de 18.6.02.

En consecuencia, ha de permanecer inalterado el hecho probado tercero de la resolución impugnada, debiendo rechazarse la pretensión de revisión auspiciada por la parte actora en el motivo primero de su recurso.

TERCERO.- Constituyendo el motivo segundo, insta la parte actora en el recurso de suplicación que nos ocupa, la adición al relato histórico de un nuevo ordinal, que sería el séptimo, del siguiente tenor literal: "Las ventas del actor, Provincia de Pontevedra, fueron en aumento desde el año 1997 a 1999 (71.484,38 €), descendiendo en el año 2000 a 58.530, 41, en el 2001 a 43.836,69 y en 2002 a 36.675".

Se apoya la parte demandante, en el documento del folio 97, integrado en el ramo de prueba de la empresa, siendo así que, erigiéndose en elemento de prueba hábil a efectos de la revisión fáctica, deviene procedente acceder a lo solicitado y en consecuencia, ha de añadirse a los hechos probados de la resolución de instancia un nuevo hecho, el séptimo, con la redacción antes referida.

CUARTO.- Aún en el ámbito de la revisión de hechos, con amparo procesal correcto, pretende la incorporación al relato fáctico de un ordinal octavo con el siguiente tenor: "El 29 de agosto de 2002, el actor envió requerimiento notarial a la empresa, foliado en autos con el número 60, cuyo contenido se da por reproducido".

Hace referencia la parte actora a que es hecho alegado en el número 3º del cuarto de la demanda, siendo así que obrando en autos, al folio 60, dicho documento, ha de accederse a la pretensión de la parte demandante incorporando un nuevo ordinal, octavo, al relato de hechos probados de la resolución de instancia con el tenor literal reseñado en el apartado anterior de este propio fundamento jurídico.

QUINTO.- En sede jurídica, la parte actora interesa, en el motivo cuarto de su recurso, el examen de la normativa aplicada en la resolución de instancia, denunciando la infracción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 15 y 18.1 de la Constitución Española y artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores.

Conviene recordar que, en esencia, son tres los motivos de incumplimiento grave invocados por la parte actora, en primer lugar, que la empresa no le proporcionó los elementos necesarios para la promoción del producto "G."; asimismo, que no se le abonaron gastos desde el mes de mayo de 2002 y, en tercer lugar, que la política de ventas impuesta por la empresa redundó en el deterioro de la imagen de la misma y por consiguiente de su representante ante los profesionales, ocasionando un padecimiento moral y psicológico del actor, con daño en su salud, y descenso notable en la venta de productos en la provincia y por tanto, en las comisiones del actor, al mandarle y exigirle una conducta prohibida y castigada por la Ley.

SEXTO.- En lo atinente a la primera de las "causas" que invoca el demandante, cabe expresar que no se desprende de lo actuado que la empresa haya incidido, en relación con tal aspecto, en incumplimiento de sus obligaciones para con el actor, siendo así que no se ha puesto de manifiesto que la mercantil interpelada dejase de poner a disposición de aquel ni ha quedado constancia de una negativa de la empresa a la entrega de los elementos necesarios para la comercialización de dicho producto por parte del demandante, sino que, como se desprende de un análisis complementario e integrador de las actuaciones llevadas a cabo en autos, el demandante reconoce que nunca se le impidió vender un producto y que pese a habérsele comunicado la celebración de una convención para la presentación de dicha producto, no asistió a la misma, por lo que cabe aseverar que no se ha acreditado el incumplimiento empresarial a que alude el actor en el apartado primero del motivo cuarto del recurso.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere al pretendido incumplimiento derivado, según el actor, de la falta de abono de los gastos desde el mes de mayo de 2002, cabe considerar que no ha logrado el demandante, desvirtuar lo aseverado por la Juzgadora de instancia en el fundamento jurídico primero, párrafo segundo "in fine", al establecer que la última documentación que el actor presentó es la de mayo de 2002 "no acreditando que con posterioridad remitiera parte alguno para que dichos gastos fuesen abonados", siendo de reseñar, a mayor

abundamiento, que la cláusula novena del contrato de 1 de abril de 1993, relativa a la contraprestación remunerativa al desarrollo de la actividad contratada, hace referencia a determinadas comisiones y a "los gastos de gasolina y comida que justifique (el actor) por el desarrollo de su trabajo", y que el apartado a) del artículo 7 del Real Decreto 1.438/85, hace mención a que la compensación de los gastos de desplazamiento, lo que, obviamente, requiere la justificación de los mismos, de manera que, en atención a lo expuesto, no deviene acreditado el incumplimiento a que se refiere el actor en el apartado segundo del motivo cuarto de su recurso.

OCTAVO.- Entrando a resolver en lo atinente a la causa de incumplimiento referida en el apartado tercero del propio motivo cuarto del recurso, hemos de tener presente que el inalterado, por incombatido, ordinal tercero de la resolución impugnada determina, entre otras consideraciones, que: "La política de ventas de la empresa consiste en entrega de contraprestaciones a los facultativos, a cambio del compromiso de recetar, y por recetar productos de la firma, especificándose en diversas circulares cual ha de ser la forma de actuación, averiguando los intereses, entretenimientos y necesidades personales de los facultativos, etc", en tanto que el fundamento jurídico primero, párrafo tercero, hace hincapié en tal comportamiento empresarial, aseverando que, "al menos desde el año 2000 dicha política de venta consiste en hacer regalos concretos o cheques gasolina, cheques de grandes almacenes, etc a los facultativos que se comprometan a recetar productos de la firma y a aquellos que efectivamente los hubiesen recetado", para, a continuación, dejar sentado lo que previene el artículo 7 de la Ley 25/1990, del Medicamento, al prohibir el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios por parte de quién tenga intereses directos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración o a sus parientes o personas de convivencia", y ello, puesto en concordancia con lo que se estipuló en el apartado segundo del contrato suscrito entre partes con fecha 1 de abril de 1993, al referir que "el objeto de este contrato será la gestión de mediación, personal y directa por parte del representante don J.J.S.P., que actuando como Informador Técnico Sanitario, promocione dentro de las normas dictadas al efecto por el Ministerio de Sanidad y Consumo, los productos y artículos que la Empresa ponga a su disposición...", determina y pone de relieve la concurrencia, en el presente caso, de una situación de incumplimiento grave de sus obligaciones por parte de la empresa, lo que deviene incardinable en el ámbito del artículo 50.1.c) y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sin que a ello sea óbice la edad del trabajador, no constando que el trabajador mostrase su expresa aceptación a la situación generada por la referida política de ventas, habiendo intentado llegar a acuerdos para la extinción del contrato en mayo de 2002 y requiriendo fehacientemente a la empresa en los términos a que se contrae el documento obrante al folio 60, incorporado a los autos por mor de la modificación operada en el relato histórico de la resolución de instancia "ut supra" reseñado, de manera que la Sala considera que, aún cuando las circunstancias en que se vino desarrollando el trabajo del demandante por consecuencia de la referida política de ventas, además de constituir un grave incumplimiento de las obligaciones de la mercantil empleadora, pudiera haber producido desazón y desincentivación en el animo de aquel, no parece que lo fuese en términos y con alcance tales que conculcase derechos fundamentales del demandante ni incidiese directamente en el descenso del volumen de ventas, ni que el tratamiento médico a que el actor se sometió desde julio de 2002 se derivase de tales circunstancias laborales, por todo lo cual, deviene procedente acceder a la solicitud de que se declare extinguida la relación laboral entre las partes, con la consiguiente condena de la empresa al abono de una indemnización de 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 en el presente supuesto se determina en la suma de 9.741,75 Euros (1.620.891 pesetas) s.e.u.o, tomando como salario mensual del actor el de 628,50 Euros mensuales, reseñado por el propio demandante en la demanda ratificada en el acto de juicio que no ha sido desvirtuado por la empresa demandada y deviene procedente a tenor de lo actuado en el presente procedimiento, siendo el "dies a quo" el de suscripción del contrato de naturaleza laboral especial de 1.4.1993, sin que sea procedente fijar indemnización por otros conceptos reclamados, asimismo, en el suplico de la demanda, en atención a lo hasta ahora expuesto y al no resultar demostrada la concurrencia de una situación de vulneración de derechos fundamentales que justificase aquella. En consecuencia,

Fallamos

Estimando en parte el recurso de suplicación articulado por don J.J.S.P. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de fecha 31 de enero de 2003, en autos nº 961/02, sobre rescisión de contrato, instado por aquel frente a la empresa "A.I.Q.F., S.A.", acogemos, asimismo en parte, la demanda rectora del procedimiento y declaramos extinguida la relación laboral entre las partes y condenamos a la empresa demandada al abono de una indemnización de 9.741,75 Euros, s.e.u.o, absolviendo a la parte demandada de las demás pretensiones en su contra esgrimidas.

3678 Recurso núm. 4.806/00

S.S. PROCEDEMENTO LABORAL. NULIDADE DE ACTUACIÓNS: NON PROCEDE. INEXISTENCIA DE COUSA XULGADA MATERIAL: DISTINTA CAUSA DE PEDIR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintitrés de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4806/00, interpuesto por don M.F.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.F.M. en reclamación de SALARIOS, siendo demandado "B.G., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 164/00 sentencia con fecha 29 de mayo de 2000, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don M.F.M. viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada "B.G., S.A." desde el 2 de abril de 1979, ostentando la categoría profesional de Jefe de 1ª C y percibiendo un salario mensual según convenio Colectivo. SEGUNDO.- El actor vino prestando servicios en la Sucursal que la demandada poseía en R. hasta el 19 de noviembre de1994, en que le comunica por vía notarial la decisión de trasladarle con carácter forzoso a la Oficina de C. TERCERO.- Contra esta decisión de traslado el actor formuló demanda que fue turnada al Juzgado de lo Social Nº 1 de esta Ciudad dando lugar a los Autos Nº 874/94, en los cuales se dictó Sentencia el 18.01.95, en cuya parte dispositiva se estimó la demanda declarando injustificada la decisión de traslado a la Sucursal de C., condenando al "B.G., S.A." a reponer al actor en su puesto de trabajo en la Sucursal de R. CUARTO.- En reclamación de cantidad por el concepto de kilometraje y dietas por desplazamiento correspondientes al período comprendido entre enero de 1995 a septiembre de 1995 el actor presentó demanda contra el "B.G., S.A." turnada a este Juzgado, dando lugar a los Autos Nº 585/95, en los cuales recayó sentencia el 31.10.95, desestimatoria de la demanda. Dicha sentencia fue revocada por la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el 08.06.98, en el recurso de suplicación interpuesto, en cuya parte dispositiva se estimó la demanda y se condenó al "B.G., S.A." a abonar al actor la cantidad de 1.650.740.-ptas. por los conceptos reclamados. QUINTO.- En reclamación de la cantidad de 5.272.945 ptas. correspondientes al período 01.10.95 a 30.06.98, el actor presentó demanda por responsabilidad de incumplimiento contractual de la empresa, cantidades reclamadas por los conceptos de dietas y kilometraje el actor presentó demanda contra el "B.G., S.A." que fue turnada al Juzgado de lo Social Nº 1 de esta Ciudad dando lugar a Autos Nº 464/98 en los cuales recayó Sentencia el 13.10.98, estimando y condenando al "B.G., S.A." al abono de la cantidad reclamada 6.272.745.-ptas.- SEXTO.- En reclamación de 275.245 ptas. por los meses de julio y agosto de 1998 por dietas y kilometraje presentó demanda contra el "B.G., S.A." responsabilidad por incumplimiento contractual que dio lugar a los Autos Nº 709/98. de los cuales recayó sentencia estimatoria en la demanda el 15.01.99. En reclamación de la mensualidad de septiembre 98 por la cantidad de 209.110.-ptas. prestó demanda que dio lugar a los Autos Nº 39/99 tramitados en el Juzgado de lo Social Nº 1 dictándose sentencia el 24.02.99, estimatoria de la demanda. En

reclamación de la mensualidad de octubre de 1998, 247.130.-ptas. presentó una demanda dando lugar a los autos de este Juzgado Nº 157/99, dictándose sentencia estimatoria de la demanda el 18.05.99. En relación de la mensualidad de noviembre 98-237.625.-ptas. presentó una demanda que dio lugar a los Autos Nº 438/99, tramitados en el Juzgado de lo Social Nº 3 dictándose sentencia el 09.07.99, estimatoria en la demanda. En reclamación de la mensualidad de diciembre de 1998 180.595.-ptas. presentó nueva demanda dando lugar a los Autos Nº 509/99, de este Juzgado encontrándose acta de conciliación judicial el 02.11.99. En reclamación de la mensualidad de enero de 1999 218.615.- ptas. se presentó nueva demanda, alcanzándose conciliación judicial ante el Juzgado de lo Social Nº 1 el 15-9-99 Autos Nº 523/99. Nuevamente en reclamación de la mensualidad de febrero de 1999 218.615.- ptas. presentó nueva demanda dando lugar a los Autos Nº 522/99, conciliándose judicialmente Nº 522/99 reclamación el 15.09.99. En reclamación de la mensualidad de marzo de 1999 247.130.- ptas. presentó demanda turnando a este Juzgado dando lugar a los Autos Nº 508/99, levantándose acta de conciliación judicial el 02.11.99. En reclamación de la mensualidad de abril de 1999 - 218.615. ptas. presentó demanda turnada al Juzgado de lo Social Nº 3 de esta Ciudad –antes 522/99- conciliándose la reclamación el 15.09.99. En reclamación de la mensualidad de mayo de 1999-180.595.- ptas. presentó nueva demanda Autos Nº 521/99 Juzgado de lo Social Nº 3 que fue conciliada mediante acta levantada el 15.09.99. SEPTIMO.- En fecha 30 de agosto de 1999 se levanta acta de conciliación ante el SMAC en la cual, el "B.G., S.A." manifiesta otros extremos en base a las resoluciones judiciales dictadas en otros procedimientos y mientras mantenga la situación actual del trabajador en C. abonará mensualmente las dietas y kilometrajes procedentes. OCTAVO.- En reclamación de la cantidad de 23.575.058.-ptas. por los conceptos de horas extraordinarias y o exceso de jornada por desplazamiento correspondientes al período comprendido entre enero de 1999 a 31 de diciembre de 1999 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el 23.12.99, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia el 17.01.00. Presentó demanda que fue turnada a este Juzgado el 16.03.00".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de cosa juzgada alegada por el "B.G., S.A.", debo absolver y absuelvo al citado demandado de las pretensiones en su contra esgrimidas".

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 acoge la excepción de cosa juzgada alegada por la representación letrada del "B.G., S.A." y contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la parte demandante, en cuyo primer motivo al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., solicitando la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión, interesando la nulidad de actuaciones al considerar que la sentencia de instancia es parca y no recoge suficientemente los hechos objeto de debate, al ignorarlos y omitirlos, ya que nada dice sobre la distancia que existe entre el domicilio y el centro de trabajo ni del trayecto que por carretera hace diariamente el actor en sus viajes de ida y vuelta desde su domicilio al centro de trabajo y desde este a aquel; tampoco dice nada del tiempo invertido en cada desplazamiento etc, denunciando al efecto la infracción del artículo 24 de nuestra CE y 97.2 de la L.P.L.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 22.01.98 (RJ 1998\7), declaró que: "El art. 97.2 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral (LPL) que regula el contenido de las sentencias de instancia en el orden jurisdiccional social, obliga al órgano jurisdiccional, entre otras cosas, a declarar expresamente los hechos que estime probados. De acuerdo con jurisprudencia muy reiterada, tal declaración ha de estar redactada con precisión y detalle suficientes. La declaración de hechos probados debe ser concreta y detallada en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley".

También ha de tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo, acerca de la nulidad de actuaciones, que afirma que condu-

cen a dicho resultado las omisiones esenciales y trascendentes para el fallo, sobre lo cual la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (así, en sentencia de 30 de octubre de 1991 [RJ 1991\7.680]) ha venido a sentar unos criterios: «1) La anulación de sentencia es un remedio último y excepcional al que sólo cabe acudir cuando el Tribunal que conoce del recurso no pueda prácticamente adoptar una decisión correcta de la controversia planteada (entre otras muchas Sentencias, las de 20 de abril [RJ 1988\2.996] y 16 de mayo de 1988 [RJ 1988\3.625]...); 2) Esta virtual imposibilidad de decisión en derecho por insuficiencia de hechos probados puede obedecer bien a carencia de actividad probatoria (S. 5 de junio de 1982 [RJ 1982\3.914]...), bien a omisiones esenciales y trascendentes para el fallo (en la instancia o en vía de recurso) en la declaración judicial de los hechos que se estimen probados (S. 11 de mayo de 1988 [RJ 1988\3.604]...).

Bien es cierto que en el supuesto de autos la sentencia de instancia omite, en la relación histórica, aquellos datos que el Juzgador pudo y debió incorporar, pero dicha omisión en este concreto caso no produce indefensión a la parte ya que la misma puede ser subsanada a instancia de la propia parte que la alega pidiendo la incorporación, al relato fáctico de la resolución recurrida, de cuantos datos o circunstancias estime necesarios, siempre y cuando cumplan el requisito básico y esencial de encontrar apoyo documental o pericial obrante a los autos. Y esta actividad de integrar y complementar los hechos probados con aquellos datos, es decir, el trayecto que por carretera realiza el actor para incorporarse a su trabajo, así como la distancia del domicilio al centro de trabajo, viene efectuada por el recurrente al solicitar la revisión de los hechos probados en los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto del recurso de suplicación formulado. Por lo que hay razón para apreciar indefensión.

SEGUNDO.- Descartada la indefensión por lo ya comentado como quiera que la sentencia de instancia no entra a resolver sobre la cuestión de fondo al haber acogido la excepción de cosa juzgada, es prioritario examinar si concurren los requisitos para el acogimiento de aquella pues en caso contrario habría que devolver los autos al juzgado de procedencia para que entrase a conocer sobre la cuestión de fondo.

La Juzgadora de instancia ha acogido la excepción porque entendió que se está ejercitando una acción general de responsabilidad por incumplimiento contractual y dicha acción es la que se ha ejercitado en los diversos procedimientos que se detallan en los hechos probados en el que se reclamaron distintos períodos comprendidos entre el período global reclamado en el presente procedimiento.

Para apreciar la excepción de cosa juzgada es preciso que concurra la más perfecta identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir. Y en este sentido basta un mero examen comparativo de las pretensiones resueltas en los procedimientos anteriores y la sostenida en este proceso para advertir que no concurre aquella triple identidad, pues si bien las personas y las cosas son las mismas, la causa de pedir es diferente ya que mientras en los pleitos anteriores se estaban reclamando dietas y kilometraje en la demanda entablada se están reclamando horas extraordinarias, es decir el fundamento de la causa de pedir es otro y en consecuencia exige un pronunciamiento en cuanto al fondo.

Por todo ello procede la devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que se dicte nueva sentencia que resuelva, con absoluta libertad de criterio, sobre la cuestión de fondo.

En consecuencia,

Fallamos

Se declara la nulidad de la sentencia de instancia y la devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que se dicte una nueva sentencia que resuelva, con absoluta libertad de criterio, sobre el fondo de la cuestión planteada.

3679 **Recurso núm. 1.070/01**

S.S. INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDADE. RECARGO DA PRESTACIÓN. CONTIDO DO DEBER DE SEGURIDADE. BARANDILLA NON RESISTENTE DABONDO.

Ponente: Ilma. Srª. Doña María Teresa Conde-Pumpido Tourón

A Coruña, a veinticuatro de julio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.070/01, interpuesto por "C.C., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por "C.C., S.L." en reclamación de INFRACCIÓN MEDIDAS DE SEGURIDAD, siendo demandado don J.M.M.O., EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 551/00 sentencia con fecha 15 de enero 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 trabajador don J.M.M.O., nacido el día …, con DNI número. … y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número …, prestó servicios para la empresa "C.C., S.L.", dedicada a la actividad de construcción y reparación de edificios, desde el día 7 de mayo de 1998, con la categoría profesional de peón y una base reguladora a efectos de accidentes de trabajo de 1.448.388 pesetas anuales.- SEGUNDO.- El trabajador sufrió un accidente laboral el 25 de septiembre de 1998 al caerse de la 3ª planta del edificio en construcción en el que estaba prestando servicios por cuenta de la empresa demandante, permaneciendo en situación de incapacidad temporal hasta el 19 de julio de 1999 en que mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 23 de agosto de 1999 fue declarado en situación de gran invalidez derivada de accidente de trabajo con efectos desde el día 20 de julio de 1999 con derecho a pensión vitalicia mensual del 150% de una base reguladora de 120.699 pesetas mensuales, pensión que le debería ser abonada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social previo ingreso del capital coste por la Mutua M. y la Tesorería General de la Seguridad Social en ésta última. La gran invalidez le fue reconocida por padecer: paraplejia completa D4, vejiga e intestino neurógenos y trastorno adaptativo de la personalidad en tratamiento psiquiátrico, debe trasladarse en silla de ruedas, cicatriz de injerto en úlcera por presión del talón izquierdo, fractura luxación D4-D5 con alteración de la señal medular en relación con dichos cuerpos vertebrales, vedija hiperrefléxica que precisa drenaje vertical intermitente; trastorno importante de la personalidad actualmente compensado con medicación.- TERCERO.- Instado por el trabajador expediente de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad y previo informe emitido por la Inspección de Trabajo en fecha 5 de noviembre de 1998 y oída la empresa demandante, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió en fecha 6 de julio de 2000 declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador demandado el 25 de septiembre de 1998 e imponer a la empresa demandante un recargo del 30% en las prestaciones de incapacidad temporal, por las que la Mutua abonó al trabajador 868.725 pesetas y gran invalidez. Recurrida la resolución por la empresa el día 28 de julio y oído el trabajador que presentó escrito en fecha 31 de agosto, el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió el día 25 de septiembre desestimar la reclamación previa interpuesta por la empresa.- CUARTO.- El trabajador sufrió el accidente de trabajo el día 25 de septiembre de 1998 sobre las 10 horas cuando, estando prestando servicios por cuenta de la empresa demandante en la obra sita en calle …, en S., obra que estaba cerrada salvo los huecos de puertas y ventanas, había ido a buscar bocadillos para sus compañeros de trabajo y estaba repartiéndolos; al hallarse en la 3ª planta del edificio y acercarse apresuradamente al hueco de una ventana llamando a un compañero de trabajo, se trastabilló, probablemente al tropezar con un montículo de cemento de los que se realizan para defender los tubos de la instalación eléctrica y que se hallaba a un metro del hueco de la ventana aproximadamente, y se precipitó contra la barandilla de protección del hueco de la ventana, golpeó con el muslo de una pierna la tabla superior de la barandilla, que se cayó de un lado y quedó enganchada del otro, y se precipitó al vacío.- QUINTO.- La barandilla tenía unos 90 centímetros de altura y estaba formulada por 2 tablas horizontales enganchadas en los lados en unos ganchos, si bien no estaban clavadas ni fijadas y no tenía tablón vertical intermedio. En la parte inferior de la misma había una especie de zócalo de ladrillos. No había redes ni otros medios de protección colectiva, que sí hubo en la fase se forjado de la obra pero que se retiraron al estar la misma cerrada salvo los huecos de puertas y ventanas. El trabajador accidentado corpulento

y mediría sobre un metro y ochenta centímetros- SEXTO.- La Inspección de Trabajo propuso en acta sancionar a la empresa con una multa de 1 millón de pesetas, acta que fue confirmada por la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais mediante resolución de fecha 3 de junio de 1999. recurrida dicha resolución por la empresa, la Dirección Xeral resolvió el día 15 de diciembre de 1999 estimar en parte su recurso y dejar la multa en 250.000 pesetas.- SÉPTIMO.- La obra en la que resultó accidentado el trabajador demandado tenía un plan de seguridad, aportado por la empresa y que aquí se tiene por reproducido, en el que se indica respecto a las barandillas que deben ser de materiales rígidos y resistentes, de altura de 80 centímetros como mínimo a partir del nivel del piso y que el hueco existente entre el plinto y la barandilla tendrá una barra horizontal o listón intermedio o bien barrotes verticales con una separación mínima de 15 centímetros, los plintos tendrán una altura mínima sobre el suelo de 15 centímetros, las barandillas serán capaces de resistir una carga mínima de 150 kilos por metro lineal y estará compuesta por: barra superior horizontal o listón intermedio, plinto o rodapié apoyado sobre el suelo y montante o elemento vertical de sujeción, elemento que podrá ser un incorporado al forjado, un puntal o un tubo cuadrado que se sujeta al forjado en forma de pinza.- OCTAVO.- El trabajador presentó en fecha 10 de noviembre de 1999 demanda contra la empresa en reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados del accidente que motiva la presente litis, dictando sentencia el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo en fecha 29 de febrero de 2000 desestimando la demanda, sentencia que se halla pendiente de recurso ante el T.S.J. de Galicia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de litispendencia alegada por el trabajador don J.M.M.O. y desestimando asimismo la demanda interpuesta por la empresa "C.C., S.L." contra dicho trabajador y contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, confirmando con ello como confirmo la resolución del citado Instituto que impuso a la empresa un recargo del 30% en las prestaciones reconocidas al referido trabajador por el accidente sufrido por éste el 25 de septiembre de 1998".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de impugnación de Recargo de Prestaciones por falta de Medidas de Seguridad, se alza el recurso interpuesto por la empresa demandante, pretendiendo la revisión del relato fáctico, en base a lo previsto en el artículo 191 b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y con amparo en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, se formula por el recurrente la censura jurídica de la Sentencia de instancia, a la que atribuye infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social y de la jurisprudencia, con cita de diversas sentencias.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa el recurrente, las siguientes revisiones: a) Que se adicione el ordinal segundo la siguiente frase: "que en el lugar dónde se produjo el accidente no se estaba realizando ningún tipo de trabajo; b) Adicción al ordinal cuarto, que rece: "que el trabajador don J.M.M.O. es una persona de estatura 1.80-1.90 mts., habiendo subido corriendo con los bocadillos desde el bajo del edificio para posteriormente entrar en la habitación medio desequilibrado y luego proyectándose por encima de la tercera tabla de la barandilla contra la cual rozó solo con el muslo de la pierna, sin que hubiese impactado frontalmente contra la barandilla, la cual no rompió ni cayó al suelo, quedando solo movido en uno de sus extremos"; c) Que se modifique el ordinal quinto, sustituyéndolo por: "el hueco por el que se precipitó don J.M.M.O. al exterior estaba cerrado desde el interior con dos barandillas de madera, sujetas las baldas con pasadores que permitían su retirada, una a la altura de 90 cm. o 1 metro, otra en el medio y en el suelo un zócalo de ladrillo, no siendo necesaria la existencia de redes de protección ya que el edificio no estaba en la fase de forjado sino que las paredes estaban hechas y los huecos cerrados a excepción de la ventana por donde se introducía el material, la cual estaba protegida por las tres preceptivas barandillas de protección, que necesariamente tenían que ser desmontables para facilitar el acceso de mate-

rial desde el exterior a dentro de la edificación. El ancho de las tablas era de unos 15 cm., grosor de 3 cm. y el zócalo de ladrillo de una anchura de 15 cm., cumpliendo todo ello tanto el Plan de Seguridad como las especificaciones del art. 3 a) del R.D. 1.627/97 de 24 de octubre, sobre medidas de seguridad y protección en obras de construcción".

Las tres revisiones tiene en común, que se fundan, en la confesión o declaraciones de testigos recogidas en el Acta de Juicio de otro proceso, en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2, que no es firme, y en declaraciones testificales; por ello no pueden ser acogidas, en tanto las sentencias de otros Juzgados, carentes de firmeza, no tienen virtualidad revisoria, y las Actas Judiciales no son eficaces para la impugnación de los hechos probados, puesto que, tan sólo son hábiles para justificar el error en que hubiera incurrido el Juez << a quo>> las pruebas documentales y periciales, tal y como establece el artículo 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. La prueba testifical, igualmente inhábil para justificar la revisión fáctica, no se desnaturaliza por el hecho de incorporarse a un documento, sea privado o publico (Sentencia Tribunal Supremo 04.03.76), por lo que las declaraciones contenidas en Acta Judicial carecen también de virtualidad revisoria (así, por ejemplo, Sentencia Tribunal Supremo 27.10.84). Por último, debe señalarse que el Juzgador, a quo, analiza, de forma pormenorizada, las características de la barandilla, así como de la forma en que se produjo la caída, contrastando la testifical, confesión del representante empresarial y el Plan de Seguridad de la Obra, en lo que aparece como una adecuada valoración de la prueba, que no puede ser sustituida, por el particular criterio de la recurrente, siendo impropio del contenido del relato fáctico, la pretendida adicción de que se cumplía "tanto del Plan de Seguridad, como las especificaciones del artículo 3.a) del R.D. 1.627/97 de 24 de octubre", al tratarse de una valoración jurídica.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal, interesa la adicción del ordinal sexto, del siguiente texto: "la Inspección de Trabajo propuso sanción solo y exclusivamente en el hecho de considerar que la tabla de la barandilla había roto al haber presuntamente impactado el trabajador contra la misma, sin que se considerara ninguna otra infracción en medidas de protección y seguridad exigible en la barandilla, sancionándose a la empresa por la Delegación Provincial y revocando dicha Sanción por tal hecho de rotura de la tabla por la Dirección Xeral de Relacións Laboráis, la cual solo sancionó a la empresa por no dar de alta el centro en la Inspección de Trabajo y la absuelve de la infracción de falta de medidas de seguridad, ratificándose posteriormente en ambos procedimientos judiciales el acierto de la Resolución de la alzada, pues todos los testigos dejaron claro que la tabla no había roto, manteniéndose solo sancionada a la empresa por una omisión formal, cual es el de no dar de alta el centro de trabajo".

De la resolución administrativa invocada, se desprende que, no habiendo ratificado la Inspección su informe, en base al principio de presunción de inocencia, se revocó en Alzada la sanción por falta de medidas de seguridad, sancionándose a la empresa por no dar de alta el Centro de Trabajo. Y ésta es la única afirmación que puede adicionarse al relato fáctico, en tanto el resto del texto propuesto, contiene una serie de valoraciones de parte que resultan inadmisibles; y ello, pese a que no tiene especial trascendencia, en tanto que el Juzgador se ha basado en la prueba practicada en juicio, sujeta a los principios de inmediación y contradicción, de la que llega a la conclusión de considerar acreditada una infracción de medidas de seguridad.

CUARTO.- Por último, solicita la recurrente que se adicione al ordinal séptimo, lo siguiente: "que como medida de protección en el hueco de la ventana existía una barra superior o tabla de madera de 15 cms. de ancho y 3 cms. de grosor, barra horizontal o listón intermedio consistente en tablón de madera de iguales características que el anterior, apoyados en sus preceptivos ganchos o soportes, plinto o rodapié consistente en un rodapié de ladrillo sobre el suelo de altura aproximada al ancho de los tablones, y como elemento vertical de sujeción el propio forjado de los pilares de la ventana, conforme exige la normativa de seguridad, sin que fuese exigible el montante o elemento vertical de sujeción, ni tampoco el tablón vertical intermedio, ni tampoco fuese necesario que las barandillas o tablas horizontales estuviesen clavadas, puesto que estamos hablando de un hueco de 1,80 metros de ancho, cuya luz no exige ningún tablón vertical intermedio y las tablas tienen que ser desmontables, por lo que el cierre de la ventana cumplía todos y cada uno de los requisitos exigidos por la normativa de seguridad e higiene".

La redacción propuesta no puede ser admitida, ya que las características de la baran-

dilla están recogidas por el Juzgador en el ordinal quinto; su adecuación o no al Plan de Seguridad –que describe el ordinal séptimo adecuadamente- y a las previsiones del R.D. 1.627/97, son analizadas por el Juzgado en el fundamento de la sentencia, sin que pueda prevalecer frente a tal valoración jurídica –propia de la tutela judicial- el informe en tal sentido del Perito de parte invocado, que, por otra parte, no vio el estado de los elementos de seguridad en el momento del accidente.

QUINTO.- Con amparo en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la recurrente que la sentencia de instancia que se aplicó indebidamente el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 3.a) parte c) del R.D. 1.627/97; argumenta que el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, exige la acreditación de la existencia de falta de medidas de seguridad y de que las mismas sean las causantes del accidente, rompiéndose el nexo causal cuando el accidente es provocado por culpa exclusiva del trabajador; mantiene que las barandillas cumplían las características exigidas en el artículo 3.a) parte c) del R.D. 1.627/97, y que la caída del trabajador se produjo, no por ausencia o fallo de las barandillas, sino por haber salido proyectado por encima de la misma.

El llamado "deber de seguridad" está recogido, tanto en los artículos 4.2 d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, como en el artículo 14 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, que dispone que: " 1) Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. 2) En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo".

Luego, sin en la litis se acredita que existía un riesgo (de caída en este caso), es al empresario a quién compete la carga de la prueba, del cumplimiento de su obligación de adopción de las pertinentes medidas de seguridad, y en su caso, de la ruptura del nexo causal entre tal omisión y accidente del trabajador, sea por fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima.

En el caso de litis, el Juzgador considera probado, que el trabajador tropezó y "se precipitó contra la barandilla de protección del hueco de la ventana, golpeó con el muslo de una pierna la tabla superior de la barandilla, que se cayó de un lado y quedó enganchado del otro, y se precipitó al vacío" (ordinal cuarto); de ello infiere, en razonamiento lógico, que la barandilla no era "resistente", como exige el artículo 3.a) del R.D. 1.627/97 –cuando el propio Plan de Seguridad de la Obra exigía una capacidad de resistencia de una carga mínima de 150 Kg. Por metro lineal- y del apartado c) del mismo precepto, que establece la revisión periódica de la estabilidad y solidez de los elementos de protección. La Sala comparte tal razonamiento, pues si con el golpe del cuerpo (riesgo previsible), la tabla de protección se soltó de sus enganches, permitiendo así la caída que debía evitar, es obvio que la sujeción era inadecuada, no cumpliendo las condiciones mínimas de seguridad, por lo que no se infringieron los preceptos denunciados.

SEXTO.- Denuncia, por último, el recurrente, infracción de la jurisprudencia, con cita en primer lugar, de una serie de sentencias de Tribunales Superiores, que como se viene señalando por la doctrina judicial de forma reiterada, no tienen el carácter de jurisprudencia. Cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 02.02.98 y 06.05.98, sobre la ruptura del nexo causal por culpa de la víctima, ruptura del nexo causal aquí inexistente, pues, como mucho, pudo existir una imprudencia del trabajador al "acercarse apresuradamente" (ordinal cuarto) a la ventana, pero el artículo 15 de la Ley 31/95 establece, en su apartado 4 que " la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador", por lo que la circunstancias expresadas no tienen trascendencia, como para romper el nexo causal, entre una inadecuada medida de seguridad y el accidente sufrido por el trabajador.

Consecuentemente, la sentencia debe ser confirmada, con pérdida del depósito para recurrir, e imposición a la empresa recurrente de las costas, conforme a lo previsto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, debiendo abonar al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros, en calidad de honorarios.

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la EMPRESA "C.C., S.L.", contra la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Vigo, de fecha 15 de enero de 2001, en Autos nº 551/00, sobre Impugnación de Recargo de

Prestaciones por Falta de Medidas de Seguridad, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la empresa recurrente a abonar al Letrado impugnante, en calidad de honorarios, la cantidad de 300 euros.

3680 Recurso núm. 3.716/03

S.S. DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, CON GRAVE DESPRESTIXIO DA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a cinco de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.716/03 interpuesto por don L.F.R. 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 don L.F.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la empresa "A.G.I.A., S.A." y el EXCMO. CONCELLO DE MONFORTE DE LEMOS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 209/03 sentencia con fecha veintitrés de abril de dos mil tres 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 L.F.R., mayor de edad, con DNI nº …, vecino de Monforte de Lemos (Lugo), vino prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada "A.G.I.A., S.A.", antes "S., S.A.", dedicada a la actividad económica de industria de conducción y distribución de agua, con centro de trabajo en Monforte de Lemos, y CIF…, haciéndolo con la categoría profesional de lector, antigüedad de 02.03.92, sin ostentar ni haber ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores, correspondiéndole percibir un salario bruto mensual de 1.252,11 €, equivalente a 14,74€ diarios a efectos de indemnización, con inclusión de la prorrata de las gratificaciones extraordinarias.- 2º) Prestó Servicios laborales para el CONCELLO DE MONFORTE DE LEMOS desde 02.03.92 en adelante, haciéndose cargo a partir de 1-7-2001 la empresa codemandada de la concesión del servicio de aguas, respetando al demandante su antigüedad en el Concello, categoría profesional, y demás derechos económicos y laborales legítimamente adquiridos. Un ejemplar del contrato administrativo de concesión del servicio de abastecimiento de agua obra en autos y se da aquí por reproducido.- 3º).- En fecha 28.01.03 recibió comunicación empresarial escrita, que lleva la misma fecha, del tenor literal siguiente: "Muy Sr. Nuestro: Por la presente ponemos en su conocimiento que esta Empresa ha decidido imponerle la sanción de Despido Disciplinario, extinguiendo en consecuencia su relación laboral con efectos desde el tercer día siguiente a aquel en que reciba esta comunicación. Desde la recepción de la presente, en consecuencia, dispondrá de dos días retribuidos a fin de que presente, si lo considera conveniente, las alegaciones que estime pertinentes en su defensa. En caso de no recibir comunicación expresa atendiendo a sus alegaciones y revocando la mencionada sanción, deberá Ud. considerarla confirmada en todos sus extremos. Por idénticos hechos que los que ahora motivan la decisión empresarial y de los que seguidamente le damos cuenta, ya fue Ud, sancionado con amonestación escrita a medio de comunicación de 23 de octubre de 2002 y cuya copia le adjuntamos para su constancia. En tal comunicación se le advirtió al mismo tiempo que la infracción cometida debía calificarse de muy grave, y que de reiterarse hechos similares la Empresa le impondría la máxima sanción que la Ley tuviera prevista. Para sorpresa de la Empresa, y tras la oportuna labor de investigación aun no concluida en su totalidad, se ha comprobado que continúa Ud. falseando sistemáticamente las lecturas de los contadores de un número importantísimo de abonados, con indiscutible perjuicio económico de la empleadora que, por el momento y sin perjuicio del resultado final, sobrepasa los 11.000 euros. Esas incorrectas lecturas son tan descaradamente abundantes y reiteradas que, aun cuando no fueran intencionadas y se debieran a "despistes" en sus obligaciones laborales, serían demostrativas de una negligencia continuada e inexcusable en el desem-

peño de sus funciones que sin más requisitos, justificaría la sanción del Despido. Pero es que en su caso, nos consta que los supuestos errores no son tales, sino que se trata de falseamiento consciente y ejecutado de propósito no se sabe muy bien con qué torticeros fines. Las razones que avalan tal conclusión son indiscutibles, a saber: 1.- Fue Ud. quien expresamente reconoció tener un acuerdo con el abonado 7.806 según el cual y sin que sepamos a cambio de qué, efectuaba sistemáticamente una lectura de la cantidad de agua consumida distinta, por inferior, a la real y que figuraba en el contado. Ya tiene Ud. constancia de que su reconocimiento expreso del hecho y su tajante afirmación de que era el único caso existente, evitó que se le sancionara con el Despido limitándose la empresa a comunicarle la amonestación a la que antes nos hemos referido. 2.- En diciembre del pasado año, surgió un nuevo caso de idéntica factura que el anterior con el abonado don M.A.S.: La empresa le facturó los 175 m3 que arrojó la lectura de su contador verificada casualmente por un compañero suyo. El abonado se negó a pagar, aduciendo que tenía un "amaño" con Ud, del que pretendía seguir beneficiándose Ud., tras mucho insistirle, reconoció ante su Jefe de Servicio que efectivamente eran otros dos casos de lecturas falseadas de propósito (los números 115 y 117 de la C/ ...). 3.- Tras el nuevo incidente que se le acaba de relatar, y para comprobar el alcance de sus "amaños", se le ordenó a otros lectores que efectuaran la lectura en su zona. El resultado ha sido asombroso, arrojando consumos realmente imposibles en una multiplicidad de casos, tal como se refleja en el listado que se le adjunta con los datos de la lecturas para que pueda Ud. identificarlos. 4.- Resulta además que, analizados los listados de la lectura anterior a la mencionada, se comprueba que en los casos de los abonados con consumos absurdos por excesivos, la lectura la había introducido Ud. en el TPL con dos intentos, permitiéndole así conocer en el primero la diferencia entre la lectura anterior y la actual, para en el segundo introducir la actual que a Ud. le parecía (muy inferior a la real). Se le adjunta asimismo el comunicado interno remitido al jefe de Personal de la Entidad por don F.F., encargado del departamento de clientes. Los hechos relatados, sin duda son constitutivos de una falta continuada, muy grave y culpable que, conforme al artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y los números 3, 4 y 5 del artículo 33 del Laudo Arbitral que sustituye la Ordenanza Laboral para las Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Depuración y Distribución de Agua, legitima a la empresa para imponerle la sanción disciplinaria que se le comunica, sin perjuicio de hacer reserva expresa de las acciones penales y civiles que procedan para depurar, en su caso, las responsabilidades de tales índoles en las que haya podido incurrir. Rogando se sirva firmar el duplicado a los meros efectos de que conste su recepción, sin que ello suponga conformidad con su contenido, y poniendo en su conocimiento que tiene a su disposición en las oficinas de la empresa la liquidación que le corresponde. Atentamente. Fdo. Don A.F.M.V. Apoderado".- 4º) El 23.10.02 había recibido otra comunicación escrita de la empresa del tenor literal siguiente (sic): "Muy Sr. Nuestro: Recibido en este Dpto. de personal informe emitido por el Jefe de Servicio sobre los hechos protagonizados por Ud. el pasado 12 de septiembre y de tenor literal: "Revisando una serie de lecturas realizadas por dicho operario, se observó que el abonado 7.806 no se correspondían con la realidad. Dado que el contador es inferior, cuando se realizó la revisión, la señora que nos abrió la puerta, que habita en dicho domicilio, nos dijo que ella ya sabía que no se correspondía con la realidad, pero que estaba de acuerdo con el lector para ello. Esto sucedió a media mañana. A las 14,00 horas de salida de todos los operarios, solicité al lector en cuestión una explicación de lo ocurrido, a lo cual él negó todo y dijo que allí se tomaba la lectura correctamente y que la señora había mentido. A primera hora de la tarde le dije al lector que viniera conmigo a revisar dicha lectura, a lo cual él en principio se negó, decía que no tenía que ir allí a nada. Entonces se lo ordené autoritariamente, y firmo a revisarla. Nos abrió la puerta la señora, y tras contar otra vez la versión delante mía y del lector, éste último tuvo que reconocer el acuerdo que había entre ellos dos". Ponemos en su conocimiento que: 1.- El art. 3.4 del Laudo Arbitral dictado por don J.M.C. el 30.06.98 en sustitución de la Ordenanza de Trabajo de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de agua, tipifica como FALTA MUY GRAVE tales hechos. 2.- El mencionado Laudo Arbitral, en su Art. 35.c) gradúa la sanción de la citada falta con SUSPENSIÓN DE EMPLEO Y SUELDO DE DIECISÉIS A SESENTA DIAS O DESPIDO. 3.- El Art. 54 b) y d) del RDL 1/1995 del Estatuto de los Trabajadores tipifica su conducta como incumplimiento contractual motivo de DESPIDO DISCIPLINARIO. Confiramos que tales hechos no vuelvan

a producirse y que pondrá de su parte todos los medios para que así sea, en caso contrario se le advierte que la Empresa aplicará en su grado máximo la sanción correspondiente. Fdo.) A.F.M.V. Jefe de personal Apoderado".- 5º) Con fecha 12.02.03 presentó reclamación previa sobre Despido ante el EXCMO. CONCELLO DE MONFORTE, siendo expresamente desestimada por Resolución de la Alcaldía-Presidencia de data 12.03.03.- 6º) El mismo 12.02.03 se presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC de Lugo, celebrándose con fecha 24.02.03 el preceptivo acto de conciliación previa a la vía judicial social, que concluyó "intentado sin efecto" por incomparecencia de la empresa "A.G.I.A., S.A."- 7º) Se presentó la demanda el día 03.03.03, siendo repartida por turno a este Juzgado de lo Social con fecha de entrada de 10.03.03.- 8º) En 09.02 la empresa descubrió casualmente que el lector demandante a su servicio había concertado con la abonada nº 7.806 lecturas del consumo de agua de la vivienda de ésta inferiores a las reales que indicaba el contador, al no poder la citada abonada hacer frente al pago de los consumos que realizaba. El actor reconoció ante la empresa la realidad de tal "concierto o amaño", afirmando que era el único caso, remitiéndole la empresa al operario la carta de 23.10.02 literalmente transcrita al ordinal fáctico 4º) de HH.PO. de la presente que antecede. De tal acuerdo con la abonada nº 7.806 no dio cuenta en su día a la empresa.- 9º.- En 12.02 la empresa factura al abonado don M.A.S. 175 m3 de consumo de agua que arrojaba la lectura de su contador realizada por otro lector, negándose el abonado a su pago aduciendo que había concertado con el lector demandante lecturas inferiores a las reales, terminando por reconocer el actor que había falseado a propósito las lecturas de este abonado del nº .. de la c) … de Monforme de Lemos. Hecho del que tampoco había participado nada a su empresa.- 10º) A raíz de los hechos descubiertos en septiembre de 2002, la empresa codemandada encomendó a un lector distinto del demandante (en concreto a don J.A.B.), la lectura de los contadores de parte de la ruta que hacía don L.F.R., detectándose numerosos casos de consumo disparatado o imposible en las lecturas realizadas por el Sr. A.B. en noviembre o diciembre de 2002, que sin embargo volvían a regularizarse/normalizarse en las siguientes de enero o febrero de 2003; así en el caso del abonado nº 7.512, del consumo de 39 m3, 47 m3, 79 m3, en las lecturas de marzo, mayo y agosto de 2002, respectivamente, se pasaba a la de 642 m3 en la de noviembre 2002, siendo el consumo de 35 m3 en la de enero de 2003; en el caso del abonado nº 8.191 del consumo de 16 m3 y 49 m3 en las lecturas de abril, junio y septiembre de 2002, con carácter respectivo, se pasó a la de 599 m3 en la de noviembre de 2002, regularizándose en la de 06.02.03 (56 m3); semejantes desfases se detectaron en el caso de otros muchos abonados, así los nºs 1.891, 6.155, 7.858, 9.174, 9.319, 8.179, 7.196, 3.734, 6.143, 8.161, 8.160, 8.268, 7.765, 5.483, 5.656, 8.796, 6.704, 7.530, 7.552, 6.554, 8.825, 5.937, 8.228, 6.109, 8.173, 9.297, 3.529, 8.198, 8.184, 6.698, 7.488, 7.852, 7.723, 7.891, 6.707, 7.767, 8.104, 7.562, 6.885, 8.078, 7.889, 7.717, por citar algunos ejemplos. Las lecturas inmediatamente anteriores a 11.02 y 12.02 habían sido realizadas por el hoy demandante en el caso de los mencionados abonados"

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la demanda deducida por don L.F.R., sobre despido, calificándolo como procedente, debo absolver y absuelvo a los demandados el EXCELENTISIMO CONCELLO DE MONFORTE DE LEMOS (Lugo) y a la empresa "A.G.I.A., S.A.", de los pedimentos deducidos en su contra".

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, declaró procedente el despido del actor y extinguida la relación laboral que le unía con la empresa demandada, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, absolviendo a los demandados Excmo. Concello de Monforte de Lemos y a la Empresa "A.G.I.A., S.A.", se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de la parte actora, pretendiendo como primer motivo del recurso la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione un nuevo, el ordinal undécimo, del tenor literal siguiente: "En el mes de octubre del 2002 se instaló un caudalímetro de salida de los depósitos emplazados en San Vicente en el Monte Cornado, por lo que se procedió al cierre del suministro de agua en el casco urbano de Monforme de

Lemos". Adición que no merece favorable acogida, al no aportarse documento que de modo directo y evidente demuestre el error del juzgador, (art. 191.b) de la L.P.L.), tratando de amparar la adición en unas simples notas de prensa, que no son otra cosa que reproducciones, no necesariamente exactas, de manifestaciones que efectúa un testigo en el acto del juicio oral, medio no hábil a efectos revisorios, (art. 194.3 de la citada Ley Procesal Laboral), en todo caso sería irrelevante a los efectos de la resolución de la "lits", de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho. Interesa igualmente se adicione un nuevo hecho probado, el duodécimo, del siguiente tenor literal: "a diversos abonados enumerados en el listado que acompañó a la carta de despido no se les facturó, por parte de la demandada todo el consumo registrado sino que se les facturó en base al histórico del consumo de abonado". Adición que igualmente se rechaza, pues aparte de ser irrelevante, no se aporta documento que de modo directo y evidente demuestre el error del juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba, ya valorada y practicada en la instancia. Pretende igualmente se adicione un nuevo hecho, el décimo tercero, del siguiente tenor literal: "en el diario de lecturas realizado por el actor, presentado como prueba documental por la empresa demandada, correspondiente a los días 30 y 31 de julio; 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27 y 28 de agosto; y 3, 4, 5, 6, 9 y 10 de septiembre del 2002, figuran las lecturas de unos 4.300 abonados. Del total de estos abonados, a 584 se les introdujo la lectura en el terminal del punto de lectura, en dos o más ocasiones antes de que figurara la lectura definitiva; y de los 584 abonados, solo hay 68 que figuran en el listado de lecturas incongruentes". Adición que merece igual rechazo, de conformidad con lo que se ha razonado anteriormente.

SEGUNDO.- Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, que articula en varios apartados, denuncia: a) infracción del principio "non bis in idem" b) infracción del art. 60 del E.T. y 36 del Laudo Arbitral (que vino a sustituir la ordenanza laboral del sector), c) infracción de los arts. 54.2 e) y 56 del E.T. y 33.3 y 35 c) del referido Laudo Arbitral; alegando fundamentalmente, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos sanciones diferentes; que en todo caso la falta estaría prescrita y que la conducta del actor, descrita en los hechos probados noveno y décimo de la sentencia, no era merecedora de la sanción de despido y que en consecuencia el despido debería ser declarado improcedente.

TERCERO.- Por lo que hace referencia a la supuesta infracción del principio "non bis in idem"; se rechaza, pues, si bien es cierto, que un mismo hecho, no puede ser objeto de dos sanciones diferentes, tal situación no se produce en el caso de autos, pues, ha resultado acreditado, y así consta en la fundamentación jurídica (que aunque no es lugar adecuado tiene valor de hecho probado), que si bien por los hechos de septiembre del 2002, en que la empresa descubrió casualmente que el lector demandante a su servicio, había concertado con la abonada nº 7.806 lecturas de consumo de agua de la vivienda de esta inferiores a las reales que indicaba el contador, al no poder la citada abonada hacer frente al pago de los consumos que realizaba, habiendo reconocido ante la empresa la realidad de "tal concierto o amaño" afirmando que era el único caso, remitiéndole la empresa al operario la carta de 23 de octubre del 2002, por lo que se le amonestó por escrito; no puede pretender ahora que tal conducta no sea valorada, a efectos de apreciar la gravedad de las posteriores, cuando ulteriormente, vuelve a incidir en las mismas conductas que se describen en los ordinales 9º y 10º (que se tienen por reproducidos), lo que determinó que por la empresa se le remitiera, la carta de despido de 28 de enero del 2003, hechos que por si solos justificaban la decisión empresarial, con mayor razón cuando ya con anterioridad había sido amonestado por escrito, no siendo un hecho aislado y puntual.

CUARTO.- Por lo que respecta a la supuesta infracción del art. 60 del E.T. y 36 del Laudo Arbitral, por entender que la falta estaría prescrita; no puede merecer favorable acogida, pues, de conformidad con reiterada jurisprudencia, en la regulación de la indicada normativa se suele distinguir el plazo de 60 días para las faltas muy graves –denominado de prescripción corta-, contados desde la fecha en que el empresario (o quien tenga la potestad de sancionar) tuvo conocimiento de la comisión de la falta y otro de 6 meses denominado de "prescripción larga", contados desde la fecha en que se haya cometido la falta, (haya o no tenido conocimiento de su comisión). La dificulta surge para fijar el "dies a quo", o comienzo del cómputo del plazo de

prescripción cuando se trata de lo que jurídicamente se conoce "una conducta continuada", esto es, constituida por una pluralidad de acciones prolongadas en el tiempo, que obedece a una unidad de propósito y que vulneran bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza, siendo doctrina jurisprudencial reiterada la expresiva de que el conocimiento al que se refiere el art. 60 del E.T. es identificable con aquella situación en la que el empresario toma conciencia de la infracción no de la actividad aislada y aséptica, sino de su significación antijurídica, de tal forma que si el hecho es, en cuanto a su naturaleza solapado, no hay conciencia de la falta. Habiendo igualmente señalado la jurisprudencia, que no hay prescripción, si cuando la empresa sanciona no ha transcurrido el plazo de los 60 días o de los 6 meses en el momento de iniciarse el expediente o información correspondiente con objeto de depurar la conducta del trabajador sancionado, especialmente en aquellos supuestos que exigen un previo trámite de minuciosa investigación para conocer el alcance y dimensión de la trasgresión; otra postura, conduciría a premiar aquellas actuaciones, difícilmente descubribles por su naturaleza y complejidad que obtendrían en muchos caso el beneficio de la prescripción frente al hecho notorio, aislado y puntual que, siendo o pudiendo ser menos importante, siempre resultaría sancionado (S.TS 06.02 y 21.07.86, ref. 4.268), y que cuando se trata de infracciones que comportan un ingrediente básico de clandestinidad, al consistir en una ocultación de operaciones fraudulentas, no puede hacerse una imputación inmediata y simultánea al conocimiento superficial, sino que precisa de tiempo para una información de las supuestas irregularidades, ya que la ocultación por su carácter subrepticio y furtivo tiende a mantener en la ignorancia al empresario, por lo que hay que concluir en la persistencia y continuidad en el tiempo de los efectos de las faltas cometidas, en tanto no sean descubiertas por la entidad perjudicada, pues, otra cosa supondría beneficiar al infractor, por lo que no es admisible apreciar la prescripción cuando el conocimiento pleno no se obtuvo hasta la inspección llevada a cabo, lo que aleja a toda idea de abandono o renuncia por pasividad (S.TS 13.11.86, ref. 6.337).

En aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos al estar acreditado (fundamentación jurídica con valor de hecho probado) que los hechos se descubren por la empresa a partir de diciembre del 2002 y en especial con las lecturas realizadas en enero del 2003, de las que se desprende que en infinidad de casos, el actor, en las lecturas precedentes a noviembre y diciembre del 2002 habían introducido datos incorrectos, falseando a la baja los consumos de los contadores, razón por la que en las posteriores lecturas de finales del 2002, realizadas por otro compañero del demandante se detectaron consumos imposibles y disparatados que, curiosamente, luego en las lecturas de enero del 2003 en unos casos, en otros fueron realizadas en febrero del 2003 vuelve a regularizarse o normalizarse; resulta evidente que al haberse producido con fecha 28 de enero del 2003, la notificación de la carta de despido, aparece claro y así lo entiende esta Sala, que no ha transcurrido el plazo de prescripción de 60 días o 6 meses, a que se refieren los arts. 60.2 del E.T. y 36 del Laudo Arbitral.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la supuesta infracción de los artículos 54.2 d) y 56 del ET. Y 33.3 y 35 del Laudo Arbitral aplicable al sector, por entender, que los hechos no tenían la gravedad suficiente para ser constitutivos de despido, por lo que éste debería ser declarado improcedente; se ha de tener en cuenta, que siendo la causa del despido la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de la actividad laboral, lo que supone un incumplimiento "grave" y "culpable", precepto matizado por la jurisprudencia en el sentido de que en ese incumplimiento se puede incurrir tanto en forma intencional o dolosa, con ánimo deliberado y conocimiento consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador por quien le ha empleado, como por negligencia o descuido imputable al mismo, imponiéndose pues una diligencia y lealtad, exigible con mayor rigor, de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y confianza depositada en quien lo ocupa, sin que para apreciar este tipo de faltas sea necesario que se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa, y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, en su caso, pues, basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad; a la vista de los hechos declarados probados y que se recogen en los ordinales noveno y décimo: "En 12.02 la empresa factura al abonado don M.A.S. 175 m3 de consumo de agua que arrojaba la lectura de su contador realizada por otro lector, negándose el abonado a su pago aduciendo que había concertado con el lector demandante lecturas inferiores a las reales, terminando por reconocer el actor que

había falseado a propósito las lecturas de este abonado del nº … de la c) … de Monforme de Lemos. Hecho del que tampoco había participado nada a su empresa" y que "A raíz de los hechos descubiertos en septiembre de 2002, la empresa codemandada encomendó a un lector distinto del demandante (en concreto a don J.A.B.), la lectura de los contadores de parte de la ruta que hacía don L.F.R., detectándose numerosos casos de consumo disparatado o imposible en las lecturas realizadas por el Sr. A.B. en noviembre o diciembre de 2002, que sin embargo volvían a regularizarse/normalizarse en las siguientes de enero o febrero de 2003; así en el caso del abonado nº 7.512, del consumo de 39 m3, 47 m3, 79 m3, en las lecturas de marzo, mayo y agosto de 2002, respectivamente, se pasaba a la de 642 m3 en la de noviembre 2002, siendo el consumo de 35 m3 en la de enero de 2003; en el caso del abonado nº 8.191 del consumo de 16 m3 y 49 m3 en las lecturas de abril, junio y septiembre de 2002, con carácter respectivo, se pasó a la de 599 m3 en la de noviembre de 2002, regularizándose en la de 06.02.03 (56 m3); semejantes desfases se detectaron en el caso de otros muchos abonados, así los nºs 1.891, 6.155, 7.858, 9.174, 9.319, 8.179, 7.196, 3.734, 6.143, 8.161, 8.160, 8.268, 7.765, 5.483, 5.656, 8.796, 6.704, 7.530, 7.552, 6.554, 8.825, 5.937, 8.228, 6.109, 8.173, 9.297, 3.529, 8.198, 8.184, 6.698, 7.488, 7.852, 7.723, 7.891, 6.707, 7.767, 8.104, 7.562, 6.885, 8.078, 7.889, 7.717, por citar algunos ejemplos. Las lecturas inmediatamente anteriores a 11.02 y 12.02 habían sido realizadas por el hoy demandante en el caso de los mencionados abonados"; esta Sala, llega a la conclusión de que el recurrente incurrió en gravísimos incumplimientos, dañando gravemente el prestigio de la empresa, todo ello con independencia de que se hubiera lucrado o no, actuación que no fue negligente sino dolosa e intencionada (como fue que previo concierto con un abonado falsee de propósito la lectura del contador de aquel, así como que haya falseado a la baja los consumos de otros contadores), lo que supone una deslealtad y quebrantamiento de la buena fe, de tal manera, que ni con la aplicación de la teoría gradualista mas favorable al trabajador, puede considerarse excesiva la sanción de despido; sin que puedan ser tenidas en cuenta las alegaciones formuladas por el recurrente, de que muchas viviendas estaban cerradas y durante mucho tiempo no se pudo proceder a la lectura de los contadores –interiores-, pues, aparte de ser irrelevante, nada de esto se ha acreditado, e igual cabe decir, respecto a la existencia de averías en los cantadores, cortes de suministro e influencia del aire que circula por las conducciones.. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, desestimar el recurso, y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don L.F.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 LUGO, de fecha veintitrés de abril de dos mil tres, dictada en autos núm. 209/03 seguidos a instancia de don L.F.R. contra la empresa "A.G.I.A., S.A." y el EXCMO. CONCELLO DE MONFORTE DE LEMOS sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3681 **Recurso núm. 4.043/00**

S.S. PLUS DE PENOSIDADE, PERIGOSIDADE E TOXICIDADE. PRESCRICIÓN INEXISTENTE. PROCEDENZA DO PLUS: MOZO DE AUTOPSIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a cinco de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.043/00 interpuesto por la CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E R. LABORAIS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.R.B.L. en reclamación de PLUS DE PENOSIDAD siendo demandado la CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E R. LABORAIS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 182/00 sentencia con fecha dieciocho de mayo de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- El actor, don J.R.B.L., viene prestando servicios para la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, con una antigüedad reconocida de 11.07.94. Ostentando la categoría profesional de Mozo de Autopsias (grupo V. categoría 13), y percibiendo un salario mensual de 153.000.- pts incluido el prorrateo de las pagas extras. SEGUNDO.- Con fecha 1 de enero de 1995, fue transferido del Ministerio de Justicia e Interior a la Xunta de Galicia, siendo su centro de trabajo el Decanato de 1ª Instancia e Instrucción de Ourense. TERCERO.- Las funciones que realiza el actor, consisten en las siguientes: 1ª.- Traslado de los cadáveres a los que se va a realizar la autopsia, a efectos de averiguar las causas de la muerte, la cual se practica, por regla general antes del enterramiento, pero, a veces en restos exhumados, en avanzado estado de descomposición. 2ª.- Realización de funciones auxiliares, durante la autopsia, operación que consiste en la abertura y examen de un cadáver mediante la apertura de la pared de las cuatro cavidades: tórax, abdomen, cráneo y caquis, para poner al descubierto los órganos que contienen. 3ª.- Tomo de muestras y extracción de órganos, para que los médicos forenses realicen el examen de los mismos. 4ª.- Una vez finalizada la autopsia, adecentar el cadáver para la entrega a los familiares. 5ª.- Preparación y posterior limpieza del instrumental. Para la conservación de órganos y limpieza (desinfección) del instrumental se utiliza básicamente, formol (formaldehido). Los locales donde se realizan las autopsias, cuentan con sistema de ventilación de aire acondicionado, careciendo de un sistema de extracción localizada, y de ventilación natural. Se realizan unas 5 ó 6 autopsias por semana, y el tiempo medio por autopsia, es de 3 cuartos de hora a 4 horas. CUARTO.- Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 10.03.00".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.R.B.L., contra la CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIONS LABORAIS, debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir los pluses de penosidad, peligrosidad y toxicidad, con efectos del 1 de febrero de 1999, y en consecuencia, condeno a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a abonar al actor los referidos pluses, así como la cantidad de 405.747.- ptas (Cuatrocientas cinco mil setecientas cuarenta y siete pesetas), por diferencias del periodo comprendido entre febrero de 1999 a enero de 2000".

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.- Por la representación letrada de la Xunta de Galicia se interpone recurso de suplicación contra la sentencia, que estimando la demanda, declaró el derecho del actor a percibir los pluses de penosidad, peligrosidad y toxicidad, con efectos de 01.02.99, y en consecuencia, condenó a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y abonar al actor los referidos pluses así como la cantidad de 405.747.- pts, por diferencias del periodo comprendido entre febrero de 1999 y enero de 2000, y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia, en un único motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, que articula en dos apartados diferentes, de un lado A) infracción del art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, y de otro B) infracción del art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 27.b.3 del Tercer Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia; argumentando, en esencia, que como quiera que el escrito de reclamación previa fue presentado en fecha 25.02.00, es claro que se había producido la prescripción de la acción en el periodo de tiempo anterior al 25.02.99, y que en todo caso, no concurrían los requisitos para percibir el plus de penosidad porque el trabajo del actor no conllevaba una penosidad añadida, sino que las funciones que realiza son inherentes a su categoría, y que la percepción simultánea de estos pluses solo es posible cuando concurren causas diferentes que fundamenten cada uno de ellos previa comprobación, medición y análisis de las condiciones y efectos objetivamente determinados para cada puesto concreto, no discutiéndose propiamente que le corresponda el plus de toxicidad y peligrosidad que ya viene percibiendo.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la supuesta prescripción en el periodo de tiempo

anterior al 25.02.99, no puede merecer favorable acogida, por cuanto el art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, es claro al respecto: "si la acción se ejercita para exigir prestaciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único que no pueden tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, es decir el "dies a quo", comienza en el momento en que la acción pudo ejercitarse, que no es otro que aquél, en que el actor conoce que por la empresa no se le paga el plus solicitado", por lo que si la nómina de febrero de 1999 no se abona hasta el 28 de dicho mes, es evidente que hasta dicho abono el trabajador no sabe si la Consellería la paga o no correctamente, ya que la retribución es de devengo mensual y no diario.

TERCERO.- Por lo que respecta a la supuesta infracción de los arts. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, y 27.b).3 del tercero Convenio Colectivo Único para e Personal Laboral de la Xunta de Galicia, merece igual rechazo, pues, el precepto convencional citado, establece: peligrosidad, toxicidad y penosidad: estos complementos salariales, de naturaleza funcional y ocasional, solo se derivarán de las características especiales de un determinado puesto de trabajo, medidas objetivamente. En consecuencia, tendrán necesariamente su causa en el reconocimiento expreso de la autoridad laboral competente, luego del informe del Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo".

Partiendo del inalterado relato histórico de la sentencia recurrida, consta: a) que el actor venía prestando servicios como personal laboral adscrito al Ministerio de Justicia, con categoría profesional de Mozo de Autopsia y percibiendo un salario mensual de 153.000.- pts, b) que con fecha 01.01.95 fue transferido del Ministerio de Justicia e Interior a la Xunta de Galicia, siendo su centro de trabajo el Decanato de Primera Instancia e Instrucción de Orense, c) las funciones que realiza el actor consisten en las siguientes: 1º) traslado de los cadáveres a los que se va a realizar la autopsia, a efectos de averiguar las causas de la muerte, la cual se practica por regla general, antes del enterramiento, pero, a veces en restos exhumados, en avanzado estado de descomposición; 2º) realización de funciones auxiliares, durante la autopsia, operación que consiste en la abertura y examen de un cadáver mediante la apertura de la pared de las cuatro cavidades: tórax, abdomen, cráneo y raquis, para poner al descubierto los órganos que contiene; 3º) toma de muestras y extracción de órganos para que los médicos forenses realicen el examen de los mismos; 4º) una vez finalizada la autopsia, adecentar el cadáver para la entrega a los familiares; 5º) preparación y posterior limpieza del instrumental. Para la conservación de órganos y limpieza (desinfección del instrumental) se utiliza básicamente, formol (formaldehido). Los locales donde se realizan las autopsias, cuentan con sistema de ventilación de aire acondicionado, careciendo de un sistema de extracción localizada, y de ventilación natural. Se realizan unas 5 ó 6 autopsias por semana, y el tiempo medio por autopsia es de tres cuartos de hora a 4 horas.

A la vista del incombatido relato fáctico de hechos probados que se sustenta en el informe emitido por la Inspección de Trabajo (Centro de Seguridad e Higiene de Orense), se pone de relieve unas condiciones excepcionalmente penosas en la normal realización de las tareas propias del puesto de trabajo desarrollado por el demandante en relación con los restantes trabajadores de su mismo grupo y categoría (grupo 5º categoría 13), que no trabajan con cadáveres y de otra parte está expuesto a la acción de microorganismos y bacterias que intervienen en el proceso biológico de putrefacción, al auxiliar en la realización de las autopsias; igualmente toma muestras y extracción de órganos, prepara y limpia el instrumental y todo ello implica un riesgo de contagio de enfermedades, riesgo de infecciones, alergias, cortes, etc, que dan lugar a la percepción de los pluses de peligrosidad y toxicidad.

Ciertamente, en esta vía de recurso, la Consellería demandada no combate propiamente el plus de toxicidad, ni de peligrosidad (que ya viene percibiendo), por lo que la contienda queda reducida al de penosidad, y el reconocimiento de este plus, también procede, por cuanto la actividad que desarrolla el solicitante es mas dificultosa y laboriosa de lo normal, existiendo un evidente riesgo sobreañadido de contacto, aunque se adopten medidas de seguridad apropiadas, concurriendo así causas diferentes que permiten fundamentar de forma autónoma cada plus, de ahí que proceda la percepción simultánea de los mismos. Además del relato de probanzas de la sentencia recurrida, se desprende que el actor venía percibiendo el plus de toxicidad y peligrosidad antes de ser traspasado a esta Comunidad Autónoma (en igual sentido sentencia de esta Sala de 26.10.01, rec. 3.120/98). 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 debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E R. LABORAIS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de Ourense, de fecha dieciocho de mayo de dos mil, dictada en autos núm. 182/00, seguidos a instancia de don J.R.B.L., contra Consellería recurrente, sobre PLUS DE PENOSIDAD, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3682 Recurso núm. 3.680/03

S.S. DESPEDIMENTO NULO, AO SER DECRETADO COMO REPRESALIA POR EXERCITAR ACCIÓNS XUDICIAIS O TRABALLADOR CONTRA O EMPRESARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a trece de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3680/03 interpuesto por empresa "J., 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 N.J.R.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandada "J., S.L." y siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 61/03 sentencia con fecha catorce de marzo del dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- El actor, don N.J.R.G., venía prestando servicios como encargado, para la empresa "J., S.L.", con una antigüedad reconocida de 17 de junio de 1998, como consecuencia de haberse subrogado la citada empresa, en el contrato que el demandante mantenía en vigor con "E., S.A." 2.- El día 9 de septiembre de 2002 la empresa demandada le comunica al actor, verbalmente, que en lo sucesivo pasará a desempeñar funciones de jardinero, encomendándose las tareas de encargado a don A.M.M. 3.- No conforme con la anterior decisión empresarial, el demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, con el propósito de que "J., S.L." se aviniese a reconocer la improcedencia de dicha decisión. Celebrado el acto conciliatorio en fecha 15 de Octubre, la representante de la empresa reconoció la "irregularidad" de la modificación impuesta, comprometiéndose a restituir a don N., a partir del día 16 de octubre, en las funciones de encargado que venía realizando. 4.- El día 6 de noviembre de 2002, el demandante recibe de la empresa una nueva comunicación, del siguiente tenor literal: "La dirección de la empresa le comunica que dada la situación actual de la empresa y la urgencia de los trabajos a realizar deberá colaborar con el resto del personal en los próximos días y hasta nuevo aviso en las labores de desbroce y jardinería. Le informamos igualmente que dada su falta de comunicación con ésta empresa se ha procedido a nombrar como Encargado General de las empresas "J., S.L." y X. a don A.M.M. Esta persona será el vínculo entre la empresa, usted y su equipo de trabajo, a quien deberá comunicarle cualquier cuestión relacionada con su equipo así como la entrega de la documentación relativa a la empresa. Asimismo don A.M.M. coordinará y supervisará los trabajos a realizar en las empresas y comunicará la organización de los mismos". 5.- Al recibir la anterior comunicación, el demandante presentó escrito por el que solicitaba la ejecución del acto conciliatorio celebrado el 15.10.02; dicho escrito fue repartido a éste Juzgado, que previa comparecencia a la que asistieron ambas partes, resolvió sobre la petición del ejecutante mediante Auto de 4 de diciembre de 2002, por el que se acordaba "Requerir a la empresa "J., S.L." en la persona de su representante legal, para que repusiera a don N.J.R.G. en las funciones propias de encargado, bajo apercibimiento de adoptar, en su caso, las medidas previstas en el art. 239.2 de la L.P.L. 6.- Consta en autos una comunicación de fecha 06.11.02, dirigida al demandante, pero en la que no aparece su firma bajo el "recibí", sino la de

otras personas. En dicha carta se relatan diversas reclamaciones relacionadas con trabajos de jardinería realizados por la empresa y se apercibe al destinatario para que "enmiende su actitud y corrija su comportamiento profesional", con advertencia de imponerle una sanción en caso contrario. (Prueba documental parte demandada). 7.- En fecha 13 de enero de 2003, el actor recibió una carta con el siguiente contenido: "La dirección de la empresa se ve en situación de tener que comunicarle el despido disciplinario de su puesto de trabajo con efectos del 14 de enero de 2003, al amparo de lo establecido en el artículo 54.1.2 letra d) y e) conductas por usted adoptadas en relación a la prestación de sus servicios laborales para esa compañía, al haberse comprobado, por sus superiores jerárquicos y por los propios clientes, que tales actuaciones conllevan muy graves incumplimientos contractuales que la empresa no puede tolerar por más tiempo, y que tienen que ver sobre todo, con la falta de profesionalidad debida, falta de voluntad para realizar las funciones y cometidos para y por los cuales fue contratado, adoptando una actitud de pasividad y bajo rendimiento injustificado, en relación con la tareas diariamente encomendadas y todo ello, en la forma que a continuación se expone (a modo enunciativo, sin ánimo de exclusividad): 1. Se han recibido reiteradas quejas en relación con las funciones laborales que usted viene prestando para la empresa en las instalaciones del Cuartel General del Arsenal de Ferrol, debido a su escaso rendimiento y mala actuación profesional. Dichas quejas van acompañadas de serias advertencias de penalizar a esta empresa por la mala atención ofrecida. 2. No ha hecho llegar a la empresa los partes de baja, comunicaciones de faltas de asistencia de los trabajadores pertenecientes a su grupo de trabajo. Asimismo, debemos de referirnos a su comportamiento y actitud hacia otros compañeros de trabajo que ha originado mal ambiente laboral al ser habituales sus comentarios, manifestaciones y críticas negativas sobre y en contra de los mismos. 4. No respeta las ordenes e indicaciones de sus superiores dentro de la empresa. Los hechos expuestos, ponen de manifiesto un claro ejemplo de grave incumplimiento de sus deberes laborales básicos, causando serios perjuicios a la empresa, al dañar su imagen y la calidad del servicio prestado. Es por lo expuesto, por lo que la dirección de la empresa en el ejercicio de la potestad sancionadora que le otorga el ordenamiento jurídico vigente, considera los hechos relatados anteriormente constitutivos de Falta Muy Grave atendiendo a las circunstancias específicas que concurren en éste supuesto; siendo encuadrable tales actuaciones en lo dispuesto en el art. 54.2 letras d) y e) del Estatuto de los Trabajadores y sancionables con despido a tenor de lo dispuesto en el número 1 del referido artículo 54 del E.T. así como en el Convenio Colectivo aplicable. Por todo lo anteriormente expuesto, nos vemos en la necesidad de tener que dirigirnos a usted mediante la presente para comunicarle la decisión de la empresa de imponerle la sanción consistente en despido con efectos del día 14 de enero de 2003. Está a su disposición la correspondiente liquidación" 8.- En fecha 16 de enero de 2003, el demandante recibió nueva carta de la empresa, de 15.01.03, con el siguiente contenido: "A medio de la presente le comunicamos que esta empresa reconoce la improcedencia del despido que le fue notificado por la misma el pasado día 14 de enero, con efectos de ese mismo día. Y que haciendo uso del derecho que corresponde al empresario de acuerdo con el artículo 56 del estatuto de los trabajadores procede a optar por indemnizarle, haciéndole saber que se encuentra a su disposición, depositado en el Banco B. en la cuenta de Decanato nº …, la cantidad correspondiente a la indemnización que equivale a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, que asciende a la suma de 7.892,21 euros. 9.- El demandante inició un período de incapacidad temporal, derivada de accidente laboral, el 27 de noviembre de 2002, situación en la que permanecía en la fecha en que le fue comunicado el despido. 10.- Don N.J.R.G. percibía un salario de 1.031,24 euros, incluida la prorrata de pagas extras; y no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores. 11.- El 7 de febrero de 2003 se celebró el preceptivo acto de conciliación, en virtud de la papeleta presentada por el demandante el día 23 de enero en reclamación por despido. Dicho acto concluyó sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la pretensión principal de la demanda formulada por don N.J.R.G. contra "J., S.L." debo declarar y declaro nulo el despido objeto de este proceso, condenando a la empresa demandada a que readmita inmediatamente al actor en el puesto de trabajo que venía desempeñando en las mismas condiciones anteriores al despido, y al

abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de 34,37 euros diarios, descontando los correspondientes a los días en que el actor hubiera estado en situación de incapacidad temporal."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, en su pretensión principal, declara la nulidad de su despido y condena a la empresa demandada "J., S.L."., a que de forma inmediata proceda a readmitirlo en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar. Decisión ésta contra la que recurre la empresa demandada articulando un solo motivo de Suplicación (aunque subdividido en seis apartados), al amparo del art. 191.c) de la LPL, dedicado al examen de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, a través del cual denuncia infracción de los artículos 5.a) y f) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 108.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. En los distintos apartados del recurso, la parte recurrente muestra su disconformidad con el contenido de la sentencia, analizando, según su particular versión, la prueba practicada en el acto de juicio. El recurso cuestiona la declaración de nulidad que del despido del actor declara la sentencia de instancia, afirmando que la conducta del actor, como hecho sancionable no resulta descabella ni desmesurada, acreditándose con la prueba practicada que la actuación de la empresa ha sido extraña a todo propósito de represalia, y que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Es doctrina del Tribunal Constitucional, 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, doctrina que se inicia con la Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre (RTC 1981, 38) y que continúa, entre otras, con las de SSTC 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 47/1985, 94/1984 y la más reciente de 30 de enero de 2003 (RTC 17/2003), 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).

En el caso presente, dicha doctrina Constitucional es de plena aplicación porque la decisión de despido del actor adoptada por la empresa no obedeció a motivaciones propiamente disciplinarias, sino como represalia por el ejercicio de acciones judiciales, tal como acertadamente se razona en la Sentencia recurrida. En efecto, a la vista de la secuencia de hechos probados, resulta que el 9 de septiembre de 2002 la empresa demandada le comunica al actor, verbalmente, su cese como

encargado y que en lo sucesivo realice funcione de jardinero, encomendando las funciones de encargado a otra persona. Disconforme con esta decisión empresarial, el actor presenta papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto conciliatorio el día 15 de octubre siguiente, y en dicho acto la representación de la empresa reconoce la irregularidad de la modificación de las condiciones de trabajo adoptada, comprometiéndose a restituir al actor en las funciones de encargado que con anterioridad venía realizando. Días después, concretamente el 6 de noviembre de 2002, la empresa adopta la misma decisión anterior, pero ahora se lo comunica por escrito al trabajador demandante, quien presenta escrito en el Juzgado solicitando la ejecución de lo acordado en el acto de conciliación anteriormente referido, y el Juzgado de lo Social, resolviendo la petición del ejecutante, dicta Auto de fecha 4 de diciembre de 2002, en el que acuerda "Requerir a la empresa "J., S.L.", en la persona de su representante legal, para que reponga al actor en las funciones propias de encargado...". Notificada esta resolución a la empresa, a los pocos días, concretamente el 13 de enero de 2003, remite carta de despido al trabajador demandante imputándole una serie de incumplimientos que no han resultado acreditados. Es más, el 16 de enero de 2003 la empresa remite comunicación escrita al trabajador, reconociendo la improcedencia del despido, optando por la indemnización, haciéndole saber que se encontraba a su disposición la cantidad correspondiente a la indemnización por importe de 7.892,21 euros. Pese a tal declaración empresarial (de reconocimiento de la improcedencia del despido), en el acto de juicio la empresa sostuvo la procedencia del cese fundada en supuestos incumplimientos del trabajador, tratando de acreditar la veracidad de los hechos relatados en la carta de despido de 13 de enero de 2003, pero la juzgadora "a quo" valorando en conciencia la prueba practicada, documental y testifical, y tras unos razonamientos muy precisos y coherentes con lo declarado probado, llega a la conclusión de que ninguno de los hechos imputados al trabajador es cierto.

De lo anterior la Sala, de conformidad con el criterio sustentado por la juzgadora "a quo", concluye que existe causa suficiente para decretar la nulidad del despido del actor al amparo del art. 55.5 y 17 ET y 14 y 24 de la CE. Al efecto: A) La empresa sanciona al actor con despido tras la reclamación formulada por éste sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y tras serle notificada resolución judicial que le imponía la reposición del actor en sus funciones de encargado. B) La decisión disciplinaria que respecto del actor adoptó la empresa se fundó expresamente en una imputación de conductas ficticias, con el fin de servir de soporte y justificación a la decisión de cese empresarial. C) La realidad probada finalmente acerca de dichas imputaciones, revela motivaciones extrañas a la conducta laboral del trabajador. En efecto, se imputaba al actor, entre otras causas, haber recibido la empresa quejas en relación con las funciones laborales propias del cometido del demandante, pero dichas reclamaciones se refieren a los meses de octubre y noviembre de 2001, y con independencia de su prescripción, resulta que esas comunicaciones presentan un "recibí" suscrito por persona distinta del actor. Otra comunicación de queja corresponde al mes de octubre de 2002, pero ninguna responsabilidad puede atribuirse al demandante, porque la empresa le había retirado las funciones de encargado en el mes de septiembre encomendándoselas a otra persona, en concreto a don A.M.M., y, D) Resulta que a los dos días de remisión de la carta de cese al actor, la empresa le envía comunicación escrita reconociendo la improcedencia del despido y poniendo a su disposición la indemnización correspondiente.

En suma, no se constata en este caso un ejercicio de la potestad disciplinaria de la empresa que obedezca a circunstancias de índole laboral, por conductas imputables al trabajador, sino que el cese acordado esta relacionado con móviles atentatorios a derechos fundamentales, siendo así que el principio de tutela judicial efectiva no sólo se infringe, impidiendo el acceso a la vía jurisdiccional, sino también cuando resulta vulnerada la denominada «garantía de indemnidad»; lo que significa, según el Tribunal Constitucional, que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para las personas que las protagonizan, y que en el ámbito de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 04.10.90 ó 18.01.93 [RTC 1993\7]), que es lo que se constata en este supuesto, al estimarse por la Sala que la decisión empresarial de cesar al actor, está íntimamente relacionada con la reclamación formulada sobre Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, lo que lleva a declarar la nulidad del despido

con la readmisión inmediata del trabajador demandante y abono de salarios desde la fecha del despido en los términos declarados por la Sentencia recurrida, que debe ser íntegramente confirmada y desestimado, consiguientemente, el recurso de la empresa, con las consecuencias previstas en los artículos 202 y 233 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por todo ello:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "J., S.L.", contra la sentencia de fecha catorce de marzo de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol en Autos nº 61/03, sobre reclamación por despido, en proceso promovido por el trabajador don N.J.R.G., frente a la citada empresa recurrente, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

3683 Recurso núm. 3.475/03

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO A CONSECUENCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE DO TRABALLADOR, QUE NON CONSTITÚE REPRESALIA DECRETADA POLO SINDICATO EMPREGADOR.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a quince de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.475/2003 interpuesto por TRAGSA Y TRAGSEGA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña Mª.E.T.L.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado TRAGSEGA Y TRAGSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 128/03 sentencia con fecha treinta y uno de marzo del dos mil tres 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 en autos doña Mª.E.T.L.S., cuyas circunstancias personales constan en autos, provista de DNI nº …. vino prestando servicios para la empresa demandada TRAGSEGA con la categoría profesional de Licenciada Veterinaria, con antigüedad de 04.06.01, salario bruto mensual de 1.715,35 €, incluída P.P. de Pagas extras, sin ostentar ni haber ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores. Segundo.- La relación laboral se inició el 04.06.01 con la empresa TRAGSA, a medio de contrato de trabajo de obra o servicio determinado, consistente en la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro del servicio determinado. Causando baja en la empresa el 31.12.01, el 07.01.02 se subscribe entre las mismas partes nuevo contrato de trabajo de obra o servicio determinado, previéndose que éste es la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la obra sanidad animal 2002 anualidad 2002, previéndose su extinción a la finalización de los indicados trabajos propios. Causa baja el 28.02.02. El 01.03.02 se subscribe nuevo contrato de trabajo en la misma modalidad temporal, esta vez con la empresa (filial de TRAGSA) TRAGSEGA, cuyo objeto es la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro del proyecto "realización de la asistencia técnica consistente en la realización de las Investigaciones Sanitarias y Trabajos de campo del programa de Sanidad Animal 2002", previéndose su extinción a la finalización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro del servicio objeto del contrato. Causa de baja por esta 3ª contratación el 19.07.02. El 20.07.02 se subscribe con TRAGSEGA nueva relación laboral temporal, siendo el objeto del servicio determinado pacto la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro del proyecto "Red de Alerta Sanitaria, Investigaciones Epidemiológicas y Control de Movimientos Pecuarios en Galicia, Anualidad 2002", contemplándose la extinción de la relación laboral con la finalización de los trabajos propios como Veterinaria dentro del indicado servicio.

Tercero.- Por carta de 12.12.02 se le comunica por la empresa que conforme a lo establecido en el art. 8.1 del R.D. 2.720/98, de 18 de diciembre, y a tenor de lo establecido en la cláusula 6ª de su contrato de trabajo, el próximo 31.12.02 causará baja en la empresa por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratada, a partir de la indicada fecha le será practicada la correspondiente liquidación y finiquito. El 31.12.02 causó baja en la empresa. Cuarto.- Presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC de Lugo el 24.01.03, celebrándose con data 10.02.03 el preceptivo acto de conciliación previa a la vía judicial social, concluyendo " intentado sen efecto". Se dedujo la demanda el 11.02.03, siendo repartida por turno a este Juzgado de lo Social con fecha de entrada de 12.02.03. Quinto.- La Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural da Xunta de Galicia ha encomendado los servicios siguientes realtivos a sanidad animal a las empresas públicas TRAGSA Y TRAGSEGA, para todo el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, Lugo provincia incluida: Año 2003: 1. prestación del servicio de asistencia para la realización de los trabaos de campo de las investigaciones sanitarias del programa de sanidad animal, por importe de 4.075.342 euros, contrato con la empresa TRAGSEGA. 2. Prestación del servicio de asistencia para procesado de muestras de campo, analítica laboratorial, realización de diagnósticos e informatización de los resultados, por importe de 2.345.300 euros, contratado con TRAGSEGA. Año 2002: 1. Prestación del servicio de investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002, por importe de 3.918.598 euros, contratado con TRAGSA, 2. Prestación del servicio de organización de la recogida de animales muertos en la explotación, transporte y eliminación, por importe de 532.458,79 euros, contratado con TRAGSA. 3. Realización de asistencia técnica para el diagnóstico de las EETs e informatización de los datos obtenidos, por importe de 271.150 euros, contratada con TRAGSA. 4. Realización de la asistencia técnica para la captación e informatización de datos de identificación bovina a nivel de explotación, por importe de 985.000 euros, contratado con TRAGSA. 5. Prestación del servicio de control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia, por importe de 639.229,35 euros, contratado con la empresa TRAGSA. 6. Prestación del servicio de asistencia para puesta en marcha de una red epidemiológica, por importe de 2.105.495,50 euros, contratado con la empresa TRAGSEGA. Todos ellos a realizar conforme el pliego de prescripciones técnicas, fijándose el plazo de ejecución hasta, respectivamente, 31.12.03 (año 2003) y 31.12.02 (año 2002). Sexto.- Dentro del servicio de investigación sanitaria y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002 están comprendidas entre otras actividades las siguientes. –Comprobación de la identificación ordenada conforme a la normativa vigente. -Anotación de las marcas de identidad y actualización del censo en las fichas de corte, donde se registra también la edad, raza, aptitud, sexo y se procede a la cumplimentación de las nóminas. -Tuberculinización, de acuerdo con las normas técnicas que marque la dirección de los trabajos. -Realización de los servicios necesarios para la ejecución control del movimiento pecuario. -Numeración de los tubos y posterior extracción de muestras de sangre, sus números correspondientes se anotarán en la ficha de corte, enviándose al laboratorio para su análisis. -Se cumplimentará la documentación necesaria para el traslado al matadero de los animales positivos. -Comprobación del libro de explotación. -La Consellería que encargó el citado servicio certifica a 19.08.02 que su realización por el GRUPO TRAGSA resultó o se hizo a plena conformidad, de acuerdo con el pliego de condiciones técnico-facultativas que regían su prestación, alcanzándose con plena satisfacción el objeto del contrato, por lo que el día 15.07.02 ya se tenían decepcionados de conformidad los trabajos previstos. Séptimo.- dentro del servicio relativo al control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia, encomendado a TRAGSEGA en julio de 2002, se comprendían: - Realización de probas sanitarias de diagnóstico de enfermedades animais.- Realización de anamnesis e de enquisas epizootiolóxicas consecutivas.- Realización de informes sobre a situación sanitaria das explotacions e sobre a aptitude sanitaria dos animais respecto as diversas enfermedades. – Realización de trabajos estadísticos e administrativos especialmente para os abores de seguimento sanitario das explotacións gandeiras respecto as diversas patologías das especies animais afectadas. – Labores de control, indagación e comprobación de todolos momentos de animais que pudieran ter contacto coas explotacions afectadas- Supervisión e control da realización da limpeza e desinfección dos vehículos utilizados para o transporte dos animais. Octavo.- TRAGSEGA, es

filial de TRAGSA, siendo la creación de aquélla autorizada por el Consejo de Ministros en reunión de 16.11.01 como sociedad estatal, y cuyas acciones corresponden a TRAGSA en el cien por cien. " GRUPO TRAGSA" y sus filiales según sus normativas reguladoras están obligadas a realizar los cometidos que se le encomienden por la Administración General del Estado, comunidades Autónomas y Organismos públicos dependientes, cometidos que deben estar definidos en proyectos, memorias u otros documentos técnicos y valorados en su correspondiente presupuesto; antes de formular el encargo se deben aprobar por la Administración todos los documentos y especialmente los presupuestarios y de control y aprobación del gasto. Sin subvención o presupuesto previo "TRAGSA" y sus filiales no pueden contratar personal. "TRAGSA" es una empresa pública cuyos accionistas lo son el Fondo Español de Garantía Agraria, la Dirección General de Patrimonio del Estado, junto con las Comunidades Autónomas de Cantabria, Castilla-La Mancha, Navarra y Madrid. Noveno.- Pese al objeto del último contrato de 20.07.02, lo cierto es que la demandante , además de las indicadas funciones, comprendidas dentro del objeto del servicio, realizó asimismo otras ajenas, así las relativas a la autorización sanitaria sobre animales de la especie bovina/ovina/caprina destinados a mataderos-certificación de su aptitud para sacrificio con destino al consumo humano.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña Mª.E.T.L.S., sobre despido, frente a las empresas GRUPO TRAGSA Y TRAGSEGA, debo declarar y declaro la improcedencia del mismo y, en su consecuencia, debo condenar y condeno a dichas empresas a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opten entre la readmisión de la trabajadora demandante o el abono a la misma, con carácter solidario, de una indemnización de CUATRO MIL TREINTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA Y SIETE CENTIMOS DE EURO (4.039,77 €), entendiéndose que de no optar en plazo por la readmisión o por la indemnización, procede la primera; y, además, en uno y otro caso, el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (31.12.02) hasta la de notificación de la sentencia, a razón de 57,18 € diarios de sueldo, y que hasta la fecha de la presente resolución incluida (91 días) ascienden a la suma de CINCO MIL DOSCIENTOS TRES EUROS CON TREINTA Y OCHO CENTIMOS DE EURO (5.203,38 €)."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara improcedente el despido de que la actora ha sido objeto el 31.12.02 al entender que se había producido un fraude de ley en la contratación. Frente a ella el demandado-condenado interpone recurso de suplicación y al amparo de art. 191c) de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 15.1 A) del Estatuto de los Trabajadores por considerar ajustada a derecho la extinción del contrato de la demandante por extinción de la campaña.

Además que la nueva empresa TRAGSEGA es una filial de TRAGSA y por tanto con idéntico régimen jurídico que ésta, el cual viene definido en la ley 66/97 de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en cuyo artículo 88 se recoge, entre otras cosas, que TRAGSA es un medio instrumental y servicio técnico de la administración; asimismo se establece que la empresa está obligada a realizar con carácter exclusivo, por si mismo o sus filiales los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes. También en el apartado seis se recoge que los importes de las tarifas de los trabajadores deberán ser objeto de aprobación por parte de la Administración competente.

Por ello TRAGSA y en particular, por lo que afecta al presente caso TRAGSEGA, están a la orden de la Administración y de las Comunidades Autónomas; que sus cometidos vienen impuestos por éstas mediante las correspondientes órdenes y que no puede haber orden, encomienda, ni trabajo a realizar, si previamente no existe la oportuna aprobación presupuestaria, de forma que sin presupuesto de la Administración, ni TRAGSA ni TRAGSEGA pueden acometer trabajo de clases alguna, excepto los de emergencia.

La sentencia de instancia declara probado que: la demandante prestó servicios como veterinario por cuenta y orden de la empresa grupo Tragsa, con un primer contrato desde el 04.06.01 hasta el 31.12.01 para obra o servicio determinado, consistente en la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la obra sanidad animal 2000, anualidad 2001.

El 07.01.02 se suscribe nuevo contrato entre las partes de las mismas características, previéndose su extinción a la realización de los indicados trabajos (anualidad 2002). Y causa baja el 28.02.02

El 01.03.02 se subscribe nuevo contrato de trabajo en la misma modalidad temporal, esta vez con la empresa (filial de TRAGSA) TRAGSEGA, cuyo objeto es la realización de los trabajos propios su especialidad y categoría dentro del proyecto "realización de la asistencia técnica consistente en la realización de las Investigaciones sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal", previéndose su extinción a (a finalización de los trabajos) propios de su especialidad y categoría dentro del servicio objeto del contrato Causa baja por esta contratación el 19.07.02.

El 20.07.02 se subscribe con TRAGSEGA nueva relación laboral temporal, siendo el objeto del servicio determinado pactado la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro del proyecto "Red de Alerta Sanitaria, Investigaciones epidemiológicas y Control de Movimientos Pecuarios en Galicia, anualidad 2002", contemplándose la extinción de la relación laboral con la finalización de los trabajos propios como Veterinaria dentro del indicado servicio.

Por carta de 12.12.02 se le comunica por la empresa que conforme a lo establecido en art. 8.1. del R.D. 2.720/98, de 18 de diciembre, y a tenor de lo establecido en la cláusula 6 de su contrato de trabajo, el próximo 31.12.02 causara baja en la empresa por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratada, a partir de la indicada fecha le será practicada la correspondiente liquidación y finiquito.

El 31.12.02 causó baja en la empresa.

Y además que: La Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural da Xunta de Galicia ha encomendado los servicios siguientes relativos a sanidad animal a las empresas públicas TRAGSA y TRAGSEGA, para todo el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, Lugo provincia incluida:

Año 2003

1. Prestación del servicio de asistencia para la realización de los trabajos de campo de las investigaciones sanitarias del programa de sanidad animal, por importe de 4.075.342 euros, contratado con la empresa TRAGSEGA.

2. Prestación del servicio de asistencia para procesado de muestras de campo, analítica laboratorial, realización de diagnósticos e informatización de los resultados, por importe de 2.345.300 Eur. contratado con TRAGSEGA.

Año 2002

1. Prestación del servicio de investigaciones sanitaria trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002, importe de 3.918.598 euros, contratado con TRAGSA,

2. Prestación del servicio de organización de la recogida de animales muertos en la explotación, transporte y eliminación, por importe de 532.458,79 euros, contratado con TRAGSA,

3. Realización de asistencia técnica para el diagnóstico de EETs e informatización de los datos obtenidos, por importe 271.150 euros, contratada con TRAGSA,

4. Realización de la asistencia técnica para la captación e informatización de datos de identificación bovina a nivel de explotación, por importe de 985.000 euros, contratado con TRAGSA,

5. Prestación del servicio de control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia, por importe de 639.229,35 euros, contratado con la empresa TRAGSA,

6. Prestación del servicio de asistencia para puesta en marcha de una red epidemiológica, por importe de 2.105.495,50 euros, contratado con la empresa TRAGSEGA etc.

SEGUNDO.- En orden a los requisitos del contrato temporal (tal y como se señaló en la sentencia de esta Sala de 03.03.03 y que recoge la sentencia de instancia) para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998 (18 de diciembre), la doctrina unificada —SSTS 19.03.02 Ar.5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida— ha indicado que son los

siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas»

Y la misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTS de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467,17.03.98 Ar.2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, por lo que es trascendente que se cumpla la previsión del art a) citado en orden la obligación de identificar en el contrato —con toda claridad y precisión— cuál sea la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican, pues —STS 26.03.96 Ar. 2.494— «si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han "determinado" previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado» (también SSTS 22.06.90 Ar. 5.507, 26.09.92 Ar. 6.816 y 21.09.93 Ar. 6.892). Y ello siquiera la forma escrita con inclusión de ese dato no constituya exigencia «ad solemnitatem», ni tampoco sea «iuris et de iure» la presunción que establece el Art. 9.1 RD 2.720/1998 para los incumplimientos formales, de manera que es destruible por prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal; más si la prueba fracasa el contrato deviene indefinido.

Tratándose de contratación por parte de la Administración Pública, si bien el Tribunal Supremo admite que se acoja a la modalidad contractual del Art. 15 ET, sin embargo ha precisado que «no es posible a las Administraciones Públicas eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y generadoras de derechos y obligaciones» (STS 05.07.99 Ar. 6.443). Y tal como expresa la STS 21.03.02 Ar. 5.990 —cuya doctrina reitera la sentencia de 10.04.02 Ar. 6.006— «no ha elevado pues esta Sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal, {...] aunque haya puesto en ocasiones un mayor énfasis en dicho dato, porque así lo exigía el planteamiento del debate concreto.

En el caso de autos, las demandadas son Sociedades Estatales constituidas precisamente para dar cumplimiento —entre otros— a los fines públicos relativos a servicios ganaderos y veterinarios propios de las Administraciones Públicas —estatal y autonómica—, hasta el punto de que cada «servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA». Y esa circunstancia determina que los citados criterios jurisprudenciales en todo caso serían aplicables a autos, mutatis mutandis; aparte de que —luego se verá— la referencia jurisprudencial incluso resulta del todo ociosa, tras la modificación del art. 52 ET operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

TERCERO.- Resulta de plena aplicación al caso lo que ha resuelto esta misma Sala en Sentencia dictada con fecha 28.02.03, Rec. 176/03, aunque en ella el recurrente fuera el propio demandante, por ser la sentencia desestimatoria. En dicha sentencia se considera la existencia de un despido improcedente en base a razones que a continuación exponemos, y que justifican la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

"Para justificar la válida extinción del vínculo laboral, las demandadas argumentan el agotamiento presupuestario y la finalización de la obra; para acreditar lo primero —de prueba específica inexistente— parecen remitirse a la segunda, basándose en la certificación de la Consellería—19.08.02— que tiene por cumplidos los objetivos del «Servicio de Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2000». Pero este planteamiento viene invalidado por los siguientes obstáculos:

a).- En primer lugar, que el contrato no se refiere para nada al agotamiento del presu-

puesto habilitante como causa extintiva, sino —pura y simplemente— a la «finalización de tos trabajos de su especialidad y categoría», con lo que en autos se estaría aduciendo —de forma improcedente— un motivo de extinción no previsto por las partes al contratar.

b).- En segundo término, que tal causa tampoco fue la invocada en la carta de cese, sino que la misma refiere tan sólo la indicada «finalización» de los trabajos para los que había sido contratada, y no hay que olvidar que en sede judicial está vedado alegar cualquier otro motivo de oposición a la demanda que previamente no se haya indicado en la carta, conforme inequívocamente prescribe el art. 105.2 LPL, al objeto de evitar censurable indefensión para la parte demandante.

c).- El anterior resumen que se ha hecho de las actividades de las Empresas demandadas para la Consellería pone de manifiesto que para ésta y para la propia TRAGSEGA son perfectamente diferenciables el «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» (presupuesto de 3.918.598 euros) y los que se denominan «aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio» (presupuesto de 549.781.062 pesetas), «control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia» (por importe presupuestado de 639.229,35 euros) y «asistencia técnica en acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio», pareciendo que aquella actividad que motivó la contratación de la actora bien pudiera ser lo que en su memoria de abril de 2000 TRAGSEGA denomina —diferenciándolo expresamente del Programa de Sanidad Animal— «asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero» (presupuesto de 601.012,10 euros). Y al tener cada una de ellas respectiva Orden de realización a TRAGSA, memoria-presupuesto.y pliego de condiciones, es claro que el certificado de finalización relativo al «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» no puede trascender —hacerse extensivo— a lo que en el contrato se califica como «Asistencia Técnica … Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio», y que parece corresponderse con «la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero», pero que en todo caso es diverso —lo evidencia la propia denominación oficial— al citado programa anual de Sanidad Animal.

d).- Asimismo quiere la Sala resaltar que a nuestro juicio las de mandadas se encuentran en el dilema —en su sentido propio de alternativa de dos términos con idéntica consecuencia— de que si pretenden justificar el cese de la trabajadora por la finalización del programa genérico de sanidad anual, en este caso no aparece justificada la sustantividad de su contratación y el vínculo así constituido sería indefinido, con resultado de estimar la demanda y calificar el cese como despido improcedente; y si admiten la causa «autónoma» que en el contrato se especifica, esa sustantividad —con Orden y presupuesto propio, como en todas las otras actividades específicas, según hemos visto— legitimaría ciertamente la contratación, pero obligaría a acreditar la finalización de la obra singular pactada, y para tal supuesto no sería ya argumentable el cumplimiento de los objetivos del genérico Plan de Sanidad Animal, de forma que habría de llegarse a la misma consecuencia de entender que concurre despido improcedente y que haya de estimarse la demanda. Y finalmente,

e).- Se ha de poner de manifiesto que aún para el supuesto de que se admitiese el agotamiento de una dotación presupuestaria de la que nada consta —dato irrelevante, según veremos—, en todo caso la extinción del contrato de la demandante en 31.12.02 sería de por sí injustificada con arreglo a la doctrina unificada que más arriba se ha citado, una vez que el objeto del contrato constituye una actividad permanente y ordinaria de la Administración, hasta el punto de que sin solución de continuidad tras la extinción del contrato de la accionante —junto con otros Veterinarios más se presupuesta y ordena a TRAGSEGA la realización de idéntico cometido, dando lugar a la contratación de nuevos profesionales de la Veterinaria y entre ellos muchos de los cesados junto con la accionante.

Y en tal contexto de actividad ordinaria de la Administración — actuando a través de sociedad estatal, pero asumiendo como propia la gestión— y con mayor motivo mediando contrataciones sin solución de continuidad, en todo caso sería de aplicación la jurisprudencia a que hemos hecho referencia; incluso aunque el contrato hubiese estado vinculado formalmente a un determinado presupuesto, ya agotado a la fecha del cese...”

CUARTO.- Estas consideraciones son traspolables al caso ahora enjuiciado, no apareciendo la extinción contractual invocada por finalización de los trabajos objeto del contrato como causa de extinción del mismo; por lo

que procede, pues, confirmar la declaración de la existencia de un despido improcedente en la extinción contractual operada el día 31.12.02; a la que le resulta de aplicación el art. 56 ET. desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no vulnera la normativa, que por la parte recurrente se invoca, procede, previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

Procede declarar la pérdida del depósito constituido para recurrir. Se imponen las costas al recurrente condenándole al abono de los honorarios del letrado impugnante del recurso en cuantía de 300 Euros. Respecto de los aseguramientos prestados manténgase los mismos hasta el cumplimiento de la resolución recurrida o en ejecución de sentencia se acuerde lo procedente.

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por TRAGSA, contra la sentencia de fecha 31.03.03, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, en el Procedimiento nº 128-03 sobre despido, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia.

3684 Recurso núm. 3.547/00

S.S. CONTRATACIÓN TEMPORAL NA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. FRAUDE DE LEI. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO INDEFINIDO E FIXO DE CADRO DE PERSOAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a quince de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.547/00 interpuesto por CONSORCIO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA 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 don J.L.G.L. en reclamación de FIJEZA LABORAL siendo demandado CONSORCIO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 46/2000 sentencia con fecha diecinueve de abril del dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- El actor, mayor de edad suscribió en fecha 11 de enero de 1993 con el Consorcio de la Ciudad de Santiago contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo al amparo del Real Decreto 1.989/1984, de 17 de octubre, para la prestación de servicios como Ujier, con idéntica Categoría Profesional, en jornada de 40 horas semanales, de lunes a viernes y por término de un año, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fechas 11 de enero de 1994 y once de enero de 1995. En fecha 24 de noviembre de 1995 y sin que hubiera finalizado el término contractual, el Presidente del Consejo de Administración del Consorcio de la ciudad de Santiago acordó reconvertir el contrato del actor en contrato por obra o servicio, suscribiéndose el mismo en fecha quince de diciembre de 1995, al amparo del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, para la prestación de servicios como Ujier, con idéntica categoría profesional y teniendo por objeto el contrato el servicio de mantenimiento y ujier en el Consorcio de la Ciudad de Santiago, bajo cuya modalidad contractual continúa en la prestación de servicios. 2.- Que por Real Decreto 260/1991, de 1 de marzo, se aprobó la Organización del Real Patronato de la Ciudad de Santiago de Compostela, teniendo por misión promover y coordinar todas aquellas acciones que deban realizar en Santiago de Compostela las Administraciones y Entidades que lo componen, dirigidas a la preservación y revitalización del patrimonio cultural representado por la ciudad de Santiago, en sus aspectos histórico-artísticos y arquitectónicos, a la difusión de los valores europeístas y al desarrollo y potenciación de las actividades turísticas y culturales vinculadas al itinerario jacobeo, teniendo como atribuciones específicas: a) Promover la ejecución de obras e instalaciones en general, así como la construcción y

establecimiento de medios adecuados de transportes urbanos e interurbanos relacionados con los objetivos del Patronato; b) impulsar la coordinación de las inversiones que se proyecten por las Administraciones Central, Autonómica y Local, para la realización de las obras, servicios e instalaciones antes referidas; c) promocionar iniciativas y proyectos culturales dirigidos a la potenciación de la Ciudad de Compostela En su condición de lugar de encuentro europeo. 3.- Que para la coordinación institucional derivada de las atribuciones del citado Patronato se constituyó un Consorcio de Titularidad municipal, cuyos Estatutos se aprobaron en reunión constitutiva celebrada el 28 de abril de 1992 y se publicaron en el B.O.E. de 30 de marzo de 1993, siendo modificados por Acuerdos del Consejo de Administración de 11 de mayo de 1998 y 7 de septiembre de 1998, publicados en el. B.O.P. de A Coruña de 22 de diciembre de 1999 y su Reglamento Orgánico se publicó en el. B.O.E. de 23 de julio de 1993. 4.- Que en reunión del Consejo de Administración del Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela celebrada el 3 de diciembre de 1998 se aprobó la Definición de Puestos de Trabajo, con aprobación de una plantilla de personal mínima para atender adecuadamente las necesidades técnicas y administrativas que la actividad del Consorcio plantea, incluyéndose el puesto de trabajo y las funciones que el actor viene desempeñando. 5.- Que el actor percibe un salario mensual de ciento ochenta y cinco mil quinientas siete pesetas (185.507 ptas.) con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. 6.- Que para la contratación del actor se efectuó un previo proceso de selección, aprobado por el Consejo de administración en fecha 2 de noviembre de 1992. 7.- Que en fecha 25 de noviembre de 1999 el actor presentó reclamación previa solicitando la declaración de la relación laboral como indefinida, siendo desestimada por resolución de fecha 23 de diciembre de 1999

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por don J.L.G.L. contra el Consorcio de Santiago de Compostela, debo de declarar y declaro que el actor se encuentra vinculado con la entidad demandada mediante una relación laboral de carácter indefinido desde el día once de enero de mil novecientos noventa y tres, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración a los efectos legales pertinentes."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte CONSORCIO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA 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 que el actor se halla vinculada por una relación laboral de carácter indefinido con el CONSORCIO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA desde el día 11 de enero de 1993, condenando a la citada Entidad a estar y pasar por esta declaración. Frente a este pronunciamiento se interpone recurso por la representación letrada del Consorcio demandado, al objeto de obtener su revocación, de que se desestime la demanda y se absuelva de las pretensiones deducidas en la misma a la citada parte recurrente, formula al efecto por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral dos motivos de Suplicación, dedicados ambos al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En el motivo inicial destinado a censura jurídica, la parte recurrente denuncia infracción, por aplicación indebida o interpretación errónea, del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en esencia, que la contratación del actor no es fraudulenta, por lo que no procede la declaración de laboral indefinido. Que los contratos laborales suscritos tienen carácter temporal, como temporales son las funciones para las que el trabajador fue contratado. Que el Consorcio como ente instrumental no ejerce competencias propias sino que su actividad depende en todo momento de lo que se le encomiende por las Administraciones Públicas que lo crearon y defiende la modalidad contractual empleada de obra o servicio determinado. Y en el segundo de los motivos de Suplicación, denuncia infracción de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución, así como infracción de los artículos 19 y 15.1 de la Ley 30/1984 y del Título Segundo del Real Decreto 364/1995. Se alega en este motivo, en síntesis, que la sentencia no reconoce un carácter indefinido a la relación laboral, sino un carácter fijo, lo que resulta de todo punto inadmisible en base a la legislación citada y a la jurisprudencia que la interpreta, citando la STS de 20 de enero de

1.998 (RJ 1998/1.000) que transcribe parcialmente, y termina señalando que el pretendido carácter indefinido de la relación laboral supone que el trabajador consolida, 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.

Partiendo del incombatido relato de hechos probados, cabe destacar a los fines discutidos en la presente "litis": A) Que el demandante viene prestando servicios desde el 11 de enero de 1993 para el CONSORCIO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, con la categoría profesional de Ujier. B).- Que la relación laboral se inició en virtud de contrato de trabajo suscrito bajo la modalidad de fomento del empleo, al amparo del RD 1.989/1984, con una duración inicial de un año, contrato que fue objeto de dos prórrogas de igual duración, fijándose como vencimiento de la primera el 11.01.95 y el 11.01.96 el de la segunda. C).- Vigente la segunda prórroga, y, consiguientemente, antes de haber finalizado el contrato anterior, en fecha 15 de diciembre de 1995 las partes suscriben un segundo contrato bajo la modalidad de obra o servicio determinado al amparo del RD 2.546/1994, estipulándose en relación con la obra a realizar: "servicio de mantenimiento y ujier en el Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela". D).- Las funciones que ha venido realizando el actor desde el inicio de la relación laboral no han sufrido variación alguna, continuando en la actualidad. E).- Que por Real Decreto 260/1991 de 1 de marzo se aprobó la Organización del Real Patronato de la Ciudad de Santiago de Compostela, teniendo por misión promover y coordinar todas aquellas acciones que deban realizar en Santiago de Compostela las Administraciones y Entidades que lo componen, dirigidas a la preservación y revitalización del patrimonio cultural representado por la ciudad de Santiago, en sus aspectos histórico-artísticos y arquitectónicos, a la difusión de los valores europeístas y al desarrollo y potenciación de las actividades turísticas y culturales vinculadas al itinerario jacobeo, teniendo como atribuciones específicas: a) Promover la ejecución de obras e instalaciones en general, así como la construcción y establecimiento de medios adecuados de transportes urbanos e interurbanos relacionados con los objetivos del Patronato; b) impulsar la coordinación de las inversiones que se proyecten por las Administraciones Central, Autonómica y Local, para la realización de las obras, servicios e instalaciones antes referidas; c) promocionar iniciativas y proyectos culturales dirigidos a la potenciación de la Ciudad de Compostela en su condición de lugar de encuentro europeo.

TERCERO.- Que para la coordinación institucional derivada de las atribuciones del citado Patronato se constituyó un Consorcio de Titularidad municipal, cuyos Estatutos se aprobaron en reunión constitutiva celebrada el 28 de abril de 1992 y se publicaron en el B.O.E. de 30 de marzo de 1993, siendo modificados por Acuerdos del Consejo de Administración e 11 de mayo de 1998 y 7 de septiembre de 1998, publicados en el B.O.P. de A Coruña de 22 de diciembre de 1999 y su Reglamento Orgánico se publicó en el B.O.E. de 23 de julio de 1993. Y, F).- Que en Reunión del Consejo de Administración del Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela celebrada el 3 de diciembre de 1998 se aprobó la Definición de Puestos de Trabajo, con aprobación de una plantilla de personal mímica para atender adecuadamente las necesidades técnicas y administrativas que la actividad del Consorcio plantea, incluyéndose el puesto de trabajo y las funciones que la actora viene desempeñando.

Así pues, a la vista de las circunstancias fácticas que se dejan expuestas, la cuestión a dilucidar consiste en determinar si puede tener éxito la pretensión del trabajador demandante de que se declare su condición de personal vinculado con el CONSORCIO demandado por una relación laboral indefinida, tal como declaró la sentencia recurrida; o si, por el contrario, al no existir fraude ni irregularidad alguna en la contratación de la actora, según la tesis que sostiene el Consorcio recurrente, no procedería dicha declaración.

El recurso del Consorcio no puede prosperar, tal como ya resolvió esta Sala en supuestos precedentes enjuiciando cuestión similar a la que se ventila en el presente recurso (Sentencias de fecha 9, 15 y 17 de julio de 2003, Rec. 3.224/00, 3.228/00 y 3.463/00, respectivamente), ya que es criterio jurisprudencial reiterado que son por tiempo indefinido aquellos contratos que en su concertación, desarrollo y duración no cumplen los requisitos que configuran la modalidad contractual empleada, y que se celebren con evidente fraude de ley. Y esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al presente supuesto, porque según resulta del relato fáctico, el trabajador demandante vino prestando la misma actividad desde el inicio de la relación laboral en el año 1993 a través de distintas modalidades contractuales, inicialmente bajo la modali-

dad de un contrato para el fomento del empleo, y vigente éste, se concierta una segunda contratación para obra o servicio determinado, para desarrollar el mismo trabajo, sin especificar la sustantividad de la obra adecuadamente, incumpliendo la empleadora contratante lo dispuesto en el artículo 2.2 a) del RD 2.546/1994 que exige que en este contrato se especifique con precisión y claridad el carácter de la contratación, debiendo identificarse suficientemente la obra o el servicio que constituya su objeto, ya que esta modalidad contractual, no solo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y tenga sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, sino que es preciso identificar suficientemente la obra y el servicio. Y en el presente caso, no quedó acreditada la naturaleza incierta de la obra o el servicio, sino al contrario, tal como acertadamente se razona en la sentencia recurrida, la contratación obedeció a necesidades reales y permanentes de la Institución demandada, sin que la realización de los trabajos o funciones tenga límite temporal alguno, consecuentemente, si las tareas que presta la actora forman parte esencial y permanente de las labores a desarrollar por el Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela, Institución con personalidad jurídica propia, con plena capacidad de obrar, el fraude en la contratación es evidente, siendo así que el Consejo de Administración del Consorcio recurrente, en reunión celebrada el día 3 de diciembre de 1998 aprobó la definición de los Puestos de Trabajo (hecho probado cuarto), con aprobación de una plantilla de personal mínima para atender las necesidades técnicas y administrativas que la actividad del Consorcio plantea, incluyendo el puesto de trabajo y las funciones que el actor viene desempeñando, y ello constituye un dato esencial de que la contratación del actor lo fue para cubrir necesidades permanentes de la Institución demandada, cuyo carácter temporal no consta –a pesar de lo que se afirma en el recurso-, sino que en el Preámbulo de sus Estatutos se alude al "carácter permanente de las necesidades que requieren el esfuerzo público combinado…..que justifican sobradamente la concepción y el diseño del Consorcio". En todo caso, una supuesta temporalidad del Consorcio y sus fines, no supone la transformación de una relación laboral que ya era indefinida desde su inicio –por fraude de ley en la contratación- en otra de naturaleza temporal.

Este proceder en la contratación del CONSORCIO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO supone una clara actuación en fraude de ley, de conformidad con los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, si bien estas irregularidades cometidas en la contratación laboral, no implican la atribución de una relación laboral fija, como personal de plantilla, pero sí cabe efectuar la declaración de personal vinculado por una relación laboral indefinida, tal como se solicita en la demanda y se reconoce por la sentencia recurrida. Y si bien es cierto que a partir de la sentencia del TS de 18.03.91 (RJ 1991, 1.875) la doctrina de la Sala IV… "se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza". Sin embargo, a partir de la sentencia de 07.10.96 (RJ 1996, 7.492) se matiza dicha doctrina jurisprudencial y, en especial, en lo relativo a la expresión "adquisición de la fijeza", estableciéndose que "la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido".

Y en la sentencia del Alto Tribunal de 20.01.98 (Ar. 1.000) –que se cita en el recurso- se examina, nuevamente, la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla, señalándose 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". Añadiéndose que "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 reglamentaria procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

Así pues, de dicha doctrina jurisprudencial se desprende que cuando se concierta un contrato temporal en fraude de ley, dándose la conculcación de normas legales, la rela-

ción laboral deviene en indefinida, y no fija de plantilla. Por todo ello, la Sala considera que la sentencia de instancia es ajustada a la doctrina jurisprudencial citada, por lo que procede la desestimación del recurso del CONSORCIO demandado y la consiguiente confirmación de la resolución impugnada, con la imposición de costas a la parte recurrente vencida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de procedimiento Laboral. Y en fundamentación de todo ello:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del CONSORCIO DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Dos de SANTIAGO DE COMPOSTELA, en fecha diecinueve de abril de dos mil, recaída en autos 46/2000, seguidos a instancia del actor don J.L.G.L., frente a la Institución recurrente y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con imposición a la parte demandada recurrente de las costas causadas en el recurso, que incluirán la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante.

3685 Recurso núm. 4.022/03

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. FUSTIGAMENTO MORAL OU MOBBING. CONTÍA DE INDEMNIZACIÓN CORRESPONDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Mª Cabanas Gancedo

A Coruña, a quince de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.022-2003 interpuesto por don A.R.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.R.G. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandada la empresa "T., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 261-2003 sentencia con fecha 29 de abril de 2003 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.R.G., con D.N.I. número …, presta servicios para la empresa "T., S. L.", desde el 08.02.93, como Jefe desde Departamento y un salario bruto de 2.024,74 € mensuales. Asimismo ostenta la condición de Socio, con una participación del 23,8% del capital social. 2.- El actor solicitó, con fecha 27 de noviembre de 2000, requerimiento notarial, a fin de convocar Junta General Extraordinaria, ya que desde hacía años no tenía información sobre gestión y contabilidad, ni sobre los ejercicios y cuentas de los años 96, 97, 98 y 99. 3.- En virtud del requerimiento se celebró la Junta, levantándose Acta Notarial por el Notario de Baiona, don C.M.F.-C.D., que obra a los folios 22 a 30, que se da por reproducida.4.- El 29 de marzo de 2001, se practica Acta Notarial nº 372 por el Notario de Baiona, Sr. F.-C.D., sobre Junta General Extraordinaria, los días 29 y 30 marzo. El orden del día, que fue ampliado, hace referencia: 1º) A la modificación de Estatutos, a fin de establecer la renuncia por parte de los socios a lo contenido en el punto 2 del artículo 86 de la Ley 2/95 de 23 de marzo de S.S. de R.L. 2º) Modificación del artículo 10 de los estatutos de la sociedad en sus apartados A) y C) estableciendo en el primero de los casos la limitación a la libertad de transmisión de las participaciones sociales inter-vivos entre socios, y en el segundo caso estableciendo un derecho de adquisición preferente a favor de los socios y en todos los casos en las transmisiones mortis-causa. Se aprobó con 1 voto en contra del actor. Obra como documento a los folios 31 a 46 que se dan por reproducidos. 5.- Con fecha 28 de junio de 2001, se levanta acta notarial por el repetido Sr. Notario de Baiona nº 847 de su protocolo, sobre Junta General de la Sociedad "T., S. L.", con el orden del día: 1º Aprobación o censura de la gestión social. 2º Aprobación o censura de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2000. 3º Aplicación del resultado. 4º Ruegos y preguntas. Figura a los folios 56 o 63 y se da por reproducido. 6.- El 7 de marzo de 2001, el trabajador

demandante presenta demanda ante el Juzgado Social nº 2 de Vigo reclamando la cantidad de 41.570 Ptas., que se le había suprimido por la Empresa. Se dictó sentencia por dicho Juzgado, estimando la demanda el 20.04.01. 7.- Con fecha 03.09.02 presentó demanda ante el Juzgado Social nº 5 de Vigo, reclamando cantidad de 106,94 €, por diferencia de subsidio de I.T. Obtuvo sentencia favorable de 05.11.02. 8.- El 25.09.01 presentó demanda de conciliación, reclamando diferencias salariales, en su nómina, que fue admitida por la empresa y pagada en un cheque nominativo, según acta del Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de 08.10.01. 9.- La Sociedad "I., S.L.", que tiene por objeto social: Compraventa, transformación y manipulación de metales y sus derivados; corte y mecanizados, y con domicilio social en lugar … (G.), fue constituida por doña E.M.P., casada con don J.L.D.M., en régimen de gananciales, con un capital de 18.030,37 €, suscrito y desembolsado íntegramente por ella, según escritura de 22.10.99. 10.- Por escritura de 25.01.02, la empresa "I., S.L." otorga poder a favor de doña Mª.L.B.H. 11.- El actor acude a consulta de Psiquiatría del Hospital Meixoeiro, el 27.08.02, con cuadro ansioso depresivo reactivo a conflicto laboral. 12.- A los folios 85 y 86 figuran sendos informes médicos que se dan por reproducidos. El 17 de julio de 2002 es dado de baja por I.T. diagnóstico "depresión" acoso moral en el trabajo. 13.- El trabajador venía percibiendo 100.000 Ptas., por un cheque al portador de "T., S. L.", que ya no percibe. Así como parte de la venta de chatarra. 14.- El actor montaba y afilaba máquinas, si bien esto último lo dejó por defecto de visión, trabajaba 12 horas diarias, y abría la puerta a los obreros, cuando tenía llave, y decía a los obreros lo que tenían que hacer, hasta la llegada del Encargado, otro de los socios de la Empresa. Cuando se murió éste, pusieron en su puesto a P.D.M., hermano de J.L.D.M., socio de la empresa. Ahora tiene que fichar y anotar la producción. 15.- En "T., S. L." se hacen muchas horas extras. Cada empleado hace al menos 4 diarias. 16.- Con fecha de 05.12.02 la Empresa envía al trabajador la siguiente carta: "Muy Sr. Nuestro: Nos ponemos en contacto con usted para que en un plazo de 2 meses a partir de la recepción de esta carta, nos remita a la mayor brevedad posible una fotocopia de su Documento Nacional de Identidad, debido a que el que obra en nuestro poder, consta que usted ha nacido el 25 de abril de 1937, por lo que con estos datos debemos proceder a tramitar su baja por jubilación.- Como entendemos que se debe a un error según comentarios hechos por usted en el pasado, le emplazamos a que corrija dicha situación, ya que de lo contrario en el plazo anteriormente señalado procederemos a tramitar su baja siendo la causa de la misma su jubilación, debido a que usted jurídicamente tiene más de 65 años."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don A.R.G., contra la empresa "T., S. L.", debo declarar y declaro la nulidad radical de la conducta de la empresa, al infringir los derechos fundamentales previstos, 14 y 15 de la Constitución Española, en relación con el 10, ordenando el cese inmediato de dicha conducta, condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración y al abono al actor de la cantidad de DIECIOCHO MIL EUROS (18.000 €) de indemnización por daños patrimoniales y morales."

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.- Ante la sentencia de instancia -que declaró la nulidad radical de la conducta de la empresa demandada, "T., S. L.", al infringir los derechos fundamentales, previstos en los artículos 14 y 15, en relación con el 10, de la Constitución, ordenando el cese inmediato de dicha conducta; y condenó a la misma a estar y pasar por tal declaración y al abono al demandante de la cantidad de 18.000 €, de indemnización por daños y patrimoniales y morales-, se plantearon recursos de Suplicación, tanto por la citada empresa, a través de un escrito, en el que, sin precisar cual o cuales de los motivos, previstos en el artículo 191 del TRLPL, se alegan, terminó solicitando, después de exponer lo que estimó procedente, que se dicte nueva resolución, declarando no haber lugar a la estimación de la demanda; como por el actor, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción de las sentencias de los Tribunales Constitucional y Supremo, que indica, sobre valoración de daños morales, en relación con los artículos 10, 14, 15 y 53 de la Constitución, 4.2 del ET, y 1106, 1902 y 1903 del Código Civil.

SEGUNDO.- No reuniendo el escrito de interposición del recurso, formulado por la empresa demandada, los requisitos formales, exigidos legalmente, para su planteamiento, pues, sin tener en cuenta de que se expresarán en él, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas, y que, en todo caso, se valorará la pertinencia y fundamentación de los motivos; no se precisó cual o cuales eran los motivos, recogidos en el artículo 191 de TRLPL, en que se amparaba el recurso; ni se citaron las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, que se consideraban infringidas; ni, consiguientemente, y ante tales omisiones, se razonó adecuadamente la pertinencia y fundamentación de unos motivos, que, en definitiva, lógicamente, se ignoran-es evidente que no basta para ello, en cuanto no está en sintonía con lo anteriormente indicado, con que en dicho escrito se examinen los antecedentes de la cuestión debatida y los hechos relatados en la resolución impugnada; con que se pretenda valorar ésta, haciendo referencia a en que consiste el llamado "hostigamiento moral, o mobbing o acoso moral"; y con que se incida en que el juzgador de instancia tomó parte, indebidamente, por la tesis del demandante, ya que ello, por sí solo, no basta para cumplir con lo dispuesto en aquel precepto-; procede inadmitir dicho recurso.

TERCERO.- Va dirigido, en primer lugar, el recurso planteado por el actor, a que el importe de indemnización, por daños patrimoniales y morales, que se le reconoce en la sentencia de instancia (18.000,00 €), se eleve a 150.000,00 €; y se basa para ello en que dentro de los daños patrimoniales, deben incluirse tanto el daño emergente como el lucro cesante (pérdida salarial derivada de la situación de IT, cantidades "a mayores", que ya no percibe, y las resultantes de las horas extras que no realiza); en que, dentro de los daños patrimoniales deben incluirse los personales o corporales, sean físicos o psíquicos (incluso, por ejemplo, dentro de éstos que su convivencia conyugal y familiar resultó afectada); y en que, en cuanto a los daños morales, también deberían valorarse aquellos que afectan al prestigio personal y a su confianza y seguridad personal y profesional, a que las acciones de menosprecio y los tratos degradantes cobran mayor relevancia por su condición de socio y por realizarse en las instalaciones de la empresa, delante de sus compañeros; pero por la Sala -a la vista de los datos, que se ofrecen –y se desprenden, al respecto de la resolución impugnada-, no se considera correcta tal pretensión, ya que: a) existe unos primeros datos, de carácter genérico, que no favorecen, a los intereses del actor, cuales son que dicho actor es, no solamente Jefe de Departamento de la empresa "T., S. L.", desde el 8 de febrero de 1993, sino socio de la misma, con una participación del 27,8% en su capital social; que tuvo problemas, por tal motivo, con los restantes socios –se afirma en la resolución impugnada que el 27 de noviembre de 2000 solicitó, mediante requerimiento notarial, celebración de Junta General extraordinaria, al carecer de información sobre gestión y contabilidad; que el 22 de octubre de 1999, se creó "I., S. L.", empresa que tenía un objeto social similar al de "T., S. L.", en cuyo capital social participaban socios de ésta; etc-, que, lógicamente, pudieron repercutir, negativamente, desde el punto de vista empresarial, por ejemplo, con relación a sus problemas psíquicos, y que, obviamente, excedían de la relación laboral propiamente dicha, en la que se concreta la reclamación; b) no resultaron acreditadas, no obstante poder haberlo sido, en esta alzada, a través de la vía, no utilizada, que proporcionaba al demandante el apartado b) del artículo 191 del TRLPL, cuales fueron las concretas pérdidas salariales, que sufrió el demandante con motivo de la situación de IT, que indica, o las ganancias, que dejó de obtener, por ejemplo, en concepto de horas extras; c) es cierto que se señala en la resolución impugnada que "el actor acude a consulta de psiquiatría del Hospital Meixoeiro el 27 de agosto de 2002, con cuadro ansioso depresivo "activo a conflicto laboral", después de haber sido dado de baja por IT el 17 de julio anterior, con diagnóstico de depresión"; pero también lo es que no cabe dar a este dato la importancia decisiva, que se pretende, porque, por una parte, no quedó, como ya se expuso, deslindada la influencia, que en ello pudieron tener los problemas empresariales, en que también se vió implicado; y, por otra, no quedó acreditado, por la vía adecuada; que los mismos sean de la entidad, que menciona, o que influyan en su vida conyugal y familiar de la manera que indica- nada se recoge al efecto en la resolución impugnada, pues no sirve al efecto la imprecisa e inadecuada referencia del Sr. Juez "a quo" a que "a los folios 85 y 86 a 92 figurarán sendos informes médicos que se dan por reproducidos"; y nada se intentó demostrar al efecto por el demandante, en esta alzada, por la vía que le proporcionaba el apartado b) del artículo 191 del TRLPL-; d) se

afirma en el escrito de interposición del curso que deberían valorarse, para fijar la cuantía de la indemnización, los elementos, que afectan a su prestigio personal y a su seguridad y confianza personal y profesional, pero resulta que ello no pasa de ser, a los efectos de la causa, una mera exposición de intenciones, una vez que, en la sentencia no se indican, y el demandante no intentó corregirlo en esta alzada, por la vía adecuada (art. 191 b) TRLPL), las pretendidas acciones de menosprecio y tratos degradantes, que, en su caso, sirvieren para obtener una conclusión en tal sentido; y c) a la vista de los señalado –y de que, en todo caso, ya se reconoce en la sentencia de instancia, al demandante una indemnización por importe de 18.000,00 €-, no existen méritos para llevar a cabo un incremento en dicho importe.

CUARTO.- Se pretende, en segundo lugar, en el recurso, planteado por el actor, que se publique la sentencia condenatoria en el tablón de anuncios del centro de trabajo; pero la petición así formulada –huérfana, en todo caso de los añadidos, que exige el artículo 194.2 del TRLPL, acerca de cual es el motivo en que se ampara, la norma del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, que se considere infringida, etc.-, es inadmisible.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación de los recursos de suplicación, planteados por la empresa "T., S. L.", y por don A.R.G., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez de lo Social nº 5 de Vigo, en fecha 29 de abril de 2002, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3686 Recurso núm. 4.070/03

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. CAMBIO DE CENTRO DE TRABALLO SEN XUSTIFICAR CAUSA QUE IMPIDE A PARTICIPACIÓN ELEITORAL DOS AFECTADOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a quince de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.070-2003 interpuesto por "S.C., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por U.G.T. y otros en reclamación de TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL siendo demandado "S.C., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 200-2003 sentencia con fecha 31 de marzo de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.-Los actores Mª.C.I.A., Mª.E.C.H., Mª.N.M.P., J.A.L.M. y J.D.B.C., vienen prestando sus servicios para "S.C., S.A." con la antigüedad, categoría y salario que se exponen en el hecho primero de las demandas acumuladas, que se da por reproducido. 2.- Dichos servicios los prestan en los siguientes centros de trabajo: ... Todos ellos se encuentran afiliados a la Central Sindical UGT ostentan la condición de miembros del Comité de empresa y Delegados sindical. 3.- El actor de la demanda acumulada don J.D.B.C. presta servicios en la tienda sito en la C/ … de A Coruña y se encuentra afiliado a la Central Sindical CC.OO. ostentando la condición de miembro del Comité de empresa. 4.- Que en fecha 07.02.03 se presentaron por el Sindicato CC.OO. ante la oficina pública, dos preavisos electorales, números 268 y 269 para elecciones a representantes de los trabajadores. El nº 268 con afectación a 43 centros de trabajo y 900 trabajadores y el 269 a un solo centro, el supermercado 689, sito en el centro comercial … y con 62 trabajadores. Dichos procesos electorales darán lugar a dos Comités: uno de un solo centro y que representará única y exclusivamente a los trabajadores del mismo y compuesto por cinco miembros y otro comité que representará a los 900 trabajadores de los 43 centros y que estará compuesto por 17 miembros. La fecha de inicio del proceso electoral

está fijada para el 11.03.03. En procesos electorales anteriores siempre se eligió un único comité de empresa que representaba a la totalidad de los trabajadores de la empresa. 5.- Con fecha 15.02.03 y 17.02.03 se comunicó a los trabajadores cartas de fecha del tenor siguiente: "Por la presente le participo que, por motivos organizativos y de producción, y de conformidad con el art. 8ª) del vigente Convenio Colectivo del Comercio de Alimentación de A Coruña, desde el día 24.02.02 pasará a prestar sus servicios en el Supermercado "G." 689, sito en el Centro Comercial … de A Coruña, C/ …, realizando las mismas funciones que viene desarrollando hasta la fecha y con el mismo horario. 6.- Otra empleada de la empresa demandada, la testigo Sra. C.B., fue desplazada el 10.03.03 al centro comercial … y también tenía cargo sindical. 7.- El análisis de las causas organizativas que motivaron los desplazamientos fue realizado con posterioridad a éstas y ordenado por el delegado de empresa al empleado de la dirección administrativa de la empresa para su aportación el día del juicio."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que, estimando la demanda interpuesta por los actores U.G.T., CC.OO., Mª.C.I.A., Mª.E.C.H., Mª.N.M.P., J.A.L.M. y J.D.B.C., debo declarar y declaro que la empresa "S.C., S.A." ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical de aquellos, y debo declarar y declaro la nulidad radical de la conducta antisindical de la empresa y de las órdenes de desplazamiento efectuadas, condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración y al cese inmediato de la conducta antisindical, reponiendo a los trabajadores a sus anteriores centros de trabajo y a indemnizar a cada uno de ellos en 700 euros. "

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimando la demanda interpuesta por los actores U.G.T., CC.OO., Mª.C.I.A., Mª.E.C.H., Mª.N.M.P., J.A.L.M. y J.D.B.C., declaró que la empresa demandada, "S.C., S.A.", ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical de aquellos y, asimismo, declaró la nulidad radical de la conducta antisindical de la empresa y de las ordenes de desplazamiento efectuadas, condenando a la referida mercantil a estar y pasar por tal declaración y al cese inmediato de la conducta antisindical, reponiendo a los trabajadores en sus anteriores centros de trabajo y a indemnizar a cada uno de ellos en la suma de 700 Euros, se alza en suplicación la parte demandada.

SEGUNDO.- A tal efecto, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral solicita, en los tres primeros motivos de recurso, la revisión del relato histórico de la resolución "a quo" para que se modifique los hechos probados segundo, tercero y séptimo y se les de la redacción que propuso, en atención al informe obrante a los folios 144 a 155 y en el anexo inserto en los folios 184 y 180 de autos.

Conviene tener presente, al efecto, que como se desprende de reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, "en recta aplicación de lo prevenido por el invocado apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, cualquier modificación o alteración en el relato de hechos consignados como acreditados por el juzgador "a quo" no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en los autos, patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a argumentaciones lógicas, naturales o razonables el error de aquel juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba - aportados a los autos, le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones directas de parte interesada", siendo así que, en el presente supuesto fáctico, el elementos probatorios invocados por la mercantil recurrente - singularmente el informe elaborado por la propia empresa con posterioridad a los desplazamientos de los actores de sus respectivos centros de trabajo - no atesoran virtualidad suficiente para evidenciar la concurrencia de error por parte del Juzgador de instancia en la valoración e interpretación de los diversos elementos de prueba llevados a cabo en autos, sin que la recurrente goce de la facultad de sustituir por su propio e interesado criterio el

objetivo e imparcial del Juez de instancia, por mas que, a mayor abundamiento, la redacción auspiciada por la demandada en relación con los ordinales a que se contrae el recurso no se ofrecería trascendente para la resolución de la problemática suscitada en el presente procedimiento. En consonancia con lo expuesto, han de permanecer inalterados los ordinales segundo, tercero y séptimo de la resolución de instancia.

SEGUNDO.- En el motivo cuarto del recurso, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte demandada denuncia la infracción de los artículos 39, 40.4 y 3.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 8º del Convenio Colectivo de aplicación a la empresa y jurisprudencia al efecto, en tanto que, en el motivo quinto, con el mismo amparo procesal, denuncia la infracción del artículo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, 11/1985 de 2 de Agosto.

En esencia, arguye la empresa, en primer lugar, que su actuación al desplazar a los demandantes de sus respectivos centros de trabajo, se circunscribe en el ámbito de los límites permitidos por el Convenio Colectivo aplicable, aludiendo, además, al "ius variandi" que le confiere el Estatuto de los Trabajadores en los artículos antes referidos, y, en el motivo quinto, que no se les ha dificultado ni impedido a los actores el ejercicio de su libertad sindical ni se les han variado sus condiciones de trabajo, por lo que no es factible la fijación de indemnización alguna, aseverando, por último, que lo afirmado en la sentencia, en relación con unas "supuestas falsedades" carece de virtualidad alguna.

TERCERO.- No ha de tener acogida la censura jurídica a que se contraen, respectivamente, los motivos cuarto y quinto del recurso, y ello por cuanto, en relación con la vulneración de libertad sindical, conviene recordar que, como esta propia Sala ha venido manteniendo, en atención a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, entre otras la 38/1986 del Tribunal Constitucional de 21 de marzo; 14/1993, de 18 de enero; 180/1994, de 20 de junio; 85/95 de 6 de junio y del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1993, "cuando se alegue por el trabajador que un acto del empresario encubre una conducta lesiva a sus derechos fundamentales, o una represalia por su ejercicio legitimo, incumbe al empresario probar que tal acto obedece a motivos razonables y ajenos a aquél propósito. Con ello se responde no solamente al interés de tutelar de manera primordial los derechos fundamentales, sino a la dificultad que en la práctica encuentra el trabajador para probar la existencia de una actuación lesiva a aquellos derechos, pero, igualmente, tampoco se ha de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia del referido móvil lesivo, y que sólo se le puede exigir el acreditamiento de que su proceder obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión, a lo que cabe añadir que para imponer esta carga probatoria al empresario no basta la simple alegación por parte del trabajador, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido, y a ello se refieren, precisamente los artículos 96, 179.2 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, por motivos sindicales o por vulneración de los demás derechos fundamentales", siendo así que, en el caso de autos, los ordinales que constituyen el relato histórico de la resolución impugnada, habida cuenta de las actuaciones llevadas a cabo en el presente procedimiento, ponen de manifiesto que el desplazamiento de los actores efectuado por la empresa, que les fue comunicado en 15.2.03 y 17.2.03, en cuya virtud pasaron a prestar servicios desde el día 24.02.03 en el "Supermercado G. 689" sito en el Centro Comercial ..., de A Coruña, no obedeció a razones objetivas que tuviesen amparo en lo dispuesto en la norma convencional ni en los preceptos estatutarios que invoca la mercantil en cuestión, por lo que se ofrece concurrente la existencia de lesión o vulneración del derecho de libertad sindical invocado por los actores, pues si del relato de hechos probados contemplado en la sentencia impugnada, construidos por el Juzgador de instancia en uso de las facultades de valoración e interpretación de los elementos de prueba llevados a cabo en autos "ex artículo" 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral se desprende que la controvertida decisión de la empresa relativa a los desplazamientos de los interpelantes, se ofrece arbitraria y tendente a obstaculizar la participación de aquellos, en calidad de candidatos, en los procesos electorales a que se refiere el ordinal cuarto, destinándolos a un centro de trabajo en el que se elegirían cinco miembros que representarían única y exclusivamente a los operarios de dicho centro, en

tanto que, en los destinos que venían ocupando, los diecisiete que resultasen elegidos, representarían a novecientos trabajadores de cuarenta y tres centros, dándose la circunstancia de que los actores, venían desempeñando, todos ellos, la condición de miembros del Comité de Empresa y delegados sindicales, cuatro de ellos por U.G.T. y otro por CC.OO., sin que conste, y así lo refleja ya la resolución impugnada, que se les hubiese puesto de manifiesto con antelación, por parte de la empresa, las hipotéticas causas que justificasen la medida adoptada por la mercantil, que, por cierto, fue dejada sin efecto por Auto de fecha 18.03.03, de manera que ha de concluirse en que se evidencia que la medida acordada por la empresa implica la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical, ya que la decisión de la entidad recurrente, no esta justificada ni se ampara en motivos razonables que pudieran insertarse en el ámbito del "ius variandi", lo que determina la procedencia del otorgamiento de la tutela juidicial auspiciada por los actores en los términos a que se contrae la resolución de instancia cuyos argumentos no ha logrado desvirtuar la parte recurrente y, asimismo, ha de mantenerse inalterada la indemnización fijada por el Juzgador "a quo" a favor de los respectivos trabajadores a que se contrae el presente proceso, siendo de recordar, a mayor abundamiento, que, en atención a reiterada doctrina jurisprudencial, por todas, las sentencias de 09.06.93, 08.05.95, no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente, y en el presente supuesto la indemnización acordada no se ofrece inadecuada o desproporcionada por lo que ha de ratificarse la cuantía acordada en la sentencia de instancia, cuya confirmación, en consecuencia con lo expuesto, deviene procedente. En consecuencia,

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "S.C., S.A." contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta Ciudad, en los autos nº 200/03 y 243/03 acumulado del Juzgado de lo Social nº1, sobre tutela de derechos fundamentales, instados por U.G.T., CC.OO., Mª.C.I.A., Mª.E.C.H., Mª.N.M.P., J.A.L.M. y J.D.B.C., con la intervención del Ministerio Fiscal, confirmamos la resolución de instancia, e imponemos a la empresa referida las costas del recurso, incluyendo los honorarios de los letrados de los actores impugnantes del mismo en la suma de 300 Euros, en relación con cada uno de los escritos de impugnación respectivamente interpuesto por aquellos.

3687 Recurso núm. 3.748/03

S.S. CRITERIOS PARA A DETERMINACIÓN DA EXISTENCIA LABORALMENTE RELEVANTE DUN GRUPO DE EMPRESAS.

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

A Coruña, a diecinueve de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.748/2003 interpuesto por "P.E.B., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.M.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "P.E.B., S.L.", don D.R.G., Y "A., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm..1/2003 sentencia con fecha seis de febrero de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimo en parte la demanda.

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

"Primero.- El actor don A.M.F. prestó servicios para la empresa "P.E.B., S.L.", con la categoría profesional de Encofrador Oficial 1ª, desde el 12 de enero de 1998, mediante un contrato de trabajo para obra o servicio determinado cuyo objeto era "realizar los trabajos de encofrador en la 2ª fase de 34 viviendas en la urbanización …". En fecha 21 de diciembre

de 2001 cesó por fin de contrato, percibiendo la cantidad de 410.320 pts, en concepto de indemnización por fin de contrato. En fecha 8 de enero de 2002 el actor firmó contrato de trabajo para obra o servicio determinado con la empresa "A., S.A.", cuyo objeto era "Trabajos de Reformas en Zona I de Ourense" con la categoría profesional de Encofrador Oficial 1ª y percibiendo un salario de 1.271,97 euros, incluida prorrata de pagas extras. Segundo.- En fecha 3 de julio de 2001 el actor y don F.A.G. de la empresa "P.E.B., S.L.", sufrieron un accidente al caerse desde la cubierta de una casa. El accidente se produjo cuando tras rematar el hormigonado de unos muros en una obra diferente, se dirigieron hacia esta casa con la intención de comprobar el estado de la cubierta para proceder a su desmonte en días posteriores. Las casa donde se produjo el accidente está situada en la calle ... El actor desde esa fecha se encuentra en situación de Incapacidad Temporal. Tercero.- El actor en fecha 12 de noviembre de 2002 recibió comunicación de la empresa "A., S.A.", diciéndole que en fecha 27 de noviembre de 2002 finalizaba los trabajos para los que había sido contratado por lo que en esa fecha causaba baja en la empresa. Cuarto.- En fecha 30 de septiembre de 2002 se produjo la recepción de la obra PTOV 010305-Limpieza de foxos, reparación de noiros e drenaxes e reforzo do firme en varios treitos da zona 1 (Ourense) efectuada por la empresa "A., S.A." Quinto.- La empresa "A., S.A." fue constituida en fecha 7 de julio de 1980, siendo Presidente del consejo de Administración don D.R.G. salario y secretario del Consejo de Administración doña C.G.U., su domicilio social está ubicado en la calle ... Sexto.- La empresa "P.E.B., S.L.", fue constituida por medio de escritura publica notarial de fecha 18 de noviembre de 1994, por medio de escritura pública notarial de fecha 18 de noviembre de 1994 por don D.R.G. (320 participaciones), doña Mª.C.R.G. (160 participaciones) siendo nombrado administrador Único don D.R.G. Su domicilio social está en la calle ... Séptimo.- En fecha 26 de diciembre de 2002 se celebró Actor de conciliación ante el SMA, con resultado " Sin Avenencia", presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo social decano el 31 de diciembre de 2002.

TERCERO.-.Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando en.parte la demanda formulada por don A.M.F. contra "P.E.B., S.L.", "A., S.A." y don D.R.G., debo declarar y declaro IMPROCEDENTE.el despido del actor, condenando conjunta y solidariamente a las empresas "P.E.B., S.L." y "A., S.A." a que en plazo de CINCO DIAS opten entre readmitirlo en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abonen una indemnización de 10.285,81 Euros, con abono de los salarios de tramitación exclusivamente para el caso de que las demandadas opten por la readmisión y el trabajador sea dado de alta antes de la notificación de esta Sentencia y por el tiempo entre el alta y dicha notificación, pudiendo descontar en caso de que opten por la Indemnización la cantidad de 410.320 pts (2.466,07 Euros) y con absolución de la presente demanda a don D.R.G.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Las decisión recurrida apreció la existencia de grupo de empresas entre las dos demandadas y las condenó solidariamente frente a las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido, computando a efectos de antigüedad el inicio de la relación con la primera de ellas, pese a la solución de discontinuidad –17 días– entre el cese para la primera y la contratación para la segunda.

Sentencia que ambas patronales recurren, con idénticos motivos de denunciar infracción.de los arts. 15 y 44 ET. Y ha de observarse que ninguna de las censuras jurídicas viene a cuestionar directamente la validez del razonamiento de instancia, por el que se califica de improcedente el despido (ambos recursos insisten en la válida conclusión del primer contrato, pero no así la del segundo), al entender que si el trabajador fue contratado –por segunda vez– para realizar trabajos de reforma en Orense y sufre el accidente de trabajo cuando presta servicios en …, el contrato ha de reputarse fraudulento y la relación indefinida. La censura recae más bien en la antigüedad –que entienden ambos recursos viene truncada por la solución de continuidad entre los dos contratos– y en la agrupación empresarial, cuyos componentes esenciales niegan.

2.- El entramado fáctico de la cuestión puede ser resumido así: (a) el actor fue contratado por "P.E.B., S.L." como Encofrador desde el 12.01.98, contrato para obra determinada «en la segunda fase de 34 viviendas en la urbanización …»; (b) se le cese por finalización de obra en 21.12.01, percibiendo indemnización de fin de contrato; (c) en 08.01.02 se le contrata por "A., S.A.", con la misma categoría profesional y para realizar «trabajos de reformas en Zona I de Ourense»; (d) en 03.07.02 el actor sufre accidente cuando realizaba los cometidos propios de su oficio en el edificio de la sede social de."P.E.B., S.L." y en compañía de un trabajador de esta última, en …; (e) el Presidente del Consejo de Administración de ambas empresas es el mismo; (f) "A., S.A." también.interviene como constructora en la urbanización … para la que "P.E.B., S.L." había contratado al actor inicialmente; y (g) en 27.11.02 se le comunica el cese, por finalización de los trabajos para los que había sido contratado.

SEGUNDO.- 1.- La Sala reitera doctrina ya expuesta en numerosas ocasiones –entre las últimas, sentencias de 30.05.01 R. 2.125/01, 09.05.01 R. 4.700/97, 06.11.00 R. 4.283/00,.21.09.02 R. 55/99 y 17.01.03 R. 5.387/02– y recuerda 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 de 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 de mayo, modificada por la Ley 12/91, de 29 de abril; en materia de seguros privados, el RD 2.486/98, de 20 de noviembre, modificado por RD 996/2000, de 02 de 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 de abril, que modifica la Ley General Tributaria; asimismo, el Grupo es contemplado en el RD 537/97, de 14 de 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 de abril (después Ley 22/92, de 30 de julio), sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, del art. 7 del Real Decreto 830/85, de 30 de abril, sobre Empresas Pesqueras Conjuntas, del art. 51.14 ET, en relación con el art. 42 del Código de Comercio–, la Ley 10/97, de 24 de 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 de 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 247.2 LPL). Ahora bien, ello no ha impedido un copioso tratamiento Jurisprudencial, que parte de la STS de 19.05.69 (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 literalmente nuestra precedentes sentencias hemos de indicar una vez más 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 23.06.83 Ar. 3.043, 03.03.84 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 26.11.90 Ar. 8.605, 30.06.93 Ar. 4.939, 20.01.97 Ar. 618, 29.10.97 Ar. 7.684.y 26.01.98 Ar. 1.062).

(b).- Asimismo se mantiene en doctrina (STS 29.10.97 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 03.03.87 Ar. 1.321, 08.10.87 Ar. 6.973 y 30.06.93 Ar. 4.939). En este sentido declaró ya la STC 46/1983, de 27 de 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 25.09.89 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 03.05.90 Ar. 3.946, 29.05.95 Ar. 4.455 y 30.12.95 Ar. 1.003).

TERCERO.- 1.- Entre los referidos elementos adicionales, determinantes de responsabilidad solidaria del grupo, son de destacar los siguientes (SSTS 26.01.98 Ar. 1.062, 21.12.00 Ar. 2001/1.870; 10.07.00 Ar. 3.717/2001, 21.12.00 Ar. 1.870/2001, 26.09.01 Ar. 1.270/2002, 26.12.01 Ar. 2002/5.292, 23.01.02 Ar. 2.695, 06.03.02 Ar. 4.659 y 04.04.02 Ar. 6.469):

(a).- La prestación de servicios para las diversas Empresas (SSTS 04.03.85 Ar. 1.270 y 07.12.87 Ar. 8.851), bien en forma simultánea e indiferenciada (SSTS 29.03.78 Ar. 1.111, 06.05.81 Ar. 2.103 y 08.06.88 Ar. 5251), o bien de manera alternativa (SSTCT de 04.11.81 Ar. 6.441 y 09.07.82, así como STS de 01.06.78 Ar. 2247), o también sucesivamente por mor de contratos encadenados (STCT de 03.02.84 Ar. 939, 14.10.86 Ar. 9.473 y 27.03.87 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 26.11.90 Ar. 8.605, 30.06.93 Ar. 4.939 y 26.01.98 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 06.05.81 Ar. 2.103, 05.03.85 Ar. 1.274 y 08.10.87 Ar. 6.973; STCT de 04.07.87 Ar. 6.053); o en otras palabras –SSTS 24.07.89 Ar. 5.908 y 30.12.95 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 11.12.85, 10.11.87 Ar. 7.838, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 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 08.06.88 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 08.10.87 Ar. 6.973, 10.11.87 Ar. 7.838, 12.07.88 y 22.12.89 Ar. 9.073, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 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 30.01.90 Ar. 233, 03.05.90 Ar. 3.946, 04.05.90 Ar. 3.960, 24.09.90 Ar. 7.045, 31.01.91 Ar. 200, 22.03.91 Ar. 1.889); y

(f).- La creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SSTS 11.12.85 Ar. 6.094, 03.03.87 Ar. 1.321, 08.06.88 Ar. 5.256, 12.07.88 Ar. 5.802 y 01.07.89).

2.- En el supuesto sometido a debate entendemos que concurren elementos que permiten imputar la responsabilidad solidaria que se declaró en la instancia, por cuanto que concurren algunos de los elementos cualificadores mencionados, pues aunque haya de recordarse que la mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas no determina la responsabilidad solidaria de las sociedades componentes (STS 21.12.00 Ar. 2001/1.870) y de que no es relevante –a los efectos debatidos–.la coincidencia personal en la Administración (STS 26.12.01 Ar. 2002/5.292), de todas formas media el decisivo elemento de una real confusión de plantillas –cuando menos a lo que al actor respecta– porque pese a ser contratado en segundo término por una de ellas, pese a.ello presta servicios para la otra, cuyo contrato formal ya se había extinguido meses antes; con lo que se nos evidencia una realidad subyacente defraudatoria de derechos laborales, que justifica la solidaridad declarada.

CUARTO.- 1.- Tampoco aceptamos que la antigüedad computable no sea la del primer contrato, porque con independencia del defecto que suponer que la censura no alcance al art. 51.a ET, que es el que en todo habría de entenderse conculcado, lo cierto y verdad es que apreciada la existencia del grupo de empresas y la fraudulenta contratación, la circunstancia de que entre el primer contrato y el segundo medien diecisiete días no ha de constituir obstáculo para apreciar práctica continuidad en los servicios prestados para el grupo y en que los mismos sean computables a los efectos indemnizatorios, aplicando doctrina jurisprudencial que muy recientemente –sentencia de 11.09.03 R. 3.704/03– invocábamos.

2.- Efectivamente, la STS 16.03.99 Ar. 2.995 sienta la doctrina de que «El tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar, en caso de subrogación legal o convencional en la posición de empresario de quien no lo ha sido inicialmente, todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, incluyendo desde luego las fases de la misma en la que el trabajador ha estado vinculado con el empresario que la ha dado por terminada, y contando también la fase o fases en que la posición empresarial en la propia relación laboral fue desempeñada por uno o varios empresarios anteriores. El recibo de finiquito que pueda suscribirse en estos casos con el empresario anterior no debe ser interpretado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil [...], como un documento acreditativo de la terminación de la relación de trabajo, en cuanto que su suscripción viene acompañada de actos coetáneos de continuidad de la misma».

Pero esta doctrina no es aislada, por cuanto que la STS 18.09.01 Ar. 8.446 afirma que «Tal y como se sostiene en las sentencias de esta Sala de 16 de abril de 1999 (RJ 1999\4.424), 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7.540), 15 de febrero de 2000 (RJ 2000\2.040) y 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000\10.291), entre otras, la solución jurídicamente correcta es la sustentada en la sentencia de contraste, también de esta Sala, de fecha 30 de marzo de 1999 (RJ 1999\4.414). En todas ellas se sostiene que el tiempo de servicio al que se refiere el art. 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 y que tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando entre uno y otro contrato media una interrup-

ción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido y que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos».

Y la STS 29.09.99 Ar. 7.540 señala también –para sucesivos contratos, con finiquito tras el primero e inactividad de 14 días– que «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 [...]». Y en la misma resolución el Alto Tribunal cita los siguientes precedentes: (a) la STS 12.11.93 Ar. 8.684, en supuesto de trabajadores contratados temporalmente durante tres años que fueron cesados por la empresa y vueltos a contratar pocos días después por tiempo indefinido, manifiesta: «la relación laboral es la misma, pues en estos casos la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes; la relación en tales supuestos es única y no cabe a estos efectos hacer en ella diferenciaciones»; (b) la STS 10.04.95 Ar. 3.034, examinando el caso de varios trabajadores suscribieron con la empresa contratos temporales de distintas clases, que se extinguieron mediante la firma de finiquitos, para reincorporarse luego a la misma tras un intervalo no superior a un mes, la sentencia les reconoce la antigüedad inicial correspondiente a las fechas de contratación temporal atendiendo «... a un criterio realista sobre la subsistencia del vínculo y no sólo a la manifestación de voluntad extintiva de las partes; voluntad que para el trabajador puede estar seriamente condicionada por la posibilidad de pérdida del empleo si no acepta la extinción de la primera relación....pero con independencia de que haya existido o no fraude, es evidente que... el intervalo temporal de siete a treinta días no es significativo en orden a romper la continuidad...»; (c) la STS 17.01.96 Ar. 4.122, que llega a las mismas conclusiones, si bien desde una situación de hecho en la que no hubo solución de continuidad o lapso de interrupción alguna entre el primer contrato temporal y el concertado después por tiempo indefinido; (d) la STS 13.10.98 Ar. 7.429, en que para supuesto similar se sostiene que «La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones sucesivas diferentes»; y (e) la STS 30.03.99 Ar. 4.414, en la que se rotundamente se indica 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 de trabajo sucesivos».

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por "P.E.B., S.L." y "A., S.A.", confirmamos la sentencia que con fecha 06.02.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Ourense, a instancia de don A.M.F. y por la que se acogió la demanda formulada.

3688 **Recurso núm. 3.857/03**

S.S. TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, QUE XUSTIFICA A IMPOSICIÓN DE SANCIÓN MOI GRAVE CONSISTENTE EN SUSPENSIÓN DE EMPREGO E SOLDO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veinte de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Rollo nº 3.857/03, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente

interpuestos por los Letrados don R.H.M., en nombre y representación de don D.Q.G., y don M.M.G., en nombre y representación de don J.A.V.C. y don J.I.G., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Cinco de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 857/02 y acumulados se presentó demanda por don J.A.V.C., don D.Q.G. y don J.I.G., sobre SANCIÓN, frente a la empresa "E.S., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 de marzo del presente año por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Don J.A.V.C., mayor de edad, con D.N.I. número …, viene prestando servicios para la empresa "E.S., S.A." desde el 22.11.96, con la categoría de Vigilante de Seguridad y un salario mensual de 1.007´22 euros, incluida prorrata. El actor prestaba sus servicios en el centro "POVISA".= 2º.- El 31 de octubre de 2002 la empresa le comunica la siguiente carta de sanción: "Muy Sr. nuestro: Hemos recibido una reclamación de fecha 20.09.02 de POVISA, centro en el que presta Vd. el Servicio de vigilancia y seguridad por cuenta de esta empresa, mediante el que nos denuncian los siguientes hechos: "Con respecto al asunto de referencia le comunicamos que tras recibir numerosas quejas y comprobar el Jefe de Seguridad del Centro que sus empleados se encontraban continuadamente realizando llamadas telefónicas sin autorización, realizó una comprobación informática de las llamadas realizadas desde el Control de Puertas (Extensiones 2078 y 2609) de enero a agosto de 2002, al que únicamente tienen acceso sus empleados".- Del resultado de dicha comprobación informática se desprende que el equipo de seguridad durante el referido período, cientos y cientos de llamadas, muchas de ellas a teléfonos móviles, cuando las llamadas anotadas en el "Libro Oficial de Llamadas" son 116, de las cuales tan sólo se han reseñado como "particulares" 6 llamadas.- Una vez que se ha facilitado a esta empresa el listado de llamadas no autorizadas realizadas desde el Control de Puerta, hemos podido averiguar que ha realizado, entre otras, las siguientes: Al número de teléfono …, 197 llamadas y al número de teléfono …, 37 llamadas.- Además de estos teléfonos a los que Vd. ha dirigido las llamadas que se indican, aparecen otros teléfonos de los que no hemos localizado la persona que ha efectuado las llamadas que son: …, …, …, …, …, … y ... Por lo que la empresa se reserva el derecho de tomar las oportunas medidas disciplinarias en el supuesto de que logre identificar a los trabajadores que han realizado las mismas.- Por lo que a Vd. se refiere, esta Dirección ha de valorar negativamente el hecho de que no haya habido un reconocimiento previo por su parte de las llamadas realizadas, cuando se dio conocimiento al equipo de seguridad de listado de las mismas. Circunstancia que sólo admitió cuando, en relación con los dos números indicados, fue identificado como la persona que había efectuado las llamadas. Además, el haber realizado más de doscientas llamadas durante el servicio, supone una distracción grave dentro de la jornada de trabajo y el haberlo hecho sin autorización ni anotación en el libro registro correspondiente, supone un abuso de confianza en relación con el servicio y durante el desempeño de sus tareas. En cualquier caso, constituye una falta laboral de carácter muy grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 57, apartados 4 y 20 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, por lo que esta empresa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 58.3, a) del mencionado Convenio, ha decidido imponerle una sanción de 2 meses de suspensión de empleo y sueldo.- Oportunamente se le comunicará el cumplimiento de dicha sanción, que esperamos sirva para que estos hechos no vuelvan a repetirse.- Aprovechamos esta comunicación para informarle que la pérdida de la confianza que esta empresa tenía en Vd. depositada supone que a partir del próximo día 01.11.02 pierda su condición de Jefe de Equipo".= Posteriormente, el día 4 de noviembre, el actor recibió la siguiente carta: "Muy Sr. nuestro: como continuación de nuestro escrito de fecha 30.10.02, en el que le notificábamos la imposición de una sanción de dos meses de suspensión de empleo y sueldo, señalándole que el cumplimiento de la misma le sería oportunamente comunicado, le informamos, por medio de este escrito, que la mencionada sanción la cumplirá desde el 06.11.02 hasta el 05.01.03, ambos inclusive, debiendo incorporarse nuevamente a la plantilla el próximo 06.01.03. Con independencia de lo anterior, esta empresa ha de abonar a POVISA el importe de todas las llamadas mencionadas, cuyo coste nos ha sido reclamado, por lo que deberá Vd. ponerse en contacto con el responsable de esta empresa en Vigo, Sr. B., para que le informe de la cuantía exacta que esto representa en su caso y acordar la forma de devolución de la misma".= 3º.- El actor reconoció haber realizado llamadas particulares desde los teléfonos de

Control de Puerta de POVISA y abonó a la empresa la cantidad de 189 € por dichas llamadas, realizadas dentro de las horas de trabajo.= 4º.- Don J.I.G., mayor de edad, con D.N.I. número …-A también presta servicios para la empresa "E.S., S.A." desde el 01.02.01, con la categoría de Vigilante de Seguridad y un salario de 946,53 €, incluida prorrata, en el Centro POVISA.= En fecha 06.11.02 la empresa le notificó la siguiente carta de sanción: "Muy Sr. nuestro: Hemos recibido una reclamación de fecha 20.09.02, de POVISA, centro en el que presta Vd. el Servicio de Vigilancia y Seguridad por cuenta de esta empresa, mediante el que nos denuncian los siguientes hechos: "Con respecto al asunto de referencia le comunicamos que tras recibir numerosas quejas y comprobar el Jefe de Seguridad del centro que sus empleados se encontraban continuadamente realizando llamadas telefónicas sin autorización, realizó una comprobación informática de las llamadas realizadas desde el Control de Puerta (Extensiones 2078 y 2609) de enero a agosto de 2002, al que únicamente tienen acceso sus empleados".- Del resultado de dicha comprobación informática se desprende que el equipo de seguridad durante el referido período, cientos y cientos de llamadas, muchas de ellas a teléfonos móviles, cuando las llamadas anotadas en el "Libro Oficial de Llamadas" son 116, de las cuales tan sólo se han reseñado como "particulares" 6 llamadas.- Una vez que se ha facilitado a esta empresa el listado de llamadas no autorizadas realizadas desde el Control de Puerta, hemos podido averiguar que ha realizado entre otras, las siguientes: Al número de teléfono …, 95 llamadas, y al número de teléfono …, 37 llamadas.- Además de estos teléfonos a los que Vd. ha dirigido las llamadas que se indican, aparecen otros teléfonos de los que no hemos localizado la persona que ha efectuado las llamadas que son: …, …, …, …, …, … y ... Por lo que la empresa se reserva el derecho de tomar las oportunas medidas disciplinarias en el supuesto que logre identificar los trabajadores que han realizado las mismas.- Por lo que a Vd. se refiere, esta Dirección ha de valorar negativamente el hecho de que no haya habido un reconocimiento previo por su parte de las llamadas realizadas, cuando se dio conocimiento al Equipo de Seguridad de listado de las mismas. Circunstancia que sólo admitió cuando, en relación con los dos números indicados, fue identificado como la persona que había efectuado las llamadas. Además, el haber realizado más de cien llamadas durante el servicio supone una distracción grave dentro de la jornada de trabajo y el haberlo hecho sin autorización ni anotación en el libro registro correspondiente, supone un abuso de confianza en relación con el servicio y durante el desempeño de sus tareas. En cualquier caso, constituye una falta laboral de carácter muy grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 57, apartados 4 y 20 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, por lo que esta empresa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 58.3, a) del mencionado Convenio, ha decidido imponerle una sanción de 45 días de suspensión de empleo y sueldo.- Oportunamente se le comunicará el cumplimiento de dicha sanción, que esperamos sirva para que estos hechos no vuelvan a repetirse.- Con independencia de lo anterior, esta empresa ha de abonar a POVISA el importe de todas las llamadas mencionadas, cuyo coste nos ha sido reclamado, por lo que deberá Vd. ponerse en contacto con el responsable de esta empresa en Vigo, Sr. B., para que le informe de la cuantía exacta que esto representa en su caso y acordar la forma de devolución de la misma".= El trabajador reconoció haber realizado llamadas, y abonó a la empresa 224 euros, importe de las realizadas en su jornada de trabajo.= 5º.- Don D.Q.G., mayor de edad, con D.N.I. número …, igualmente presta servicios para la citada empresa "E.S., S.A.", con la categoría de Vigilante de Seguridad, desde el 27.09.96 y un salario mensual e 1.0451,03 euros con prorrata, en el Centro POVISA.= Con fecha 11.11.02 la empresa le notifica carta de sanción siguiente: "Muy Sr. nuestro: Hemos recibido una reclamación de fecha 20.09.02, de POVISA, centro en el que presta Vd. el servicio de Vigilancia y Seguridad por cuenta de esta empresa, mediante el que nos denuncian los siguientes hechos: "Con respecto al asunto de referencia le comunicamos que tras recibir numerosas quejas y comprobar el Jefe de Seguridad del centro que sus empleados se encontraban continuadamente realizando llamadas telefónicas sin autorización, realizó una comprobación informática de las llamadas realizadas desde el Control de Puerta (Extensiones 2.078 y 2.609) de enero a agosto de 2002, al que únicamente tienen acceso sus empleados".- Del resultado de dicha comprobación informática se desprende que el equipo de seguridad durante el referido período ciento y cientos de llamadas, muchas de ellas a teléfonos móviles, cuando las llamadas anotadas en el "Libro Oficial de Llamadas" son 116, de las cuales tan sólo s han reseñado como "particulares" 6 llamadas.- Una vez que se ha facilitado a esta empresa el listado de llamadas no autorizadas realizadas desde el Control de Puerta, hemos podido averiguar que ha realizado entre otras las siguientes: Al número de teléfono …,

67 llamadas y al número de teléfono …, 50 llamadas.- Además de estos teléfonos a los que Vd. ha dirigido las llamadas que se indican, aparecen otros teléfonos de los que no hemos localizado la persona que ha efectuado las llamadas que son: …, …, …, …, …, … y ... Por lo que la empresa se reserva el derecho de tomar las oportunas medidas disciplinarias en el supuesto que logre identificarlos trabajadores que han realizado las mismas.- Por lo que a Vd. se refiere, esta Dirección ha de valorar negativamente el hecho de que no haya habido un reconocimiento previo por su parte de las llamadas realizadas, cuando se dio conocimiento al equipo de seguridad de listado de las mismas. Circunstancia que sólo admitió cuando, en relación con los dos números indicados, fue identificado como la persona que había efectuado las llamadas. Además, el haber realizado más de cien llamadas durante el servicio, supone una distracción grave dentro de la jornada de trabajo y el haberlo hecho sin autorización ni anotación en el libro registro correspondiente supone un abuso de confianza en relación con el servicio y durante el desempeño de sus tareas. En cualquier caso, constituye una falta laboral de carácter muy grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 57, apartados 4 y 20 del Convenio Colectivo Estatal de empresas de Seguridad, por lo que esta empresa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 58.3.a) del mencionado Convenio, ha decidido imponerle una sanción de 45 días de suspensión de empleo y sueldo.- Oportunamente se le comunicará el cumplimento de dicha sanción, que esperamos sirva para que estos hechos no vuelvan a repetirse.- Con independencia de lo anterior, esta empresa ha de abonar a POVISA el importe de todas las llamadas mencionadas, cuyo coste nos ha sido reclamado, por lo que deberá Vd. ponerse en contacto con el responsable de esta empresa en Vigo, Sr. B., para que le informe de la cuantía exacta que esto representa en su caso y acordar la forma de devolución de la misma".= 6º.- Los actores conocían las Órdenes de Puesto contenidas en el Manual, documentos obrantes a los folios 275 y 276, que se dan por reproducidas.= 7º.- El centro POVISA remitió a la empresa "E.S., S.A.", escrito sobre llamadas realizadas por los empleados de esta última, folios 286 y 296, que se dan por reproducidos.= 8º.- "E.S., S.A." comunicó a sus empleados en POVISA que comprobaran y recordaran las llamadas realizadas desde el puesto de central a los teléfonos señalados por el Centro POVISA (folio 289).= 9º.- POVISA ha presentado listado de llamadas realizadas por el Departamento de Seguridad, extensiones 2.609 y 2.078, desde el mes de enero de 2002 a agosto del mismo año, folios 126 a 257, que se dan por reproducidos.= 10º.- Los trabajadores don J.A.V.C. y don J.I.G. están afiliados al Sindicato U.G.T.= La Sección Sindical de U.G.T. en "PROSESA", a la que sucedió "E.S., S.A.", se constituyó hace más de cinco años. Los cargos relevados en el II Congreso Estatal. Se comunicó a "PROSESA".= Don D.Q.G., manifiesta estar afiliado a CC.OO.= 11º.- Se formularon sendos actos de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación,".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda presentada por don J.A.V.C., don J.I.G. y don D.Q.G., contra "E.S., S.A.", debo confirmar y confirmo las sanciones impuestas a los trabajadores por falta muy grave, absolviendo a la empresa de las pretensiones de 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 y, en consecuencia, confirma la sanción impuesta a los actores, de suspensión de empleo y sueldo por un periodo de dos meses a don J.A.V.C. y de 45 días en el caso de los otros dos demandantes, don J.I.G. y don D.Q.G.. Este pronunciamiento se impugna por la representación letrada de los citados trabajadores. Y sin cuestionar la declaración de hechos probados, la dirección letrada que asiste al Sr. D.Q.G. articula un solo motivo de recurso por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, al objeto de que se revoque la sentencia y se estime la demanda, y lo mismo pretenden los otros dos actores, cuyo recurso tampoco cuestiona la declaración fáctica de la sentencia recurrida, formulando un único motivo por idéntico cauce procesal, si bien subdividido en dos apartados, y aunque su extensión es mayor, en resumen, los dos recursos vienen a plantear idénticas cuestiones litigiosas, de ahí que su examen pueda hacerse de forma conjunta.

SEGUNDO.- Tanto el recurso del Sr. D.Q.G., como el de los otros dos recurrentes, los actores don J.A.V.C. y don J.I.G., plantean, en primer término, una cuestión de índole for-

mal, denunciando infracción del artículo 115.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando que la sanción que les ha sido impuesta por la empresa es nula, por cuanto los actores están afiliados al Sindicato UGT los dos últimos, y a CC.OO. el primero, y que en la empresa existe una Sección Sindical del Sindicato UGT, y que la empresa al tener conocimiento de la condición de afiliado a un Sindicato de un trabajador al que va a sancionar por falta grave o muy grave, viene obligada a dar audiencia a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente al Sindicato de afiliación, tal como resulta de los artículos 115.2 de la L.P.L., 55.1 del E.T. y 10.3.3º de la LOLS.

En relación con esta cuestión, la Sala debe partir de lo declarado probado en el hecho décimo -como anteriormente se dijo, ninguno de los recursos combate el relato de hechos probados-, y en el citado hecho consta que los trabajadores don J.A.V.C. y don J.I.G., se hallan afiliados al Sindicato UGT, y el Sr. D.Q.G. a CC.OO. Que la Sección Sindical de UGT se constituyo en PROSESA, empresa a la que sucedió la demandada "E.S., S.A.", hace más de cinco años. Los cargos fueron renovados (y no relevados como por error se dice en el hecho probado 10º) en el II Congreso Estatal, lo que se comunicó a PROSESA, sin que existiese Delegado Sindical en la demandada. Así pues, siendo indiscutible el derecho de los Delegados Sindicales a ser oídos por la empresa con carácter previo al despido y demás sanciones de los afiliados al Sindicato, derecho reconocido por el artículo 10.3.3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en relación con el artículo 115.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que implica el consiguiente deber procesal para la empresa; sin embargo, en el caso enjuiciado no cabe exigir dicho deber a la empleadora, por cuanto al no existir Delegado Sindical en la empresa, ni de UGT, ni del Sindicato CC.OO. no era posible cumplir con el citado trámite de audiencia.

TERCERO.- En el segundo de los apartados del recurso de los actores don J.A.V.C. y don J.I.G., se denuncia infracción del artículo 58. 1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la indebida aplicación del artículo 57 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, alegando vulneración del principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad aplicable en el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la empresa, señalando que los preceptos citados por la empresa y aplicados en la Sentencia, no tienen como tipificación de conductas las descritas por la empresa, y que el Juzgador se ha limitado a transcribir el contenido de la carta de sanción sin analizar si las conductas que se imputan están perfectamente subsumidas en las faltas tipificadas en los artículos del Convenio aplicable, añadiendo que representa una garantía inexcusable para el trabajador que la falta imputada y la sanción impuesta se hallen expresamente tipificadas, y que al no existir Convenio Colectivo que tipifique los hechos sancionados y gradúe las faltas y sanciones, la calificación efectuada por la empresa debe calificarse de discrecional y fuera de los límites del poder de dirección empresarial.

En el mismo sentido, el recurso del trabajador don D.Q.G., aunque de forma muchos más escueta, también denuncia vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, por lo que ambos recursos también en este punto pueden examinarse conjuntamente.

Ninguno de los recursos puede ser acogido por lo que a continuación se razonará: El poder disciplinario es una facultad que la Ley del Estatuto de los Trabajadores reconoce a las empresas en el artículo 58.1, una de cuyas manifestaciones la constituye la facultad sancionadora, y que acreditada la realidad de la comisión de los hechos susceptibles de sanción, prueba que corresponde al empresario en virtud de lo dispuesto en el artículo 114.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, el empresario deberá efectuar una valoración de los incumplimientos laborales «de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable», según regula el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores y ha venido siendo exigido por los Tribunales de Justicia.

Nuestro derecho sancionador exige, –como bien se afirma en el recurso de los actores don J.A.V.C. y don J.I.G.- como garantía para el trabajador que de acuerdo con los principios de legalidad y tipicidad, las faltas y sanciones estén tipificadas y que en su imposición se cumpla el principio de legalidad, es decir, no sólo hay que acreditar la realización de una conducta, sino que esa conducta ha de estar tipificada como merecedora de la sanción impuesta.

En el presente caso, acreditada la realidad de la conducta imputada a los trabajadores, se denuncia la vulneración de dichos principios en ambos recursos, y en concreto en el de los actores más arriba citados, por no acertar la empresa y el juzgador en la aplicación de

la norma correcta a la hora de incardinar las conductas imputables a los actores. Ciertamente, tanto la empresa como el juzgador citan el artículo del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad que rigió desde el año 1.997 hasta el 31 de diciembre de 2001, en concreto el artículo 57.4 y 20, cuando en realidad el Convenio aplicable es el publicado en el B.O.E de 20 de febrero de 2.002, y el equivalente de esa artículo 57.4, es el actual 55.4, en el que se califica como falta muy grave: *"la falsedad, deslealtad, el fraude, el abuso de confianza y el hurto o robo..."*, por lo tanto, no nos hallamos ante un supuesto de falta de tipicidad de una conducta, sino en el simple error padecido al determinar la aplicación de la norma en vigor, error que también lo padeció el Sr. Letrado del trabajador don D.Q.G., que acompaña en su prueba documental una copia del Convenio antiguo.

CUARTO.- Esto sentado, y acreditada la realidad de la conducta imputada a los actores, que se describe en el relato de hechos probados, la misma es claramente constitutiva de la valoración jurídica que efectúa la resolución impugnada. Consta probado que desde los meses de enero a agosto del año pasado, los actores –vigilantes de Seguridad- efectuaron durante la jornada de trabajo y desde un teléfono de la empresa contratante del Servicio de Seguridad, -POVISA- cientos de llamadas telefónicas, dos de los trabajadores (don J.A.V.C. y don J.I.G.) reconocieron los hechos y abonaron el importe de las llamadas. Otro de los trabajadores, don D.Q.G., ni reconoció, ni abonó el importe de las mismas, pero esta igualmente acreditado que realizó 50 llamadas a un número que coincide con el de su teléfono móvil, y otras 67 llamadas más a otro número de teléfono que resultó identificado.

Pues bien, partiendo de estos hechos –que no han sido combatidos-, la censura jurídica no puede ser acogida por la Sala, por cuanto los incumplimientos que se declaran probados han de calificarse de muy graves y culpables y merecedores de la sanción impuesta a los trabajadores, (incluso otros fueron objeto de despido) por cuanto la conducta de los recurrentes supone un fraude –con perjuicio económico- para la empresa contratante del servicio de vigilancia, así como una evidente deslealtad y un abuso de confianza, conducta éstas de los actores que resulta perfectamente incardinable en el artículo 55.4 del Convenio Colectivo de aplicación,

En definitiva, acreditada la conducta de los trabajadores, la sanción impuesta queda legitimada, pues se corresponde con tal tipo de falta, puesto que –como más arriba se dijolos actores incurrieron en una falta laboral muy grave, y la sanción impuesta se corresponda con tal falta y calificación, siendo así que el artículo 56.3.a) del Convenio Colectivo de aplicación, sanciona con la suspensión de empleo y sueldo desde dieciséis días hasta dos meses la comisión de faltas muy graves.

Consecuentemente, se rechaza el recurso de los trabajadores sancionados y de conformidad con el artículo 115.1.A) de la LPL, resulta procedente la sanción impuesta por las faltas cometidas, por lo que se confirma íntegramente la resolución recurrida. En consEn consecuencia:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos por la representación letrada de los actores don J.A.V.C., don J.I.G. y don D.Q.G., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. CINCO de Vigo, de fecha 27 de marzo de 2003, recaída en proceso sobre sanción, promovido por los recurrentes contra la empresa demandada "E.S., S.A.", confirmando la resolución recurrida.

3689 Recurso núm. 4.145/00

S.S. INTERPRETACIÓN DE LIQUIDACIÓN, PARA OS EFECTOS DE PRECISAR O ALCANCE DO SEU VALOR LIBERATORIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veintidós de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.145-2000, interpuesto por don J.C.G.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 180-2000 se presentó demanda por don J.C.G.R. en reclamación de Otros Extremos siendo demandados la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, CAJA DE MADRID DE PENSIONES S.A. y COMISIÓN PROMOTORA DEL PLAN DE PENSIONES DE EMPLEADOS DE CAJA MADRID en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de junio de 2000 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- El demandante don J.C.G.R., mayor de edad y con D.N.I. número …, prestó servicios para la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid desde el día 11 de febrero de 1994, con la categoría profesional de jefe de sexta A, realizando funciones de director en la sucursal de …, si bien también llevaba la de …, siendo despedido en fecha que no consta, despido conciliado ante este Juzgado el día 19 de noviembre de 1998 en los siguientes términos: *"Considerando la prescripción de las faltas, la empresa reconoce la improcedencia del despido y ofrece y el actor, don J.C.G.R., acepta, la cantidad de 4.500.000 pesetas líquidas, de las que 3.700.275 ptas. corresponden a indemnización y 799.725 ptas, a liquidación, saldo y finiquito. Esta cantidad se abonará en el plazo de 48 horas en la cuenta donde el Sr. J.C.G.R. percibía su nómina. Del total, 1.401.000 ptas., se aplicará a cancelar el anticipo que el Sr. J.C.G.R. mantienen con la Caja de Madrid y que le fue concedido en su día de acuerdo con las normas de anticipos para empleados. Asimismo, será cancelado con le abono de esta cantidad el préstamo para atenciones sociales que, también de acuerdo con las normas sobre préstamos a empleados, le fue concedido en su día al Sr. J.C.G.R. y aún mantiene. Don J.C.G.R. declara expresamente que con el percibo de la citada cantidad queda liquidada, saldada y finiquitada la relación laboral que mantenía con la Caja de Madrid, no existiendo reclamación alguna por su parte contra la misma derivada de dicha relación laboral"*. Segundo.- El día 3 de julio de 1998 la Dirección de Caja Madrid y los Sindicatos con representación en la misma suscribieron un pacto sobre previsión social complementaria, pacto aportado por el demandante y que aquí se tiene por reproducido, en el que, entre otros extremos se acordaba: la conveniencia de constituir un Fondo de Pensiones externo para los compromisos por jubilación de empleados en activo establecido en el convenio colectivo del Sector de Cajas de Ahorro; que desde el 29 de mayo de 1.986 coexistían dos sistemas: uno para los ingresados antes de la citada fecha que era un sistema de prestación definida que suponía un complemento de su pensión de jubilación, y otro para los ingresados después de esa fecha que era un sistema de aportación definida, y que se refundían los dos en uno de aportación definida; que dicho acuerdo en lo que afectaba a los compromisos por jubilación de personas en activo, suponía un compromiso sobre cuantías y no sobre modelos; Caja Madrid hacia una aportación inicial e individualizada de 49.567 millones de pesetas de los que 2.724 eran para jubilación de activos que estaban integrados en el sistema de aportación definida y que figuraban en el Balance de la Caja a 31 de diciembre de 1997 y que dichas cantidades, desde la fecha del Acuerdo y hasta su efectiva aportación al Plan de Pensiones tendrían garantizada por la Caja una rentabilidad del 6%; que para 1998 y años sucesivos hasta que cada partícipe cumpliese los 65 años la Caja aportaría: para personas en plantilla con menos de 50 años a fecha 31 de diciembre de 1998 y las ingresadas después: 7/ de la retribución fija anual y 3% sobre la variable, realizándose las aportaciones correspondientes a 1998 con efectos del 1 de enero de 1998 y en proporción al tiempo de prestación de servicios en dicho período; que *"Desde la firma del presente Acuerdo hasta la formalización del nuevo Plan, los empleados que por cualquier motivo causen baja en la empresa y en su caso sus herederos y beneficiarios, tendrán derecho a las cantidades que individualmente, a la fecha de la baja, les correspondiera tener aportadas en concepto de jubilación con el Nuevo Sistema de Previsión Social Complementaria de haberse constituido el Plan. Adicionalmente, también tendrán derecho a los beneficios derivados de la póliza de riesgos, en su caso. De lo expuesto en le párrafo anterior estarán excluidos, únicamente, aquellos trabajadores que causen baja voluntaria o sean objeto de despido declarado procedente por sentencia firme"*, añadiendo que los que causasen baja una vez formalizado el Plan tendrían derecho a la totalidad de los derechos reconocidos hasta ese momento, bien por aportaciones efectua-

das o bien por cantidades pendientes de trasvasar en concepto de derechos por servicios ya pasados; y que la entrada en vigor del Acuerdo comenzaría a partir de la firma del mismo, salvo las excepciones contempladas en el mismo, estando sujeto, para la plena efectividad de los compromisos por jubilación, a la formalización del Plan de Pensiones de Empleo. El Plan de Pensiones se integró en la Dirección General de Seguros el día 1 de julio de 1999 según solicitud de la Comisión Promotora de fecha 23 de junio de dicho año. La Caja hizo su aportación al Fondo en noviembre de 1999." Tercero.- El 19 de agosto de 1999 el actor solicitó su adhesión al Plan de Pensiones, que le fue denegado por la Comisión Promotora mediante carta de fecha 8 de septiembre por cuanto al conciliar su despido se había dado por saldado y finiquitado con la Caja de Madrid.- Cuarto.- Anualmente durante 1998 el actor hubiese percibido, de no haber sido despedido, la siguiente retribución fija: 4.687.400 pesetas de sueldo base incluidas pagas extraordinarias, 236.072 de trienios, 231.380 de participación en resultados administrativos, 184.404 de participación en resultados AC 9/2/95, 156.000 de plus de asistencia y actividad y 321.996 de complemento personal, lo que totaliza 5.817.252 pesetas. Por retribución variable percibió: 1.834.224 pesetas. Por gratificaciones y participación en resultados del ejercicio percibió respectivamente 315.700 y 1.224.686 pesetas.- Quinto.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 20 de octubre de 1.99, la misma tuvo lugar en fecha 29 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 31 de marzo reclamando 534.926 pesetas por el Plan de Pensiones por lo que la Caja debió aportar a dicho Plan durante 1998 hasta el cese del demandante en función de la retribución de éste en dicho año y 2.259.000 pesetas acumuladas al sistema de previsión social con anterioridad al 31 de diciembre de 1997."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de falta de acción alegada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y la Caja de Madrid de Pensiones, S.A. y desestimando asimismo la demanda interpuesta por don J.C.G.R. contra dichas demandadas y contra la Comisión Promotora del Plan de Pensiones de Empleados de Caja Madrid, debo absolver y absuelvo a dichas demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando la excepción de falta de acción alegada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y la Caja de Madrid de Pensiones S.A. y desestimando, asimismo, la demanda interpuesta por don J.C.G.R. contra dichas demandadas y contra la Comisión Promotora del Plan de Pensiones de Empleados de Caja Madrid, absolvió a dichas demandadas de las pretensiones deducidas frente a ellas, y contra dicha resolución, se alza en suplicación la parte actora y, aquietándose con los hechos declarados probados, denuncia, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción, por aplicación indebida, del artículo 533 en relación con el artículo 17 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitando que, con revocación de la sentencia recurrida, se declare el derecho del actor a rescatar las cantidades aportadas al Plan de Pensiones por Caja Madrid en las cuantías de 508.445 pesetas, así como la de 2.259.000 pesetas, como importe de la suma acumulada correspondiente al sistema de previsión social anterior a 31.12.97 y a abonar dicha suma mediante transferencia al actor.

SEGUNDO.- Así las cosas, a tenor de lo establecido en el cuerpo del escrito en que se contiene el recurso interpuesto por la parte actora frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, se desprende, en primer lugar, que la parte actora recurrente no se muestra de acuerdo con la apreciación de la referida sentencia relativa a que el finiquito firmado por dicha parte, con ocasión de su despido improcedente, ante el propio Juzgado de lo Social nº 1, libera a las demandadas de las futuras obligaciones pecuniarias que traen causa en el contrato laboral que les une hasta la fecha de la resolución en el acto conciliatorio celebrado el 19.11.98, arguyendo, al respecto, la parte demandante recurrente que la teoría liberatoria del finiquito no cabe entenderla en un sentido absoluto, sino que ha de ir referenciada a los conceptos integrantes o incluidos en el recibo del propio finiquito, añadiendo que las demandadas resultarían beneficiadas o enriquecidas injustamente por cuanto las cantidades en cuestión, según refie-

re el actor, quedarían en poder de la Promotora y en su beneficio.

TERCERO.- Conviene tener presente que, como ha venido estableciendo la doctrina jurisprudencial, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 29.09.86 que "para que pueda afirmarse la existencia de un finiquito en el campo laboral es imprescindible que conste una voluntad del trabajador inequívocamente dirigida a la extinción del contrato, para así distinguirla sin dificultad de la mera liquidación de cuentas que supone una voluntad negocial dirigida a clarificar o defender la situación económica entre empresarios y trabajadores por un determinado período de tiempo", en tanto que, entre otras, la sentencia de 30.09.92, estableció que "aún partiendo de la conocida y reiterada doctrina sobre el carácter liberatorio de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que tiene el llamado recibo de saldo y finiquito para las partes que lo firman al término del mismo, y admitido, incluso el principio con la mayor amplitud, lo que no cabe duda es que el acuerdo que se plasma en el documento oportuno ha de estar sujeto a las reglas de interpretación de los contratos, que establecen los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados", lo que aplicado al caso que nos ocupa, permite aseverar, habida cuenta del tenor literal del acuerdo plasmado en el acto de conciliación antes referido, llevado a cabo ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo en el seno del juicio por despido 659/98 con fecha 19.11.98, que el acuerdo allí alcanzado - al que, en lo esencial, se refiere el inalterado, por incombatido, ordinal primero de la resolución "a quo", al que nos remitimos para evitar inútiles repeticiones - aún cuando proclama el carácter extintivo de la relación laboral hasta entonces existente entre el actor y la mercantil codemandada Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid – Caja Madrid, y determina, asimismo, que cierta cantidad del total de la indemnización acordada se dedicaría a la cancelación de un anticipo percibido por el trabajador de acuerdo con las normas de anticipos para empleados y que también quedaría cancelado el préstamo para atenciones sociales, no se refiere, en absoluto, a la cuestión relativa al rescate de las cantidades reclamadas en la demanda rectora del presente procedimiento, a lo que cabe añadir, a mayor abundamiento, que la actividad posterior del actor, solicitando su adhesión al Plan de Pensiones y la propia presentación de la demanda, corrobora la tesis antes referida en orden al alcance y determinación de lo plasmado en el acto de conciliación "ut supra" reseñado, si bien ello no implica que hayan de tener acogida, en su totalidad, las pretensiones auspiciadas por el recurrente pues, por más que la sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo "in fine" llegó a la consideración - compartida por este Tribunal – de que, a tenor de lo establecido en el Acuerdo suscrito entre la Dirección de Caja Madrid y los Sindicatos, de fecha 03.07.98, la suma a que tendría derecho ascendería a 508.445 pesetas (3.055,82 Euros), no contiene el recurso ni motivo, argumento o razonamiento alguno tendente a desvirtuar tales consideraciones de la resolución impugnada, por lo que el recurso ha de ser estimado parcialmente, en la forma a la que nos referiremos en la parte dispositiva de esta resolución. Por lo expuesto,

Fallamos

Estimando en parte el recurso de suplicación articulado por don J.C.G.R. frente a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, la Caja de Madrid de Pensiones S.A. y la Comisión Promotora del Plan de Pensiones de Empleados de Caja Madrid, declaramos el derecho del actor a percibir la cantidad de 508.445 pesetas (3.055,82 Euros), condenando a las codemandadas a estar y pasar por tal declaración y al abono de dicha suma al demandante.

3690 **Recurso núm. 3.751/03**

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL FRAUDULENTO, CON DEREITO DE OPCIÓN A CARGO DO TRABALLADOR DESPEDIDO, DADA A SÚA CONDICIÓN DE DELEGADO SINDICAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a veinticuatro de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.751/03 interpuesto por doña P.R.S. y CONSELLERIA POLITICA AGROALIMENTARIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña P.R.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado CONSELLERIA POLÍTICA AGROALIMENTARIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 122/03 sentencia con fecha 28 de marzo de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: " Primero.- La actora doña P.R.S. vino prestando servicios para la Consellería demandada desde el 1 de febrero de 1996 mediante un contrato para obra o servicios determinado, cuyo objeto era" realizar trabajos de laboratorio relacionados con el proyecto de investigación XLE-01-96 nº expediente 95-09-2711 nº de aplicación 09.02.432B 6401" con la categoría de Auxiliar de Laboratorio y percibiendo un salario de 1.174, 47 euros incluida prorrata de pagas extras.- Segundo.- La actora participó desde su contratación hasta el 31 de diciembre de 1999 en que finaliza en el proyecto de investigación XLE-01-96 con el título "caracterización de los vinos gallegos y de sus zonas de producción, aproximación a subzonificación de las denominaciones de origen gallegas." Entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2002 participó en el proyecto de investigación XLE-01-00 con el título "Estudio da composición aromática de los vinos blancos monovarietales de castas autóctonas: aproximación a técnicas optimas de extracción y revelado de aromas". Los proyectos estaban financiados con cargo al capítulo VI de la aplicación presupuestaria 04-02-432 A, convertida en el año 2002 en la línea 60929, que se quedó sin asignación para el año 2003.- Tercero.- La actora además de participar en los citados proyectos, cuando menos en el 80% de su jornada laboral venía realizando actividades permanentes de la Estación de Viticultura y Enología de Galicia, sita en …, donde prestaba servicios, realizando actividades de análisis de vinos, bien provenientes de Consellos Reguladores o de particulares y actividades formativas.- Cuarto.- En fecha 17 de diciembre de 2003 por al Federación de Servicios Públicos de UGT se comunica al Director de la Estación de viticultura y Enología su nombramientos como Delegada Sindical.- Quinto.- En fecha 17 de diciembre de 2002 la actora recibió comunicación escrita del Vicesecretario General de la Consellería demandada con fecha 12 de diciembre de 2002 y de 16 de diciembre de 2002 de Registro General por la que se le informaba que el día 31 de diciembre de 2002 finalizaba su contrato.- Sexto.- Por la Consellería demandada en el año 1995 se formalizaron 53 contratos de trabajo con cargo al capítulo VI de los presupuestos de esta Consellería de los que:

-49 finalizaron cuando acabó el servicio por el que fueron contratados.

-3 finalizaron por renuncia de los titulares.

-1 sigue en vigor al día de hoy por continuar el servicio por el que fue contratado.

En el año 1996 se formalizaron 43 contratos de trabajo de los que:

-40 finalizaron cuando acabó el servicio por el que fueron contratados.

-3 finalizaron por renuncia de los titulares.

En el año 1997 se formalizaron 33 contratos de trabajo de los que:

-31 finalizaron cuando acabó el servicio por el que fueron contratados.

-1 finalizó por renuncia del titular

-1 sigue en vigor al día de hoy por el que fue contratado.

En el año 1998 se formalizaron 37 contratos de trabajo de los que:

-24 finalizaron cuando acabó el servicio por el que fueron contratados.

-3 finalizaron por renuncia de los titulares.

-10 siguen en vigor al día de hoy PRIMERO.- el que fueron contratados.

En el año 1999 se formalizaron 30 contratos de trabajo que finalizaron todos cuando acabó el servicio por el que fueron contratados, salvo uno que finalizó antes por renuncia.

Séptimo.- Formulada reclamación previa en fecha 20 de enero de 2003, la actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 14 de febrero de 2003.-

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña P.R.S. contra LA CONSELLERIA DE POLITICA AGROALIMENTARIA E DESENVOLVEMENTO RURAL debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora, condenando a la Consellería demandada a que en el plazo de CINCO DIAS opte entre readmitirla en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abone una Indemnización de 12.163,91 Euros, con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente Sentencia.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante/demandado 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 extinción del contrato de trabajo acordada por la empleadora –la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural de la Xunta de Galicia-, la trabajadora – doña P.R.S.- presentó demanda solicitando la nulidad, celebrándose juicio donde ambas partes litigantes se ratificaron en sus respectivas pretensiones de nulidad –la trabajador- y de procedencia –la empleadora-, y, después de celebrado, dictándose sentencia donde el juzgador de instancia consideró la improcedencia, lo cual ha motivado el anuncio de recurso de suplicación, tanto por la trabajadora como por la empleadora, interpuesto el recurso de la trabajadora con solicitud, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, de revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), de examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, e interpuesto el recurso de la empleadora con solicitud, al amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, de examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Una aproximación inicial a ambas interposiciones permite comprobar como, tanto en el recurso de la trabajadora como en el recurso de la empleadora, se discute la calificación del despido. Además tanto la trabajadora como la empleadora han impugnado la suplicación de adverso formalizada. Parece conveniente, a la vista de lo expuesto, analizar, en primer lugar, las solicitudes de revisión fáctica de la trabajadora, dejando definitivamente configurado el relato fáctico, y, en segundo lugar, las denuncias, tanto de la trabajadora como de la empleadora, sobre dicha calificación jurídica.

SEGUNDO.- Se solicita en el recurso de la trabajadora, al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, una revisión fáctica consistente en la supresión, en el Hecho Probado Segundo, del inciso *"los dos proyectos estaban financiados con cargo al Capítulo VI de la aplicación presupuestaria 04-02-432A, convertida en el año 2000 en la línea 60929, que se quedó sin asignación para el año 2003"*, supresión inacogible, ya que, para suprimir un hecho declarado probado, es necesario acreditar su carácter ficticio, esto es no basado en prueba alguna, y, en el caso de autos, dicho hecho declarado probado se ha sustentado, aparte de en otra documental, en una certificación del Director del Centro de Formación, Investigación e Tecnoloxía Agraria de Galicia –folio 74-, de donde en modo alguno es un hecho ficticio.

TERCERO.- Tanto la trabajadora –solicitando la calificación de nulidad-, como la empleadora –solicitando la calificación de procedencia-, ambas atacan, al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la calificación de improcedencia del despido disciplinario realizada en la sentencia de instancia, y, más concretamente, en atención a las siguientes denuncias jurídicas:

1º. En el recurso de la trabajadora, la infracción de los artículos 55.5 y 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, y de los artículos 108.2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con los artículos 14, 16, 23.2 y 28.1 de la Constitución, y la infracción de los artículos 45.2.a) y e) del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, infracciones argumentadas sobre la existencia de una actuación discriminatoria vulneradora de la libertad ideológica, del acceso a cargos públicos y de la libertad sindical.

Ahora bien, dentro de esa abigarrada denuncia jurídica, se observa una argumentación adicional en el último párrafo del motivo relativa al derecho de opción de los representantes de los trabajadores en supuestos de despido improcedente, y, dentro de esa argumen-

tación, se entienden las citas relativas al artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores y a los artículos 45.2.a) y e) del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia.

2º. En el recurso de la empleadora, la infracción de los artículos 49.1.b), 15.1.a) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, y del artículo 2 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, infracciones argumentadas sobre la ausencia de fraude en la cláusula de temporalidad de los contratos de trabajo existentes entre las partes litigantes.

Hechas estas delimitaciones de las denuncias jurídicas de la empresa y del trabajador, la cuestión litigiosa se centra, prioritariamente, en la existencia de vulneración de derechos fundamentales, ya que, de no apreciarse dicha vulneración, se podría entrar a resolver la procedencia o la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo, pero, si se apreciase, la declaración de nulidad prevalecería sobre cualquier otra calificación de esa extinción contractual, en atención al valor esencial dentro de nuestra convivencia de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución.

CUARTO.- A los efectos de acreditar la existencia de lesión de un derecho fundamental, la doctrina constitucional es reiterada en el sentido de flexibilizar la carga de la prueba, de modo que, (1) aunque no le basta al trabajador *"la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o una apariencia de aquella discriminación o lesión",* (2) acreditados esos hechos, *"corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"* –STCo 21/1992, de 14 de enero-. De este modo, *"cuando se ventila un despido pluricausal, en el que confluyen una causa, fondo o panorámica discriminatorio, y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pudiera considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado"* –STCo 7/1993, de 18 de enero-.

QUINTO.- En el caso de autos, la Sala considera, a la vista de la declaración de hechos probados, la ausencia de vulneración de derecho fundamentales, ya que, aunque ciertamente existen algunos datos fácticos que, en apariencia, suponen un principio de prueba o indicio de conducta lesiva de derechos fundamentales, dichos datos fácticos, examinados en detalle, no son ni indicios ni principio de prueba de la existencia de un panorama antisindical, y, en este sentido, la Sala comparte, de manera sustancial, los razonamientos del juzgador de instancia referentes a la ausencia de indicios o principio de prueba.

De un lado, un principio de prueba o indicio operativo a los efectos de acreditar una conducta lesiva de derechos fundamentales es la ilegalidad ordinaria de la extinción del contrato de trabajo, y, como se verá más adelante, esa ilegalidad concurre, aunque coincidimos con el juzgador de instancia cuando razona que *"las circunstancias de la contratación no permiten hablar de un trato discriminatorio"* –Fundamento de Derecho Segundo-, a saber:

(1) en primer lugar, porque la extinción del contrato de trabajo temporal por finalización de la obra o servicio determinado dentro de supuestos de contratación iguales al del caso de autos es una práctica habitual de la empleadora demandada –Hecho Probado Sexto-, descartando la existencia de una motivación individualizada en la extinción del contrato de la demandante;

(2) en segundo lugar, porque la irregularidad de la cláusula de temporalidad consiste en la realización de trabajos ajenos a la contratación, un fraude ajeno al momento de la contratación y surgido durante la ejecución del contrato que, en el momento de la extinción, no era fácil calificar de fraude; y

(3) en tercer lugar, porque la extinción del contrato de trabajo obedeció a la ausencia de la renovación presupuestaria de la obra o servicio determinado objeto de la contratación y coincidió temporalmente con esa no renovación, circunstancias determinantes de una apariencia de legalidad excluyente de que, por este solo indicio, se considere la existencia de un móvil discriminatorio.

De otro lado, otro principio de prueba o indicio operativo a los efectos de acreditar una conducta lesiva de derechos fundamenta-

les es la simultaneidad entre la comunicación de nombramiento de delegada sindical y la comunicación de extinción de la relación laboral –ambas acaecidas a 17.12.02, aquélla al parecer al principio de la mañana y ésta al parecer al final de la mañana, Hechos Probados Cuarto y Quinto-, aunque no es menos cierto que –como el juzgador de instancia detalla con valor fáctico en el Fundamento de Derecho Primero- el cese de la demandante *"se acordó días antes de que recibiera la comunicación escrita … (como) viene corroborado por la fecha de las comunicaciones –día 12.12.02- y la fecha del sello del registro de la Consellería -16.12.02-"*.

Al margen de esa irregularidad de la contratación temporal de la demandante y de esa coincidencia temporal de las notificaciones, las cuales, como hemos visto, no operan, en el caso de autos, como indicios o principio de prueba de la existencia de un panorama antisindical, ningún otro indicio o principio de prueba aparece alegado y probado en el caso de autos, de ahí que, en lógica consecuencia, se rechace la infracción de los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, y de 108.2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con los artículos 14, 16, 23.2 y 28.1 de la Constitución.

SEXTO.- Rechazada la existencia de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, y antes de examinar su denuncia relativa al derecho de opción, debemos analizar la denuncia de la empleadora sobre la infracción de los artículos 49.1.b), 15.1.a) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, y del artículo 2 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, infracciones argumentadas sobre la ausencia de fraude en la cláusula de temporalidad de los contratos de trabajo existentes entre las partes litigantes. Opuesto a la expuesta denuncia jurídica, la trabajadora la impugna y solicita la desestimación total del motivo.

Pues bien, la Sala considera, en consonancia con lo argumentado en la sentencia de instancia –Fundamento de Derecho Segundo-, una desviación en la obra o servicio determinado objeto de la contratación temporal que, por su carácter sustancial, supone una irregularidad en la contratación temporal determinante de la calificación de improcedencia de la extinción acordada por la empleadora, y ello, atendiendo a la declaración de hechos probados, porque:

(1) *"la actora … vino prestando servicios para la Consellería demandada … mediante un contrato para obra o servicio determinado cuyo objeto era realizar trabajo de laboratorio relacionados con (un concreto) proyecto de investigación"* –Hecho Probado Primero-; y

(2) "la actora además de participar en los citados proyectos, cuando menos en el 80% de su jornada laboral, venía realizando actividades permanentes de la estación de Viticultura y Enología de Galicia, sito en …" –Hecho Probado Tercero-.

Tal desviación sustancial en la obra o servicio determinado objeto de la contratación temporal determina la irregularidad de la cláusula de temporalidad y, en legal consecuencia, no se han aplicado indebidamente los artículos 49.1.b), 15.1.a) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, y el artículo 2 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, en relación con el artículo 6.4 del Código Civil.

SÉPTIMO.- Quédanos examinar, confirmada la calificación de improcedencia de la extinción del contrato de trabajo, si la demandante ostenta el derecho de opción regulado en el artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, donde se establece que, *"si el despedido fuese un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste"*, y, a juicio de la Sala, sí se debe conceder el derecho de opción, ya que, de manera automática, el derecho de opción se vincula a la condición de representante unitario o sindical de los trabajadores, y, en el caso de autos, se ha acreditado la designación de la demandante como delegada sindical de la Unión General de Trabajadores y la comunicación a la empleadora con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo –Hecho Probado Cuarto-, sin existir además hecho alguno demostrativo de irregularidad en la designación de la demandante, debiendo añadirse que, aunque no se ha notificado la designación en los términos establecidos en los artículos 45.2.a) y e) del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia –notificación expresa con 30 días de anticipación a la Dirección Xeral da Función Pública / Xunta de Galicia-, eso será relevante a los efectos de la constitución de una bolsa territorial única de créditos horarios –que es lo regulado en la letra a) del punto 2 de ese artículo 45 del referido Convenio Colectivo Único-, pero no lo es a efectos diferentes, como es el derecho de opción del artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, y más aún si consideramos que, en la Ley Orgánica

de Libertad Sindical, no se vincula la validez o la eficacia de la designación de un delegado sindical a su comunicación a la empresa en unas determinadas condiciones.

OCTAVO.- De acuerdo con el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, la demandada será condenada en las costas de su suplicación.

Fallamos

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por doña P.R.S. y desestimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural de la Xunta de Galicia contra la Sentencia de 28 de marzo de 2003 del Juzgado de lo Social número 1 de Ourense, dictada en juicio seguido a instancia de doña P.R.S. contra la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural de la Xunta de Galicia, la Sala la confirma salvo en cuanto al derecho de opción entre readmisión e indemnización, el cual se atribuye a la demandante. Condenamos a la demandada en las costas de su suplicación, fijando en 300 euros los honorarios de la letrada de la demandante.

3691 Recurso núm. 4.089/03

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO DE TRABALLADORA INDEFINIDA NON FIXA, POR CUMPRIMENTO DE CONDICIÓN RESOLUTORIA VÁLIDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veinticuatro de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Rollo nº 4.089/03, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por los Letrados don P.B.L., en nombre y representación de doña D.N.S., y don R.F.N., en nombre y representación de la FUNDACIÓN PÚBLICA "ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN SANITARIA (FEGAS)", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 153/03 se presentó demanda por doña Y.B.S., sobre DESPIDO NULO O, subsidiariamente, IMPROCEDENTE, frente a la FUNDACIÓN PÚBLICA "ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN SANITARIA" y a doña D.N.S.. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha tres de abril del presente año por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- Doña Y.B.S. prestó servicios para la "FEGAS" desde el 8 de febrero de 1999 con la categoría profesional de Técnico de Grado Medio en Gestión Contable y con una retribución de 1.210´47 euros brutos mensuales.= Los referidos servicios se prestaron en todo momento en las oficinas de la "FEGAS" sitas en Santiago de Compostela, C/. …, con los medios de trabajo suministrados por la Fundación y sometida a las directrices y órdenes del personal de la referida Fundación. A pesar de lo anterior, en el período comprendido entre el 8 de febrero y el 30 de junio de 1999 figuraba contratada por la Empresa de Trabajo Temporal "F., S.A." y desde el 1 de julio de 1999 por la empresa "E., S.A.", perteneciente al mismo grupo empresarial.= SEGUNDO.- La actora fue cesada el 30 de abril de 2001, alegándose como causa el "fin de obra". Doña Y.B.S. ejercitó acción de despido que dio lugar a los autos seguidos en este Juzgado con el número 369/2001 y que terminaron por sentencia de 16 de mayo de 2002, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido y que en su parte dispositiva acuerda: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña Y.B.S. contra las empresas Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria", "F., S.L." y "E., S.A.", debía declarar y declaraba la nulidad del despido efectuado, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a que readmitan a la actora en su puesto de trabajo, debiendo manifestar ésta por qué empresa opta, y a que le abonen, de forma solidaria, los correspondientes salarios dejados de percibir, en la cuantía de 31,35 euros diarios y desde la fecha en que la actora causara alta médica o dejara de percibir las

prestaciones por incapacidad temporal hasta la fecha en que la readmisión tenga efectivamente lugar, y desestimando la demanda formulada en cuanto a la diferencia de salario regulador reclamado, debía absolver y absolvía a las demandadas del citado pedimento".= TERCERO.- El 29 de mayo de 2002 se dictó en los referidos autos 369/01 Auto teniendo por hecha opción en tiempo y forma por doña Y.B.S., por la cual la actora opta por la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria".= Se incoó la Ejecutoria 119/2002 y durante su tramitación la hoy demandada presentó el 19 de julio de 2002 un escrito cuyo contenido se da por reproducido.= Mediante Auto de 19 de agosto de 2002 se acordó que la "FEGAS" proceda en el plazo de 10 días a readmitir a doña Y.B.S. en las condiciones que tenía con anterioridad al despido y de acuerdo con la opción efectuada por la misma, y en caso de no cumplirse se advierte de la adopción de las medidas previstas en el artículo 282 de la L.P.L.= El 23 de octubre de 2002 tuvo lugar una comparecencia incidental en la que las partes manifestaron que la readmisión de la actora tuvo efectivamente lugar el 09.09.02 en los términos que se disponen en la sentencia recaída y las empresas "FEGAS" y "E." se comprometieron al abono solidario de la cantidad fijada en concepto de salarios de tramitación.= CUARTO.- La actora se presentó y no superó el proceso selectivo convocado por acuerdo de 05.04.02 para la cobertura de personal laboral fijo de 11 plazas de la categoría profesional de Personal de Servicios Generales de la Fundación.= El 15 de octubre de 2002 se acordó la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura por personal laboral fijo de un puesto de trabajo de Técnico de Gestión Contable del cuadro de personal de la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria" (se da por reproducido íntegramente su contenido).= La referida convocatoria fue publicada en el D.O.G. de 24 de octubre de 2002.= QUINTO.- La hoy actora promovió recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se anunciaba la referida convocatoria.= El Juzgado Contencioso-administrativo de esta ciudad acordó por Auto de 14 de enero de 2003 declarar la inadmisión del recurso por falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para su conocimiento, por corresponder a la Jurisdicción Laboral.= SEXTO.- El 17 de febrero de 2002 la Comisión de selección del proceso selectivo convocado acordó por unanimidad seleccionar a doña D.N.S. al haber obtenido la máxima puntuación.= La hoy actora no se presentó al referido concurso.= SÉPTIMO.- El representante de la "FEGAS" y doña D.N.S. formalizaron el 19 de febrero de 2003 contrato de trabajo, novando la anterior categoría profesional de la trabajadora como Personal de Servicios Generales a la categoría obtenida tras la superación del proceso selectivo, la de Técnico de Gestión contable (se da el contenido por reproducido).= OCTAVO.- El 5 de febrero de 2003 la "FEGAS" comunicó a la hoy actora que el día 20 de febrero de 2003 quedaría resuelta a todos los efectos su relación laboral con esa Fundación (se da su contenido por reproducido).= NOVENO.- En los Estatutos de la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria" se señala en su artículo tercero relativo a su régimen normativo que le es de aplicación la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, o normativa que la sustituya.= En el artículo 18 se regula el régimen de personal, se indica que el régimen jurídico del personal de la Fundación será de carácter laboral con la garantías que establece a este efecto el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. La Fundación deberá aplicar en todo caso a los sistemas de selección de personal a su servicio los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.= DÉCIMO.- El día 7 de marzo de 2003 tuvo lugar el acto de conciliación ante el S.M.A.C., que finalizó sin avenencia.= UNDÉCIMO.- Doña Y.B.S. no ejercitó durante el año anterior a la fecha de despido la condición de Delegada de personal o miembro del comité de empresa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO.= Que debo estimar la demanda interpuesta por doña Y.B.S. contra la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria" y doña D.N.S., y declaro que la decisión extintiva acordada por la demandada constituye un despido nulo y condeno a la empresa a la inmediata readmisión de la actora en las mismas condiciones que regían antes de su despido y con abono de la siguiente cantidad: 1.734´62 € en concepto de salarios de tramitación, más los que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta la de su notificación, a razón de un salario diario de 40´34 €.= Condeno a la codemandada doña D.N.S. a estar y pasar por la anterior declaración.= Notifíquese... etc.-

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, que fue impugnado de contrario.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda, declaró que la decisión extintiva acordada por la codemandada Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria (F.E.G.A.S.)" constituía un despido nulo y condenó a la empresa a la inmediata readmisión de la actora, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y al abono en concepto de salarios de tramitación de la cantidad de 1.734´62 €, más los que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta su notificación, a razón de un salario diario de 40´34 €. Decisión judicial que se recurre por la representación letrada de la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria (F.E.G.A.S.)" y por la representación letrada de la codemandada doña D.N.S., pretendiéndose por la primera la revisión de los hechos declarados probados, en tanto que por ambas se censura el derecho aplicado, denunciando infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.252 del Código Civil, en relación con el 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/00, de 7 de enero) y de la jurisprudencia que se cita, en relación con los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre (de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia) –D.O.G. nº 227, de 20.11.96-, así como violación de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española; denunciándose, asimismo, por la "Escola Galega", infracción, por aplicación indebida, de los artículos 55, apartados 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, y no aplicación del artículo 49, apartados 1, c) y 2 del mismo cuerpo legal.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la revisión de los hechos probados, se interesa que al ordinal primero se adicione un texto del tenor literal siguiente: *"Doña Y.B.S. prestó servicios para la F.E.G.A.S. desde el 08.02.99, con la categoría profesional de Auxiliar Administrativa, y desde el 16.09.99, como Técnico de grado medio en gestión contable"*. Adición que, si bien se acepta al estar acreditada por la documental, es irrelevante a los efectos de la resolución de la litis, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

TERCERO.- Como antecedentes de la cuestión litigiosa, deben destacarse los siguientes: a) Doña Y.B.S. prestó servicios para la "F.E.G.A.S." desde el 8 de febrero de 1999 con la categoría profesional de Técnico de Grado Medio en Gestión Contable y con una retribución de 1.210´47 euros brutos mensuales. Los referidos servicios se prestaron en todo momento en las oficinas de la "F.E.G.A.S." sitas en Santiago de Compostela, C/…. con los medios de trabajo suministrados por la Fundación y sometida a las directrices y órdenes del personal de la referida Fundación. A pesar de lo anterior, en el período comprendido entre el 8 de febrero y el 30 de junio de 1999 figuraba contratada por la Empresa de Trabajo Temporal "F., S.A." y desde el 1 de julio de 1999 por la empresa "E., S.A.", perteneciente al mismo grupo empresarial. b) La actora fue cesada el 30 de abril de 2001, alegándose como causa el "fin de obra". Doña Y.B.S. ejercitó acción de despido que dio lugar a los autos seguidos en este Juzgado con el número 369/2001 y que terminaron por sentencia de 16 de mayo de 2002, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido y que en su parte dispositiva acuerda: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña Y.B.S. contra las empresas Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria", "F., S.L." y "E., S.A.", debía declarar y declaraba la nulidad del despido efectuado, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a que readmitan a la actora en su puesto de trabajo, debiendo manifestar ésta por qué empresa opta, y a que le abonen, de forma solidaria, los correspondientes salarios dejados de percibir, en la cuantía de 31,35 euros diarios y desde la fecha en que la actora causara alta médica o dejara de percibir las prestaciones por incapacidad temporal hasta la fecha en que la readmisión tenga efectivamente lugar, y desestimando la demanda formulada en cuanto a la diferencia de salario regulador reclamado, debía absolver y absolvía a las demandadas del citado pedimento". c) El 29 de mayo de 2002 se dictó en los referidos autos 369/01 Auto teniendo por hecha opción en tiempo y forma por doña Y.B.S., por la cual la actora opta por la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria". Se incoó la Ejecutoria 119/2002 y durante su tramitación la hoy demandada presentó el 19 de julio de 2002 un escrito cuyo contenido se da por reproducido. Mediante Auto de 19 de agosto de 2002 se acordó que la "F.E.G.A.S." proceda en el plazo de 10 días a readmitir a doña Y.B.S. en las condiciones que tenía con anterioridad al despido y de acuerdo con la opción efectuada por la misma, y en caso de no cumplirse se advierte de la adopción de las

medidas previstas en el artículo 282 de la L.P.L. El 23 de octubre de 2002 tuvo lugar una comparecencia incidental en la que las partes manifestaron que la readmisión de la actora tuvo efectivamente lugar el 09.09.02 en los términos que se disponen en la sentencia recaída y las empresas "F.E.G.A.S." y "E." se comprometieron al abono solidario de la cantidad fijada en concepto de salarios de tramitación. d) La actora se presentó y no superó el proceso selectivo convocado por acuerdo de 05.04.02 para la cobertura de personal laboral fijo de 11 plazas de la categoría profesional de Personal de Servicios Generales de la Fundación. El 15 de octubre de 2002 se acordó la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura por personal laboral fijo de un puesto de trabajo de Técnico de Gestión Contable del cuadro de personal de la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria" (se da por reproducido íntegramente su contenido). La referida convocatoria fue publicada en el D.O.G. de 24 de octubre de 2002. e) La hoy actora promovió recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se anunciaba la referida convocatoria. El Juzgado Contencioso-administrativo de esta ciudad acordó por Auto de 14 de enero de 2003 declarar la inadmisión del recurso por falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para su conocimiento, por corresponder a la Jurisdicción Laboral. f) El 17 de febrero de 2002 la Comisión de selección del proceso selectivo convocado acordó por unanimidad seleccionar a doña D.N.S. al haber obtenido la máxima puntuación. La hoy actora no se presentó al referido concurso. g) El representante de la "F.E.G.A.S." y doña D.N.S. formalizaron el 19 de febrero de 2003 contrato de trabajo, novando la anterior categoría profesional de la trabajadora como Personal de Servicios Generales a la categoría obtenida tras la superación del proceso selectivo, la de Técnico de Gestión contable (se da el contenido por reproducido). h) El 5 de febrero de 2003 la "F.E.G.A.S." comunicó a la hoy actora que el día 20 de febrero de 2003 quedaría resuelta a todos los efectos su relación laboral con esa Fundación (se da su contenido por reproducido). i) En los Estatutos de la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria" se señala en su artículo tercero relativo a su régimen normativo que le es de aplicación la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, o normativa que la sustituya. En el artículo 18 se regula el régimen de personal, se indica que el régimen jurídico del personal de la Fundación será de carácter laboral con la garantías que establece a este efecto el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. La Fundación deberá aplicar en todo caso a los sistemas de selección de personal a su servicio los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

CUARTO.- Entrando en el examen de la censura jurídica, se ha de tener en cuenta que el planteamiento de la cuestión por parte de la actora y de la Magistrada de instancia en los fundamentos de la sentencia, se apoya en el carácter fijo que entienden tenía la relación laboral con la demandada, y a partir de tal premisa concluyen que la comunicación de cese remitida por la Fundación Pública constituye un despido y no una causa de extinción del contrato de las previstas y señaladas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores; a tal efecto, tratan de fundamentar su conclusión en la institución procesal de la cosa juzgada positiva, partiendo de que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago, dictada en procedimiento de despido, había declarado la fijeza de la actora por entender que existía cesión ilegal de mano de obra y, por ende, tal cuestión, al estar amparada por los efectos positivos de la costa juzgada, no podría ser objeto nuevamente de enjuiciamiento ni análisis, al estar vinculados por la declaración judicial de la sentencia de 16.05.02. Por los recurrentes se niega que se produzca el efecto de la cosa juzgada, por cuanto en la parte dispositiva de la sentencia no se recoge ningún pronunciamiento sobre la supuesta fijeza de la actora –ahora recurrida- y porque entre el proceso concluido por sentencia de 16.05.02 y el actual, no concurre identidad subjetiva –en aquél fueron partes "F., S.L." y "E., S.A.", mientras que en éste no lo han sido-, ni objetiva, ya que el fondo del asunto en aquél estaba acompañado de una serie de circunstancias –cesión ilegal de trabajadores, violación de derechos fundamentales- que no se corresponden con las de éste, en que se trata de un cese al haberse cubierto reglamentariamente la vacante, a través del oportuno Concurso y con las debidas garantías de igualdad, mérito y capacidad, salvo en el petitum de las dos demandas, en que se suplica se declare la nulidad e improcedencia del despido, que es la única coincidencia sustancial, por lo que solicitan, en consecuencia, que la extinción de la relación laboral de la trabajadora por finalización de su contrato de trabajo se declare ajustada a derecho, y en el supuesto de que esta pretensión no fuera acogida, con carácter subsidiario, se solicita que se declare la improcedencia del despido, con las consecuencias legales del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

La conclusión a que llega esta Sala es la de que no se da la excepción de cosa juzgada (prejudicialidad) por cuanto la resolución del primer proceso en ningún caso prejuzga la solución que se dé a este segundo procedimiento, que solamente quedaría vinculado por la relación de hechos probados y el fallo o parte dispositiva de la sentencia, pues la sentencia dictada en el previo procedimiento de despido en ninguna parte de su fallo declara la fijeza de la actora, ni tal declaración consta en los hechos probados, que pueda vincular una posterior decisión judicial sobre el particular. En el anterior proceso, única y exclusivamente se decidió la consecuencia de un despido llevado a cabo por parte de la Fundación ahora recurrente, y la conclusión, acertada o no, pero firme, fue, exclusivamente, la declaración de nulidad del despido, con las consecuencias legales inherentes a la misma, al estimarse que el despido se había producido con violación de los derechos fundamentales de la actora, pero no condenó a ninguna de las partes, y menos aún a la Fundación Pública, a reconocer la fijeza de la trabajadora, aun cuando en uno de los fundamentos de la sentencia a que se ha hecho referencia, se diga: *"por ello debe estimarse la demanda en cuanto a este extremo, con las consecuencias derivadas del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores"*, es decir, que la trabajadora tendrá derecho a adquirir la condición de fija, a su elección, en las empresas cedentes o en la cesionaria, ni tampoco se contiene la declaración de fijeza en el último párrafo del fundamento cuarto, cuando se dice: *"condenando a las demandadas, de forma solidaria, a estar y pasar por esta declaración y a que readmitan a la actora en su puesto de trabajo, debiendo manifestar ésta por qué empresa opta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores"*, pues, como claramente resulta del tenor literal del artículo citado: *"Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido –en este caso, cesión ilegal de mano de obra-, tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria…"*, sin que se haya acreditado que la trabajadora haya pedido o ejercitado esa declaración de fijeza, que no fue objeto de ese pleito y que no podría serlo, por cuanto dichas acciones en ningún caso serían acumulables (artículo 27 de la Ley de Procedimiento Laboral). A mayor abundamiento, en el caso de autos nos encontramos ante una Fundación Pública, constituida en aplicación del Acuerdo de la *Xunta de Galicia* de fecha 19.12.97, que, además, aprobó los Estatutos; que fue declarada de interés sanitario por orden de la Consellería de la Presidencia de Administración Pública de 27.01.98 (D.O.G. de 04.02.98) y que, además, fue declarada de interés gallego por Orden de la *Consellería de Sanidade e Servicios Sociais* de 10.02.98 (D.O.G. de 18.02.98), y no sólo por su composición, sino porque así lo disponen sus Estatutos, le es de aplicación, en materia de personal y contratación, la Ley 10/1.996, de 5 de noviembre (D.O.G. de 20.11.96), de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia, en materia de personal y contratación; siendo ello así y por así disponerlo el artículo 2 de la citada Ley 10/96 y exigirse en los arts. 14, 23 y 103 de la Constitución Española, es plenamente aplicable la línea jurisprudencial desarrollada en la sentencia de la Sala IV de 20.01.98 (R.J. 1.000/98), dictada en Sala General, coincidente con otras anteriores, en las que se llega a una integración de la normativa laboral con la administrativa, que establece determinadas exigencias en el acceso al empleo público, que trae como consecuencia que en ningún caso la actora –ahora recurrida- pudiera haber sido declarada como fija y sí como indefinida, pues, en caso contrario, se conculcarían los principios de igualdad, mérito y capacidad. En todo caso, es doctrina reiterada de suplicación que, aun en el supuesto de cesión ilegal de mano de obra, si afecta a la Administración, el efecto de la integración en ella no puede producirse con la condición de fijo de plantilla, sino mediante una relación laboral indefinida. De todo ello se desprende que la actuación de la Administración -en este caso de la Fundación Pública "Escola Galega de Administración Sanitaria"- ha sido correcta, pues la trabajadora, despedida anteriormente, fue readmitida y, una vez readmitida, en cumplimiento de la obligación legal que corresponde a la Fundación Pública, se procedió a adoptar las medidas necesarias para la provisión legal del puesto ocupado por aquélla, procediendo, en primer lugar, a la creación de la plaza que no existía y, posteriormente, siguiendo el procedimiento oportuno para su provisión regular, por lo que, una vez cubierta dicha plaza, la comunicación remitida en fecha 05.02.03 no constituye en modo alguno un despido que pueda calificarse de nulo (como se entendió por la Magistrada de instancia), ni de improcedente, sino una causa de extinción de la relación laboral válida y eficaz, por cuanto al tener la trabajadora, readmitida, la condición de indefinida, no de fija de plantilla, su contrato estaba sujeto a la condición resolutoria de la amortización de la plaza o de su cobertura reglamentaria, lo que aconteció a través de la oportuna convocatoria pública,

con observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente exigibles, y a resultas de la cual la codemandada-recurrente obtuvo esa plaza, al obtener la mejor puntuación. En base a lo qué, al no ser conforme a derecho la sentencia recurrida, procede, en consecuencia, estimar los recursos interpuestos y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando los recursos de Suplicación respectivamente formulados por doña D.N.S. y por la FUNDACIÓN PÚBLICA "ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN SANITARIA", contra la sentencia de fecha tres de abril del presente año, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Santiago de Compostela en autos instados por doña Y.B.S. frente a las recurrentes, sobre DESPIDO NULO O, subsidiariamente, IMPROCEDENTE, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, con desestimación de la demanda rectora y absolución de la parte demandada.

3692 Recurso núm. 4.344/03

S.S. A EXTINCIÓN DA CAUSA QUE DEU LUGAR NO SEU DÍA Á ESTIPULACIÓN DE CONTRATO DE INTERINIDADE DE SUBSTITUCIÓN SUPÓN A EXTINCIÓN DO CONTRATO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veintiséis de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.344/03 interpuesto por TELEVISIÓN ESPAÑOLA 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 don J.I.G.D. en reclamación de DESPIDO siendo demandado TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 846/02 sentencia con fecha veinticuatro de abril de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

PRIMERO.- Don J.I.G.D. suscribió el 19 de mayo de 1999 un contrato de trabajo con la empresa TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., en régimen de interinidad al amparo del artículo 15.1.c) del vigente Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre y Convenio Colectivo vigente. En la estipulación primera se pactó que el trabajador tendría la cualificación de interino siéndole asignada la plaza "de REPORTERO GRÁFICO AYUDANTE en la Dirección/Servicio C T TVE SA en Galicia, para suplir a don A.Y.C. por motivo de baja por incapacidad temporal". En el pacto segundo se indica que el trabajador prestará servicios en la categoría de REPORTERO GRÁFICO AYUDANTE, y en el tercer pacto señala que la relación laboral se extinguirá cuando desaparezca la causa de la contratación especificada en la Estipulación primera. SEGUNDO.- El actor venía siendo retribuido conforme al salario previsto para la categoría de REPORTERO GRÁFICO AYUDANTE. Su sueldo líquido ascendió en el mes de noviembre de 2002 a 192.415 pesetas. El salario que correspondería al actor si fuese retribuido conforme a la categoría profesional de REPORTERO GRÁFICO sería de 2.234,27 euros mensuales, con inclusión del prorrateo de las pagas extras. TERCERO.- Desde el primer día que comenzó su relación laboral con la empresa demandada el actor asumió la responsabilidad directa de las grabaciones, actuando solo y no como ayudante. Realizó reportajes considerados complejos como el relativo al atentado de las Torres Gemelas de New York, o sobre Mozambique, se trasladó él solo a dichos países para su realización. Todo el personal contratado en el centro territorial de TVE SA en Santiago que realiza reportajes gráficos trabaja solo y sin ayudantes, responsabilizándose cada uno de toda la operación. CUARTO.- Don A.Y.C., para cuya sustitución fue contratado el actor inició la situación de baja médica el 22 de enero de 1999. Al agotarse el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal prevista en el artículo 128.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/1994 por lo que se aprueba el TRLGSS, el 17 de enero de 2999, fue dado de

alta con propuesta de invalidez. El 26 de enero de 2000 el I.N.S.S. remite oficio al Sr. Y. comunicándole iniciación de expediente administrativo de incapacidad permanente. El 11 de abril de 2000 la Directora de personal de TVE SA a la vista de lo anterior, resuelve declarar al Sr. A.Y.C. en situación de Excedencia Especial por enfermedad con efectos del día 18 de enero de 2000, y hasta que recaiga la correspondiente resolución administrativa sobre incapacidad permanente. El 17 de enero de 2000 la TVE SA comunicó a la Tesorería General de la Seguridad Social el pase a situación de baja de don A.Y.C.. El 14 de noviembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de la TVE SA la comunicación del I.N.S.S. por la que se informa a dicho ente de la declaración de don A.Y.C. como afecto de incapacidad permanente absoluta con efectos de 18 de enero de 2002. QUINTO.- El 19 de noviembre de 2002 el hoy actor recibió comunicación procedente de la hoy demandada por lo que se le informar la extinción de su contrato de trabajo, y cuyo contenido damos por reproducido. SEXTO.- El día 20 de diciembre de 2002 tuvo lugar el acto de conciliación ante el SMAC, el cual remató sin avenencia. SEXTO.- Don J.I.G.D. no ejerció durante el año anterior a la fecha del despido la condición del delegado de personal o miembro de comité de empresa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que debo estimar la demanda interpuesta por don J.I.GD. contra TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., declarando el despido del actor improcedente. Y condenando a la empresa a que opte en el plazo de cinco días bien por readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían al producirse el despido, con abono de la cantidad de once mil seiscientos dieciocho con ochenta y ocho euros (11.618,88) en concepto de salarios de tramitación más los que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta la de su notificación a razón de un salario diario de setenta y cuatro con cuarenta y ocho euros (74,48) euros, o bien a que opte por la extinción de la relación laboral con abono de una indemnización de once mil setecientos cincuenta y tres con cincuenta y seis euros (11.753,56).

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.- Por la representación letrada de la empresa TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., se interpone recurso de suplicación contra la sentencia, que estimando la demanda, declaró improcedente el despido del actor, condenando a aquélla a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, le readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de la cantidad de 11.618,88 € en concepto de salarios de tramitación, mas los que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de su notificación, a razón de un salario diario de 74,48 €, o a que opte por la extinción de la relación laboral, con abono de una indemnización de 11.753,56 €, y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia en un único motivo, que articula en tres apartados diferentes, de un lado infracción del art. 53.2 del Convenio Colectivo de TVE, 56.1 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción dada por el RDL 5/2002 de 24 de mayo, y demás preceptos concordantes en relación con los arts. 227 y 228 de la L.P.L., y tácitamente, infracción del art. 97.2 de la L.P.L., alegando en esencia: A) que el contrato de interinidad había tenido mas duración que la causa que lo justifica, dado que la situación de excedencia especial origina la reserva de la plaza ocupada por el trabajador, extremo éste de especial relevancia, por entender que mientras la plaza esté sujeta a reserva, que es lo que se producía con la incapacidad temporal, debe mantenerse el contrato, y que en base al artículo de que se hace mención se da una prolongación de la situación de incapacidad temporal, pues el Convenio, en beneficio de los trabajadores, trataba de cubrir ese periodo que se produce entre la situación de incapacidad temporal y la invalidez permanente y se debe entender que esta situación de prolongación de la IT se produce en beneficio de todos, de quien sustituye y de quien es sustituido; B) que las sumas que se ha visto obligada a consignar no pueden ser entregadas, pues es evidente que si el despido se produce el 19 de noviembre, no puede aplicarse al mismo la reforma que se operó en el RDL 5/2002 de 24 de mayo, por medio de RDL 45/2002 de 11 de diciembre, pues, en la sentencia de instancia, si bien se hacen de forma correcta las advertencias en cuanto a las distintas opciones de la empresa demandada, es a la hora de consignar cuando se produce el error, pues si no se incluyen los salarios de tramitación, en ningún caso se podrían consig-

nar, por lo que no puede caber duda alguna de que se hace necesaria la devolución de las cantidades indebidamente consignadas, tanto si se estima el recurso como si no. C) Se alega igualmente incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado sobre alguno de los puntos objeto de debate, pues en el presente caso, en el fundamento de derecho tercero se señala que esta parte se opuso a la reclamación de salarios, dando a entender que había una acumulación indebida por una parte, y que la acción de clasificación estaría prescrita, sin que se halla tratado el tema de la prescripción. Solicitando en consecuencia se desestime la demanda o subsidiariamente se modifique el salario establecido en la sentencia de acuerdo con lo señalado, y en todo caso se ordene la devolución de las sumas consignadas en concepto de salarios de tramitación.

El problema que se debate en la presente "litis" consiste en determinar, si la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo supone la extinción del contrato de interinidad, -como se sostiene por la empresa demandada TVE, S.A.-, o, si por el contrario, -como se sostiene por la parte actora y por la Magistrado de instancia en la sentencia-, el hecho de que la empresa demandada no denunciara en su día el contrato de interinidad y que el actor continuase prestando servicios para la misma, a pesar de haberse extinguido la causa justificativa de la contratación interina, y que habiendo sido contratado para realizar funciones de reportero gráfico ayudante, desde el inicio de la relación laboral realice funciones de reportero gráfico, existiría un fraude en la contratación, convirtiendo el contrato en indefinido y su cese un despido improcedente.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa, y así se desprende del inalterado relato fáctico de hechos probados, deben destacarse los siguientes: A) Don J.I.G.D. suscribió el 19 de mayo de 1999 un contrato de trabajo con la empresa TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., en régimen de interinidad al amparo del artículo 15.1.c) del vigente Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto 2.720/1998 de 18 de diciembre y Convenio Colectivo vigente. En la estipulación primera se pactó que el trabajador tendría la cualificación de interino siéndole asignada la plaza "de REPORTERO GRÁFICO AYUDANTE en la Dirección/Servicio C T TVE SA en Galicia, para suplir a don A.Y.C. por motivo de baja por incapacidad temporal". En el pacto segundo se indica que el trabajador prestará servicios en la categoría de REPORTERO GRÁFICO AYUDANTE, y en el tercer se señala que la relación laboral se extinguirá cuando desaparezca la causa de la contratación especificada en la Estipulación primera. B) El actor venía siendo retribuido conforme al salario previsto para la categoría de REPORTERO GRÁFICO AYUDANTE. Su sueldo líquido ascendió en el mes de noviembre de 2002 a 192.415 pesetas. El salario que correspondería al actor si fuese retribuido conforme a la categoría profesional de REPORTERO GRÁFICO sería de 2.234,27 euros mensuales, con inclusión del prorrateo de las pagas extras. C) Desde el primer día que comenzó su relación laboral con la empresa demandada asumió la responsabilidad directa de las grabaciones, actuando solo y no como ayudante. Realizó reportajes considerados complejos como el relativo al atentado de las Torres Gemelas de New York, o sobre Mozambique, se trasladó él solo a dichos países para su realización. Todo el personal contratado en el centro territorial de TVE SA en Santiago que realiza reportajes gráficos trabaja solo y sin ayudantes, responsabilizándose cada uno de toda la operación. D) Don A.Y.C., para cuya sustitución fue contratado el actor inició la situación de baja médica el 22 de enero de 1999. Al agotarse el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal prevista en el artículo 128.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, fue dado de alta con propuesta de invalidez. El 26 de enero de 2000 el I.N.S.S. remite oficio al Sr. Y. comunicándole iniciación de expediente administrativo de incapacidad permanente. El 11 de abril de 2000 la Directora de personal de TVE SA a la vista de lo anterior, resuelve declarar al Sr. don A.Y.C. en situación de Excedencia Especial por enfermedad, con efectos del día 18 de enero de 2000, y hasta que recaiga la correspondiente resolución administrativa sobre incapacidad permanente. El 17 de enero de 2000 la TVE SA comunicó a la Tesorería General de la Seguridad Social el pase a situación de baja de don A.Y.C. El 14 de noviembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de la TVE SA la comunicación del I.N.S.S. por la que se informa a dicho ente de la declaración de don A.Y.C. como afecto de incapacidad permanente absoluta con efectos de 18 de enero de 2002. E) El 19 de noviembre de 2002 el hoy actor recibió comunicación procedente de la hoy demandada por lo que se le informar la extinción de su contrato de trabajo, toda vez que en fecha 18 de noviembre del 2002 la directora del área de personal de esta sociedad ha resuelto rescindir el contrato de trabajo que vinculaba a don A.Y.C. con TVE S.A..

Para una más acertada resolución de la "litis" se ha de tener en cuenta, que de conformidad con el art. 53 del Convenio Colectivo de TVE, S.A., en relación con el art. 54, da lugar a excedencia especial, la enfermedad del trabajador cuando agote el plazo máximo de permanencia en I.T. y que origina la reserva de la plaza; por su parte el art. 50, que regula la excedencia por enfermedad, señala: *"el trabajador enfermo pasará a excedencia especial cuando agote el plazo máximo de permanencia en incapacidad temporal"*, de tal forma que el excedente deberá solicitar el reingreso al servicio activo, dentro de los 30 días siguientes al del alta por enfermedad, y de no hacerlo así causará baja definitiva salvo que en el mismo plazo solicitara excedencia voluntaria, no se puede desconocer, que de conformidad con el punto 4 del artículo comentado, *"los demás grados de incapacidad absoluta implica la baja definitiva en RTVE, conforme al art. 29.1 de este Convenio"*; por lo que estando acreditado que el actor ahora recurrido, el 19.11.02 recibió comunicación escrita de la demandada, ahora recurrente, en el que le informa que en nombre de la Dirección del Área de Personal de TVE, S.A. *"pongo en su conocimiento que a tenor de lo establecido en la estipulación tercera del contrato de interino en la que se señala que la relación laboral se extinguirá cuando desaparezca la causa de contratación especificada en la estipulación primera, si bien y en todo caso TVE, S.A. notificará con 15 días de antelación al trabajador la terminación de este contrato que debería cesar en su puesto de trabajo el próximo día 19.11.02, toda vez que en fecha 18.11.02 la Directora de área de personal de esta sociedad ha resuelto extinguir el contrato de trabajo que vinculaba a don A.Y.C. (el sustituido) con TV"* resulta claro y así lo entiende esta Sala, que dado que la relación con la empresa del sustituido se había extinguido el 18.01.00 al haber sido declarado afecto de incapacidad permanente absoluta, que según reiterada doctrina jurisprudencial, los contratos de interinidad propios (por sustitución) concertados después de la vigencia del Real Decreto 2.546/1994 de 29 de diciembre y de conformidad con el artículo 4.2.c) del Real Decreto citado, que incluye entre las causas de extinción del contrato de interinidad, "la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo", por ello la comunicación del empleador para que cese en actividad el trabajador interino, cuando el titular de la plaza pierde su derecho a ocuparla, (cesando la causa de la reserva), no constituye un despido, sino una extinción legal del contrato de trabajo; pues, el antedicho Real Decreto 2.546/1994, ha derogado expresamente el Real Decreto 2.104/1984, tal como prescribe su Disposición derogatoria única, y además ha reformado de forma manifiesta la regulación de la específica materia que estamos tratando, así de su texto se ha eliminado la Disposición que establecía el art. 4.2.d) del Decreto 2.104/1984 sobre la conversión en indefinidos de los contratos de interinidad cuando no tenía lugar la reincorporación del sustituido en el plazo fijado al respecto; lo cual hace lucir con nitidez que tal conversión ya no puede tener efectividad en los contratos concertados en el ámbito temporal de vigencia de la nueva normativa. A lo que se añade, para disipar toda clase de dudas, que, como se expuso más arriba, el artículo 4.2.-c) del nuevo Decreto, incluye entre las causas de extinción del contrato de interinidad "la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo" de lo que se desprende que la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación en tiempo del empleado sustituido produce la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierte en indefinido (ss. del TS, entre otras, de casación para unificación de doctrina, de 24.01 y 30.10.00, rec. 652/99 y 639/00); y sin que el contrato adquiera el carácter de indefinido si se entendiera celebrado en fraude de ley, por el hecho de que el trabajador contratado como interino para desempeñar funciones de reportero gráfico ayudante, haya en realidad realizado las mismas funciones de los reporteros gráficos, por cuanto ello sería objeto de una acción distinta de clasificación profesional que no es acumulable con la de despido y podrá ser objeto de reclamación en un procedimiento independiente (art. 27.2 de la L.P.L.) y sin que se dé ese supuesto fraude al realizar funciones iguales a la persona que sustituye, como todos los compañeros, sin que se de esa supuesta incongruencia omisiva, pues, aparte de que no se pide la nulidad de actuaciones en el suplico del recurso, lo que demuestra la poca consistencia de su denuncia, tampoco se produce indefensión, pues en el fundamento tercero de la sentencia, se razona sobre el resto de las cuestiones planteadas en la litis. En base a lo que, al no ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, estimar el recurso y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de Santiago de Compostela, de fecha veinticuatro de abril de dos mil tres,

dictada en autos núm., 846/02, y con revocación de la misma, debemos desestimar y desestimamos la demanda promovida por don J.I.G.D., con absolución de TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., demandada.

3693 Recurso núm. 4.244/03

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, POR INEXISTENTENCIA DE DESOBEDIENCIA GRAVE, CULPABLE E REITERADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veintisiete de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.244/03, interpuesto por el Letrado don A.M.A.P., en nombre y representación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE R., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 729/02 se presentó demanda por doña E.C.G., sobre DESPIDO, frente al AYUNTAMIENTO de R.. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha seis de febrero del presente año por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- Doña E.C.G. suscribió con el demandado el 22 de junio de 1994 un contrato de trabajo con fecha de finalización en octubre de 1994. El 22 de octubre de 1994 se acordó prorrogar dos meses dicho contrato. El 22 de diciembre de 1994 las partes ratificaron un contrato de duración determinada de 12 meses de duración. Desde el 21 de diciembre de 1995 la actora es personal laboral interino del Ayuntamiento de R.. En las nóminas de la actora consta que su antigüedad en la empresa es de 20 de junio de 1994. La actora tenía la categoría profesional de Bibliotecaria (Auxiliar) y un salario de 609,90 € con la inclusión del prorrateo de las pagas extras. Su jornada de trabajo es de 33 horas semanales repartidas de lunes a sábado. SEGUNDO.- El 13 de septiembre de 2002 la empresa notificó a la actora una carta de despido, con efectos de ese mismo día y cuyo contenido se da por reproducido. TERCERO.- La actora recibió diversos requerimientos procedentes del Ayuntamiento de R., el primero de ellos de fecha 6 de junio de 2002, número registro de salida 1.451, cuyo contenido se da por reproducido. La actora contestó al requerimiento con un escrito de fecha 7 de junio de 2002, registro de entrada 1.582 y cuyo contenido se da por reproducido. El segundo es de fecha 7 de junio de 2002, registro de salida número 1.459, y que fue contestado por escrito de fecha 8 de junio, registro de salida 1.648, dándose el contenido de ambos por reproducido. El 25 de junio de 2002 la Alcaldía de R. remitió a la actora otro requerimiento, con fecha de salida 1.595 y cuyo contenido se da por reproducido. La actora contestó con un escrito de fecha de 5 de julio y número de entrada 1.960, cuyo contenido se da por reproducido. El 7 de agosto de 2002 se le remite otro requerimiento, con fecha de salida 2.054, y cuyo contenido se da por reproducido. CUARTO.- El 7 de junio de 2001 fue instalado en el ordenador de la Biblioteca del Ayuntamiento de R. el programa de gestión "Meiga 2001", así como la actualización de la información del sistema de gestión "Meiga 3". El encargado de la instalación fue don M.M.F., quien, al desconocer la contraseña para acceder al programa "Meiga 3", tuvo que dejar ambos programas coexistiendo en el ordenador. No estuvo presente en esta instalación la hoy actora, quien en esa época estaba disfrutando de sus vacaciones. QUINTO.- El 19 de junio de 2000 la actora recibió un escrito procedente de la Alcaldía de R. requiriéndola para que entregara las claves de acceso al ordenador y éstas fueron entregadas el día 20 de ese mismo mes en presencia del Jefe de la Policía Local y del Abogado del Ayuntamiento. Las llaves de la Biblioteca fueron entregadas por el esposo de la actora a don S.M., Alcalde, en su despacho, el 21 de diciembre de 2001. En la Biblioteca del Ayuntamiento de R. se encuentra un manual de instrucciones del programa "Meiga 3", en el que consta escrita a bolígrafo una clave de acceso al programa. En una carta de fecha 4 de agosto de 1997, remitida por el Director General de Promoción Cultural de la Consejería de Cultura, Comunicación

Social y Turismo de la Junta de Galicia, en la que se informa de la presentación del programa "Meiga 3" por parte de esa Consejería, se indica que "con la copia del programa personalizado se adjunta el manual de instrucciones y la clave de acceso". El equipo informático de que dispone la Biblioteca del Ayuntamiento de R. fue enviada directamente a la Biblioteca municipal, firmando el albarán de entrega la hoy actora, el 4 de diciembre de 1997. SEXTO.- Doña E.C.G. permaneció en situación de incapacidad temporal desde el 19 de diciembre de 2001 hasta el 1 de febrero de 2002, con diagnóstico, según el informe emitido por la Jefa de la Sección de Psiquiatría del C.H.U.S. el 4 de noviembre de 2002, siguiente: "Trastorno mixto ansioso-depresivo reactivo a estrés laboral y a una situación, por los datos aportados, que induce a pensar en acoso laboral". Durante todo el tiempo que permaneció en situación de baja médica estuvo percibiendo la prestación por incapacidad temporal. SÉPTIMO.- Doña E.C.G. no ejerció durante el año anterior a la fecha de despido la condición de Delegada de personal o miembro del comité de empresa. El Pleno de la Corporación municipal de R. no ratificó el despido de la actora. OCTAVO.- La demandante interpuso reclamación previa ante el Ayuntamiento de R. el 25 de septiembre de 2002.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO: Que debo estimar la demanda interpuesta por doña E.C.G. contra el Ayuntamiento de R. y declaro el despido improcedente, condenando al demandado a optar, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, por readmitir a la actora en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono, en tal caso, de la cantidad de 2.968´18 €, en concepto de salarios de tramitación, más los que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta la de su notificación, en razón a un salario por día de 20´33 €, ó bien a que extinga la relación laboral con abono de una indemnización de 7.536´86 €. Notifíquese... etc.-

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada del Excmo. Concello de R. se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que declaró improcedente el despido de la actora, condenando a aquél a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, la readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de la cantidad de 2.968´18 €, en concepto de salarios de tramitación, más los que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta su notificación, a razón de un salario diario de 20´33 €, ó bien a que se extinga la relación laboral, con abono de una indemnización de 7.536´86 €, pretendiendo como primer motivo la revisión de los hechos declarados probados, sin que se concrete el ordinal a modificar ni la redacción alternativa que se pretende, ni tampoco la documental o pericial en que se ampara. Un recurso tan escasamente ortodoxo no puede prosperar, por cuanto es reiterada doctrina de suplicación que para que prospere la revisión de los hechos declarados probados se requiere: 1º) se concrete el ordinal a modificar; 2º) se concrete la redacción alternativa que se pretende; 3º) que la revisión sea trascendente, y 4º) se acompañe el documento o pericia que de modo directo y evidente demuestre el error del Juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas, circunstancias o requisitos que no concurren en el supuesto de autos.

SEGUNDO.- Como segundo motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, que se articula en dos apartados diferentes, se denuncia infracción de los artículos 21.1, g) y 22.1 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, así como infracción del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en esencia, que la Juez a quo declaró el despido improcedente por entender que se habían incumplido requisitos formales para la acción del despido, toda vez que éste no habría sido ratificado por el Pleno de la Corporación, olvidando que la Ley 7/85 fue modificada en 1.999, concretamente por la Ley 11/99, de 21 de abril, pasando desde entonces a ser competencia directa del Alcalde y no del Pleno el despido del personal laboral, como así lo determina el actual artículo 21.1, g) de dicha norma, sin que en el actual artículo 22.1 (que enumera taxativamente las competencias del Pleno) se recoja como competencia del mismo la ratificación de tal extremo, de tal modo que lo único que tiene que hacer el Alcalde en tal supuesto de despido, es dar conocimiento al Pleno del mismo, pero no para que éste lo ratifique, sino a efectos de simple información

y que el despido debía declararse procedente ante la negativa por parte de la trabajadora a proporcionar la clave de acceso del Programa de Gestión de Biblioteca "Meiga 3" cuando fue requerida para ello por el Concello, pues aquélla sólo facilitó la clave de acceso al PC (ordenador), pero no la clave que ella conocía de acceso al programa "Meiga 3" que, evidentemente, eran distintas.

El problema que se discute en la presente litis consiste en determinar si se da la causa de despido disciplinario recogida en el artículo 54.2, b) del Estatuto de los Trabajadores, "la indisciplina o desobediencia en el trabajo"; si, como se sostiene por el Concello demandado, se ha producido un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, o si, por el contrario, como se sostiene por la actora (ahora recurrida), no se ha producido tal indisciplina o desobediencia y, en todo caso, si es requisito esencial, cuando se trata del despido de personal laboral, que el despido sea ratificado por el Pleno de la Corporación local.

Para una más acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta que, de conformidad con reiterada jurisprudencia, la desobediencia comporta el incumplimiento de uno de los deberes del trabajador y su estimación debe estar condicionada por lo dispuesto en los artículos 5, c) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, a que el empresario imparta sus instrucciones en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Para ser causa de despido la desobediencia ha de ser "grave y culpable", amén de "injustificada". En todo caso, su valoración a tales fines ha de hacerse con criterio individualizador (sentencias de 02.02 y 26.11.87 –R.J. 747/87 y 8.069/87-) y gradualista (sentencias de 28.03.85 –R.J. 1.406/85- y 05.03.87 –R.J. 1.336/87-): a) Individualizador, en cuanto se ha de conocer la singularidad de cada caso, valorando las circunstancias concurrentes y sus peculiaridades, con especial relevancia del factor humano personal, y b) gradualista, porque, precisamente, a través del análisis individualizado de cada caso ha de pretenderse lograr una plena coherencia y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción (S.T.S. 19.02.90 –R.J. 1.111/90-). Y es que "es obvio" que (la desobediencia) admite matices y graduaciones al efecto de aplicar o no la máxima sanción de despido, debiendo reservarse tal sanción para aquellos incumplimientos dotados de una especial significación por su carácter "grave, trascendente e injustificado" (Ss.T.S. de 23.09.86 –R.J. 5.153/86- y 31.03.87 –R.J. 1.764/87-) y siempre que la culpabilidad sea a título de dolo o de negligencia inexcusable, resalte de un modo patente, no cuando resulte atenuada o atemperada en virtud de las circunstancias concurrentes (S.T.S. de 24.02.90 –R.J. 1.222/90-), igual doctrina sentencias 29.03.90 –R.J. 2.366/90- y de 26.04.98 y 24.02.90 –Ar. 3.028 y Ar. 1.322-, de tal modo que la jurisprudencia ha matizado que: la indisciplina configuradora del despido ha de ser "clara, abierta, grave, sin motivo ni fundamento alguno", pues, si concurre una causa de justificación ha de merecer un tratamiento más suave que la sanción consistente en la resolución laboral de la relación, y es que "una simple desobediencia que no encierre una actitud abiertamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, no puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo" (S.T.S. de 19.12.88 –R.J. 9.853/88-). En conclusión, la doctrina del Tribunal Supremo en materia interpretativa de los artículos 5, c) y 54.2, b) del Estatuto de los Trabajadores, partiendo de la aceptación de la teoría gradualista, necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualizadamente las circunstancias de cada caso, viene exigiendo para que una desobediencia en el trabajo sea susceptible de ser sancionada como despido, que se trate de un "incumplimiento grave, trascendente e injustificado", sin que una simple desobediencia, que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo" (S.T.S. 23.01.91 –R.J. 172/91-), por tanto, cuando se imputa al trabajador la desobediencia ésta ha de ser clara, trascendente e injustificada, siendo imprescindible una apreciación valorativa y conjunta, con criterio restrictivo, de todas las circunstancias concurrentes.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa, y así se desprende del inalterado relato de hechos probados, así como del examen complementario de los autos, deben destacarse los siguientes: a) Doña E.C.G. suscribió con el demandado Concello de R. el 22 de junio de 1994 un contrato de trabajo con fecha de finalización en octubre de 1994. El 22 de octubre de 1994 se acordó prorrogar por dos meses dicho contrato. El 22 de diciembre de 1994 las partes ratificaron un contrato de dura-

ción determinada de 12 meses de duración. Desde el 21 de diciembre de 1995 es personal laboral interino del Ayuntamiento de R.. En las nóminas consta que su antigüedad en la empresa es de 20 de junio de 1994. Tenía la categoría profesional de Bibliotecaria (Auxiliar) y un salario de 609,90 € con la inclusión del prorrateo de las pagas extras. Su jornada de trabajo es de 33 horas semanales repartidas de lunes a sábado. b) El 13 de septiembre de 2002 la empresa le notificó carta de despido, con efectos de ese mismo día y cuyo contenido se da por reproducido. c) Recibió diversos requerimientos procedentes del Ayuntamiento de R., el primero de ellos de fecha 6 de junio de 2002, número registro de salida 1.451 (cuyo contenido se da por reproducido). Contestó al requerimiento con escrito de fecha 7 de junio de 2002, registro de entrada 1.582 (cuyo contenido se da por reproducido). El segundo es de fecha 7 de junio de 2002, registro de salida número 1.459, y que fue contestado por escrito de fecha 8 de junio, registro de salida 1.648 (dándose el contenido de ambos por reproducido). El 25 de junio de 2002 la Alcaldía de R. le remitió otro requerimiento, con fecha de salida 1.595 (cuyo contenido se da por reproducido). Contestó con escrito de fecha de 5 de julio y número de entrada 1.960 (cuyo contenido se da por reproducido). El 7 de agosto de 2002 se le remite otro requerimiento, con fecha de salida 2.054 (cuyo contenido se da por reproducido). d) El 7 de junio de 2001 fue instalado en el ordenador de la Biblioteca del Ayuntamiento de R. el programa de gestión "Meiga 2001", así como la actualización de la información del sistema de gestión "Meiga 3". El encargado de la instalación fue don M.M.F., quien, al desconocer la contraseña para acceder al programa "Meiga 3", tuvo que dejar ambos programas coexistiendo en el ordenador. No estuvo presente en esta instalación la hoy actora, quien en esa época estaba disfrutando de sus vacaciones. e) El 19 de junio de 2000 recibió un escrito procedente de la Alcaldía de R. requiriéndola para que entregara las claves de acceso al ordenador y éstas fueron entregadas el día 20 de ese mismo mes en presencia del Jefe de la Policía Local y del Abogado del Ayuntamiento. Las llaves de la Biblioteca fueron entregadas por su esposo a D. Santiago Mosquera, Alcalde, en su despacho, el 21 de diciembre de 2001. En la Biblioteca del Ayuntamiento de R. se encuentra un manual de instrucciones del programa "Meiga 3", en el que consta escrita a bolígrafo una clave de acceso al programa. En una carta de fecha 4 de agosto de 1997, remitida por el Director General de Promoción Cultural de la Consellería de Cultura, Comunicación Social y Turismo de la Xunta de Galicia, se informa de la presentación del programa "Meiga 3" por parte de esa Consellería y se indica que "con la copia del programa personalizado se adjunta el manual de instrucciones y la clave de acceso". El equipo informático de que dispone la Biblioteca del Ayuntamiento de R. fue enviada directamente a la Biblioteca municipal, firmando el albarán de entrega la hoy actora, el 4 de diciembre de 1997. f) La trabajadora permaneció en situación de incapacidad temporal desde el 19 de diciembre de 2001 hasta el 1 de febrero de 2002, con diagnóstico, según el informe emitido por la Jefa de la Sección de Psiquiatría del C.H.U.S. el 4 de noviembre de 2002, siguiente: "Trastorno mixto ansioso-depresivo reactivo a estrés laboral y a una situación, por los datos aportados, que induce a pensar en acoso laboral". Durante todo el tiempo que permaneció en situación de baja médica estuvo percibiendo la prestación por incapacidad temporal. g) El Pleno de la Corporación municipal de R. no ratificó el despido de la actora.

Por lo que en aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos, y aun cuando el Pleno de la Corporación municipal de R. no ratificó el despido, lo que, por otra parte, no era necesario, de conformidad con la normativa vigente, en dónde es suficiente dar conocimiento al Pleno, pero no para que éste lo ratifique, sino a efectos de simple información, requisito, éste último, que, aun cuando no se cumplió, no tiene la trascendencia suficiente para justificar la sanción de despido, esta Sala llega a la conclusión de que no se ha producido esa supuesta indisciplina o desobediencia en el trabajo, por lo que en ningún caso el despido debe ser declarado procedente, con las consecuencias del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, y ello por cuanto no concurren las circunstancias previstas en el artículo 54.2, b) del Estatuto de los Trabajadores: "desobediencia grave, culpable y reiterada", y a que se ha hecho referencia en reiterada doctrina jurisprudencial, dado que no se acredita, tal como se le imputa en la carta de despido, "la negativa reiterada de la trabajadora a proporcionar la clave de acceso al Programa de Gestión de la Biblioteca, denominado "Meiga 3", tras ser requerida a tal efecto por escritos de fechas 07.08.02, 25.07.02, 07.06.02 y 22.07.00", pues, tal como se desprende del relato fáctico de hechos probados y de la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado), "las llaves de la Biblioteca

fueron entregadas por el esposo de la actora a don S.M., Alcalde, en su despacho, el día 21.12.01"; la clave de acceso al Programa "Meiga 3" fue instalada por el Sr. L. y que el mismo le facilitó esa clave, que figuraba escrita en el manual de instrucciones del Programa, que figuraba en la Biblioteca", "en la Biblioteca del Concello se encuentra un Manual de instrucciones del Programa "Meiga 3", en el que consta escrita a bolígrafo la clave de acceso a dicho Programa", estando igualmente acreditado, en la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado) que, si bien existió un requerimiento por parte de la Alcaldía de R. el 19.07.00, se desconoce su contenido, al no estar documentado y haberse tenido conocimiento del mismo a través del escrito de la actora de 20.07.00, en el que indica que introduce una clave de acceso al ordenador para proteger la información, al haberse perdido en alguna ocasión datos introducidos en el ordenador por la aparición de virus y en razón a que más usuarios accedían al ordenador, refiriéndose exclusivamente a una clave de acceso al ordenador, no al Programa "Meiga 3", sin que conste que en ese momento le fuese requerida la clave de acceso a dicho Programa, habiendo manifestado en su escrito de 07.07.02 que dicha clave fue entregada a don F.L. el día 20.07.00, en presencia del Jefe de la Policía Local y del Abogado del Concello, de tal modo que, si existió un escrito de la Alcaldía de fecha 22.07.00, en el que se le advierte que debe comunicar la clave de acceso al equipo informático, no consta, sin embargo, ninguna referencia al Programa "Meiga 3". Por otro lado, en el caso de que se le hubiere requerido la entrega de la clave del programa "Meiga 3" en el año 2000 y no hubiese sido suministrada, ni tampoco la de acceso al ordenador, sorprende que el Concello no adoptara alguna medida disciplinaria en aquel momento y dos años después recuerde aquel supuesto incumplimiento, estando igualmente acreditado que en ningún momento se negó a suministrar dicha clave, reiterando siempre que ella no la instaló, seconoce que en la Biblioteca figura un manual de instrucciones del Programa "Meiga 3" con una clave de acceso escrita a bolígrafo y una carta del Director General de Cultura indicando que la clave de acceso al Programa "figura no manual de instrucciónes", por lo que se ha de entender que la causa del despido no está justificada, máxime cuando se imputa la existencia de desobediencia a un requerimiento efectuado por el Concello, por parte de una trabajadora que estaba en situación de incapacidad temporal desde hacía más de seis meses, por graves problemas psicológicos, no existiendo, por tanto, infracción o vulneración de lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores. En base a lo qué, al ser conforme a derecho la sentencia recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto y confirmar íntegramente el fallo combatido.

De conformidad con el artículo 231 de la L.P.L. se imponen las costas del recurso al Ayuntamiento recurrente, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la parte impugnante en la cuantía de 150´- €.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE R. contra la sentencia de fecha seis de febrero del presente año, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Santiago de Compostela en autos instados por doña E.C.G. frente a la Corporación recurrente, sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3694 **Recurso núm. 4.246/03**

S.S. VULNERACIÓN DO DEREITO DE FOLGA. SUBSTITUCIÓN INTERNA DE FOLGUISTAS E CONTRATACIÓN EXTERNA DOS SERVIZOS QUE ANTERIORMENTE DESENVOLVÍAN OS MESMOS. INDEMNIZACIÓN ADICIONAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintisiete de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.246/03 interpuesto por "M.A., 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 F.J.A.F., don J.A.G., don M.D.A., don D.D.L., don J.F.S., don S.F.S., don P.L.M., don J.R.G. y don J.R.V.C. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado "M.A., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 137/03 sentencia con fecha veintiocho de abril de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1º.- Los demandantes, don F.J.A.F., don J.A.G., don M.D.A., don D.D.L., don J.F.S., don S.F.S., don P.L.M., don J.R.G. y don J.R.V.C., prestan servicios para la empresa "M.A., S.A." con las antigüedades, categorías profesionales y salarios que se refieren en el hecho primero e la demanda y que se dan aquí por reproducidos.- 2º.- Los trabadores antes referidos iniciaron en fecha 20 de enero de 2003 una huelga indefinida, huelga que tenía por objeto solicitar al empresario que modificase su actitud de malos tratos hacia los trabajadores, que reconsiderase los despidos de tres de ellos y que iniciase vías de diálogo para garantizar el buen funcionamiento de la empresa.- 3º.- El horario de los trabajadores antes de iniciarse la huelga era de 7 h. a 15 h.- 4º.- Una vez iniciada la huelga, permanecen trabajando en la empresa, don C.G.A. (socio) y sus hijos, don C.G.C. (socio y Jefe de Area), y don J.F.G.C. (Ingeniero Técnico), así como los trabajadores de la Empresa don F.C.L. (Oficial 1ª), don C.D.C. (peón) y doña S.B.C. (tutulada superior).- 5º.- Desde que comenzó la huelga, los trabajadores que continúan en su puesto de trabajo realizan una jornada continuada desde las 7 h. hasta las 19 h., con un descanso para comer, lo que hacen dentro de la empresa con alimentos facilitados por la Dirección.- 6º.- Antes de iniciarse la huelga los trabajadores realizaban las tareas de limpieza en la empresa; con posterioridad al inicio de la huelga fue contratada la empresa "G.G., S.L.", la cual llevó a cabo tareas de limpieza en las que también intervino el trabajador don C.D., limpieza que tuvo lugar el día 8 de febrero de 2003. La empresa "G.G., S.L." nunca había sido contratada con anterioridad por la empresa demandada.- 7º Giradas visitas a la empresa "M.A., S.A." por parte de la Inspección de Trabajo, y comprobados los hechos denunciados por los trabajadores, se extendió acta de infracción en materia laboral a la empresa referida por la comisión de dos infracciones de carácter grave y muy grave al derecho de huelga".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don F.J.A.F., don J.A.G., don M.D.A., don D.D.L., don J.F.S., don S.F.S., don P.L.M., don J.R.G. y don J.R.V.C., contra "M.A., S.A." debo declarar y declaro que la práctica de la empresa consistente en la ampliación de jornada de los trabajadores no huelguistas y en la contratación de un servicio de limpieza, vulnera el derecho de huelga de los demandantes y, por consiguiente, debo condenar y condeno a la empresa demandada a cesar en tales conductas y a abonar a cada uno de los demandantes la suma de 333 euros, 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.- La Sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por los actores, declarando que la práctica de la empresa consistente en la ampliación de jornada de los trabajadores no huelguistas y en la contratación de un servicio de limpieza, vulnera el derecho de huelga de los demandantes y, por consiguiente, condena a la empresa "M.A., S.A." a cesar en tales conductas y a abonar a cada uno de los demandantes la suma de 333 euros, en concepto de indemnización. Esta decisión es impugnada por la empresa demandada al objeto de que se revoque la misma y se desestime le demanda, formulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191, dos motivos de Suplicación, dedicando el primero (subdividido en cinco apartados) a la revisión de los hechos declarados probados y destinando el segundo al examen del derecho aplicado en la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La revisión de hechos tiene el siguiente objeto: A).- En primer lugar, la modificación del hecho probado segundo interesando su sustitución por otro con el contenido siguiente: *"Los trabajadores antes referidos iniciaron en fecha 20 de enero de 2003 una huelga indefinida, huelga que tenía por objeto solicitar al empresario la readmisión de tres trabajadores despedidos, sin que en la convocatoria de huelga se concreten otros motivos que puedan amparar el mantenimiento de la misma una vez ya quedado resuelta la relación contractual que unía a los tres despedidos con "M.A., S.A."*. La Sala no acoge la revisión porque la misma no cumple con los requisitos legalmente exigidos. Así, el inciso final constituye una valoración jurídica que no se puede ubicar en el relato fáctico de la Sentencia; no se identifica suficientemente el documento o documentos en que se sustenta la revisión, además, se citan documentos ineficaces a efectos revisores como los recortes de prensa.

B).- En segundo lugar, se solicita la modificación del hecho probado tercero, ofreciendo el siguiente texto alternativo: *"El horario de los trabajadores antes de iniciarse la huelga era de tres turnos de 7 h. a 15 h. de 9 h. a 13 h. y de 15 h. a 19 h; manteniéndose el mismo durante la huelga"*. Tampoco se acoge esta modificación, que incurre en el mismo defecto que la anterior, de no identificar convenientemente el documento/s en que se sostiene la misma. Se menciona unas fichas de horarios, que no son documentos adecuados para revisar al ser elaboradas por la propia empresa recurrente. Y en todo caso, lo decisivo no es la jornada que exista en el centro de trabajo, sino la que vienen realizando los trabajadores que no han secundado la huelga.

En el apartado Primero C) del recurso, se interesa la modificación de los hechos probados cuarto y quinto del relato fáctico, ofreciéndose solamente redacción alternativa para el hecho probado cuarto que es la siguiente: *"Una vez iniciada la huelga, permanecen trabajando en la empresa don C.G.A. (socio), así como los trabajadores de la empresa don C.G.C. (socio y Jefe de Area), don J.F.G.C. (Ingeniero Técnico). don F.C.L. (Oficial 1ª), don C.D.C. (peón) y doña S.B.C. (titulada superior), los cuales vienen realizando su jornada habitual desde el inicio de la huelga, sin que haya quedado acreditado que por la Dirección de la Empresa le sean facilitados alimentos"*. La revisión del hecho probado cuarto, tampoco resulta acogible, por cuanto la juzgadora "a quo", valorando prueba testifical y de confesión alcanzó a precisar la jornada que vienen realizando los trabajadores que no han secundado la huelga, jornada que viene establecida en el hecho probado quinto, sin que por la recurrente se hubiese propuesto texto alternativo alguno en relación con este hecho probado, y en estas condiciones, ante la ausencia de un texto alternativo, el hecho quinto resulta inmodificable, por carecer el motivo del recurso del adecuado formalismo legalmente establecido, sin que la Sala pueda construir "ex officio" el contenido del motivo en base al documento que cita, esto es, no puede la Sala suplir las carencias señaladas y sustituir al recurrente en la función que sólo a él le corresponde de construir el recurso, lo que, de llevarse a efecto, implicaría una grave violación de la igualdad de las partes en el proceso y del derecho a la tutela judicial efectiva, que también debe dispensarse a los recurrentes.

D).- Se solicita también por la parte recurrente modificación del hecho probado sexto, y su sustitución por otro del tenor siguiente: *"Con posterioridad al inicio de la huelga y con el fin de conseguir la renovación del registro sanitario, fue contratada la empresa "G.G., S.L.", Que utiliza productos químicos y fungicidas no utilizados en las limpiezas que eran realizadas habitualmente por los trabajadores, limpieza de carácter puntual y aislado que tuvo lugar el día 8 de febrero de 2003"*. Motivo que la Sala no acoge, por no señalar convenientemente el documento/s en que se fundamenta, y por apoyarse en prueba testifical que no es medio probatorio eficaz a efectos revisores.

E).- Finalmente, la empresa recurrente interesa la revisión del hecho probado séptimo, para que se adicione al mismo el siguiente texto: *"Frente al acta de infracción laboral por la Entidad "M.A., S.A.", se formuló escrito de Alegaciones de fecha 24 de abril de 2003, acompañando al mismo la prueba pertinente en apoyatura de las mismas, encontrándose pendiente de resolución sin que por tanto el acta de infracción laboral haya adquirido firmeza"*. Cierto que la empresa recurrente impugnó el acta de infracción levantada por la Inspección Provincial de Trabajo, acta que fue anulada por motivos formales (que no de fondo) por resolución de fecha 16 de junio de 2003, de la Delegación Provincial de la Conse-

llería de Asuntos Sociales, Emprego e Relacións Laborais de Pontevedra, resolución que obra unida a la pieza y cuya unión se acordó por Auto de fecha (25 de septiembre de 2003).

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, la empresa recurrente denuncia infracción por interpretación errónea y aplicación indebida de lo dispuesto en el artículos 50 y concordantes (sin indicar a que texto legal se refieren), en relación con la jurisprudencia, argumentando, en síntesis, que el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1997 de 4 de marzo prohíbe la sustitución de los trabajadores en huelga por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa con anterioridad a la comunicación de huelga, y que en este caso no ha existido sustitución de los huelguistas sino que los trabajadores que no secundaron la huelga continuaron prestando servicios para la empresa en uso legítimo de su derecho a la libertad de trabajo y además manteniendo la jornada de trabajo ordinaria, cita SSTSJ-Castilla León de 3 de abril de 2000 y de Andalucía de 18 de febrero del mismo año (Sentencias que no constituyen jurisprudencia). La empresa demandada impugna igualmente la indemnización otorgada por la sentencia recurrida, invocando en relación con esta cuestión la interpretación errónea de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias de 20 de enero de 1997 y 2 de febrero de 1998. Cita artículo 17 del Convenio Colectivo de Industrias Lácteas, según el cual no cabe aplicar recargo alguno a la hora ordinaria y que en este caso sería de 5,96 euros, por lo que no cabe aplicar 10 euros como lo hace la sentencia recurrida.

En relación con el derecho de huelga ejercitado por los trabajadores demandantes, el Tribunal Supremo tiene declarado, entre otras, en la reciente Sentencia de fecha 4 de julio de 2000 (RJ 2000/6.289) que "la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores amparado y reconocido por el artículo 28.2 de nuestra Constitución. De conformidad con su desarrollo en la legalidad ordinaria, contenida en el Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977, depurado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (RTC 1981/11), el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar. No se impone, el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos. *La Ley le veta la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores externos (artículo 6 del Real Decreto-ley de Relaciones de Trabajo).* La interpretación jurisprudencial de este mandato le restringe el uso de las facultades de organización que le son propias, en orden a exigir la movilidad funcional (Sentencias del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992/123], y del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 [RJ 1989/7.422] y 8 de mayo de 1995 [RJ 1995/3.752])....Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello".

Partiendo del inalterado relato probatorio y de la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta, comparte enteramente la Sala el criterio de la Juez «a quo», que aplicando acertadamente la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribuna Supremo viene a establecer que la sustitución interna llevada a cabo por la empresa al sustituir a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores internos del mismo centro de trabajo, constituye ejercicio abusivo de los derechos de que goza el empresario en la dirección de la actividad empresarial, al no poder calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros que no la han secundado. Dicha sustitución que la empresa recurrente impugna afanosamente en el recurso, es más que evidente, pues los trabajadores que se relacionan en el hecho probado cuarto de la sentencia, que no han secundado la huelga, no vienen desarrollando una jornada ordinaria de ocho horas, sino que realizan jornadas continuadas desde las 7 horas hasta las 19 horas, con un descanso para comer, en el mismo centro de trabajo, con alimentos que facilita la dirección de la empresa. Por otra parte, las labores de limpieza del local, que siempre fueron realizadas por los trabajadores, después de iniciada la huelga, el empleador ha contratado a una empresa externa (empresa "G.G., S.L.") para realizar dicho cometido, siendo así que dicha empresa nunca antes había sido contratada para efectuar tareas de limpieza; consecuentemente, la sustitución de los trabajadores en huelga resulta indiscutible, y dicha sustitución no cuenta con amparo legal adecuado, porque ateniéndonos a las tareas que venían desarrollando los trabajadores sustituidos, es evidente que se vació el contenido del derecho de huelga, porque –como queda dicho- para las funciones de limpieza que realizaban los demandantes, fue contratada otra empresa; y en cuanto a las labores que realizaban en el negocio, las mismas fueron encomendadas a

otros trabajadores, que pasaron a realizar una jornada continuada de doce horas (salvo el descanso para comer).

CUARTO.- En cuanto a la indemnización otorgada por la sentencia recurrida a favor de los trabajadores en huelga, cabe señalar que, del art. 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y del art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, se desprender que para el reconocimiento de la indemnización acordada en favor de los demandantes, es preciso que se haya acreditado la existencia de daño o perjuicio, como consecuencia de la actuación de la demandada. Ambos preceptos se refieren a la «reparación de las consecuencias» de la conducta ilícita de la empresa. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996 (RJ 1996/6.381) y reitera la de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998/1.251), de estos preceptos no se infiere que baste con acreditar la vulneración de la libertad sindical, -en este caso del derecho de huelga- para que el juzgador tenga que condenar automáticamente al pago de una indemnización, sino que para ello es de todo punto obligado, que en primer lugar los demandantes aleguen en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclaman, que justifiquen suficientemente que la misma ha de ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda sentar una condena de esta clase.

En el presente supuesto, la parte actora alega en la demanda que la conducta de la empresa les ha ocasionado perjuicios, invocando como soporte o fundamento del mismo, las horas realizadas por los trabajadores que les han sustituido ampliando su jornada, así como el importe del servicio de limpieza contratado, reclamando para cada trabajador la suma de 333 euros. Y en los hechos probados 4º, 5º y 6º de la sentencia recurrida, ha quedado acreditada dicha sustitución, señalándose en el inciso final del último fundamento de derecho de la resolución impugnada –con evidente valor fáctico- que la conducta abusiva de la empresa ha vulnerado el derecho de huelga de los trabajadores "*que se han visto privados de sus salarios sin que tal privación haya tenido la totalidad del efecto pretendido*". Consecuentemente, y aunque el razonamiento es muy escueto, tanto de la demanda, como de la relación de hechos probados y de las consideraciones de la sentencia recurrida se desprende que la actuación empresarial ha vulnerado el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores, ejercicio que ha sido vaciado de contenido por la conducta ilícita de la empresa, por lo que la indemnización se considera muy proporcional y ajustada al perjuicio sufrido. Al haberlo entendido así la Magistrado de instancia, se impone la confirmación de su sentencia, previa desestimación del recurso de la empresa, con las consecuencias previstas en los artículos 202.3.4 y 233.1 ambos de la Ley de Procedimiento Laboral. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "M.A., S.A.", contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos de Pontevedra, con fecha 28 de abril de 2003, en autos seguidos a instancia de los trabajadores don F.J.A.F., don J.A.G., don M.D.A., don D.D.L., don J.F.S., don S.F.S., don P.L.M., don J.R.G. y don J.R.V.C., contra la empresa recurrente y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución de instancia.

3695 **Recurso nº 7.551/2000**

S.CA. ÁMBITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ALCANCE DA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ACTAS DE INSPECCIÓN: MEDIO DE PROBA. VALORACIÓN LÓXICA DAS PROBAS INCRIMINATORIAS PRACTICADAS. APARENCIA DE RELACIÓN LABORAL: CONIVENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado.

A Coruña, a veintiocho de septiembre de 2003

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 7.551/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don J.M.G.H., con D.N.I. número ..., domiciliado en A Coruña, representado por el procurador don A.R.P. y dirigido por el letrado don J.C.P.T., contra resolución de 31.01.00 desestimando y estimando los recursos de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción 135/98, pérdida de prestaciones por desempleo. Expediente 8.752/99. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA EUROS (4.650 euros).

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, se señaló para votación y fallo el día tres de septiembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de la Dirección General de Trabajo de 31 de enero de 2000, desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra resolución de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de 23 de junio de 1999, derivada de acta de infracción nº 135/98, que imponía al recurrente la sanción de extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo, con devolución de las cantidades indebidamente percibidas y exclusión del derecho a percibir prestaciones hasta un máximo de un año, por comisión de la infracción calificada como muy grave en el artículo 30.3.3 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

SEGUNDO.- Como quiera que por el recurrente se niega la certeza de la imputación de connivencia que se le efectúa, debe comenzarse señalando que en el ámbito administrativo sancionador la presunción de inocencia significa que no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe actividad probatoria de cargo que posea la virtualidad de evidenciar al órgano llamado a resolver la existencia de los hechos imputados y la responsabilidad del sujeto pasivo de la imputación. De dicha exigencia se deriva, como lógica consecuencia, que si la sanción llegara a imponerse en ausencia de cualquier tipo de actividad probatoria de cargo o sin acreditación de los supuestos hechos infractores la resolución adolecería de una tacha de nulidad.

Aquel principio opera, sin embargo, en la fase administrativa, no aquí, en la judicial, en la que no se trata de determinar si la persona sancionada es o no culpable de los hechos que se le imputan sino si la resolución administrativa que declara la culpabilidad es o no ajustada a Derecho. Aunque, de hecho, el examen de la legalidad de la resolución conduzca al examen de los hechos imputados y de las pruebas practicadas en el expediente, todo ello ha de ser visto desde la óptica del recurso contra una resolución sancionadora y no desde la de una primera instancia de tal carácter.

Por ello no ha de ser la Administración demandada la obligada a probar aquí la veracidad y legalidad de hechos y de la resolución sino que es el recurrente quien ha de demostrar que la Administración que le sancionó no actuó correctamente, al tener por probados hechos que en realidad no lo eran, quedando, por tanto, obligado el recurrente a desvirtuar las resolución impugnada demostrando que no es conforme a Derecho, pasando a adoptar la postura activa que la Administración tuvo durante el expediente, quedando la pasiva para la Administración demandada.

TERCERO.- Partiendo de la presunción de veracidad de las actas de la inspección de trabajo y seguridad social, debe señalarse que la actuación documentada de la Inspección en

la correspondiente acta, que reúna los requisitos normativamente establecidos, constituye un medio de prueba susceptible de ser valorado con capacidad, a la vista de su resultado, para destruir la presunción "iuris tantum" en que consiste la presunción de inocencia, y, por ello, para fundar por sí sola la resolución administrativa sancionadora.

En el presente caso, el acta de infracción reúne aquellos requisitos en cuanto que señala los hechos comprobados por la subinspectora de empleo actuante, destacando los relevantes a los efectos de la tipificación de la infracción, las disposiciones infringidas, con expresión de los preceptos vulnerados, además de la indicación de los medios de conocimiento empleados para la percepción de los hechos.

CUARTO.- Tal y como resulta de lo expuesto, no puede negarse, pues, que en el caso hubiere existido actividad probatoria, aún cuando, realmente, no parece que sea eso lo que se discute por el recurrente sino que de lo que éste parece discrepar es, propiamente, de la valoración que de esa prueba se ha hecho.

Sobre ello ha de decirse que, superando una opinión jurisprudencial que entendía desvirtuada la presunción de inocencia con la simple constatación de la existencia de prueba incriminatoria practicada con las debidas garantías, sin exigencia adicional alguna, hoy se viene extendiendo también el contenido esencial de aquel derecho a la exigencia de una valoración lógica o no arbitraria de las pruebas practicadas en el procedimiento, de manera tal que si la actividad probatoria ha existido pero su valoración por parte del órgano llamado a decidir el expediente no resulta ajustada a los cánones de la lógica o del criterio racional habría lesión del derecho a la presunción de inocencia, sin olvidar, no obstante, que en las infracciones del tipo de la que aquí se trata se puede llegar a su constatación mediante la prueba de presunciones, dado que se trata de una conducta consistente en una determinación volitiva de su autor que sólo aflora al exterior por hechos que, aún realizados al amparo de normas legales, persiguen un fin no querido por el ordenamiento jurídico, ello siempre con la exigencia de que los hechos base de la deducción estén acreditados y que entre tales hechos y la connivencia que se quiere demostrar exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

QUINTO.- Dicho ello, del contenido del acta de infracción, alegaciones a la misma y documentos obrantes en el expediente administrativo resulta que el recurrente, después de haber solicitado la baja voluntaria en la empresa "L.S.E., S.L.", en la que trabajó como patrón de pesca durante 981 días, es contratado por dos veces por la empresa "S.P.S., S.L.", no superando en la segunda ocasión el período de prueba y no ofreciéndose por el recurrente explicación alguna sobre tal hecho cuando ya se conocía la valía profesional del citado trabajador al haber estado anteriormente trabajando en la misma empresa.

Tras solicitar la prestación por desempleo, y de serle denegada la misma por falta de acreditación de cuatro días para acceder a ella, es contratado por la empresa "M.B., S.L.", no consignándose en el contrato la causa o circunstancia que lo justificase e indicándose en él que su terminación se sujetaba al fin de la obra, siendo así que después de transcurridos cuatro días de alta se certifica la terminación del contrato, no habiéndose propuesto prueba en justificación de que la obra para la que había sido contratado hubiere finalizado en tal plazo.

A diferencia del resto de la plantilla, al recurrente no se le abonaron los conceptos que se excluyen de la base de cotización y, por el contrario, se le retribuyeron pluses por incentivo superiores a los percibidos por técnico especialista de categoría y grupo de cotización superior y por el propio representante legal de la empresa, y pluses por actividad de 3.000 pesetas diarias, cuando al trabajador que más percibía, con una antigüedad de veinte años, se le abonaban 1.133 pesetas diarias. A su vez, en concepto de salario base se le abonó una cantidad sólo superada por el representante legal de la empresa, y la cantidad abonada por vacaciones se calculó sobre una base diaria de cotización de 9.000 pesetas, subiendo el promedio de la base reguladora de la prestación. Tampoco sobre ello se ofreció explicación alguna.

Pues bien, a la vista de tales hechos en modo alguno puede decirse que la valoración que la Administración ha efectuado de los mismos se ajuste a criterios arbitrarios o ilógicos, al poseer virtualidad suficiente para evidenciar al órgano administrativo sancionador, vía presunción, que se originó una apariencia de relación laboral entre el recurrente y la empresa "M.B., S.L.", al amparo de la formalización de un contrato y de una indebida alta

y cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, para obtener, también en forma indebida, una prestación por desempleo, y, por tanto, la existencia de la connivencia imputada y la responsabilidad del recurrente.

Resta decir sobre la prueba propuesta en vía administrativa, cuya práctica no fue acordada ni denegada motivadamente, que para poder valorar la vulneración del derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa es preciso que por el recurrente se expliquen detalladamente las razones de la pertinencia de la prueba propuesta para contribuir a formar la definitiva convicción de la autoridad decisora (salvo que sin esa explicación los medios de prueba se revelen por sí objetivamente idóneos para fundamentar los argumentos exculpatorios y para contradecir los hechos objeto de imputación), pues sólo comprobando que la resolución pudo haber sido otra si la prueba se hubiera admitido podría apreciarse el menoscabo efectivo de aquel derecho, siendo lo cierto que sobre interesarse la práctica de la prueba en forma condicional, tal prueba no se dirigía a esclarecer la realidad nuclear de lo que debería ser objeto de la misma, que no lo eran la existencia o no de un embargo o las cuotas que hubieren dejado de abonarse a la Seguridad Social por la empresa "L.S.E., S.L.", sino si el contrato formalizado entre el recurrente y la empresa "M.B., S.L." respondía a una verdadera y no simulada relación laboral. A ello debe añadirse que en la solicitud de recibimiento a prueba en esta vía jurisdiccional no se indicaron con claridad y precisión los hechos sobre los que habría de versar la prueba y que no es medio de prueba el testimonio del recurrente solicitado por el propio recurrente.

SEXTO.- Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso, sin que se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador don A.R.P., en representación de don J.M.G.H. contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 31 de enero de 2000, desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra resolución de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de 23 de junio de 1999, derivada de acta de infracción nº 135/98; no hacemos especial imposición de costas.

3696 Recursos nº 7.276/2000 y 7.750/2000

S.CA. REINTEGRO DE SUBVENCIÓNS. PROGRAMAS DE ESCOLAS-TALLER E CASAS DE OFICIOS: POSIBILIDADE DO ENTE XESTOR (INEM) DE REVOGAR ANTERIORES ACTUACIÓNS ADOPTADAS UNHA VEZ FISCALIZADA A DOCUMENTACIÓN ACHEGADA POLA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Juan Carlos Fernández López
A Coruña, a veintinueve de septiembre de 2003

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 7.276/00 y 7.750/00 acumulado, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "A.V.R.M.T.S.", domiciliada en Arxeriz, Fión, municipio de O Saviñao, representada por el procurador don L.S.G. y dirigida por la letrada doña E.F.A., contra resoluciones de 05.01.00 y 29.03.00 desestimatorias de recursos contra otras de la Dirección Provincial del INEM de Lugo sobre reintegro de subvenciones concedidas con cargo al programa de escuelas taller e intereses de demora. Recurso 3.570/98 y expediente 972.730.080, respectivamente. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS (32.474 euros).

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 diecisiete de septiembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- A través de la resolución de 03.07.93, la Dirección Provincial del INEM en Lugo le otorgó a la "A.V.R.M.T.S." una subvención para la formación de diversas especialidades a impartir en una Escuela-taller, especificando las fases, fechas previstas, alumnos, módulos, horario e importes, que fue percibiendo periódicamente la asociación beneficiaria si bien con algunas deducciones por la ausencia de aplicación de cantidades anteriormente transferidas, hasta que con fecha 30.10.97 acuerda aquél centro directivo periférico iniciar un expediente tendente a exigir el reintegro de una parte de los fondos percibidos indebidamente en el módulo C relativo a los gastos salariales y sociales de los alumnos; una vez ofrecida audiencia a la interesada se dictó resolución de 19.12.97 en la que se declaró la obligación del reintegro, después confirmada en vía de recurso ordinario el 05.01.00 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Como complemento de esas resoluciones, con fecha 30.06.99 declara la Dirección Provincial del INEM en Lugo la obligación de la entidad favorecida de reintegrar el importe correspondiente a los intereses de demora, recurso que es igualmente desestimado por resolución de 29.03.00 administrativo.

Contra ambas resoluciones se alza este recurso acumulado en cuya demanda se interesa su anulación con fundamento en que todos los pagos estaban sometidos a autorización previa y expresa por parte de los servicios provinciales del INEM, de modo que tras prestarse confirmación se libraban los importes "en firme" y no "a justificar", por lo que la resolución de reintegro suponía ir contra los actos propios, quebrantar el principio de confianza legítima y revisar de oficio de un acto declarativo de derechos sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

A esa pretensión y motivos se opone el Abogado del Estado, que sostiene que los pagos parciales no tenían la consideración de irrevocables, sino a cuenta y condicionados a su ulterior fiscalización, por lo que el órgano gestor estaba facultado para reclamar aquella parte de la subvención no aplicada.

SEGUNDO.- Aunque la demanda es densa en sus argumentos, en realidad toda la fundamentación se centra en la irrevocabilidad de los abonos ya decretados una vez fiscalizada la documentación previamente presentada por la asociación beneficiaria, ya que no justifica ni acredita con los documentos unidos a la demanda que la cantidad reclamada fuera indebida por haber aplicado su importe a los fines previstos en el módulo C.

Pues bien, para dar respuesta a la pretensión y los motivos en que se sustenta conviene referir el régimen jurídico aplicable, que viene contenido en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 29.03.88, por la que se regulan los programas de Escuelas-taller y Casas de Oficios, cuyos proyectos pueden ser promovidos por asociaciones y otras corporaciones (artículo 2), se subvencionan mediante resolución del INEM en la que se especifican las fases de desarrollo (artículo 9), se financian por el propio INEM (artículo 10), que deberá transferir de forma anticipada una cantidad equivalente al coste subvencionado para los sucesivos períodos o fases, con la imposición de dos obligaciones a la entidad beneficiaria: por un lado justificar, dentro del mes siguiente al de la recepción de esos fondos, los pagos efectuados dentro de cada específica partida subvencionada y, por otro, devolver las cantidades no gastadas dentro del mes siguiente al de la finalización del período de duración del proyecto (artículo 11).

Por otro lado, como quiera que se está ante un expediente de reintegro de subvenciones, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 81.9.d) del texto refundido de la Ley general presupuestaria, aprobado por Real Decreto 1.091/1988, de 23 de septiembre, que establece la obligación de reintegrar la cantidad percibida cuando el beneficiario incumpla las condiciones impuestas.

Bajo este régimen jurídico se van a analizar los motivos alegados por las partes en defensa de sus respectivas posturas.

TERCERO.- En realidad toda la articulación de la parte actora, aunque arropada con diversos argumentos colaterales, se funda en la

imposibilidad del ente gestor de revocar anteriores actuaciones adoptadas una vez fiscalizada la documentación aportada por la empresa, de modo que los pagos efectuados no pueden discutirse con posterioridad y ser dejados sin efecto, pues con ello se está yendo contra los actos propios, se está vulnerando el principio de confianza legítima de la entidad beneficiaria que entendió cerrado el debate parcial y se está revisando una resolución sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

Esta argumentación encuentra cumplida respuesta en el régimen jurídico a que se ha hecho mención en el fundamento de derecho segundo, donde se refiere con claridad la obligación que se le impone a la entidad beneficiaria de aplicar y justificar el destino de los gastos previamente anticipados por el INEM a las específicas partidas y dentro de las fases correspondientes, previsión oportunamente concretada en la resolución de 03.07.93 que otorgó la subvención, donde se contienen las fases, las fechas previstas, los alumnos, los módulos, el horario y los importes parciales, de modo que resultaba clara y manifiesta la obligación de vincular los importes recibidos anticipadamente a cada uno de los módulos subvencionados, como también quedaba legitimado y obligado el INEM a exigir de la beneficiaria incumplidora de esas condiciones el reintegro de las cantidades percibidas no gastadas en cada uno de esos módulos, en concreto el C controvertido.

Avanzando más, la circunstancia de que se hubiera prestado una inicial conformidad no tiene por qué suponer necesariamente un anormal funcionamiento de los servicios públicos ya que, si bien podría servir como presupuesto para exigir responsabilidades, no neutraliza o hace inaplicable el verdadero régimen jurídico vigente, que era el recogido en la Orden ministerial de 29.03.88, del que es complemento la resolución de 03.07.93 que otorgó la subvención y que contempla con claridad las obligaciones del beneficiario que no pueden alterarse mediante actos singulares, ya escritos, ya verbales (artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene la interesada de exigir responsabilidades que en este recurso no se plantean.

En suma, la circunstancia de que no se hubieran advertido puntualmente reparos no impide que se pueda y deba fiscalizar el expediente con posterioridad para comprobar que el proyecto se ha ejecutado de acuerdo con las normas rectoras y devolver las cantidades no gastadas dentro del mes siguiente al de la finalización del período de duración del proyecto, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 13 de la Orden de la convocatoria y otros preceptos concordantes, de todo lo cual resulta que el recurso deba ser desestimado.

CUARTO.- Al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa, no se hace imposición de costas a ninguno de los litigantes (artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la entidad "A.V.R.M.T.S.", contra resoluciones de 05.01.00 y 29.03.00 desestimatorias de recursos contra otras de la Dirección Provincial del INEM de Lugo sobre reintegro de subvenciones concedidas con cargo al programa de escuelas taller e intereses de demora, dictado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. No se hace condena en costas.

3697 **Recurso núm. 3.661/03**

S.S. DESPEDIMENTO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN. APLICABILIDADE DO RD-LEI 5/2002, DO 24 DE MAIO. DEVÉNGANSE TAMÉN CANDO, SEN OPTAR O EMPRESARIO POR INDEMNIZACIÓN OU READMISIÓN, O CONTRATO SE EXTINGUE POR AUTO DITADO EN EXECUCIÓN DE SENTENZA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintinueve de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.661/03 interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra el auto del Juzgado de lo Social núm. Tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Vigo, con fecha 28 de octubre de 2002 se dictó sentencia en los presentes autos seguidos sobre reclamación por despido, a instancia de los trabajadores don J.A.D.S. y don G.M.P., cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando las demandas de don J.A.D.S. y don G.M.P., declaro improcedente el despido de que fueron objeto los actores el 31.07.02, condenando a "A.C., S.L.", a que en el plazo de cinco días opte entre el abono de las siguientes indemnizaciones: a) a don J.A.D.S., la de 9985'8.- euros y b) a don G.M.P., la de 7929'2.- euros, o a la readmisión a su puesto de trabajo, con abono en este último caso de los salarios dejados de percibir desde el despido, a razón de 60'52.- euros para don J.A.D.S. y 46'10.- euros para don G.M.P., en los términos legalmente establecidos".

SEGUNDO.- Los demandantes, con fecha 13 de diciembre de 2002, presentaron escrito en el Juzgado interesando la ejecución de la mencionada Sentencia, así como la comparecencia de las partes para la celebración del incidente de no readmisión. Acto que se celebró el día 14 de enero de 2003, al que no compareció la empresa demandada, ni el Fondo de Garantía Salarial –pese a estar citados en legal forma-, el FOGASA sí había comparecido al juicio por despido.

TERCERO.- Después de la celebración del incidente de no readmisión, se dictó auto por el Juzgado de referencia de fecha 14 de enero de 2.003, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que con esta fecha debo declarar y declaro extinguida la relación laboral que unía a los actores don J.A.D.S. y don G.M.P. con la demandada "A.C., S.L.", condenando a la misma a) al abono de una indemnización en la cantidad de 11.255'68.- euros para don J.A.D.S. y b) la diferencia entre la cantidad de 10.106'84,- euros y de lo percibido en desempleo, debiendo la empresa reintegrar esto último al Instituto Nacional de Empleo y para don G.M.P., al abono de una indemnización en la cantidad de 8978'15.- euros y b) la diferencia entre la cantidad de 7698'7.- euros y de lo percibido en desempleo, debiendo la empresa reintegrar esto último al Instituto Nacional de Empleo". Dicho auto fue recurrido en reposición por el Fondo de Garantía Salarial y tramitado en forma, fue desestimado por Auto de fecha 4 de marzo de 2003.

CUARTO.- Contra el auto desestimatorio del recurso de reposición, se interpone el presente recurso de Suplicación por el Fondo de Garantía Salarial, y tramitado en debida forma, no ha sido objeto de impugnación. Recibidos los autos en esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos al ponente para su examen y resolución.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra el auto dictado en ejecución de sentencia que desestima el recurso de reposición interpuesto por la representación letrada del FOGASA, interpone recurso de suplicación este Organismo, con el objeto de que se revoque la resolución recurrida en lo que se refiere al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la del auto de fecha 14.01.03, y que se fijen únicamente las indemnizaciones correspondientes en el citado auto que extingue la relación laboral y que serían las que constan en la Sentencia de despido de fecha 28 de octubre de 2002. Formula al efecto un único motivo de Recurso por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando infracción de lo establecido en los artículos 56.2 y 57.1 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada a dichos artículos del ET por el RD 5/2002 de 24 de mayo, argumentando, en esencia, que únicamente procederá despachas salarios de tramitación cuando el proceso por despido culmine con la readmisión efectiva del trabajador. Señalando que una interpretación conjunta de ambos preceptos lleva a la conclusión de que no procede el abono de salarios de tramitación cuando no se produce la readmisión del trabajador en los despidos declarados improcedentes, procediendo despacharlos solo cuando el despido culmina con la readmisión, o cuando el despido sea declarado nulo, interpretación que concuerda con el resto de las modificaciones legales que en este Decreto Ley 5/2002 se realizan: El acceso directo a las prestaciones de desempleo desde la fecha del despido, letra c) del núm. 1 del art. 208 de la LGSS y el descuento por el

empresario que opta por la readmisión de las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador, que se descuentan de la cantidad a abonar en concepto de salarios de tramitación, procediendo a ingresar dichas prestaciones en la Entidad Gestora correspondiente. Añade el FOGASA que al tratarse –en este caso- de una empresa desaparecida, no se pueden ingresar dichas cantidades en el INEM.

SEGUNDO.- Partiendo de los antecedentes que se dejan expuestos, se desprenden los siguientes extremos fácticos que interesan a los fines discutidos en la presente litis: A).- Con fecha 28 de octubre de 2002 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, declarando la improcedencia del despido de los actores; B).- La empresa –desaparecida, que no compareció al acto de juicio, ni al incidente de no readmisión- no ejercitó opción alguna, y con fecha 13 de diciembre de 2002, los actores presentaron solicitud de ejecución de la sentencia que declaraba la improcedencia del despido, instando la celebración del correspondiente incidente de no readmisión y la extinción de la relación laboral con el abono de la correspondiente indemnización y salarios de tramitación; C).- Que tras la celebración del indicado incidente, el Juzgado de lo Social dictó auto cuya parte dispositiva se recoge en el Antecedente Tercero de la presente resolución, declarando, entre otros extremos, la condena a la empresa a que abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la fecha del auto que declara extinguida la relación laboral de 14 de enero de 2003, deduciendo lo percibido por los ejecutantes en concepto de desempleo; y D).- Contra ese auto se interpuso recurso de reposición por el FOGASA que fue desestimando y ahora se interpone el presente recurso de suplicación por el citado Organismo.

El recurso del FOGASA no puede prosperar teniendo en cuenta las premisas fácticas que anteceden. Ciertamente el régimen jurídico del despido improcedente se ha vista profundamente afectado por el RDL 5/2002, aplicable al caso enjuiciado por razones de derecho temporal. La redacción del artículo 56.1 del ET, se ha sustituido por otra, según la cual: "Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días, desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato de trabajo con abono de una indemnización". Según esta nueva redacción, se suprime toda referencia a los denominados "salarios de tramitación" que, si bien antes eran aplicables a cualquiera de las opciones del empresario, van a quedar, en aquellos supuestos en que resulte de aplicación el RDL 5/2002, referidos solamente a la opción por la readmisión.

Ahora bien, y respecto de lo que interesa para resolver el caso enjuiciado, el empresario sigue ostentando la titularidad de la opción entre readmitir o indemnizar, y al no haberse modificado por el citado RDL 5/02 el artículo 56.3 del ET, en el que se dispone: "En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera", resulta que han quedado subsistentes los efectos de la opción tácita, de modo que, cuando el empresario no haga uso de la facultad de opción –como ha sucedido en el presente caso-, se entiende que ha optado por la readmisión (opción tácita). Consiguientemente, y al haber optado el empresario tácitamente por la readmisión, como efecto de la misma, nace el derecho del trabajador establecido en el artículo 56.2 del ET "...el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el artículo 57 de esta Ley", no fijándose por el legislador causas y efectos diversos en los supuestos –como el presente- de pasividad o imposibilidad empresarial de readmisión.

Por otra parte, y según se ha sostenido por este Tribunal en su Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2003 (Rec. 3.089/03), tampoco se han modificado las normas de la Ley de Procedimiento Laboral sobre ejecución por el RDL 5/2002, por lo que habrá que estar a las específicas reglas de la LPL sobre esta materia. Consecuentemente, habrá que atenerse a la integridad y literalidad del título ejecutivo, en el que se determina una concreta condena al abono de los salarios dejados de percibir. Además, el FOGASA fue parte en el acto de juicio y aceptó dicho pronunciamiento, no interponiendo recurso frente a la Sentencia que se trata de ejecutar. Por otra parte, no ha sufrido modificación y es de plena aplicación el artículo 284 de la LPL, al que en materia de desempleo se remite el artículo 209.5.a) de la LGSS, que sanciona expresamente el abono de salarios de tramitación en caso de readmisión imposible por cierre o cese de la empresa obligada, igual que sucede en el presente caso.

Por todo ello, la Sala rechaza las infracciones jurídicas atribuidas a la resolución impugnada, debiendo dictarse un pronuncia-

miento confirmatorio del recurrido. A la vista de cuanto antecede:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra el auto dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Vigo, de fecha 4 de marzo de 2003, en los autos número 649/02, en ejecución de sentencia firme de despido, proceso de ejecución promovido por los trabajadores don J.A.D.S. y don G.M.P., frente al Organismo recurrente y también frente a la empresa "A.C., S.L.", debemos confirmar y confirmamos íntegramente el auto recurrido.

3698 Recurso núm. 4.079/03

S.S. CUMPRIMENTO DE REQUISITOS FORMAIS, PARA OS EFECTOS DA IMPOSICIÓN DE SANCIÓN DE SUSPENSIÓN DE EMPREGO E SOLDO AO TRABALLADOR.

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

A Coruña, a veintinueve de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4079/03 interpuesto por don J.M.M.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 247/2003 se presentó demanda por don J.M.G.F. y don J.M.M.L. en reclamación de SANCIÓN siendo demandado el EMPRESA "F.S.E.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de mayo de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda, respecto don J.M.G.F., y desestimó la demanda respecto don J.M.M.L..

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Para la empresa "F.S.E.E., S.A.", dedicada a la actividad de metal, vienen prestando servicios los actores con las siguientes antigüedades, categorías y salarios mensuales prorrateados: Don J.M.G.F., mayor de edad y con D.N.I. número …, desde el 1 de enero de 1.990 como oficial de 3ª y 2.502,94 euros y don J.M.M.L., mayor de edad y con D.N.I. número …, desde el 18 de agosto de 1.998 como especialista y 1.926,85 euros. 2.- Por medio de carta de fecha 4 de marzo de este año, notificada a don J.M.G.F. el mismo día, la empresa le comunicó una sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de una falta muy grave en base a los siguientes hechos: "un incidente entre Ud. y su compañero de trabajo, el Sr. don J.M.M.L.. La existencia de riñas y disputas físicas entre compañeros de trabajo constituye una INFRACCIÓN LABORAL MUY GRAVE…". 3.- El mismo día 4 de marzo, la empresa trató de notificar igual carta a don J.M.M.L., haciéndole entrega de la misma, negándose ésta a leerla, recogerla y firmarla, firmándola un empleado de la empresa de Recursos Humanos, solicitando el citado actor la presencia de algún delegado de Comisiones Obreras que no le fue facilitado. No consta acreditado que a la empresa le conste afiliación sindical de dicho trabajador, no acreditada tampoco en esta litis. 4.- El mismo día 4 de marzo la empresa notificó las cartas de sanción al presidente del comité de empresa. 5.- De los hechos imputados a los actores en las cartas de sanción ha resultado acreditado que el día 13 de febrero don J.M.M.L. se dirigió a su compañero codemandante en su puesto de trabajo y le pidió explicaciones de por qué, según el primero, el segundo lo andaba difamando entre los compañeros de trabajo, se insultaron recíprocamente y el primero propinó al segundo un golpe en la mejilla izquierda y una patada en el muslo izquierdo, acudiendo el segundo al Hospital Xeral-Cíes el mismo día siendo diagnosticado de contusión facial izquierda y rotura parcial de molar inferior y erosión en cara interna de muslo izquierdo, acudiendo luego al Servicio Médico de Empresa que emitió el mismo diagnóstico especificando que presentaba en la mejilla izquierda herida interna en mucosa labial, permaneciendo en situación de incapacidad temporal del 13 al 24 de febrero. No consta que don J.M.M.L. haya presentado lesión alguna ni haya sido atendido por ningún facultativo. En dicho incidente no había presente persona alguna aparte de los deman-

dantes. 6.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 6 de marzo por don J.M.G.F., la misma tuvo lugar el día 20 con el resultado de sin efecto. Presentada por don J.M.M.L. el 19 de marzo, la misma se intentó sin efecto el día 31. 7.- Los demandantes no son ni fueron durante el último año representantes legales de los trabajadores.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda interpuesta por don J.M.G.F., debo revocar y revoco la sanción de un mes de suspensión e empleo y sueldo que por falta muy grave le impuso mediante carta de fecha 13 de febrero la empresa "F.S.E.E., S.A.", a la que condeno a que deje sin efecto en todos sus extremos la referida sanción, y calificando como califico su falta de leve, autorizo a dicha empresa a que imponga la sanción prevista por el convenio colectivo para las faltas leves. Y desestimando la demanda interpuesta por don J.M.M.L., debo confirmar y confirmo íntegramente la sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo que por falta muy grave le impuso la citada empresa mediante carta de fecha 13 de febrero de este año, absolviendo por tanto como absuelvo a dicha empresa de las pretensiones contra ella deducidas por dicho trabajador.":

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandante don J.M.M.L. 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 estimando en parte la demanda interpuesta por don J.M.G.F., debo revocar y revoco la sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo que por falta muy grave le impuso mediante carta de fecha 13 de febrero la empresa "F.S.E.E., S.A.", a la que condeno a que deje sin efecto en todos sus extremos la referida sanción, y calificando como califico su falta de leve, autorizo a dicha empresa a que imponga la sanción prevista por el convenio colectivo para las faltas leves. Y desestimando la demanda interpuesta por don J.M.M.L., debo confirmar y confirmo íntegramente la sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo que por falta muy grave le impuso la citada empresa mediante carta de fecha 13 de febrero de este año, absolviendo por tanto como absuelvo a dicha empresa de las pretensiones contra ella deducidas por dicho trabajador".

El Sr. don J.M.M.L. recurre la sentencia; con amparo procesal correcto, solicita examinar el derecho que contiene por entender que infringe:

A) Los artículos 114 y 115.d) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), pues la sanción es nula por no haber sido notificada la carta de sanción y no subsanable por su notificación al presidente del comité de empresa.

B) El artículo 64.4 del Convenio Colectivo de Industrias del Metal de la provincia de Pontevedra (BOP 17.07.00), al que se remite la disposición final primera del Convenio Colectivo de empresa para 2001 a 2003, pues la sanción también es improcedente porque de lo actuado no se desprende agresión al codemandante y se vulneran los principios de legalidad y tipicidad.

SEGUNDO.- El recurso no se acepta, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- La empleadora cumplió la exigencia impuesta por el artículo 64.4 del Convenio provincial, de notificar la sanción personalmente al trabajador.

Así deriva del hecho probado 3º, cuando declara que aquélla le entregó a éste la carta de sanción y que el destinatario se negó a leerla, recogerla y firmarla; esta circunstancia es suficiente para entender cumplido el requisito formal de que se trata, en cuanto demuestra la conducta voluntaria y renuente del destinatario, contraria a una garantía de defensa de sus propios derechos y cuyas consecuencias no han de perjudicar a la empresa.

Además, el mismo apartado fáctico reitera la actitud empresarial favorable al cumplimiento de la norma de convenio cuando indica que, a su instancia y en la misma fecha, la carta de sanción fue suscrita por otro empleado y que la notificó al presidente del comité de empresa.

En definitiva, no es apreciable la calificación de nulidad que sanciona el artículo 115.d) LPL.

2ª.- Respecto de la cuestión de fondo, el recurrente no denuncia la norma infringida, en el caso artículos 68.j) y 69.c) del Convenio provincial, omisión que vulnera los artículos 191.c) y 194.2 LPL.

En cualquier caso y frente a lo argumentado, la remisión del Convenio de empresa no es exclusiva al artículo 64.4 del Convenio provincial sino a la totalidad del capítulo XI de éste que, entre otros, abarca los artículos 68.j) y 69.c), que tipifican la conducta imputada (descrita en el hecho probado 5º de sentencia) y la sanción litigiosa, respectivamente.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de don J.M.M.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, de 16 de mayo de 2003 en autos nº 247/2003, que confirmamos.

3699 Recurso núm. 4.554/03

S.S. VULNERACIÓN DO DEREITO DE FOLGA INEXISTENTE. FOLGA ILEGAL POR INCUMPLIR REQUISITO PREVISTO EN CONVENIO COLECTIVO. SUBSTITUCIÓN INTERNA DE FOLGUISTAS: NON SE PRODUCIU.

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

A Coruña, a veintinueve de septiembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.554/2003 interpuesto por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) 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 la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandada la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 362/2003 sentencia con fecha 9 de junio de 2003 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El día 22 de abril de 2003 las representaciones legales de las Secciones sindicales de la provincia de Pontevedra de los sindicatos CIGA, CCOO, UGT y CGT convocaron una huelga indefinida con efectos desde el día 5 de mayo de 2003, con afectación de todo el personal de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SOCIEDAD ANÓNIMA de la oficina de M. De los nueve trabajadores afectados, únicamente secundaron la huelga seis. SEGUNDO.- Las partes legitimadas para la convocatoria de huelga no comunicaron su intención de convocarla a la Comisión de Interpretación, Vigilancia, conciliación y Aplicación, regulada en el Convenio Colectivo de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SOCIEDAD ANÓNIMA, suscrito el 18 de diciembre de 2002. TERCERO.- El día cinco de mayo de 2003, primero de la huelga, la Sociedad Estatal demandada contrató a una trabajadora llamada R.S.R. para refuerzo de oficina, en concreto, para reparto de envíos urgentes. El mismo día cinco de mayo se le rescindió su contrato, aunque fue nuevamente contratada para repartir propaganda electoral el día quince de mayo de 2003. CUARTO.- El día quince de mayo de 2003 fueron contratados seis trabajadores por la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SOCIEDAD ANÓNIMA, por medio de un contrato laboral, exclusivamente para repartir propaganda electoral, ante la renuncia de los trabajadores de la oficina de M. a realizar este servicio, de carácter voluntario para ellos. QUINTO.- El día 16 de mayo de 2003 los trabajadores del comité de huelga y los representantes de la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SOCIEDAD ANÓNIMA, llegaron a un acuerdo de desconvocatoria de la huelga".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el sindicato CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, debo absolver y absuelvo a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS SOCIEDAD ANÓNIMA de todos los pedimentos formulados en su contra".

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.- Confederación Intersindical Galega (CIG) recurre la sentencia de instancia, que desestimó la demanda sobre vulneración del derecho fundamental de huelga, y solicita con amparo procesal correcto examinar el derecho que contiene, por entender que infringe el artículo 28.2 de la Constitución (C) en relación con el artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/77 de 4-3 (Relaciones de Trabajo), pues la ilegalidad de la huelga que afirma la sentencia sólo puede declararse en un procedimiento promovido al efecto por quien estuviera legitimado y contra todos los convocantes, de ahí que aquélla no sea congruente con la petición de demanda; la contratación de seis trabajadores vulnera tal derecho, pues afecta al núcleo esencial del trabajo que es el reparto de correspondencia; la incidencia de la huelga en el derecho de sufragio carece de relevancia que, al contrario, sí la tiene la no fijación de servicios mínimos que podrían resolver la situación planteada.

SEGUNDO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son:

I) CIG, CCOO, UGT y CGT promovieron huelga indefinida desde el 05.05.03 en la oficina de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. sita en M.; fue seguida por seis de los nueve trabajadores de dicho centro.

II) Los sindicatos convocantes no comunicaron su decisión a la Comisión de Interpretación del Convenio.

III) El 05.05.03 la empresa contrató a una persona para reparto de envíos urgentes; el mismo día rescindió el contrato.

IV) El 15.05.03 Correos y Telégrafos, S.A. contrató a la misma persona y a cinco más para repartir propaganda electoral, ante la renuncia de los trabajadores a dicha tarea, voluntaria para ellos.

V) El 16.05.03 se desconvocó la huelga.

TERCERO.- Los datos expuestos llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Es cierto que el objeto de debate no se centra en la legalidad o ilegalidad de la huelga sino que consiste en determinar la vulneración o no de su ejercicio en cuanto derecho fundamental, es decir, la pretensión actual de tutela persigue declarar que la conducta de la sociedad demandada lesionó la libertad sindical e infringió el derecho de huelga por haber contratado a trabajadores en sustitución de los huelguistas.

Sin embargo, también es verdad que la empresa, en cuanto destinataria de aquellos incumplimientos, está legitimada para aducir cuantas defensas y excepciones puedan convenir a su derecho, ya formales o adjetivas ya materiales o de fondo; entre las primeras cabe, indudablemente, alegar infringida de adverso una norma de convenio que, en su caso, pueda incorporar o entenderse como presupuesto habilitante del ejercicio ordinario del derecho cuya vulneración se denuncia.

En efecto si, como indica la jurisprudencia (s. 22.10.02), la empresa tiene facultad para hacer consideraciones sobre el acuerdo de convocatoria de huelga tanto en el procedimiento de forma como en el contenido de fondo, con mayor razón podrá oponerse a la conducta sindical si aquel acuerdo es inexistente o, como ahora, no está precedido de la oportuna conciliación -y eventual avenencia- que prevé el artículo 14.c) del Convenio estatal de Correos y Telégrafos, S.A. (BOE 13.02.03), como presupuesto de la legalidad de la huelga o, si se quiere, del ordinario y legítimo ejercicio de tal derecho, de modo que aunque su falta no impide o inhabilita a los sindicatos convocantes para llevar a efecto la declaración de huelga, al tiempo han de asumir el riesgo que conlleva su ejercicio sin la nota de legalidad convencional referida, cuya exigencia no discute la CIG recurrente.

En cualquier caso, como el posible incumplimiento de la obligación procesal de congruencia debe valorarse siempre en términos de comparación entre la pretensión de las partes y la respuesta o fallo judicial (TC ss. 18.03.92, 29.06.98; TS. ss. 01.12.98, 05.06.00), hemos de concluir que la sentencia no infringe los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque no declara la ilegalidad de la huelga sino que desestima la vulneración de ese derecho fundamental por la empresa (objeto de demanda), tras diversas consideraciones o argumentos, entre otros el de ilegalidad de la convocatoria.

2ª.- La huelga es un derecho fundamental de los trabajadores amparado y reco-

nocido por el artículo 28.2 C, que la jurisprudencia (TC s. 11/81) configura, en base al RDL 17/77, como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar sin ser sancionados por ello, aunque no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial (TS s. 04.07.00).

El derecho de huelga no es absoluto, menos aún cuando se trata de servicios públicos -así, correos y telégrafos- porque entonces han de mantenerse las garantías necesarias para sostener los servicios esenciales de la comunidad, aún cuando esta circunstancia no puede enervar el ejercicio de aquel derecho, que quedaría vacío de contenido si durante el período de huelga la empresa prosiguiera su actividad ordinaria, de ahí que legalmente, a lo que ahora interesa, el artículo 6 RDL impida la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores externos.

En todo caso, la armonización de los intereses de los trabajadores, de la empresa y de los usuarios del mencionado servicio público debe hacerse dentro de parámetros racionales y de proporcionalidad, en ejercicio de los que destacamos la especialidad de las contrataciones efectuadas por la empresa demandada, una para repartos urgentes, es decir, excepcional y cronológicamente limitada a una jornada de trabajo, otra para reparto electoral, voluntaria para los huelguistas de estar en activo, según se admite y notoriamente relevante en cuanto persigue garantizar los derechos de correspondencia, información y sufragio de los potenciales destinatarios, también fundamentales y tutelados en los artículos 18, 20 y 23 C.

Lo consignado implica afirmar que la empresa no ejercitó de forma abusiva el poder de dirección o "ius variandi" que le reconoce el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, porque no tuvo por finalidad desactivar la presión producida por el paro en el trabajo ni proseguir con su normal actividad productiva, sino que implicó una medida objetivamente necesaria para mantener sus necesidad mínimas e imperiosas, algunas con trascendencia constitucional según hemos indicado.

3ª.- La ya referida omisión del requisito convencional a cargo de los sindicatos promotores de la huelga desvirtúa la inexistencia de servicios mínimos o, al menos, atenúa la responsabilidad empresarial sobre el particular, sobre todo si tenemos en cuenta que la decisión al respecto, de la empresa o de la autoridad laboral, ha de contar con justificación especial y ha de ser adecuadamente exteriorizada con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales sus derechos e intereses se sacrifican y para, en su caso, poder defenderse ante los órganos judiciales (TC. 8/1992; TS 3ª ss. 29.01.96, 06.06.98).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de Confederación Intersindical Galega contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 9 de junio de 2003 en autos nº 362/2003, que confirmamos.

3700 **Recurso número: 7.321/2000**

S.CA. OBSTRUCIÓN AO LABOR INSPECTOR. PRESUNCIÓN DE VERACIDADE FÁCTICA DAS ACTAS DE INSPECCIÓN: MEDIO DE PROBA. INSUFICIENCIA DE VALOR PROBATORIO PARA DESTRUIR A PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: NOTIFICACIÓN TELEMÁTICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a treinta de septiembre de 2003

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 7.321/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "F.C.A., S.A.", domiciliado en A Coruña, representado por el procurador don J.B.A. y dirigido por el letrado don L.G.D., contra resolución de 11.01.00 estimatoria en parte de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de A Coruña sobre imposición de

sanción por obstrucción a la labora inspectora, acta número 379/98. Expediente 803/99. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es TRES MIL CINCO EUROS (3.005 euros).

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 diecisiete de septiembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de 11 de enero de 2000, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, estimatoria parcial de recurso de alzada interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña de 31 de agosto de 1998, de imposición de sanción por importe de 500.000 pesetas, propuesta en acta de infracción número 379/98, incoada a la empresa "F.C.A., S.A." por infracción del artículo 49 de la Ley 8/88, que tipifica como faltas graves constitutivas de obstrucción a la labor inspectora las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Controladores Laborales.

SEGUNDO.- Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aparecen dotadas, en cuanto a su descripción fáctica, de una presunción de veracidad que deriva del artículo 52.2 de la Ley 8/1988 de 7 de abril (aplicable al tiempo de producirse la supuesta infracción y levantarse el acta), cuyo precedente se halla en el artículo 38 del Decreto 1.860/1975 de 10 de julio; pero no se trata de una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, ni siquiera de una presunción propiamente dicha (dado un hecho se presume otro) sino que se trata de un medio de prueba al que la Ley otorga capacidad para destruir la presunción de inocencia y fundar por sí sola una resolución administrativa sancionadora. Como tal medio de prueba, su valor probatorio puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ya que nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone estrictamente invertir la carga de la prueba sino actuar contra el acto de prueba aportado por la parte contraria, debiendo ceder y decaer la presunción de que se trata cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos.

TERCERO.- En el presente caso, lo que se imputa en el acta de infracción a la entidad recurrente es el no haber comparecido en las oficinas de la Inspección Provincial, pese a ser citada por tres veces mediante telefax, para la aportación de determinados documentos. Tal acta se ve complementada por informe de la Inspectora en el que se consigna haber corroborado la recepción de la comunicación mediante conversaciones telefónicas posteriores.

Sin embargo, en base al análisis de los datos que se desprenden del expediente administrativo, y de lo actuado en el presente proceso, no cabe otorgar al acta de infracción y al informe posterior valor probatorio suficiente para destruir la presunción de inocencia.

CUARTO.- En efecto, si bien no cabe discutir que la notificación hecha por medios telemáticos puede gozar de validez y eficacia, ello lo será siempre que, como precisa el artículo 45.5 LRJPAC, quede garantizada su recepción por el interesado. El desarrollo de ese precepto legal se ha llevado a cabo mediante Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, cuyo artículo 7 exige, para la validez de la notificaciones efectuadas a través de medios telemáticos: que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido ínte-

gro de las comunicaciones, que se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de la comunicación, y que, en los supuestos de comunicaciones y notificaciones dirigidas a particulares, que éstos hayan señalado el soporte, medio o aplicación como preferente para sus comunicaciones con la Administración General del Estado en cualquier momento de la iniciación o tramitación del procedimiento o del desarrollo de la actuación administrativa.

Pues bien, en el caso, negado por la entidad recurrente haber sido notificada, ha resultado acreditado que los requerimientos hechos por medio de telefax han sido recepcionados por empresa distinta de la aquí recurrente, no constando, además, que ésta haya señalado dicho medio como preferente para sus comunicaciones con la Administración General del Estado. Por tales razones no es posible tener por bien hechos aquellos requerimientos a los efectos de apreciar que por parte de la entidad recurrente hubiere mediado una conducta obstruccionista por no atendimiento de los mismos, que es el comportamiento ilícito que se imputa en el acta a la entidad recurrente, sin que a ello obste el que en el informe de la Inspectora se consigne haber corroborado la recepción de la comunicación mediante conversaciones telefónicas posteriores, pues no se precisa si esas conversaciones se han mantenido con la receptora del telefax o con la verdadera destinataria de la comunicación.

QUINTO.- Por lo anterior no cabe sino concluir que, en cuanto la sanción se ha impuesto sin la existencia de una previa actividad probatoria de la que pueda deducirse la existencia de la conducta ilícita reprochada y la responsabilidad del sujeto pasivo, la correspondiente resolución adolece indefectiblemente de una tacha de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.a) LRJPAC), lo que determina la procedencia de estimar el recurso.

SEXTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador don J.B.F., en representación de la entidad "F.C.A., S.A.", contra resolución de 11 de enero de 2000, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, estimatoria parcial de recurso de alzada interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña de 31 de agosto de 1998, de imposición de sanción por importe de 500.000 pesetas, derivada de acta de infracción número 379/98, resolución que anulamos, por contraria a Derecho; sin especial condena en costas.

3701 Recurso nº 7.592/1999

S.CA. INADMISIÓN A TRÁMITE DE RECURSOS EN QUE NON CONCORRAN OS REQUISITOS DE GARANTÍA DE AVAL BANCARIO SUFICIENTE OU CONSIGNACIÓN DO IMPORTE. ANULACIÓN DE RESOLUCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado.

A Coruña, a treinta de septiembre de 2003

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 7.592/99, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "C., S.A.", domiciliada en A Coruña, representada por el procurador don J.M.G.M. y dirigida por el letrado don M.M.F.C., contra resolución de 24.03.99 declarando la inadmisibilidad del recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre actas de liquidación números 304, 306, 308, 309, 368 y 370/98. Expedientes 17, 18, 19, 20, 21, 22/99. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA CENTIMOS (279.293,80 euros).

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, se señaló para votación y fallo el día tres de septiembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución del Sr. Jefe Provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, de 24 de marzo de 1999, que declara la inadmisibilidad de recurso ordinario interpuesto contra resoluciones de fecha 24 de septiembre de 1998, de la Unidad de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña que elevan a definitivas actas de liquidación números 304, 306, 308, 309, 368 y 370/98.

SEGUNDO.- En apoyo de su pretensión de nulidad invoca la entidad recurrente, en primer término, la ilegalidad del artículo 33.3 del Reglamento general sobre procedimiento para imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por instaurar libremente un novedoso principio "solve et repete" y por vulnerar los principios básicos de jerarquía normativa y legalidad al prever que no se admitirán a trámite los recursos ordinarios contra las resoluciones que elevan a definitivas las actas de liquidación si no se garantiza con aval bancario suficiente o se consigna el importe de las mismas.

Sobre ello ha de comenzarse señalando que la resolución impugnada declaró la inadmisibilidad del recurso ordinario en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 33.3 del Reglamento general sobre procedimiento para imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, cuyo primer apartado, en la redacción por entonces vigente, establecía que "Contra tales resoluciones cabe recurso ordinario ante el Director territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social correspondiente. Los importes figurados en las resoluciones del apartado anterior, sean o no objeto de recurso ordinario, deberán hacerse efectivos en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, iniciándose automáticamente, en otro caso, el procedimiento de apremio a que se refieren los arts. 33 y ss. TR LGSS, salvo que se garantice con aval bancario suficiente o se consigne el importe en los términos reglamentariamente establecidos en la Tesorería General de la Seguridad Social, no admitiéndose a trámite los recursos en que no concurran tales requisitos. De la efectividad de estos pagos y, en su caso, de los avales y garantías y de su suficiencia se dará cuenta, por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de 10 días hábiles, a la Jefatura Provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que tramitó el expediente".

La STS de 21 de julio de 2000, conociendo de cuestión de ilegalidad planteada, sobre el citado artículo 33.3, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declaró no ser conforme a derecho y anuló del apartado primero del párrafo tercero de dicho artículo 33 la frase "no admitiéndose a trámite los recursos en que no concurran tales requisitos", explicitando dicha sentencia, sobre el particular relativo a la no admisión a trámite de los recursos en que no concurran los requisitos de garantía de aval bancario suficiente o consignación del importe, que "carece de habilitación legal suficiente, puesto que ni del artículo 31 del Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 de junio, ni de la regulación de la Ley 42/97, de 14 de mayo, de Ordenación de la Inspección de Trabajo se infiere que esta materia haya sido objeto de la correspondiente habilitación legal normativa, por lo que, desde este primer punto de vista, procede el reconocimiento de la marcada ilegalidad del precepto, sin que se advierta, del análisis de los antecedentes normativos, fundamento alguno que sostenga la referida habilitación", razonando también que "si se reconociera la legalidad del precepto cuestionado, se vulneraría el derecho de acceso a la jurisdicción y se realizaría una interpretación que sería no acorde con el prin-

cipio general favorable al examen del fondo de la pretensión y con el que informa toda aplicación de los postulados constitucionales del artículo 24.1 de la Constitución", y añadiendo que "cualquier limitación a los derechos fundamentales y libertades públicas en los términos prevenidos en el artículo 53.1 de la Constitución, sólo es válida en cuanto esté hecha por ley, porque así lo exige la Constitución, y en este caso, la norma cuestionada no sólo carece de la correspondiente habilitación legal, sino que también estaba sometida a una reserva de ley, por lo que, desde este punto de vista, también procede reconocer su anulación".

Lo expuesto obliga a concluir que la resolución del Sr. Jefe Provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, de 24 de marzo de 1999, en cuanto que declara la inadmisibilidad del recurso ordinario ante ella interpuesto fundándose en que el artículo 33.3 del Reglamento General sobre procedimiento para imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social disponía "la inadmisibilidad de los recursos ordinarios interpuestos contra las resoluciones por las que se elevan a definitivas las actas de liquidación, en los casos en que no se haya efectuado el ingreso de sus importes, presentando aval bancario suficiente o consignando sus cuantías en la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos reglamentariamente establecidos", es contraria a Derecho, procediendo su anulación.

TERCERO.- Lo anterior determina la estimación del recurso, siquiera parcialmente, pues lo impugnado mediante el presente recurso es una resolución que declaró la inadmisibilidad de un recurso ordinario y que, consecuentemente, no entró a decidir sobre la cuestión de fondo planteada en dicho recurso, por lo cual a aquél sólo aspecto, es decir, al control de la legalidad de aquella actuación de inadmisión, ha de limitarse esta Sala, debiendo retrotraerse el expediente administrativo al momento de la presentación del citado recurso ordinario a fin de que por la Administración demandada, con admisión a trámite del mismo, lo resuelva.

CUARTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador don J.M.G.M., en representación de la entidad "C., S.A.", contra resolución del Sr. Jefe Provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, de 24 de marzo de 1999, que declara la inadmisibilidad de recurso ordinario interpuesto contra resoluciones de fecha 24 de septiembre de 1998, de la Unidad de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña que elevan a definitivas actas de liquidación números 304, 306, 308, 309, 368 y 370/98, y anulamos dicha resolución, por contraria a Derecho, ordenando la retroacción del expediente administrativo al momento de la presentación del citado recurso ordinario a fin de que por la Administración demandada, con admisión a trámite del mismo, lo resuelva; no hacemos especial imposición de costas.

3702 **Recurso nº 8.156/1999**

S.CA. REINTEGRO CANTIDADE PERCIBIDA EN CONCEPTO DE SUBVENCIÓN POLA TRANSFORMACIÓN EN INDEFINIDO DUN CONTRATO EN PRÁCTICAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado.

A Coruña, a treinta de septiembre de 2003

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 8.156/99 de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "J.B.D.A., S.L.", domiciliada en Ourense, representada por la procuradora doña M.L.P.C. y dirigida por la letrada doña M.L.C.B., contra resolución de 21.09.99 desestimatoria de recurso contra otra de la dirección Provincial del INEM de Ourense sobre reintegro de beneficios y silencio administrativo a recurso de alzada contra reclamación de intereses de demora. Expedientes 1.4351/98 y 46/95, ampliado a resolución expresa de siete de abril de 2000. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABO-

GADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es CUATRO MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON DOS CENTIMOS (4.219,2 euros).

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 dieciséis de julio de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 21 de septiembre de 1999 desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial del INEM de Ourense de 21 de octubre de 1998, que declara la obligación de la empresa recurrente de reintegrar la cantidad de 550.000 pesetas percibidas en concepto de subvención otorgada al amparo de la Ley 22/1992, de 30 de julio, por la transformación en indefinido de un contrato en prácticas, más los correspondientes intereses de demora desde el día siguiente a la recepción de la citada subvención hasta el momento de su reintegro, impugnándose asimismo resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 7 de abril de 2000 desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial del INEM de Ourense de 23 de junio de 1999, por la que se declara la obligación de la empresa recurrente de ingresar la cantidad de 152.011 pesetas en concepto de intereses de demora por el período comprendido entre la fecha de abono de la subvención y la fecha de vencimiento del período voluntario.

SEGUNDO.- La exigencia del reintegro la funda la Administración demandada en la consideración de que la empresa ha incurrido en incumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la citada Ley, conforme al cual "Los beneficiarios estarán obligados a mantener la plantilla de trabajadores fijos durante al menos tres años. Cuando se produzca el cese de trabajadores fijos en dicho plazo, la empresa está obligada a cubrir la vacante, en el plazo de un mes, mediante un contrato por tiempo indefinido y al menos con una jornada igual a la del contrato extinguido. Si la vacante afecta a un contrato realizado al amparo de la presente Ley, el nuevo trabajador deberá reunir los requisitos establecidos en esta disposición".

TERCERO.- En el presente caso, es indudable que no se ha cumplido el tiempo mínimo de tres años previsto en el citado precepto y que tras la baja de la trabajadora contratada al amparo del artículo 2.2 de la Ley 22/92 la empresa no ha cubierto la vacante en el plazo de un mes con otro contrato por tiempo indefinido en favor de otro trabajador en el que concurrieren iguales requisitos que los exigidos a la sustituida, por lo que tampoco se ha cumplido por parte de la empresa, como beneficiaria de la subvención referida, la obligación establecida en el citado artículo 5 de aquella Ley 22/92.

CUARTO.- Por lo expuesto no cabe apreciar la denunciada incorrección jurídica de las resoluciones impugnadas, procediendo la desestimación del recurso, sin que a ello obsten las alegaciones exculpatorias efectuadas por la recurrente, que no desvirtúan el hecho cierto de no haber cubierto la vacante en el plazo de un mes ni justifican en modo alguno la imposibilidad de proceder a tal cobertura, siendo así que la recurrente no procedió de forma inmediata a realizar una oferta de empleo una vez que se produjo el cese de la trabajadora y que en alegaciones efectuadas en el expediente administrativo, mediante escrito presentado en fecha 1 de septiembre de 1998, admitía que "se olvidó a la empresa la formalización de dicho requisito de cubrir la vacante de la trabajadora subvencionada por otra con contrato igual".

QUINTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora doña M.L.PC., en representación de la

entidad "J.B.D.A., S.L.", contra resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 21 de septiembre de 1999 desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial del INEM de Ourense de 21 de octubre de 1998, y contra resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 7 de abril de 2000 desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial del INEM de Ourense de 23 de junio de 1999; sin hacer expresa imposición de costas.

3703 **Recurso nº 8.809/2000**

S.CA. ACTA DE INFRACCIÓN IMPUTANDO PERCEPCIÓN INDEBIDA DE PRESTACIÓN POR INCAPACIDADE LABORAL AO DEIXAR DE REUNIR OS REQUISITOS PARA CONTINUAR EN ALTA NO RETA SEN SOLICITAR A SÚA BAIXA NESTE. PREEMINENCIA DA XURISDICIÓN SOBRE A ADMINISTRACIÓN: SENTENZA FIRME QUE DECLAROU INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL.

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

A Coruña, a treinta de septiembre de 2003

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 03/8809/2000, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don E.FG., con D.N.I. número …, domiciliado en B., representado por la procuradora doña M.P.C.R. y dirigido por el letrado don J.A.P.F., contra Resolución de 05.05.00 que acuerda retrotraer las actuaciones en expediente número 2.650/2000 sobre extinción del derecho al percibo de prestaciones por incapacidad temporal con devolución de cantidades. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 5.242,95 euros.

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 diecisiete de septiembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna a través del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Directora General de Ordenación de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso de alzada que formulara el aquí demandante contra otra resolución del Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Ourense, confirmatoria de acta de infracción en la que se le imputara la comisión de la infracción tipificada en el art. 18.1 de la Ley 8/1988 (en adelante, LISOS), consistente en percibir indebidamente prestaciones por incapacidad temporal al dejar de reunir los requisitos para continuar en alta en el RETA, por cuanto el demandante no solicitara su baja en el RETA durante el periodo en que estuviera sin actividad laboral, encontrándose desde el día 02.04.99 percibiendo el correspondiente subsidio por incapacidad.

En sede de demanda, el demandante aduce que estuviera trabajando hasta que enfermera causando baja y cobrando las prestaciones por incapacidad transitoria, y dado que las dolencias eran permanentes fuera declarado judicialmente afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual por sentencia firme de fecha 19.09.00.

II.- Pues bien, como quiera que la verdad histórica o material declarada en aquella sentencia contradice a la fijada en el acta de infracción, debe prevalecer aquella sobre ésta, en función de la preeminencia de la Jurisdicción sobre la Administración, por cuanto lo que la Inspección apreció como falta voluntaria de actividad determinante de la pérdida de condiciones para estar dado de alta en el RETA con el solo dato objetivo de no declaración de ingresos a efectos fiscales, fue considerado por la Jurisdicción de lo Social como proceso de enfermedad que llevara a aquella declaración de incapacidad.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso.

III.- No procede hacer mención especial de las costas procesales, por aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por don E.F.G. contra la resolución de la Directora General de Ordenación de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso de alzada que formulara el aquí demandante contra otra resolución del Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Ourense, confirmatoria de acta de infracción en la que se le imputara la comisión de la infracción tipificada en el art. 18.1 de la Ley 8/1988, consistente en percibir indebidamente prestaciones por incapacidad temporal, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, y en consecuencia anulamos las resoluciones dejando sin efecto la sanción impuesta, sin especial pronunciamiento en costas procesales.

3704 Recurso nº 8.840/2000

S.CA. SUBVENCIÓN CONVERSIÓN EN INDEFINIDOS DE CONTRATOS TEMPORALLES. NON ACHEGA DE DOCUMENTACIÓN RELATIVA A ANOS POSTERIORES A AQUEL EN QUE SE SOLICITA: OBSTÁCULO ENERVANTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a treinta de septiembre de 2003

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 8.840/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "SEMINARIO MENOR DE LA ASUNCION DE SANTIAGO DE COMPOSTELA", domiciliado en Santiago de Compostela, representada por la procuradora doña C.M.V. y dirigida por el letrado don E.C.L., contra resolución de 05.10.00 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección provincial del INM de A Coruña sobre denegación de solicitud de subvención por conversión de contrato parcial en indefinido. Recurso 1607/98. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto en OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN EUROS CON CUATRO CENTIMOS (841,4 euros).

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, se señaló para votación y fallo el día diecisiete de septiembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 5 de octubre de 2000, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto con-

tra Acuerdo de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo de A Coruña de 9 de diciembre de 1997, que denegó los incentivos solicitados al amparo del Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, pretendiendo la parte recurrente la anulación de tales actos y el reconocimiento de la situación jurídica individualizada consistente en que se declare su derecho a percibir la subvención solicitada en la cuantía de 140.000 pesetas.

SEGUNDO.- Una vez que la Administración, en el marco de unas medidas de fomento de empleo, establece una subvención y la regula normativamente, su otorgamiento escapa al puro voluntarismo de la Administración y debe estar determinado exclusivamente por el cumplimiento de todas las condiciones exigidas por las normas correspondientes.

El artículo 2 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 12 de abril de 1994, que concreta los requisitos que deben reunir quienes pretendan ser beneficiarios de la subvención por la conversión en indefinidos de los contratos temporales en aplicación del art. 17.1 del Real Decreto-ley 3/1993, de 26 de febrero, establece que "los beneficiarios de la subvención a que se refiere el art. 17.2 del Real Decreto-ley 3/1993, de 26 de febrero, deberán ser empleadores que, encontrándose al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, conviertan en indefinidos los contratos temporales, cuya duración máxima haya sido de cuatro años, de conformidad con el art. 17.1 del Real Decreto-ley 3/1993. Los solicitantes de las subvenciones deberán presentar la solicitud en el plazo de un mes, desde que se produzca la conversión del contrato, ante las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo, junto con los documentos acreditativos de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, así como comunicación de conversión de un contrato temporal de fomento del empleo, en indefinido".

Así pues, lo que debe apreciarse, a los efectos del otorgamiento de la subvención, es si en el momento en que solicita la misma, lo que está sometido a un plazo de un mes desde la conversión del contrato, el empleador reúne tales requisitos, entre los cuales se encuentra el de estar al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

TERCERO.- La Administración demandada, que denegó la subvención por haber transcurrido más de diez días sin que la empresa aportase al expediente determinada documentación que le fue requerida en fecha 3 de noviembre de 1993, insiste en el escrito de contestación a la demanda en que la razón de la denegación de la subvención fue la de que el solicitante fue requerido para la presentación de una serie de documentos, que fueron aportados fuera del plazo de diez días legalmente establecidos, por lo que debe aplicarse la consecuencia prevista en el artículo 71 LRJPAC.

Si se examina aquel requerimiento o solicitud de documentación (folio 21 del expediente administrativo) fácil es observar que toda la documentación cuya aportación fue requerida aparece referida a los ejercicios 1996 y 1997. A la vista de ello y del contenido del artículo 2 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 12 de abril de 1994, no puede por menos de considerarse arbitraria y contraria a Derecho la denegación de la subvención por no aportación de tal documentación, pues si el momento en que el solicitante debe cumplir las condiciones de estar al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social es aquel en el cual solicita la subvención, el exigir la aportación de una documentación relativa a años posteriores supone defraudar de forma abusiva las expectativas fundadas y legítimas de la empresa solicitante mediante la interposición de obstáculos enervantes a la perfección de su derecho a recibir ayudas del Estado.

CUARTO.- Por lo razonado procede, con anulación de las resoluciones impugnadas, estimar el recurso, sin que se aprecien méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora doña C.M.V., en representación del "SEMINARIO MENOR DE LA ASUNCION DE SANTIAGO DE COMPOSTELA", contra resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 5 de octubre de 2000, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra Acuerdo de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo de A Coruña de 9 de diciembre de 1997, que denegó los incentivos solicitados al amparo del Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, y anulamos las resoluciones impugnadas al no ser ajustadas a Derecho,

reconociendo el derecho del recurrente a percibir la subvención de 841'42 euros; no hacemos especial imposición en costas.

3705 **Recurso núm. 4.633/03**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE XORNADA PACTADA EN CONVENIO COLECTIVO. NORMATIVA CONVENCIONAL DE FEVE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a uno de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.653/03 interpuesto por F.E.V.E 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 U.G.T en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado F.E.V.E en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 222/03 sentencia con fecha 2 de mayo de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- La plantilla de trabajadores de al empresa FEVE en la provincia de Lugo está integrada por 18 trabajadores. De estos trabajadores 6 prestan sus servicios en la brigada de Vías y Obras, y el resto entre el Servicio Eléctrico o como personal sujeto a gráficos.- Segundo.- El XVI Convenio Colectivo de FEVE en su artículo 96 regula la jornada laboral de los trabajadores en la empresa, dándose su contenido por reproducido al constar dicho convenio en la documental aportada por ambas partes.- Tercero.- La Comisión Económico Normativa del XVI Convenio Colectivo, de fecha 8 de junio de 2001, con efectos desde el 1 de enero de 2001, acordó una reducción de jornada anual de 32 horas de trabajo, quedando la jornada anual en 1720 horas efectivas de trabajo. La letra g) de este acuerdo de 8 de junio de 2001, establece en su primer párrafo: "….La reducción en 32 horas de la jornada será aplicada para el personal sujeto a gráfico de trabajo acoplando al "Resto de vacaciones" los 4 días resultantes de esta reducción salvo acuerdo entre la Empresa y el trabajador en fechas distintas, para el resto del personal, tales días se disfrutarán conforme se acuerde en los calendarios anuales de jornada. Los trabajadores que tuvieran reconocida " ad personam" una jornada anual inferior a la aquí pactada, quedan excluidos de esta reducción.- Cuarto.- El 2 de enero de 2003 se comunicó al Delegado de Personal de FEVE en Lugo, J.M.P.L., la propuesta de calendario laboral para el año 2003, al objeto de que manifestase su conformidad con el mismo o en su caso los puntos concretos de discrepancia.- Quinto.- en fecha 08.02.03 se notificó por la empresa al Delegado de Personal de FEVE en Lugo, J.M.P.L., el calendario laboral para el año 2003.- Sexto.- En dicho calendario laboral se distribuye la jornada anual de 1720 horas en un total de 220 días de trabajo efectivo, siendo dos de los días no laborales de descanso compensatorio para el personal no adscrito a gráficos. Para el personal no adscrito a gráfico la jornada tipo diaria de referencia en dicho calendario se fija en 7 horas 49 minutos, a excepción del personal de Vías y Obras que tendrá jornada diaria de 8 horas.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda de Conflicto Colectivo formulada por la UNION GENERAL DE TRABAJADORES contra FERROCARRILES ESPAÑOLES DE VIA ESTRECHA, se declara la nulidad del calendario laboral impuesto por la empresa para el año 2003, condenando a la demandada a estar y pasar por este fallo reponiendo a los trabajadores a 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.- La parte demandada, vencida en instancia, anuncia recurso de suplica-

ción y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y, en concreto, se denuncia la infracción del artículo 96 de la Normativa Laboral de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, en relación con los artículos 34, apartado 6, y 82, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, estableciéndose, en el referido artículo 96 de la Normativa Laboral de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, lo siguiente:

"Se establece la jornada de 1.720 horas anuales efectivas de trabajo, distribuidas en cinco días de trabajo y dos de descanso a la semana, sin perjuicio de los catorce días de fiestas no recuperables, aplicándose para la confección de jornada la normativa laboral vigente y se distribuirán:

a) Para el personal sometido a gráficos, conforme a los horarios que en los diferentes turnos de trabajo o servicio estén establecidos.

b) Para el personal no sometido a gráficos conforme a los horarios que en cada centro de trabajo o servicio estén establecidos.

c) Para el personal de vía y obras, la jornada laboral del personal de vía y obras, como norma general será de ocho horas diarias a jornada partida, de lunes a viernes, estableciéndose para cada brigada el horario que mejor se adapte a su situación. Esta flexibilidad horaria se establecerá, para cada brigada, entre las 8 y 9 horas de la mañana (entrada) y las 17 y 18 horas de la tarde (salida).

En general, la jornada empezará a contarse en el lugar de trabajo, al iniciarse las operaciones preparatorias para tomar servicio, y se dará por finalizada al terminar las faenas necesarias para dejarlo.

Los días de compensación de jornada del personal sujeto a gráficos serán acoplados al "Resto de Vacaciones" salvo acuerdo entre la empresa y trabajador en fechas distintas; para el resto del personal se disfrutarán conforme se acuerde en los calendarios anuales de jornada".

Por lo demás, el artículo 34, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores establece que "anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en lugar visible de cada centro de trabajo", y el artículo 82, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, establece, en su párrafo primero, que "los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia".

Opuesto a las expuestas denuncias jurídicas, el sindicato demandante, ahora recurrido, solicita, en la impugnación del recurso de suplicación, su desestimación íntegra y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Conviene precisar que el referido artículo 96 de la Normativa Laboral de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha respeta el contenido de lo pactado en la Comisión Económico Normativa del XVI Convenio Colectivo de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, en su Reunión de 08.06.01, donde, entre otras cuestiones, se acordó –con efectos 01.01.01- una reducción de la jornada laboral –antes era de 1.752 horas- en los siguientes términos literales:

"Las partes acuerdan que la jornada laboral para el año 2001 será de 1.720 horas anuales efectivas de trabajo, distribuidas en cinco días de trabajo y dos de descanso a la semana, sin perjuicio de los catorce días de fiestas no recuperables, aplicándose para la confección de jornada la normativa laboral vigente. La reducción en 32 horas de la jornada será aplicada para el personal sujeto a gráficos de trabajo acoplando al "Resto de Vacaciones" los cuatro días resultantes de esta reducción salvo acuerdo entre la empresa y trabajador en fechas distintas; para el resto del personal, tales días se disfrutarán conforme se acuerde en los calendarios anuales de jornada. Los trabajadores que tuvieren reconocida ad personam una jornada anual inferior a la aquí pactada, quedan excluidos de esta reducción.

Una vez que este acuerdo adquiera plena eficacia, aquellos trabajadores que ya hayan consumido el "Resto de Vacaciones" disfrutarán los días resultantes de la reducción de jornada de común acuerdo con la dirección correspondiente. Para aquellos trabajadores que hubiesen disfrutado 4 ó 3 días de licencia del artículo 142, la reducción de jornada se limitará en 18 ó 24 horas respectivamente.

La representación de la empresa adquiere el compromiso de proponer en el próximo Convenio Colectivo una reducción de jornada en términos similares a los ahora acordados".

TERCERO.- Pues bien, al amparo de las expuestas denuncias jurídicas y de la oposición a las expuestas denuncias jurídicas, lo discutido es la adecuación a las normas objeto de las denuncias jurídicas del calendario laboral de la empresa para la Provincia de Lugo 2003 y que, en los términos recogidos en la incombatida declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, "distribuye la jornada anual de 1.720 horas en un total de 220 días de trabajo efectivo, siendo dos los días no laborales de descanso compensatorio para el personal no adscrito a gráficos (y) para (ese) personal no adscrito a gráficos la jornada tipo diaria de referencia en dicho calendario se fija en 7 horas (y) 49 minutos, a excepción del personal de vías y obras que tendrá jornada diaria de ocho horas" –de acuerdo con el Hecho Probado Sexto-.

Un examen complementario de la prueba documental –folios 43 a 46 y 77 a 90- nos permite comprobar como, salvo el personal de vía y obras –al ser su jornada diaria de 8 horas necesariamente su jornada anual es de 215 días-, el restante personal –sea personal sometido o no sometido a gráficos- ostenta una jornada anual de 220 días, esto es el resultado de detraer a los días naturales del año 2003 los 52 sábados, los 52 domingos, las 14 fiestas laborales, los 25 días laborales de vacaciones y 2 descansos compensatorios –al parecer derivados, según en su recurso explica la empresa, de coincidir dos festivos en sábado-, lo cual lleva a que –a través de los gráficos de trabajo el personal sometido a gráficos, o directamente el personal no sometido a gráficos- su jornada diaria sea inferior a 8 horas para sujetarse a las 1720 horas anuales del convenio colectivo.

Dicho resumidamente, la cuestión litigiosa es si el convenio colectivo y el acuerdo colectivo habilitan, como sostiene la empresa, a reducir la jornada diaria de trabajo o, como sostiene el sindicato y acoge la jueza de instancia, sólo a reducir los días de trabajo –en cuyo caso, la jornada anual sería de 215 días y la jornada diaria de 8 horas necesariamente para todo el personal de la empresa-.

CUARTO.- A juicio de la Sala, la sentencia de instancia contiene la solución correcta y adecuadamente argumentada en Derecho, lo cual nos lleva, con desestimación íntegra de la suplicación, a su confirmación íntegra, y ello en atención a sus propios argumentos completados con los expuestos de seguido:

1º. La Comisión Económico Normativa del XVI Convenio Colectivo de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, en su Reunión de 08.06.01, acordó una reducción de la jornada de trabajo, y la cuantificó en 32 horas anuales, y, para su efectividad, se acordó que "la reducción en 32 horas de la jornada será aplicada para el personal sujeto a gráficos de trabajo acoplando al "Resto de Vacaciones" los cuatro días resultantes de esta reducción salvo acuerdo entre la empresa y trabajador en fechas distintas; para el resto del personal, tales días se disfrutarán conforme se acuerde en los calendarios anuales de jornada". Su literalidad no ofrece ninguna duda hermenéutica. Para el personal sometido a gráficos, "los cuatro días resultantes" se acoplan al "Resto de Vacaciones", y, para el resto del personal –el no sometido a gráficos y el de vía y obras-, "tales días" se disfrutarán según el calendario laboral. Esto es, sea cual sea la categoría del personal, la reducción pactada se refiere a 4 días de trabajo.

2º. Además la circunstancia de que, para el personal sometido a gráficos, los días resultantes de la reducción se acoplen al "Resto de Vacaciones" le ofrece a este personal un medio de compensación que, en atención a su horario dependiente de los gráficos, les permite la imputación por días de la reducción.

3º. Nos explica la empresa, en el escrito de formalización, que, si se convirtieron las horas en días, lo fue a los solos efectos del año 2001 debido a que, datado el acuerdo a 08.06.01 y siendo sus efectos 01.01.01, fue necesario acomodar la norma al hecho de haberse realizado una parte de la jornada anual. Pero si esto fuese así, el carácter transitorio de ese aspecto del acuerdo debería constar expresamente o deducirse sin género de duda –como sí se deduce del siguiente párrafo del acuerdo donde se alude a "aquellos trabajadores que ya hayan consumido el "Resto de Vacaciones"... (y a) aquellos trabajadores que hubiesen disfrutado 4 ó 3 días de licencia del artículo 142"-.

4º. Fuera de los aspectos del acuerdo colectivo cuyo carácter transitorio conste expresamente o se deduzca sin género de duda, debemos concluir su carácter estructural, y si alguna duda hubiese sobre la intención de las partes, la aclara la afirmación final de que "la representación de la empresa adquiere el compromiso de proponer en el próximo Convenio Colectivo una reducción de jornada en términos similares a los ahora acordados", expresión que, despejando cualquier

duda, supone el compromiso de asumir la reducción de jornada en todos sus términos, tanto los términos cuantitativos –de 1.752 a 1.720 horas- como en los términos cuantitativos –su imputación a 4 días de trabajo-.

5º. Ciertamente, esta conclusión de imputación de la reducción a los días de trabajo –y no a las horas de trabajo- no aparece expresa en el artículo 96 de la Normativa Laboral de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha, pero ello no supone su falta de vigencia, ya que, mediante acuerdos entre la empresa y la representación de los trabajadores –y ello es aún más evidente cuando, como es el caso, esos acuerdos se alcanzan en el seno de las comisiones del convenio-, se pueden mejorar los contenidos de un convenio colectivo estatutario, sin perjuicio de, como se apunta en la sentencia de instancia, una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo –artículo 41 del ET-.

QUINTO.- No apreciándose temeridad en el recurso de la empleadora, no se impondrán las costas del recurso de suplicación –artículo 233.2 de la LPL-.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha contra la Sentencia de 2 de mayo de 2003 del Juzgado de lo Social número 3 de Lugo, dictada en juicio seguido a instancia del Sindicato Unión General de Trabajadores contra la recurrente, la Sala la confirma íntegramente. Sin imposición de las costas del recurso de suplicación.

3706 Recurso núm. 4.773/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. ADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DO CALENDARIO DE CARÁCTER INDIVIDUAL. NON CÓMPRE FASE DE CONSULTAS. ANÁLISE CAUSAL. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL XUSTIFICADA.

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

A Coruña, a dos de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.773/03 interpuesto por Empresa "E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 412/03 se presentó demanda por don J.S.B. -Presidente del COMITÉ DE EMPRESA DE "E., S.A."- en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado el "E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de junio de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La empresa "E., S.A.", es adjudicataria del Servicio de Mantenimiento del Hospital Meixoeiro de Vigo; en el que prestan servicios 40 trabajadores, de los que 11 son calefactores/fontaneros. En toda la Provincia, la demanda tiene más de 500 trabajadores. 2.- En el Convenio Colectivo suscrito entre las partes, y que afecta al servicio de mantenimiento del Hospital Meixoeiro, se contempla en su artículo 3 que "Con efectos do 1 de xaneiro do 2003, producirase unha equiparación total coa xornada que realiza o personal do Sergas, tanto en cómputo diurno como nocturno". En base a ello, a finales del 2002, la empresa y el Comité confeccionaron el Calendario Laboral para todo el año 2003, en el que se recogían los turnos rotativos, por categorías profesionales. 3.- En el calendario correspondiente a los calefactores/fontaneros, se preveían turnos rotatorios de mañana-tarde-noche, de tal forma que cada trabajador trabajaba unas siete noches al mes, lo que reducía su jornada anual; de noche, al igual que sábados, domingos y festivos, había dos calefactores en cada turno. El turno de noche es de 10 horas, en tanto los turnos de mañana y tarde son de 7 horas cada uno. 4.- El 7 de Abril pasado, el Hospital remitió a la empresa escrito, en el que "se plantean" una serie de actuaciones, entre las que se señala "Nuevo cuadrante de colectores/fontaneros, de forma que se prime la dotación de los turnos laborables diurnos,

minimizando los restantes". 5.- El 02.05.03, la empresa puso un nuevo Calendario Laboral, para el mes de mayo, en el que se varían los turnos de los calefactores/fontaneros; de tal forma que a partir del 5 de mayo sólo hay un trabajador en el turno de noche, y los domingos y festivos un trabajador por turno. La rotación ahora varía, y puede ser de tres semanas en turno fijo (de mañana o de tarde), oro el mes de turno fijo, o en una semana tener una parte de tarde y otra de noche; los trabajadores hacen, así, entre 3 ó 4 noches al mes, lo que implica una mayor jornada anual, y un mayor número de días trabajados. 6.- Por el Comité de Empresa se acordó el planteamiento del presente Conflicto Colectivo. 7.- La Inspección de Trabajo, tras visita a la empresa, puso de manifiesto que considera insuficiente, un solo calefactor por turno.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el COMITÉ DE EMPRESA DE "E., S.A.", en Conflicto Colectivo contra "E., S.A.", declaro nula la decisión empresarial de modificación de los cuadrantes de turnos de los calefactores/fontaneros, que prestan servicios en la contrata del Hospital Meixoeiro, condenándola a su reposición a la situación anterior, en tanto la modificación anterior no sea aceptada, previa negociación, por el Comité de Empresa o no sea aprobada por la Autoridad Laboral.":

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.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara nula la decisión empresarial de modificación de los cuadrantes de turnos de los calefactores que prestan servicio en la contrata del Hospital Meixoeiro.

Frente a ella el demandado-condenado interpone recurso de suplicación y al amparo de art. 191a) de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral porque en el acto de juicio se alegó la excepción de inadecuación de procedimiento por cuanto la cuestión litigiosa afecta a diez trabajadores individualmente considerados de entre los cuarenta que prestan servicios en el Hospital Meixoeiro de Vigo y la sentencia resuelve la excepción de forma parcial entrando únicamente en el examen de la determinación del carácter colectivo o no de la modificación, a la luz del párrafo cuarto del número 2 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y no resolviendo dicha excepción.

La denuncia no prospera porque la sentencia de instancia recoge en el Fundamento de Derecho 1º que se alegó dicha excepción de inadecuación de procedimiento y se desestima. Criterio que debe ser confirmado a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo de 08.11.02 RJ 2002/10.576); de 11.01.01 (RJ 2001/770) que dicen: Se ha destacado –entre otras, en la STS/IV 17.06.98 (RJ 1998\5.406) (recurso 159/1998)–, que «el que las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo tengan carácter individual o colectivo, dependen, por imperativo legal –Art. 41.2 ET–, no del número de trabajadores afectados ni de su identificación sino de que las condiciones sustanciales que han de alterarse tengan su origen en un derecho de disfrute individual o de un acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos».

Se afirma –entre otras-, en las SSTS/IV 10.04.00 (RJ 2000\3.523) (recurso 2.646/1999) y 18.09.00 (RJ 2000\8.333) (recurso 4.566/1999) –, 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, que «es doctrina unificada de esta Sala (SS. de 18.07.97 [RJ 1997\6.354], 07.04.98 [RJ 1998\2.690], 08.04.98 [RJ 1998\2.693], 11.05.99 [RJ 1999\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 enton-

ces 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 citadas, 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».

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso obliga entender que, aunque por parte de los trabajadores singularmente afectados pudiera haberse acudido al proceso ordinario para impugnar la decisión empresarial, no puede declararse la existencia de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo seguido por el comité demandante–Estamos, por tanto, ante una demanda que afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, y que versa sobre la aplicación e interpretación de «una decisión o práctica de empresa». Por lo que no puede negarse al demandante la posibilidad de acudir a la modalidad procesal genérica de conflicto colectivo «ex» arts. 151 a 160 LPL.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del art. 191 c) de la de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la infracción por interpretación errónea, del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el último párrafo del artículo 3 Convenio Colectivo de la empresa para el personal del Servicio de Mantenimiento del Hospital Meixoeiro, en relación con los artículo 18 y 19.2 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el D.O.G. del 4 de julio de 2002 con el número 106 por Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de 23 de mayo de 2002 y con el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores.

Y la sentencia de instancia declara probado que: .- La empresa "E., S.A.", es adjudicataria del Servicio de Mantenimiento del Hospital Meixoeiro de Vigo; en el que prestan servicios 40 trabajadores, de los que 11son calefactores/fontaneros. En toda la Provincia, la demandada tiene más de 500 trabajadores.

- En el Calendario correspondiente a los calefactores/fontaneros, se preveían turnos rotatorios de mañana-tarde-noche, de tal forma que cada trabajador trabajaba unas siete noches al mes, lo que reducía su jornada anual; de noche, al igual que sábados, domingos y festivos había dos calefactores en cada turno. El turno de noche es de 10 horas, en tanto los turnos de mañana y tarde son de 7 horas cada uno.

- El 7 de abril pasado, el Hospital remitió a la empresa escrito, en que "se plantean" una serie de actuaciones, entre las que se señala "Nuevo cuadrante de calefactores/fontaneros, de forma que se prime la dotación de los turnos laborables diurnos, minimizando los restantes".

y.- El 02.05.03, la empresa puso un nuevo Calendario Laboral, para el mes de mayo, en el que se varían los turnos de los calefactores/fontaneros; de tal forma que a partir del 5 de mayo sólo hay un trabajador en el turno de noche, y los domingos y festivos un trabajador por turno. La rotación ahora varía, y puede ser de tres semanas en turno fijo (de mañana o de tarde), otro el mes en turno fijo, o en una semana tener una parte de tarde y otra de noche; los trabajadores hacen, así, entre 3 ó 4 noches al mes, lo que implica una mayor jornada anual, y un mayor número de días trabajados.

Antes de entrar en la procedencia, nulidad o improcedencia de la modificación impuesta por la empresa demandada, es preciso determinar si se trata de una modificación individual o colectiva, ya que los actores y la sentencia de instancia sostienen que se trata de una modificación sustancial de carácter colectivo que exige un período de consultas con los representantes de los trabajadores

(artículo 41.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores [RCL 1995\997]), que no se han llevado a efecto y por que tanto es nula; criterio que no comparte la Sala.

A este respecto el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo. Se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutan los trabajadores a título individual.

Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Por tanto, según el precepto trascrito para calificar una modificación como individual o colectiva se establece una doble regla de valoración: –Origen de la condición y trabajadores afectados.

En el caso de autos por el origen, la modificación es colectiva ya que se está modificando un acuerdo suscrito entre el comité y la empresa para el año 2003.

La segunda regla, adicional y acumulativa de la anterior resulta únicamente aplicable a las modificaciones funcionales y de horario de trabajo, que aun cuando tengan origen colectivo sólo merecen la consideración de colectivas a efectos de tener que observar el período previo de consultas si afectan, en un período de 90 días, a un número de trabajadores igual o superior a: a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores. b) El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores. c) 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

La aplicación de esta segunda regla excluye tal calificación de MSCT de carácter colectivo, ya que se trata de una modificación del calendario y el número de trabajadores afectados (11 calefactores) queda muy por debajo del umbral fijado por el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores, al contar la empresa con 500 trabajadores y el precepto habla de empresa y no de centro de trabajo. Por tanto, era innecesaria la consulta con los representantes de los trabajadores, exigida por el núm. 4 de dicho artículo.

Conforme a lo expuesto el procedimiento es el adecuado, la modificación de carácter colectivo por disposición legal (artículo41.2 ET) pero exenta del tramite del artículo 41.4, por lo que no se puede invocar defecto de negociación y declarar la nulidad de la mediada por estar exento de dicho trámite. De ahí que habrá que determinar la racionalidad o no de la medida adoptada, por que el hecho de que le corresponda a la Empresa la determinación de las necesidades que exijan la modificación de jornada no significa que pueda hacer uso de esta facultad a su capricho, arbitrariamente o de manera irracional, como en general, no puede hacerlo con ninguna de las facultades en que se funda el poder de dirección de la actividad laboral. Ningún poder jurídico tolera ser ejercitado con abuso (artículo 7.2 del Código Civil), cosa que sucede cuando su titular lo emplea, con daño de terceros, para fines ajenos a los que determinaron su concesión.

La decisión empresarial de fijar la jornada de trabajo, siempre habrá de fundarse en causas conectadas con la utilidad y necesidades del funcionamiento de la empresa, la concurrencia de las cuales es aspecto susceptible de someterse al control judicial, caso de discrepancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998 [RJ 1998\10510]). En el caso ahora enjuiciado hay datos que permiten concluir que la modificación de la jornada de trabajo de los actores acordada por la empresa demandada no se ha producido arbitrariamente, de manera irracional o con abuso de derecho, sino que responde a necesidades de reorganización de los servicios y prueba de

ello es que el convenio colectivo establece en su artículo 3 que "Con efectos del 1 de enero de 2003, se producirá una equiparación total con la jornada que realiza el personal del Sergas, tanto en cómputo diurno como nocturno".

Y la propia concesionaria del servicio el Hospital, remitió a la empresa escrito, en que "se plantean" una serie de actuaciones, entre las que se señala "Nuevo cuadrante de calefactores/fontaneros, de forma que se prime la dotación de los turnos laborables diurnos, minimizando los restantes".

Es evidente que la jornada de trabajo no puede ampliarse más allá de lo pactado convencionalmente, pero la misma sí se puede modificar siempre que no se rebasen los límites horarios fijados en la norma convencional. Y resulta que la medida adoptada por la empresa no supone modificación de jornada laboral, sino modificación del calendario horario; por lo que no siendo irracional la medida y estando justificada por la imposición del hospital, la demanda no puede ser estimada, procediendo la estimación de Recurso de suplicación.

Por lo expuesto y al haberse producido las infracciones denunciadas,

Fallamos

Que estimado el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "E., S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo con fecha 30.06.03, debemos revocar y revocamos dicha resolución y con desestimación de la demanda inicial formulada por don J.S.B. como presidente del comité, debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a la citada recurrente.

3707 **Recurso núm. 4.003/03**

S.S. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO NULO POR REPRESALIA, EN RELACIÓN COA EXTINCIÓN DE CONTRATO QUE NON MERECE A CUALIFICACIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

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

A Coruña, a dos de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.003/03 interpuesto por don J.R.L.V. 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 don J.R.L.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado AYUNTAMIENTO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 115/03 sentencia con fecha siete de mayo de dos mil tres 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 comenzó a prestar servicios por cuenta del Ayuntamiento de Santiago, en virtud de Decreto de la Alcaldía de veinticuatro de septiembre de dos mil dos, para la prestación de servicios como Músico, saxofón tenor, en la Banda Municipal de Música, para los conciertos a celebrar los días veintiséis y veintinueve de septiembre y seis, trece, diez y veintisiete de octubre y por Decreto de la Alcaldía, de fecha veinticuatro de octubre de dos mil dos se acordó contratar nuevamente al actor para la prestación de servicios como Músico, saxofón tenor, en la Banda Municipal de Música, para los conciertos a celebrar los días tres, diez, diecisiete y veinticuatro de noviembre y uno, ocho, quince y veintidós de diciembre de dos mil dos. Los trabajos consistieron en acudir a los ensayos previos y a los conciertos por un precio de ciento veinte euros (120 euros), IVA incluido.- SEGUNDO.- Que el actor asistía a los ensayos de la Banda Municipal de Música, de martes a viernes, de 10 a 13 horas, como cualquier otro músico, funcionario o contratado laboral.- TERCERO.- Que en la Banda Municipal de Música había cinco músicos en plantilla, con categoría de Saxofonista, habiéndose jubilado dos y habiendo pasado a Subdirector de la Bada de Música don C.M.M., quien ocupaba puesto de Saxo barítono.- CUARTO.- Que desde el catorce de octubre de dos mil dos prestaron servi-

cios en la Banda Municipal de Música, a además de las personas de plantilla, los siguientes saxofonistas: Por decreto de la Alcaldía de fecha treinta de octubre de dos mil uno, don D.G.M., Saxofón-tenor, que prestó servicios los 4 domingos de los meses de noviembre y diciembre de dos mil uno y don G.T.G., Saxofón-tenor que prestó servicios en los conciertos de los días dieciocho de noviembre y dieciséis de diciembre de dos mil uno. Por decreto de la Alcaldía de fecha once de marzo de dos mil dos, don D.G.M., Saxofón-tenor y don J.M.B.P., Saxofón-alto que prestaron servicios los cuatro domingos del mes de marzo y abril de dos mil dos y don G.T.G., Saxofón-Barítono que prestó servicios un domingo del mes de marzo y otro del mes de abril de dos mil dos. Por Decreto de la Alcaldía de fecha treinta y uno de mayo de dos mil dos, don D.G.M.., Saxofón-tenor, y don J.F.R. que prestaron servicios los días cuatro, siete, once, catorce, dieciocho, veintiuno y veintiocho del mes de julio de dos mil dos y don C.M.S., Saxofón-alto que prestó servicios el dos, seis, nueve, trece, dieciséis, veinte, veintitrés, veintisiete y treinta de junio de dos mil dos y don J.M.B.P., Saxofón-barítono que prestó servicios en dos conciertos los meses de junio y julio de dos mil dos.- QUINTO.- que en las fechas en que se contrató al actor también se contrató, en idéntica forma, a don J.F.R., como Saxofón alto y después a don C.M.S., también como Saxofón Alto.- SEXTO.- Que en mes de diciembre de dos mil dos miembros del Sindicato UGT estuvieron informando a los miembros de la Banda de la posibilidad de reclamar.- SÉPTIMO.- Que el actor no fue llamado a prestar servicios con posterioridad al veintidós de diciembre de dos mil dos.- OCTAVO.- Que el actor formuló reclamación previa, reclamando la existencia de relación laboral fija, en fecha veinte de diciembre de dos mil dos, en el Servicio de Correos y mediante sobre abierto, siendo recibida la reclamación en el Registro Municipal el veintitrés de diciembre de dos mil tres y en fecha quince de enero de dos mil tres formuló reclamación previa por despido, siendo ambos desestimadas por Resolución de fecha tres de febrero de dos mil tres.- NOVENO.- Que el actor no ha ostentando la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por don J.R.L.V. contra el AYUNTAMIENTO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, en cuanto a su petición subsidiaria, debía declarar y declaraba la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO del actor, condenando a al entidad demandada a estar y pasar por esa declaración y a que opte, en término de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle la cantidad de dos mil ciento treinta y cuatro euros veintitrés céntimos (2.134,23 euros), en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en todo caso, la cantidad de tres mil novecientos veinticuatro euros seis céntimos (3.925,06 euros), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de diecisiete euros catorce céntimos (17,14 euros), desde esta fecha hasta el día de la notificación de la sentencia y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la petición principal de declaración de nulidad del despido, debía de absolver y absolvía a la entidad demandada del citado pedimento".

CUARTO.- Con fecha 3 de junio de 2003, por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, se dictó Auto de Aclaración que en su parte dispositiva dice: "Se aclara la sentencia dictada en las presentes actuaciones con fecha de siete de mayo de dos mil tres en el sentido de hacer constar que en el Fallo de la misma allí donde dice "… o abonarle la cantidad de dos mil ciento treinta y cuatro euros y veintitrés céntimos (2.134,25 euros), en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en todo caso, la cantidad de tres mil novecientos veinticinco euros y seis céntimos (3.295,06 euros) en concepto de salarios de tramitación…" debe decir "…o abonarle la cantidad de doscientos trece euros y cuarenta y tres céntimos (213,43 euros) en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en todo caso, la cantidad e dos mil trescientos treinta y cuatro céntimos (2.331,04 euros) en concepto de salarios de tramitación…".

QUINTO.- 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.

SEXTO.- Con fecha 19 de septiembre de 2003 se remiten las presentes actuaciones a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia para que informe sobre incompetencia de jurisdicción.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, tras rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, estima la demanda interpuesta por el actor, declara la improcedencia de su despido y condena al demandado Ayuntamiento de Santiago de Compostela a que opte entre la readmisión del mismo en su puesto de trabajo o bien a que le indemnice en la cantidad que señala, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación que fija hasta la notificación de la referida resolución.

Y contra este pronunciamiento recurre el demandante articulando tres motivos de suplicación: el primero, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el interesa la revisión del ordinal primero de los hechos declarados probados en el sentido que mas adelante se expresa. El segundo, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia infracción del art. 24 de la CE y de los arts. 55.5 ET y 108.2 LPL, así como de la jurisprudencia que cita. Y el tercero, con el mismo amparo procesal y articulado de forma subsidiaria, en el que denuncia infracción por aplicación errónea del art. 110.1º LPL y 56.1 ET.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, a la vista de la invocación en el acto de juicio por la parte demandada de la excepción de incompetencia jurisdicción, la Sala estima que al tratarse de una cuestión de orden público procesal, apreciable incluso de oficio, procede entrar en su examen con carácter previo, sin sujetarse al relato histórico de la sentencia impugnada (aun cuando se acepte en su totalidad) y con pleno conocimiento (limitado a dicho fin) de las pruebas practicadas. En tal sentido, procede confirmar en este punto el criterio del juzgador "a quo", pues consta probado y así se desprende del relato fáctico y del examen de las actuaciones que:

1.- "El actor comenzó a prestar servicios por cuenta del Ayuntamiento de Santiago, en virtud de Decreto de la Alcaldía de 24 de septiembre de 2002, haciéndolo como Músico, saxofón tenor, en la Banda Municipal y para los conciertos a celebrar los días 23 y 29 de septiembre, 6, 13, 10 y 27 de octubre. Por Decreto de la Alcaldía, de fecha 24 de octubre de 2002 se acordó contratar nuevamente al demandante para la prestación de servicios como Músico, saxofón tenor, en la misma Banda Municipal y para los conciertos a celebrar los días 3, 10, 17 y 24 de noviembre, así como los días 1, 8, 15 y 22 de diciembre del 2002. Los trabajos consistieron en acudir a los ensayos previos y a los conciertos por un precio de 120 euros, IVA incluido. Asistía a los ensayos de martes a viernes, de 10 a 13 horas, como cualquier otro músico, funcionario o contratado laboral, dejando de ser llamado a prestar servicios con posterioridad al 22 de diciembre de 2002.

2.- En función de lo anterior, es claro que la competencia por razón de la materia, para conocer del presente asunto, corresponde al orden social de la jurisdicción (art. 2. a) LPL). Y es que, como señala reiterada doctrina jurisprudencial (sentencia de la Sala 4ª del TS de 24.04.97, Colección del CGPJ nº 97/4.210), para deshacer o desvirtuar la presunción del art. 8.1 del ET ha de existir un contrato regido y amparado en normas administrativas, en virtud de cláusulas incorporadas expresamente al mismo, lo que en el presente caso no se da, ya que no existe el documento administrativo que exige el art. 54 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el art. 196.2 b) 4ª de la misma Ley, y con el art. 71.7 del RD 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de dicha ley, que derogó, a su vez, el RD de 1.465/1985 de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales en la Administración del Estado, sus Organismos autónomos y la Seguridad Social, reforzándose esa inobservancia formal con el hecho de que el demandante realizaba sus servicios retribuidos dentro del ámbito de organización y dirección del Ayuntamiento demandado (art. 1 ET), lo que pone de manifiesto que con independencia del formal "nomen iuris" de sus funciones (asistía a los ensayos de martes a viernes, en horario de 10 a 13 horas, como cualquier otro músico, funcionario o contratado laboral), no concurre la indispensable realidad que permita calificarlas como contrato administrativo, sino laboral.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y entrando en el primer motivo de recurso, interesa el demandante la revisión del ordinal primero de los hechos declarados probados con la finalidad de que quede redactado en la forma siguiente: "Que el actor comenzó a prestar servicios por cuenta del Ayuntamiento de Santiago el día 12.09.02 como músico, saxofón-tenor, en la banda municipal de música, para los conciertos a celebrar por la citada banda municipal. Los trabajos consistie-

ron en acudir a los ensayos previos y a los conciertos que desde el Ayuntamiento se organizaban, y ello cobrando un salario de 120 euros diarios".

El motivo no puede prosperar, pues la modificación que se interesa no resulta de documento o pericia alguna a los que se refiere el art. 191.b) de la LPL, ni tampoco de lo que sostiene el Juzgador "a quo" en el fundamento de derecho segundo de la resolución recurrida, cuando afirma como indiscutida la antigüedad, categoría profesional y salario del actor, ya que éstas se refieren a los hechos que declara probados, en los que consta que el demandante comenzó a prestar servicios por cuenta del Ayuntamiento de Santiago, en virtud de Decreto de la Alcaldía de 24 de septiembre de 2002.

CUARTO.- El segundo de los motivos de recurso, articulado al amparo del art. 191.c) de la LPL, denuncia infracción del art. 24 de la CE y de los arts. 55.5 ET y 108.2 LPL, así como de la jurisprudencia que cita, sobre la base de sostener la nulidad del despido, por entender que se ha acreditado que el actor formuló reclamación previa, que tuvo entrada en el Ayuntamiento al día siguiente del último concierto en que el mismo participó, y en tal fecha fue despedido; añadiendo que lo estimado por el Juzgador de instancia constituye, a su juicio del recurrente, un "indicio suficiente", y que no es de recibo el argumento que utiliza para llegar a la conclusión contraria de que "el Decreto de contratación emitido por la Alcaldía solía ser de varios días antes del primer concierto", puesto que el actor comenzó a prestar servicios para el Concello el día 12.09.02 y el primer Decreto que amparó tal prestación de servicios es de fecha 24.09.02.

La censura jurídica que se denuncia tampoco resulta acogible, pues de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993 de 18 de enero), cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (STC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia... La decisión empresarial será así válida 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.

Y en el presente caso, no existe indicio alguno -ni tampoco prueba directa- que permita llegar a la conclusión de que la decisión extintiva empresarial del actor estuvo motivada por una represalia por parte del Concello demandado por su reclamación previa de fijeza de plantilla, ya que su prestación de servicios no se inició el día 12.09.02 como sostiene el recurrente, sino el 24.09.02 tal como consta probado, y su reclamación previa no tuvo entrada en el registro hasta el 23 de diciembre de 2003, esto es, después de que participara en el último concierto para el que había sido contratado, no constando, por tanto, que el Ayuntamiento tuviera conocimiento de su reclamación y dejara de contratarle por ello. Consecuentemente, no constando tampoco en el relato de hechos dato alguno que permita llegar a la conclusión de que su despido se produjo con infracción de un derecho fundamental, ha de concluirse que fue correctamente calificado de improcedente, con las consecuencias legales inherentes al mismo y previstas en los arts. 55.4 y 56 del ET.

QUINTO.- Finalmente, tampoco prospera el motivo subsidiario en el que el recurrente denuncia infracción por aplicación errónea del art. 110.1º LPL y 56.1 ET, por entender que la indemnización que le correspodía percibir era la de 1.350 euros, mas otros 16.200 euros en concepto de salarios de tramitación, y ello sobre la base de un salario diario era de 120 euros.

La razón de la desestimación del motivo es doble: la primera, porque el Magistrado de instancia razona cumplidamente que los 120 euros que, como retribución percibía el actor, eran semanales y no diarios, por comprender conciertos y ensayos previos. Y la segunda, porque las cantidades fijadas en el fallo de la sentencia han sido rectificadas por error aritmético en el auto de aclaración dicta-

do por el magistrado de instancia en 3 de junio de 2003, fijando como indemnización la cantidad de 213,43 euros y 2.331,04 euros en concepto de salarios de tramitación.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don J.R.L.V., contra la sentencia de fecha 7 de mayo de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del recurrente frente al demandado Concello de Santiago de Compostela, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

3708 Recurso núm. 4.929/03

S.S. INEXISTENCIA DE CULPA EMPRESARIAL NO CUMPRIMENTO DE DEBER DE PREVIR OS RISCOS LABORAIS, PARA OS EFECTOS DE ESIXENCIA DE INDEMNIZACIÓN CIVIL DE DANOS E PREXUÍZOS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a dos de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.929-03 interpuesto por don J.D.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 290/98 se presentó demanda por don J.D.G. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandados UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA y MAPFRE INDUSTRIAL, S.A. DE SEGUROS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintisiete de mayo de dos mil tres 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, nacido el 13 de noviembre de 1965 y casado, prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada Universidad de Santiago, como personal laboral fijo, con antigüedad desde el 14.09.93, con categoría profesional de Técnico Especialista de espectrometría de masas, Grupo Profesional III, con una base reguladora diaria, a efectos de contingencias profesionales, de seis mil novecientas pesetas (6.900 pesetas), cuarenta y un euros cuarenta y siete céntimos (41,47 euros). SEGUNDO.- Que el actor prestaba sus servicios en la Facultad de Ciencias de la Universidad de Santiago, realizando trabajos de análisis de muestras de productos químicos procedentes de departamentos de diversas facultades, estando situado el laboratorio en el Sótano de la citada facultad, disponiendo del siguiente equipo de análisis: Espectómetro de masas HEWLETT PACKARD HP 5.972 con cromotígrafo de gases HP 5.890 y consola de control. Espectómetro de masas Carlo Erba, de alta resolución con consola de control. Espectómetro de masas VEXLEIT PACKARD HP 8988 A con cromotígrafo de gases HP 5.890 y consola de control. TERCERO.- Que en fechas cuatro, diez, once y catorce de marzo de mil novecientos noventa y cuatro giró visita al laboratorio donde prestaba servicios el actor un Técnico del Gabinete Provincial de Seguridad e Higiene, emitiendo el correspondiente informe técnico, en el que calificaba los trabajos realizados por el actor, consistentes en recibir muestras en viales que contienen pequeñas cantidades de compuestos químicos de estructura compleja, que se disuelven en el disolvente adecuado (metanol, cloroformo, acetona, ácido nítrico, éter etílico, hexano, diclorometano) para su posterior inyección en el equipo correspondiente, procediendo las muestras de trabajos de investigación, con el carácter de riesgo excepcional. Se recomendó dotar a la instalación de un extintor de polvo polivalente; instalar una vitrina de gases para el manejo preparación de muestras y disolventes; facilitar orgánicos; insonorizar adecuadamente el compresor existente o proceder a su encerramiento dentro de un recinto insonorizado; sujetar la bomba de gases existente y revisar la proyección de agua del lavaojos. CUARTO.- Que en el laboratorio existe un compresor portátil que generaba un nivel del presión sonora máxima de 81 decibelios en la zona del panel central de control, siendo el nivel diario equivalente, pro su funcionamiento discontinuo, sensiblemente inferior a

los 80 decibelios y el nivel de presión sonora generada en el foco donde se encontraba ubicado de 87 decibelios. Como sistema de regulación termohigrométrica se disponía de un equipo de aire acondicionado. QUINTO.- Que el laboratorio no disponía de sistema de renovación general del aire; no existía sistema de evacuación de gases o vapores residuales. SEXTO.- Que en fecha 21.02.95 se realizó al actor un primer reconocimiento médico, estando asintomático y no mostrando alteraciones. En fecha 03.05.96 fue visto en el Servicio de Medicina de empresa, al referir haber visto sangre en la orina, realizándosele pruebas de RX y ECO abdominal, que resultaron normales. En fecha 08.10.97 es diagnosticado de neoformación papilar en cara lateral izquierda vesicular y el 01.12.97 se le diagnostica enfermedad profesional, neoplasia de carácter grave presumiblemente producida por exposición a substancias químicas, siendo emitido parte de enfermedad profesional, el 15.12.97 haciéndose cargo la Mutua de Accidente de trabajo Universal Mugenat, aseguradora de la contingencia. SÉPTIMO.- Que al actor se la había facilitado un equipo de protección individual para vías respiratorias, tipo adaptador facial marca DRÄGER, modelo Combito Nov RA CE 015895, equipado con filtro mixto para vapores orgánicos e inorgánicos marca DRÄGET modelo a2b2 Tipo 900. OCTAVO.- Que el actor causó baja médica por enfermedad común el 29.09.97, permaneciendo endecha citación hasta el 01.12.97, fecha en que se produjo su alta por enfermedad común, procediendo la Mutua a emitir en la misma fecha parte de baja por enfermedad profesional. NOVENO.- Que el actor tiene un hijo, nacido el 15.04.94. DÉCIMO.- Que el actor fue intervenido el 08.10.97, filiándose el carcinoma papilar de cédulas transicionales de bajo grado (grado II de Broders), estadio A de la Jewet sin evidencia de infiltración tumoral en plano muscular. UNDÉCIMO.- Que las cantidades de muestras, con substancias conocidas o desconocidas, eran muy pequeñas y para su disolución el actor utilizaba cantidades nunca superiores a 5 ml de disolventes. DUODÉCIMO.- Que el actor no era fumador y el tumor que presentaba implica la exposición a cancerígenos químicos, abuso de analgésicos (fenacetinas) tabaquismo y neuropatía balcánica y el 10% de los tumores de este tipo progresan a infiltrantes en su evolución posterior, debiendo de vigilarse con ecografía citología y cistoscopia toda la vida. DÉCIMO TERCERO.- Que el actor precisó asistencia Psiquiátrica desde junio de mil novecientos noventa y ocho por presentar trastorno adaptativo ansioso depresivo, relacionado con la incapacidad de realizar su actividad profesional debido al carcinoma de vejiga y su esposa está sometida igualmente a tratamiento psiquiátrico desde septiembre de mil novecientos noventa y siete por clínica de ataques paroxísticos de pánico agravados con sintomatología congruente con un episodio depresivo moderado con síntomas somáticos (CIE 10 F 32.11) en relación temporal con estresante familiar crónico, de evolución tórpida y escasa respuesta al tratamiento, estando compensada psicopatológicamente abajo tratamiento psicofarmacológico. DÉCIMO CUARTO.- Que el actor había presentado en Gerencia de la Universidad de Santiago, en fecha 05.11.93, escrito denunciando deficiencias en materia de seguridad, como nivel de ruido elevado, carencia de vitrina con campana extractora, inoperancia del sistema de lavado de ojos de emergencia o la falta de extintores, solicitando estudio en materia de seguridad para resolver las deficiencias y que se reconociera el puesto de trabajo como tóxico peligrosos y se le reconociera el correspondiente plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad, resolviendo el Rectorado, en fecha 19.04.94 y a la vista del informe emitido por Gabinete provincial de seguridad, no concederle el plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad. El actor formuló denuncia de la mora el ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, siendo rechazada su reclamación previa en fecha 20.06.94. DÉCIMO QUINTO.- Que el actor presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, en fecha 02.09.94, en solicitud de reconocimiento de peligrosidad y toxicidad del puesto de trabajo y pago del plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad, siendo turnada a este Juzgado, dictándose sentencia en fecha 03.05.95, Autos 560/94, por la que se estimaba parcialmente la demanda del actor, se calificaba su puesto de trabajo de tóxico y peligroso y su derecho a percibir el plus reclamado, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonarle la cantidad de veintinueve mil ciento noventa y ocho pesetas (29.198 pesetas), ciento setenta y cinco euros cuarenta y ocho céntimos (175,48 euros), en concepto del citado plus del periodo comprendido entre el 15.09.93 hasta el 08.02.94, desestimando la demanda en cuanto a la continuidad en el abono de la percepción y absolviendo a la demandada del citado pedimento. Dicha sentencia fue revocada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 03.12.97, siendo firme al

no haber admitido a trámite el Tribunal Supremo el recurso de casación para unificación de doctrina. DÉCIMO SEXTO.- Que el actor ya había prestado servicios en el Laboratorio de espectrometría de masas durante la realización de su tesis doctoral y anteriormente había trabajado en el mismo durante la realización de la carrera. DÉCIMO SÉPTIMO.- Que el actor solicitó, en fecha 02.02.98, el pago de una indemnización de daños y perjuicios en cuantía de ciento cincuenta millones de pesetas (150.000.000 pesetas), novecientos un mil quinientos dieciocho euros quince céntimos (901.518,15 euros), sin que conste que recayera resolución expresa alguna, por lo que el diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho formuló reclamación previa, sin que conste que haya recaído resolución expresa alguna. DÉCIMO OCTAVO.- Que han emitido informe la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y el Gabinete Provincial de Seguridad. DÉCIMO NOVENO.- Que la Universidad de Santiago suscribió con la Compañía de Seguros Mapfre Industrial Sociedad Anónima de Seguros, en fecha 16.02.94, póliza de responsabilidad civil, con una suma asegurada de trescientos millones de pesetas (300.000.000 pesetas), un millón ochocientas tres mil treinta y seis euros treinta céntimos (1.803.036,30 euros), excluyendo los accidentes no laborales y las indemnizaciones y gastos de asistencia originados por enfermedad profesional, con una franquicia de cincuenta mil pesetas (50.000 pesetas), trescientos euros cincuenta y un céntimos (300,51 euros)".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por don J.D.G., contra la Universidad de Santiago de Compostela y contra MAPFRE INDUSTRIAL, Sociedad Anónima de Seguros, debía de absolver y absolvía a las demandas de los pedimentos contenidos en a misma".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda denegando la indemnización de daños y perjuicios por entender que no existe relación causal y directa entre el daño y la conducta empresarial.

Frente a ella el propio demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 191 b) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la revisión de los hechos declarado probados y en concreto del hecho décimo octavo que dice que han emitido informes la inspección de trabajo y de la Seguridad Social y el gabinete de seguridad; para que se le de la siguiente redacción: Que han emitido informe la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y el Gabinete Provincial de Seguridad estableciendo la primera en su informe de 10.07.98 en el apartado MEDIDAS PREVENTIVAS que la acción preventiva de la empresa se planificará por el empresario a partir de una Evaluación inicial de los Riesgos y que la empresa no había efectuado la Evaluación de Riesgos del Puesto de Técnico Especialista en Espectometría de Masas habiéndola requerida al efecto, con fecha 03.07.98.

Cierto que en los Folios 79-80 consta el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de fecha 10.07.98 dirigido al Juzgado de lo Social N°1 en el cual consta de manera literal lo que se quiere adicionar; pero tal contenido no es completo y por tanto la información que aporta sesgada, ya que en el se hace figurar el plazo para esa evaluación y otros contenidos; por ello la revisión no prospera ya que no pone de manifiesto error alguno en que pudiera haber incurrido el juez de instancia en la redacción del HP que pretende revisarse.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del Art. 191 c) de la de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la infracción por no aplicación del Artículo 1101 del Código Civil, Artículo 4.2 d) del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El artículo 1101 del Código Civil establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla.

Y el 4.2 d) del E.T que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política seguridad e higiene.

En el art. 14.1 de la LPRL se dispone que 1.- Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y

salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección, de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Y que en cumplimiento del deber de protección el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo». Y más específicamente se norma en el art. 15 que «1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales: a) Evitar los riesgos b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar c) Combatir los riesgos en su origen y d) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores»; así como que «4. La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

En este marco normativo han de examinarse —conforme a lo declarado probado— si procede el abono de la indemnización por los daños y perjuicios al haber contraído el cáncer de vejiga el demandante por el manejo de sustancias cancerigenas, según su demanda y defensa, sin que el demandado hubiera tomado las medidas de prevención adecuadas.

Tal y como recoge la sentencia de instancia es doctrina reiterada (sentencia de este Tribunal de 23.02.02) la que señala que: " A pesar de la exigencia legal de culpa en la regulación positiva de la responsabilidad extracontractual, por disponerse en el art. 1902 CC que «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», pese a todo, la culpa extracontractual se ha venido objetivando por la doctrina y Jurisprudencia modernas (concretamente a partir de la STS de 10 de julio de 1943 [RJ 1943\856]) y se ha alcanzado un sistema en el que se aceptan soluciones cuasiobjetivas demandadas por el incremento de actividades peligrosas en la técnica de nuestros días. Se entiende que quien crea la situación de riesgo y de ella se beneficia, igualmente ha de aceptar la contrapartida de responder –indemnizando– por los daños que traigan causa en tal actividad que comporte riesgo; es lo que integra la llamada doctrina de la responsabilidad por riesgo, la que no puede decirse incurra en una primitiva responsabilidad por el exclusivo resultado (STS Civil 8 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8.534]).

Y se llega a la responsabilidad por riesgo, en primer término a través del cauce de invertir la carga probatoria y de presumir culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de tiempo o lugar, o cuando consta debidamente acreditada la culpa de la víctima (SSTS Civil 16 de octubre de 1989 [RJ 1989\6.923], 24 de septiembre de 1991 [RJ 1991\6.061], 11 de febrero de 1992 [RJ 1992\1.209] y 25 de febrero de 1992 [RJ 1992\1.554]); y en segundo término se consigue esa misma finalidad objetivista de responsabilidad por riesgo, entendiendo exigible una diligencia más alta que la administrativamente reglada y por considerar que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías adoptadas no han ofrecido un resultado positivo, revelando la insuficiencia del cuidado prestado (STS Civil 11 de febrero de 1992 [RJ 1992\1.209]).

Muy contrariamente, la culpa contractual se desenvuelve —al menos en sus planteamientos más clásicos— en el estricto ámbito de lo subjetivo (la culpa o negligencia que define el art. 1.104 CC), siquiera se pretenda objetivar el grado de diligencia debido con la referencia al «buen padre de familia» (mismo art. 1.104 CC, ya citado); concepto éste, el de «buen padre de familia», que es identificable con el de «hombre común".

De todas formas, como también recode la STSJ Galicia 25.10.99 AS 3.190, la doctrina jurisprudencial dictada en unificación de doctrina —STS 30.09.97 Ar. 6.853— insiste en que tanto en la regulación del art. 1.101 como la del art. 1.902 del Código Civil constituye presupuesto necesario para la exigencia de responsabilidad indemnizatoria el que se constate, aparte del daño, una conducta calificable con una cierta culpa o negligencia empresarial en nexo causal con aquel daño, poniendo expresamente de relieve la necesidad de poner límites a las responsabilidades empresariales, «pues venir a duplicar por la vía de la responsabilidad contractual o aquiliana [más que ser una mejoría social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas ...». Realmente, se viene a afirmar que no en todo accidente de trabajo o enfermedad profesional necesariamente ha de existir responsabilidad empresarial, que deben aplicarse las normas protectoras de la Seguridad Social y

que sólo cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para aumentar el riesgo propio del trabajo realizado podrá ser exigida la complementaria indemnización con base en responsabilidad contractual o extracontractual.

Así, pues, no se ha producido una absoluta eliminación del elemento culposo (STS Civil 03.12.98 Ar. 9.703), por cuanto su existencia es un «principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que impide condenar a quien prueba que actuó con la debida y exigible diligencia, siendo la causa de los daños ajena a su actuar y no previsible» (STS Civil 13.12.90 Ar. 10.002).

TERCERO.- Pues bien, en el caso de autos no es apreciable en la conducta de la empresa demandada culpa en el «sentido clásico y tradicional», al que aludía la jurisprudencia citada, por no existir claras contravenciones de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo; no existe acto u omisión imputable a la demandada que incida en la producción del desgraciado resultado porque en el informe del centro de seguridad e higiene se describe el trabajo del actor que consiste en recibir muestras en viales que contienen pequeñas cantidades de compuestos químicos de estructura compleja, que se disuelven en el disolvente adecuado (metanol, cloroformo, acetona, ácido nítrico, éter etílico, hexano, diclorometano) para su posterior inyección en el equipo correspondiente, procediendo las muestras de trabajos de investigación. Y califica el riesgo de dicho trabajo con el carácter de riesgo excepcional. Y en el año 1998 el mismo centro señala los riesgos para la salud como consecuencia de la manipulación de sustancias químicas peligrosas, que pueden afectar al trabajador encargado del laboratorio de espectrometría de masas y generar un proceso de características carcinogénicas(neo vesical) no parece probable que el manejo y posible contacto/inhalación con las sustancias mayoritariamente manejadas en los procesos de disolución de las muestras, principalmente disolventes orgánicos, tanto cualitativa como cuantitativamente, puedan generar situaciones riesgo excepcional.

Y aunque no se hubieran cumplido todas las recomendaciones en materia de protección, tampoco se ha acreditado si su adopción hubiera sido mas beneficiosa que perjudicial; y lo cierto es que si existía protección individual para vías respiratorias y no existe infracción de medidas de seguridad, ni el puesto de trabajo del demandante ha sido calificado de tóxico ni penoso. Además de los productos utilizados solo las anilinas y aminas aromáticas tienen relación con el cáncer vesical y las cantidades de muestras, con substancias conocidas o desconocidas, eran muy pequeñas y para su disolución el actor utilizaba cantidades nunca superiores a 5 ml de disolventes.

Categóricamente los distintos informes y peritos han señalado que para que se produzca una neoplasia de origen químico debe haber una exposición continuada de alguna parte del organismo humano a un elemento o compuesto químico cancerigeno por encima del nivel limite prefijado de riesgo para dicho compuesto, ya que por debajo de dicho limite no es posible atribuir efectos nocivos cancerigenos. También la exposición al producto, en este caso a las anilinas u otros nitro o aminoderivados del benceno, debe ser un contacto prolongado por un tiempo establecido en varios años (más de 10).

Y por ello se afirma que en las actividades de laboratorio efectuadas por don J.D.G. como técnico especialista del servicio de espectrometría de masas de Facultad de Ciencias Químicas no parecen darse las condiciones para que se produzca a exposición continuada (8 horas diarias y 40 horas a la semana) a ningún producto por encima de los valores límite. Y tampoco es probable que el contacto aleatorio e intermitente que pudiese haber con ínfimas cantidades de diferentes productos que superasen el nivel límite dado el tiempo de contacto no pueden catalogarse como exposición. Y los compuestos analizados no permiten concluir que el trabajo desarrollado por el actor haya sido la causa de ese tipo de cáncer. Desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no vulnera la normativa, que por la parte recurrente se invoca, procede, previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por don J.D.G., contra la sentencia de fecha 27.05.03, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, en el Procedimiento nº 290-98 sobre daños y perjuicios debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3709 **Recurso núm. 4.505/03**

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. INDEFENSIÓN INEXISTENTE. DEREITO Á UTILIZACIÓN DA PROPIA LINGUA: NON INCLÚE O DEREITO A QUE AS ACTUACIÓNS XUDICIAIS SE DESENVOLVAN EN IDIOMA COOFICIAL DISTINTO DO CASTELÁN. PROBA DE INDICIOS: NON ABONDA COA ALEGACIÓN DE INFRACCIÓN DUN DEREITO FUNDAMENTAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a tres de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.505/03 interpuesto por don L.F.F. 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 don L.F.F. en reclamación de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado CONSELLERIA DE PRESIDENCIA DA XUNTA DE GALICIA y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 518/02 sentencia con fecha dos de septiembre del dos mil dos por el Juzgado de referencia que desestimó las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario e incompetencia de jurisdicción por razón de la materia así como desestimó la demanda.

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

"1.- Que el actor presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Xunta de Galicia, como personal laboral fijo, mediante contrato suscrito en septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, en el Parque Móvil dependiente de la misma, como Conductor de Altos Cargos, Grupo III. Categoría 63. 2.- Que en fecha dieciséis de julio de dos mil dos causó baja médica el Conductor don E.G.L., adscrito al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, habiéndose ordenado al actor, el día anterior, hacerse cargo del mencionado servicio. 3.- Que el actor reside en la Ciudad de A Coruña, sede del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. 4.- Que el día veintitrés de julio de dos mil dos se le comunicó al actor desde el Parque Móvil en Santiago, por vía telefónica, que cuando llegara con el Excmo. Sr. Presidente a Santiago, pasara por el Parque Móvil para pasarle el servicio a don A.A.L., con quien en esa fecha se había suscrito contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de interinidad, para sustituir a don E.G.L. y con duración hasta que se incorporara el titular de la plaza, se cubriera el puesto de forma reglamentaria o se suprimiera el puesto en la relación de puestos de trabajo.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario e incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, formuladas por la representación de la Xunta de Galicia y desestimando la demanda formulada por don L.F.F. contra Xunta de Galicia, debía de absolver y absolvía a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando, con amparo en el art. 191.a) LPL, la nulidad de la misma y la reposición de las actuaciones al momento en que le fueron denegados medios de prueba (auto de 06.08.02), o bien al momento de celebración del juicio oral para que vuelva a celebrarse y se redacte en gallego el acta que al efecto se levante, y ello porque estima que se han vulnerado derechos fundamentales, entre ellos, "el derecho a no sufrir discriminación por razón de la lengua en el desarrollo del proceso, vulneración que estima producida por no

haberse redactado en gallego el acta de dicho juicio por lo que rechazó la firma de la misma, a pesar de lo cual la sentencia se redactó en castellano siendo posteriormente traducida a gallego y notificada nuevamente en tal lengua al actor aunque sin unir copia en gallego a los autos, exigiendo el recurrente que los autos obren en su totalidad en gallego para que se le garantice su derecho a poder acceder a las actuaciones en su propia lengua. Igualmente considera que se ha vulnerado su derecho al uso del gallego por cuanto el juzgador de instancia ha dirigido el proceso usando el castellano por lo que considera infringidos los arts. 9.2 y 14 CE así como el art. 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia, el art. 7.2 de la L. 3/83 de 15 de junio de normalización lingüística de Galicia. Desde otro apartado denuncia la vulneración del art. 24.2 CE, argumentando que la cooficialidad de las lenguas castellana y gallega hace presuponer que el juzgador de instancia conoce la lengua gallega y si no es así estima vulnerado el art. 25 del EAG, pero admite el recurrente que dicho juzgador si entiende la lengua pero que no adopto las medidas precisas para garantizar el derecho del actor a que el proceso se tramite íntegramente en gallego. Por último considera que se ha vulnerado su derecho de defensa por cuanto por auto de 06.08.02 se inadmitió la prueba propuesta, entendiendo que era oportuna y que en todo caso el Juzgador de instancia debió suplir la insuficiencia de la misma a la vista de que el actor comparecía por sí mismo, por lo que debió en su caso proveerle de abogado de oficio, por lo cual estima que se le ha vulnerado el art. 24 CE.

En cuanto a la nulidad de actuaciones por vulneración de derechos fundamentales, ha de ser desestimada, por cuanto: 1.-) En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de pruebas, a medio del auto de 06.08.02, tal alegato no puede ser atendido por cuanto: A) La nulidad de actuaciones es un remedio extraordinario que ha de ser de muy estricta y excepcional aplicación dada su influencia tan negativa en el tracto procedimental, tanto para los litigantes como para los principios de celeridad y economía procesal, y la jurisprudencia tiene declarado con reiteración notoria, que para que un quebrantamiento de normas procesales acarree la nulidad de lo actuado se precisa: 1.- que se cite la norma infringida y que efectivamente lo haya sido; 2.- que se trate de norma esencial al procedimiento; 3.- que se haya formulado oportunamente la correspondiente protesta, y 4.- que la violación haya producido indefensión al denunciante. Al respecto el Tribunal Constitucional afirma que "la indefensión que prohíbe el art. 24.1 de la Constitución no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o resulte imputable a su propia conducta (Sentencia 41/1989, de 16 febrero)". B) Para que pueda apreciarse indefensión motivadora de la nulidad de actuaciones constituye requisito esencial que la indefensión se haya producido por una decisión o por una omisión imputable al órgano jurisdiccional (Tribunal Constitucional 70/1984, 48 y 89/1986 98/1987 y 140/1996, de 16 septiembre), lo que no se produce cuando la posible indefensión es producto del abandono, negligencia o inactividad de la parte en la defensa de sus intereses (Tribunal Constitucional 68/1986, de 27 mayo y 54/1987, de 13 mayo). Aplicado lo anterior al presente caso en que, la parte recurrente pretende que se aprecie falta de tutela e indefensión en el hecho de no haberse podido practicar la prueba propuesta con la demanda, resulta que tal prueba le fue denegada por auto frente al cual – se informa en el mismo – cabía recurso de reposición que no fue utilizado por la parte actora, igualmente en el acto de juicio el actor solo propuso interrogatorio de la parte demandada, prueba denegada en dicho acto por las razones que constan en el acta de juicio, sin que por el actor se hiciese constar oposición o protesta al respecto, sin que sea dable invocar ahora la falta de designación de letrado de oficio y la desigualdad de partes, pues para el actor era notorio que la Xunta de Galicia comparece siempre representada por letrado sin que él solicitara la designación de uno de oficio, y sin que quepa deducir que aquella resolución posponía la decisión sobre la practica de prueba al resultado del acto de juicio, pues es también notorio que las antiguamente conocidas diligencias para mejor proveer, eran facultad exclusiva del Juzgador de instancia, mientras que las diligencias finales reguladas en el art. 435 NLEC solo pueden practicarse a instancia de parte – sin que el actor hubiera propuesto nada al respecto – o bien de oficio cuando la prueba practicada no hubiere dado resultado por causa ajena a la voluntad de las partes – circunstancia que aquí tampoco concurre -, consecuentemente, y teniendo en cuenta que el propio art. 189.1, d) de la Ley de Procedimiento Laboral exige la protesta previa para poder fundar un recurso de suplicación por quebrantamiento de forma, como el que aquí se articula, es por lo que, al no haberse formulado el oportuno recurso ni pro-

testa en tiempo y forma al haber tenido la parte oportunidad de hacerlo, primero al notificarle el auto denegatorio de prueba y luego en el acto del juicio oral, procede, la desestimación de la nulidad de actuaciones que se pretende, en este sentido, se pronuncia la STS 30 septiembre 1989.

2.-) En cuanto a la violación del derecho a no sufrir discriminación por razón de la lengua en el desarrollo del proceso, discriminación que funda en la afirmación de que el Juzgador de instancia dirigió el debate en castellano y el acta se extendió en tal idioma, lo que considera que le produce indefensión. En primer lugar se ha de señalar que el actor ha utilizado en todo momento el idioma gallego, tanto por escrito como verbalmente, ante el Juzgado de instancia, sin que conste prohibición o limitación alguna a tal uso por parte del órgano jurisdiccional. En segundo lugar, el actor no invoca que el Juzgador de instancia desconozca el idioma gallego y que por tanto no halla tenido conocimiento de sus pretensiones, sino que partiendo de aceptar que aquel lo conoce, no lo utilizó en la dirección del acto de juicio, ni al dictar la resolución de instancia lo que estima que vulnera su derecho a utilizar el gallego en sus relaciones con la administración de justicia. El motivo debe ser desestimado siguiendo reiterada doctrina constitucional contenida, entre otras en SSTC 102/1987, 145/1990 y 19/1995, según la cual "la única indefensión constitucionalmente relevantes es, la de naturaleza material", por lo que no alegando el actor el "absoluto desconocimiento de la lengua castellana", el levantamiento del acta de juicio así como la dirección del debate por el Juzgador de instancia en castellano no ha podido generarle indefensión alguna en merma de la defensa de sus derechos e intereses legítimos, pues en nada afecta al derecho establecido en el art. 24.1 C.E. que la lengua utilizada al transcribir sea el castellano, lengua oficial del Estado (art. 3.1 C.E.), o la lengua oficial en la Comunidad Autónoma, pues lo determinante es que se utilice una lengua oficial, y teniendo el actor conocimiento del castellano ha entendido y tomado razón de lo acontecido en el debate y del contenido del acta de juicio. Igualmente, dado que el actor ha podido usar la lengua gallega sin limite alguno, debe rechazarse la discriminación invocada, pues, como señala la STCo 2ª de 12.04.99, núm. 88/1999, al permitirse al actor el uso de su lengua propia "facilitándole la seguridad y comodidad de expresión ...,[la utilización del castellano] hizo posible el conocimiento integro del debate, para aquellos otros intervinientes en el proceso, que no tienen obligación constitucional de conocer la lengua oficial autonómica (singularmente los órganos judiciales)", por lo que ninguna discriminación se le produjo al demandante. Por otra parte no cabe desconocer, en relación con el invocado derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y la valoración del conocimiento de la lengua gallega por parte de los integrantes de la administración de justicia, lo establecido por la antigua STC de 25.10.93 Nº 311/93 según la cual "En las actuaciones judiciales la regla general es la utilización del castellano, y el uso de un idioma propio sólo puede tener lugar en el territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente, en las condiciones establecidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 231.1", habiendo reiterado dicho alto Tribunal Pleno en su S., de 13.04.00, núm. 105/2000, en relación con el nº 4 de dicho precepto que "del tenor literal de la norma no cabe inferir, que los Jueces y Magistrados destinados en los órganos judiciales que tengan su sede en el territorio de alguna Comunidad Autónoma que tenga una lengua oficial propia distinta del castellano hayan de conocer dicha lengua, pues tal precepto no sanciona de manera expresa semejante obligación, ni cabe inferir de su interpretación que la imponga inexcusablemente, siquiera sea de manera implícita", lo que unido a la aceptación por el recurrente de que el Juzgador de instancia conoce y entiende el idioma gallego, conlleva que la alegación de indefensión y discriminación carezcan de fundamento alguno.

Por último señalar, en cuanto al derecho del actor a que la administración de justicia se dirija a él exclusivamente en Gallego, fundando tal derecho en el art. 7 de la L. 3/83 de Normalización lingüística, se ha de señalar que dicho precepto ha sido interpretado por la S del TC Pleno de 24.04.97, núm. 87/1997, que recogiendo lo expuesto en la STCo. 84/86 (citada por el recurrente), señala que dichos preceptos no imponen la obligación del uso del gallego a la Administración de Justicia y se limitan a declarar las consecuencias que inmediatamente se derivan del derecho al uso de dicha lengua establecido en el art. 5 EAG, y en cuanto al derecho a que se le notifiquen las resoluciones en la lengua que elija no implica que las actuaciones deban obrar en su totalidad y en exclusiva en dicha lengua, interpretación que igualmente resulta abonada por la dicción literal del art. 9 de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, Instru-

mento de Ratificación de 05.11.92, en cuanto dispone que: "1. Las Partes se comprometen, por lo que se refiere a las circunscripciones de las autoridades judiciales en las que el número de personas que allí residan y hablen las lenguas regionales o minoritarias justifique las medidas específicas siguientes, según sea la situación de cada una de esas lenguas y a condición de que el Juez no considere que la utilización de las posibilidades ofrecidas por el presente párrafo constituye un obstáculo para la buena administración de la justicia", es decir que la exigencia del uso de la lengua no puede constituir un obstáculo para la buena administración de justicia, en consecuencia con todo lo razonado, se desestima el motivo por cuanto al actor se le ha respetado en su integridad su derecho al uso de la lengua propia en el procedimiento del que dimana el presente recurso.

SEGUNDO.- Como segundo motivo de recurso, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifique el ordinal 4º) para suprimir el último inciso que contiene y adicionarle la siguiente expresión: "Que tal feito supuxo para o actor unha manifesta discriminación do seu posto de traballo, xa que sendo o criterio xeral aplicado pola organización do parque mobil da Xunta o de que a sustitución das baixas sexa feita pro un traballador que esté adscrito a un servicio máis cercano o seu domicilio, e pasando o contratado a sustituir a este segundo traballador, tal criterio no se aplicou neste caso de xeito excepcional, sin que tal decisión este amparada por razón algunha que non sexa a propia discriminación do actor".

No se admite la modificación que se propone por cuanto, de una parte, exigiendo el art. 194.3 LPL que se cite el documento o pericia en que se funda la revisión del relato fáctico, no se cita documento alguno en apoyo de tal propuesta, y de otra, resulta que el contenido de la propuesta contiene expresiones de carácter jurídico predeterminantes del fallo y que por tanto no pueden obrar en el relato fáctico, razones que fundan el rechazo de la propuesta.

TERCERO.- En sede jurídica, como tercer motivo de recurso y con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. 179.2 LPL y 24 de la CE, argumentando que la demandada dispone de los medios de prueba precisos y que si no los aportó a los autos debe asumir la consecuencia negativa de tener por acreditadas las alegaciones realizadas por la parte actora, ahora recurrente, y en consecuencia acogerse su demanda.

El recurso no puede ser atendido pues del examen del escrito rector de los autos se observa que el actor invoca, de una parte, que la organización del servicio mediante sus sustitución por un trabajador temporal resulta antieconómica para el empleador así como perjudicial para la calidad del mismo, de lo que concluye que el cambio es arbitrario y con fines discriminatorios para el actor por haber sido afiliado a un sindicato y militante de un partido político. El art. 179.2 LPL exige que quien invoca la vulneración de derechos fundamentales aporte y acredite indicios de tal vulneración, habiéndose interpretado dicho precepto en el sentido de que no basta la mera alegación de vulneración de derechos fundamentales para producir tal efecto, sino que se impone al actor la carga de acreditar unos indicios mínimos y racionales de vulneración de tales derechos, entre otras STS 07.03.97, lo que viene a exigirse del demandante, no es la mera alegación formal de hechos, de los que se deduzca la violación, sino la acreditación, al menos, de indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada puede ser tachada de ilegalidad o discriminatoria, sin que baste, al efecto indicado probatorio, la afirmación de la existencia o apariencia de violación, debiendo entenderse que los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término 'sospechoso', que no es sino imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia (STS 25.03.98 y 23.09.96), y del relato histórico probado no se puede colegir, en forma alguna, la existencia de actos indiciarios que exterioricen, que la facultad organizativa del empleador ha sido utilizada en forma discriminatoria frente al actor, es mas, el actor ni siquiera acredita su afiliación sindical ni su militancia política que invoca, pero es mas, incluso el planteamiento que se efectúa ahora en el recurso viene a constituir una cuestión nueva, pues ni en la demanda ni en el acto de juicio se alegó por el actor la existencia de la práctica empresarial que ahora invoca relativa a las sustituciones de trabajadores enfermos, extremo sobre el que evidentemente tampoco se contestó por la demandada ni se propuso prueba al respecto, en consecuencia, se desestima el recurso y se confirma íntegramente 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 don L.F.F. contra la sentencia dictada el 02.09.02 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de SANTIAGO en autos Nº 518-2002 sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES contra XUNTA DE GALICIA y MINISTERIO FISCAL resolución que se mantiene en su integridad.

3710 Recurso núm. 5.071/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. DATA DE DESFRUTE DE VACACIÓNS: NON PODE CONCORRER CON SITUACIÓN DE IT DOS TRABALLADORES, Á VISTA DA NORMATIVA CONVENCIONAL DE APLICACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a tres de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.071/03 interpuesto por "T.M., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don L.C.S. en su condición de Presidente del Comité de Empresa de "T.M., S.A." del centro de trabajo de Santiago en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "T.M., S.A.", COMISIONES OBRERAS DE GALICIA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA y CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 432/03 sentencia con fecha veintitrés de julio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Que la empresa demandada "T.M., S.A." tiene aperturado centro de trabajo de Santiago de Compostela, contando con una plantilla de 120 trabajadores afectados por el presente Conflicto Colectivo y dedicados a la limpieza viaria. SEGUNDO.- Que el artículo 13 del Convenio Colectivo de la empresa, en su centro de trabajo de Santiago, establece que las vacaciones serán de 27 días laborables, siendo retribuidas con todos los conceptos de la tabla salarial excepto el plus de nocturnidad y fijando en el último apartado que los periodos de incapacidad temporal y licencias se considerarán sin que proceda ninguna reducción de vacaciones por estas causas. TERCERO.- Que la empresa tiene fijado un calendario de vacaciones para todo el personal que abarca desde enero hasta diciembre de cada año, pasando el año siguiente a disfrutar las vacaciones los trabajadores corriendo dos meses. CUARTO.- Que cuando un trabajador está en situación de incapacidad temporal cuando le corresponda disfrutar de vacaciones, según el calendario de vacaciones, no se sustituye dicho periodo por otro para el disfrute de vacaciones. QUINTO.- Que en fecha treinta de junio de dos mil tres tuvo lugar el perceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por don L.C.S., en su condición de Presidente del Comité de Empresa de "T.M., S.A." del centro de trabajo de Santiago, contra la empresa "T.M., S.A.", Comisiones Obreras de Galicia, Unión General de Trabajadores, Confederación Intersindical Galega y Confederación de Empresarios de Galicia, debo declarar y declaro contraria a derecho la práctica de la empresa de no señalar fecha diferente a la fijada para el disfrute de las vacaciones, a personal que estuviera en el momento fijado para el disfrute de vacaciones en situación de incapacidad temporal, y declarar que dicha práctica es contraria a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Colectivo, declarando el derecho

de todos los trabajadores del centro de trabajo de Santiago a que se efectúe un nuevo señalamiento por el número de días en los que existiera coincidencia entre la situación de incapacidad temporal y la fecha señalada para el disfrute de las vacaciones, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por estas declaraciones".

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimando la demanda, declaro contraria a derecho la práctica de la empresa de no señalar fecha diferente a la fijada para el disfrute de las vacaciones, a personal que estuviera en el momento fijado para el disfrute de las mismas en situación de incapacidad temporal, así como que dicha práctica es contraria a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio Colectivo, declarando el derecho de todos los trabajadores del centro de trabajo de Santiago a que se efectúe un nuevo señalamiento por el número de días en los que existiera coincidencia entre la situación de incapacidad temporal y la fecha señalada para el disfrute de las vacaciones, condenando a la demandada ("T.M., S.A.") a estar y pasar por dichas declaraciones; se interpone, por la representación letrada de esta última, recurso de suplicación, y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia, como único motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, infracción por interpretación errónea del art. 13 del Convenio Colectivo de aplicación, en relación con los arts. 1.091, 1.105 y 1.281 y siguientes del Código Civil, así como infracción de la doctrina unificada recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 30.11.95 y 27.06.96; alegando en esencia: que el magistrado "a quo" interpretaba erróneamente el art. 13 del Convenio Colectivo, porque debe de estarse al sentido literal de lo en él previsto, que no es mas que la incorporación del art. 5.4 del Convenio nº 132 de la OIT, que prohíbe descontar del periodo de vacaciones el tiempo de permanencia en situación de baja médica, -como así estaba previsto entonces en la legislación laboral de España-; pero nada dice respecto a la superposición entre el periodo vacacional, convencionalmente establecido mediante lista nominativa y la situación de incapacidad temporal, debiendo resolverse a través de la doctrina unificada del Tribunal Supremo y en concreto en las sentencias de 30.11.95 y 27.06.96, a cuyo tenor, cuando esto ocurra, el trabajador no tendrá derecho a otro periodo distinto del previamente fijado, y que, una vez establecida la duración de las vacaciones y fijado al menos con 3 meses de antelación su periodo concreto de disfrute, cuando se produzca una superposición entre el mencionado periodo vacacional y una situación de incapacidad temporal o maternidad, (bien por existir ya ésta desde antes de iniciarse las vacaciones, bien por sobrevenir durante su disfrute), no es mas que una manifestación del caso fortuito, regulado en el art. 1.105 del Código Civil, del que se deduce que todo el que sufre perjuicio por tal causa, normalmente habrá de soportar, el sólo, las consecuencias dañosas que ese evento haya producido, sin poder pretender que los efectos negativos de tal situación, en relación con el descanso anual, repercutan sobre la empresa, pues, de no ser así, el patrono estaría obligado, no sólo a reconocer un periodo determinado de vacaciones, sino que también tendría que garantizar su disfrute en buen estado de salud, lo cual rebasa el ámbito y alcance propios de las obligaciones empresariales, debiendo aplicarse el criterio y solución de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reseñadas, de que no procede el disfrute de vacaciones en fecha distinta, por coincidencia con periodos de maternidad o de incapacidad temporal (bien se deriven de enfermedad, accidente o maternidad), y todo ello por imperativo del pacto colectivo, que dispuso el disfrute conjunto de las vacaciones para toda la plantilla, que está amparado por la Ley.

El problema que se suscita en la presente "litis" consiste en determinar, el alcance que debe darse al art. 13 del Convenio Colectivo de la empresa en su centro de trabajo de Santiago, en el que se establece, "que las vacaciones serán de 27 días laborables, siendo retribuídas con todos los conceptos de la tabla salarial, excepto el plus de nocturnidad…", fijando en el último apartado: "que los periodos de incapacidad temporal y licencias se considerarán sin que proceda ninguna reducción de vacaciones por estas causas"; es decir, si cuando un trabajador está en situación de incapacidad temporal cuando le corresponde disfrutar de vacaciones, según el calendario de vacaciones previamente establecido, se puede sustituir o no dicho periodo por otro para el

disfrute de las mismas, -si como se entendió por el Magistrado de instancia- cabe perfectamente fijar un nuevo periodo de vacaciones de conformidad con lo que se establece en el art. 13 párrafo final del convenio aplicable, (al tratarse de materia en que rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes), o, si por el contrario, -como se entiende por la empresa recurrente-, no cabe dicha interpretación, de conformidad con la jurisprudencia citada.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa, y así se desprende del inalterado relato fáctico de hechos probados, deben destacarse los siguientes: A) La empresa demandada "T.M., S.A." tiene abierto centro de trabajo en Santiago de Compostela, contando con una plantilla de 120 trabajadores, afectados por el presente Conflicto Colectivo y dedicados a la limpieza viaria. B) Tiene fijado un calendario de vacaciones para todo el personal que abarca desde enero hasta diciembre de cada año, pasando el año siguiente a disfrutar las vacaciones los trabajadores corriendo dos meses. C) La empresa cuando un trabajador está en situación de incapacidad temporal cuando le corresponda disfrutar de vacaciones, según el calendario de vacaciones, no sustituye dicho periodo por otro para el disfrute de las mismas.

En el presente caso, habiendo quedado acreditado, que se ha fijado un calendario de vacaciones para todo el personal que abarca desde enero hasta diciembre de cada año, pasando el año siguiente a disfrutar las vacaciones los trabajadores corriendo dos meses y que, en principio, no precisa de ajuste anual, pasando los trabajadores que han disfrutado de 27 días hábiles de vacaciones en un año, en un determinado periodo, a disfrutarlas en el año siguiente, dos meses después, es decir, la determinación del concreto periodo para su disfrute se deja a la voluntad de las partes, pudiendo la empresa y la representación de los trabajadores, pactar el disfrute colectivo de las mismas (art. 38.2 ET), no ofrece duda a esta Sala que el artículo 13 del Convenio objeto de interpretación, y a tenor de la dicción literal del mismo, viene a consagrar la voluntad colectiva de las partes (plasmada en el Convenio Colectivo), de que todo trabajador del centro de trabajo de Santiago tuviera derecho a disfrutar de "27 días hábiles de vacaciones", aun cuando se encontrara en situación de incapacidad temporal en la fecha de disfrute fijada en el calendario, y ello se deduce, no solo de una interpretación literal, del precepto que se comenta, sino también de una interpretación lógica y sistemática, por cuanto, si así no fuera, carecería de sentido el último apartado del art. 13 del Convenio: "los periodos de incapacidad temporal y licencias se considerarán sin que proceda ninguna reducción de vacaciones por estas causas", por lo que la práctica de la empresa de no señalar fecha diferente a la fijada para el disfrute de las vacaciones, a personal que estuviera en el momento fijado para el disfrute de las mismas, en situación de incapacidad laboral, es contraria a derecho y vulnera el art. 13 en su apartado final del Convenio Colectivo y sin que se dé esa supuesta contradicción con las sentencias del TS de que se hizo mención, en las que se señala: "que no procede el disfrute de vacaciones en fecha distinta por coincidencia con periodos de maternidad o de incapacidad temporal", pues, dichas sentencias no contemplan el mismo supuesto que es objeto de la presente litis, por cuanto en aquéllas se trataba de un caso en que las vacaciones se disfrutaban previa negociación, conjuntamente por todos los trabajadores y en el mismo periodo con interrupción de la actividad laboral, mientras que en el presente caso, las vacaciones se disfrutan en periodos diferentes a lo largo de todo el año por cada grupo de trabajadores (que rotan en el disfrute de aquéllas) sin que exista interrupción de la actividad de la empresa; siendo de destacar, además, que en los supuestos que se recogen en las sentencias que se han citado, no existe convenio colectivo, como acontece en la presente litis, de ahí que se estime ajustada a derecho la sentencia de instancia, interpretando lo pactado en el Convenio Colectivo en relación con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio 132 de la OIT, 38.2 del ET y 3.1 del Código Civil. En base a lo que, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia, siendo ajustada a derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

De conformidad con el art. 231 de la L.P.L. se imponen las costas del recurso a la empresa en las que se incluirán los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cuantía de 150€.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por "T.M., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela, de fecha veintitrés de julio de dos mil tres, dictada en autos núm. 432/03 seguidos a ins-

tancia de don L.C.S. en su condición de Presidente del Comité de Empresa de "T.M., S.A." del centro de trabajo de Santiago contra "T.M., S.A.", COMISIONES OBRERAS DE GALICIA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA y CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA, sobre CONFLICTO COLECTIVO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3711 Recurso núm. 4.234/03

S.S. CONCORRENCIA DE REQUISITOS ESIXIBLES PARA QUE O TRABALLADOR POIDA DEIXAR DE PRESTAR SERVICIOS AO EMPRESARIO, CON OCASIÓN DO EXERCICIO DE ACCIÓN RESCISORIA DO SEU CONTRATO POR MALOS TRATOS.

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

A Coruña, a cuatro de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.234/03, interpuesto por el Letrado don J.I.L.R., en nombre y representación de don M.G.T., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 298/02 se presentó demanda por don D.A.S.R., sobre EXTINCIÓN de CONTRATO, frente a don M.G.T.. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de enero del presente año 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 presta servicios para la empresa "M.G.T.", con domicilio social en C/. … de Santiago de Compostela, dedicada a la actividad económica de hostelería, con una antigüedad de 14 de septiembre de 2000, con la categoría profesional de Camarero, percibiendo un salario de 873,32 €, con inclusión de pagas extras. Ambas partes han celebrado los siguientes contratos: Que en fecha 24 de noviembre de 1999 celebran contrato de trabajo por tiempo indefinido, al amparo de la Ley 63/97, de 26 de diciembre, para jóvenes desempleados menores de 30 años, con la categoría profesional de Ayudante de camarero. En fecha 15 de enero de 2000 es dado de baja voluntaria por la empresa demandada y en esa misma fecha, 15 de enero de 2000, el actor firma la liquidación, saldo y finiquito en la cantidad de 70.828´- pts. En fecha 14 de septiembre de 2000 ambas partes celebraron contrato eventual de circunstancias de producción con duración de 13 de septiembre a 12 de octubre de 2000, con la categoría profesional de Ayudante de Camarero, acordándose una primera prórroga en fecha 13 de octubre hasta el 12 de diciembre de 2000. En fecha 13 de diciembre de 2000 ambas partes celebran contrato eventual por circunstancias de la producción, con la categoría profesional de Ayudante de Camarero y con una duración hasta el 12 de enero de 2001. En fecha 11 de marzo de 2000 celebran contrato eventual por circunstancias de la producción con duración hasta el 10 de junio de 2000, con la categoría profesional de Ayudante de Camarero. En fecha 11 de junio de 2000 se celebra una primera prórroga del contrato de 11 de marzo de 2000, con duración de seis meses. En fecha 6 de marzo de 2001 celebran contrato eventual por circunstancias de la producción, que se extenderá hasta el 6 de mayo de 2001. En fecha 6 de junio de 2001 se celebra una primera prórroga por el período de tres meses del contrato de fecha 6 de marzo de 2001, con duración hasta el cinco de septiembre de 2001. En fecha 6 de septiembre de 2001 se produce la conversión de contrato temporal en contrato indefinido, a tiempo completo, sin bonificación. En fecha 16 de enero de 2002 el actor es dado de baja voluntariamente en el Régimen de la Seguridad Social. En fecha 14 de enero de 2002 el actor firmó saldo y finiquito con la cantidad de 325,23. En fecha cinco de marzo de 2002 celebraron contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido, a tiempo completo, con la categoría profesional de Camarero, en fecha 2 de abril de 2002 se produce la baja voluntaria en el Régimen General de la Seguridad Social. SEGUNDO.- Que el actor en fecha 31 de marzo de 2002, a la una cuarenta horas presentó denuncia ante la Comisaría de Santiago de Compostela por amenazas y agresión del propietario del restaurante "C.M.",

donde trabaja, hechos acontecidos el día 30 de marzo de 2002, sobre las veintiuna veinte horas, como consecuencia de una disputa en el centro de trabajo entre el actor y el Sr. M, denuncia aportada en autos, que no se reproduce aquí en aras de la brevedad. TERCERO.- Que el informe médico del Centro Médico "Rosaleda", de fecha 30 de marzo de 2001, diagnostica al actor "lesión contusa de la oreja derecha". CUARTO.- Que el actor fue dado de baja médica en fecha 30 de marzo de 2002, no constando la fecha en que fue dado de alta. QUINTO.- La empresa dio de baja al actor en fecha 2 de abril de 2002. SEXTO.- Que el actor y el dueño del restaurante demandado, Sr. M.G.T., tenían una relación "amor-odio". El Sr. M.G.T. ha satisfecho por su cuenta recibos de préstamos de don D.A.S.R.… "Que don M.G.T., con D.N.I. … ha satisfecho por su cuenta recibos de préstamo de don D.A.S.R. (…), con motivo de evitar la situación de morosidad con todos los efectos negativos que ello reportaría". En concreto, los recibos y cantidades abonadas son los que se detallan: 10.09.00, recibo atrasado 54.091 pts. (325,09 €). 15.11.00, recibo atrasado 29.269 pts. (175,91 €). 15.12.00, recibo atrasado 27.015 pts. (162,36 €). 15.01.01, recibo atrasado 27.067 pts. (162,68 €). Para cancelar préstamo. En total, los recibos pagados con cargo a la cuenta del Sr. M.G.T. suman la cantidad de 137.442 pts., es decir, 826,04 €. SÉPTIMO.- Que el demandante no ha ostentado la representación legal de los trabajadores ni la de Delegado sindical. OCTAVO.- En fecha 19 de abril de 2002 se presentó papeleta de Conciliación. Se celebró acto de Conciliación en fecha 25 de abril de 2001 ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, que resultó sin avenencia, y se presentó demanda en fecha 7 de mayo de 2002".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de caducidad alegada por "M.G.T." contra la demanda formulada por don D.A.S.R. Que estimando la demanda formulada por don D.A.S.R. contra "M.G.T.", debo declarar y declaro resuelta con efectos desde la fecha de esta sentencia, la relación que unía a las partes, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la siguiente cantidad: 8.733,02, en concepto de indemnización. Notifíquese... etc.".

En 24 de abril siguiente se dictó Auto aclaratorio de que la cantidad indemnizatoria es la de 3.122,4 euros.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, tras desestimar la excepción de caducidad alegada, estima la demanda formulada por el trabajador sobre rescisión de contrato y condena a la empresa "M.G.T." a abonar al actor una indemnización de 3.122,32 euros. Y frente a esta decisión, interpone el presente recurso de Suplicación la representación letrada de la mencionada empresa, interesando, en primer término, al amparo del art. 191.b) de la LPL, la revisión de los hechos probados y, en concreto, la modificación del hecho probado cuarto, para que se adicione al mismo: "El trabajador no presentó a la empresa el pertinente parte médico de baja". Adición que no se acoge al pretender constatar un hecho negativo, sin que se pueda recoger el relato fáctico de la sentencia, lo que no se acredita.

SEGUNDO.- La empresa recurrente formula un segundo motivo de recurso por el cauce del apartado a) del artículo 191 de la LPL, solicitando la reposición de los autos al momento anterior a dictar sentencia por haberse infringido normas de procedimiento que han originado indefensión, y ello por insuficiencia de hechos probados de la sentencia recurrida, señalando que la anterior Sentencia del Juzgado ya fue anulada por no hacer constar la fecha del alta médica del actor, volviendo a dictarse una sentencia igual a la anulada, por lo que se reproduce la misma situación de indefensión.

La Sala no acoge dicha censura, por cuanto para que la denuncia de quebrantamiento de normas procesales produzca la declaración de nulidad de actuaciones, han de concurrir las siguientes condiciones: 1) que se cite por el recurrente de modo concreto la norma que estime violada; 2) que se haya infringido la referida norma procesal, siendo ésta de carácter esencial: 3) que se haya producido indefensión a la parte denunciante del defecto procesal, y 4) que se haya formulado oportunamente protesta por la infracción, con el fin de que hayan podido subsanarse los defectos procesales alegados.

En el presente caso no se cumple ninguna de las condiciones anteriores, siendo así

que por el recurrente no se cita en el motivo del recurso ninguna norma como infringida, por lo que no se puede determinar si ha existido infracción de norma concreta, y en el acta de juicio tampoco consta protesta alguna de la parte recurrente. Además, en la segunda sentencia dictada por el Juzgado, se hace constar en el hecho probado cuarto que "no consta la fecha en que el actor fue dado de alta".

TERCERO.- El tercer motivo del recurso de la empresa dedicado a la censura jurídica, cuenta con seis apartados (o seis submotivos), de los que, por obvias razones procesales, hay que examinar con carácter preferente el segundo, referido a la caducidad de la acción ejercitada. En este apartado, se denuncia infracción del artículo 59.3 del ET y de los artículos 103 y 65 de la LPL. Se alega por la empresa que el inicio del plazo de caducidad de los veinte día se produce el 30 de marzo de 2002 fecha de abandono de la empresa por el actor, que cuando se presenta la papeleta de conciliación el 19 de abril de 2002, ya habían transcurrido 16 días de los veinte del plazo de caducidad. El 25 de abril de 2002 se celebró el acto de conciliación ante el SMAC, finalizando el plazo de los 20 días el día 30 de abril de 2002, y habiéndose presentado la demanda el día 7 de mayo, se había superado dicho plazo de los veinte días, concretamente, habían transcurrido 24 días.

Dicha censura tampoco resulta acogible, por cuanto el demandante tenía su contrato de trabajo suspendido por incapacidad temporal de conformidad con lo dispuesto en el art. 45.1, c) del ET, desde el 30 de marzo de 2002, fecha en que acudió al Centro Médico "La Rosaleda", para ser atendido de las lesiones producidas por la agresión del empresario, causando baja médica según se indica en el inalterado hecho probado tercero de la sentencia recurrida, sin que de los hechos probados se deduzca en qué momento se produjo el alta médica, por lo que su relación laboral debe entenderse que continuaba vigente cuando interesó la extinción de su contrato por incumplimiento grave de las obligaciones del empresario. Además, en caso de rescisión no rige el plazo de caducidad señalado en el recurso, sino el de prescripción de un año del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no se había cumplido al ejercitar la acción.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso, -como antes se dijo-, cuenta con seis apartados o submotivos, analizado ya el segundo, resta por examinar los restantes, de los cuales, el primero, el tercero y el cuarto, por su íntima conexión, se pueden analizar conjuntamente. En el primero, la empresa demandada denuncia infracción del artículo 1.214 del Código Civil, señalando que dicho precepto obliga al demandante a demostrar los hechos constitutivos de su derecho, debiendo acreditar que pervivía la relación laboral, al momento de ser ejercitada la acción rescisoria. En el tercero, se denuncia infracción del artículo 50.2 del ET, y jurisprudencia que lo interpreta. Citando Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 18 de julio de 1990 y 26 de noviembre de 1986, argumentando que la jurisprudencia exige claramente que uno de los requisitos fundamentales para que pueda prosperar una acción de extinción de la relación laboral por incumplimiento del empresario, es que la relación laboral se encuentre viva en el momento del juicio, o al menos, cuanto se dicte la resolución extintiva, añadiendo que este requisito se incumple por la sentencia recurrida, ya que cuando fue dictada, la relación laboral no estaba viva. En el cuarto de los apartados, se repite la denuncia de los artículos 50 del Estatuto de los Trabajadores y 1.214 del Código Civil, añadiendo aquí además la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución. Se insiste en la necesidad de la pervivencia de la relación laboral y, además, en la falta de acreditación de la existencia de malos tratos continuados del empresario hacia el trabajador, presentándose una única prueba referida a un solo día (informe médico de 30 de marzo de 2002), y la denuncia en Comisaría de Policía, añadiendo que esos elementos de prueba son insuficientes para tener por probada la existencia de una agresión, por lo que se vulnera la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

Según los inalterados hechos probados, el día 30 de marzo de 2002 se produjo una disputa en el centro de trabajo, en el curso de la cual el empresario insultó y agredió al trabajador demandante, llamándole "gilipollas, hijo de puta, burro, tonto", teniendo que ser atendido en el Centro Médico La Rosaleda, diagnosticándole "lesión-contusa de la oreja derecha", causando baja médica en dicha fecha. Entre el actor y el empresario se venía manteniendo una relación de "amor-odio", habiendo abonado el empleador recibos bancarios de un préstamo del empleado. El trabajador, presentó papeleta de conciliación el 19 de abril de 2002, celebrándose el acto conciliatorio el 25 de abril siguiente, interponiendo la demanda el 7 de mayo de 2002.

Según reiterada doctrina jurisprudencial, -tal como se afirma en el recurso de la

empresa-, la regla general es que el trabajador cuando acciona solicitando la resolución del contrato, debe seguir prestando sus servicios, es decir, debe mantenerse viva la relación laboral, pero no sólo al momento de interponer la demanda sino también durante la sustanciación del proceso, quedando únicamente dispensado de este requisito el trabajador cuando el incumplimiento empresarial atentara a su integridad u honor, fuera vejatorio o contrario a la dignidad personal del trabajador o le impusiera riesgo de tal naturaleza que justifique la decisión inmediata de resolver la relación. Así, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sentencias de 8 marzo 1984, RJ 1984/1.539, 28 febrero, 2 abril y 2 julio 1985, RJ 1985/717/1.844 y RJ 1985/3.664], 4 febrero 1986 RJ 1986/703 y 18 septiembre 1989 RJ 1989/6.455) ha declarado que la resolución indemnizada del contrato de trabajo «ex» art. 50 del Estatuto de los Trabajadores sólo se produce por sentencia judicial, por lo cual, salvo casos excepcionales, su solicitud ha de hacerse desde la pervivencia activa de la relación laboral.

En el supuesto enjuiciado, consta acreditado, no solo por la denuncia y por el informe médico –como se afirma en el recurso-, sino también por los testimonios valorados por la juzgadora de instancia, que la relación entre empleador y trabajador, era una relación de "amor-odio", es decir, que la disputa surgida el día 30 de marzo de 2002, no fue un acontecimiento aislado, sino que el demandante era objeto de un trato vejatorio, con insultos continuados y habituales, y el día 30 de marzo de 2002, además de los insultos, también se produjo una agresión, que precisó de asistencia médica y que motivó la baja laboral del actor, por lo que, la relación laboral no se extinguió por el trabajador el citado día 30, como sostiene la empresa en su recurso al analizar la excepción de caducidad, sino que en un principio el contrato estuvo suspendido dada la situación de incapacidad laboral del trabajador, y sólo producida el alta médica (que la juzgadora de instancia ignora cuando se produzco, ni tampoco acordó diligencia alguna para averiguarlo), se produciría la obligación del trabajador de reincorporarse a la empresa mientras se tramitaba el proceso de rescisión puesto en marcha. Ahora bien, acreditado el trato vejatorio que venía recibiendo el actor por el empresario, y valorando lo acaecido el citado día 30 de marzo, la Sala considera acertado el criterio excepcional que permite al trabajador extinguir por sí mismo el contrato, dada la existencia de riesgo físico para su persona, y la imposibilidad de convivencia en el marco laboral de la empresa, y ello, con independencia de la fecha del alta y de la obligación de reincorporación al trabajo, quedando justificada de este modo la solicitud de extinción del contrato, y la interrupción unilateral de la relación laboral, por tratarse de una situación excepcional ante los acontecimientos y las adversidades por los que ha tenido que pasar el trabajador, y que desembocaron en la agresión sufrida, que dio origen a un proceso penal, y por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santiago de Compostela de fecha 31 de enero de 2003, se condenó al empresario como autor de un delito de lesiones, a la pena de siete fines de semana de arresto y a abonar al lesionado una indemnización de 510 euros, tal como consta en la Sentencia penal que obra unida a la pieza del recurso por auto de fecha de ayer, tres de octubre.

QUINTO.- Con carácter subsidiario, en los apartados quinto y sexto del motivo del recurso que se examina, la empresa recurrente denuncia violación de la doctrina jurisprudencial, relativa a la sucesión de contratos temporales a los efectos del cómputo de antigüedad, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, 29 de septiembre de 1999 y 15 de febrero de 2000, transcribiendo parcialmente esta última. Argumenta que la sentencia parte equivocadamente de una antigüedad de 14 de septiembre de 2000, y que con posterioridad se celebraron nuevos contratos de trabajo, con una interrupción de meses entre unos y otros. Así, el 12 de diciembre de 2000 se celebró contrato de trabajo temporal, que finalizó el 12 de enero de 2001. Posteriormente, en fecha 6 de marzo de 2001, se celebró nuevo contrato de trabajo, que sería transformado en contrato indefinido el 6 de septiembre de 2001. Y este contrato finalizó el 14 de enero de 2002 como consecuencia de una baja voluntaria solicitada por el trabajador, por lo que la antigüedad debe computarse desde el 1º de marzo de 2002, que es la fecha de celebración del último contrato, añadiendo que el actor en los meses de enero y febrero de 2002, estuvo trabajando en Segovia, y que ese fue el motivo de solicitud de su baja voluntaria. Finalmente, en el último de los apartados del motivo denuncia error en el cálculo de la indemnización, señalando que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1998, obliga al trabajador a seguir prestando servicios para la empresa hasta la firmeza de la resolución extintiva, por lo que la fecha de la sentencia de 31 de enero de 2003 sería el momento en que se pone fin a la relación laboral.

Partiendo de los inalterados hechos probados de la sentencia impugnada, la cen-

sura jurídica contenida en el submotivo quinto debe ser acogida (no así la del apartado sexto, por haberse considerado válida la extinción por el propio trabajador sin necesidad de cumplir con el requisito de la reincorporación), consta que el actor ha venido prestando servicios como camarero para la empresa demandada, dedicada a la actividad de Hostelería, en virtud de contrato de trabajo indefinido, naturaleza que tenía el firmado el 6 de marzo de 2001. Con fecha 14 de enero de 2002, el actor suscribió solicitud de baja voluntaria en la empresa, en el formulario oficial dirigido a la TGSS, percibiendo el saldo y liquidación correspondiente, habiendo reconocido en el acto del juicio como suyas las firmas que obran en ambos documentos. Y si -efectivamente- el actor abandona su puesto de trabajo y suscribe documento de baja voluntaria en el formulario oficial dirigido a la Tesorería General de la Seguridad Social, y percibe la correspondiente indemnización de saldo y liquidación, resulta totalmente ajustado a Derecho calificar su acción como inequívocamente constitutiva de voluntaria dimisión y válida extinción del contrato de trabajo (art. 49.1.d) ET). Ha de recordarse doctrina jurisprudencial relativa a que la dimisión del trabajador no tiene porqué sujetarse a una formal declaración de voluntad y puede ser inducida de actos inequívocos que sean manifestación de haberse optado por la ruptura del vínculo de trabajo, habiéndose mantenido también reiteradamente que una vez comunicada la dimisión, no cabe la retractación posterior del trabajador, al haber causado estado como acto generador de derechos a favor de terceros y porque el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, conforme al art. 1.256 CC, salvo que se pruebe concurre alguna deficiencia en el consentimiento que lleve a anular el negocio jurídico, por aplicación del art. 1.261 CC (SSTS 27 junio 1983, 9 marzo 1990 [RJ 1990/2.040], 21 junio 1990 [RJ 1990/5.502] y 1 octubre 1990 [RJ 1990/7.512]; así como Sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo de 16 noviembre 1982 y 7 enero 1986, entre otras, y también Sentencia de esta misma Sala de fecha de 12 de febrero de 1998 (Rec. 5.112/97).

Consecuentemente, la relación laboral indefinida que el actor mantenía con la empresa demandada, anterior al último de los contratos celebrados, debe entenderse válidamente extinguida, de modo que para el cálculo de la indemnización por extinción del contrato, hay que partir del último de los contratos, como acertadamente señala la empresa en su recurso, de modo que es el 1º de marzo de 2002 la fecha inicial para el cómputo de la antigüedad, y la final el 31 de enero de 2003, fecha de la Sentencia de instancia que declara extinguida la relación laboral. Por tanto son once meses de antigüedad, a razón de un salario mensual –que no se combate- de 873,32 euros (así consta en el auto de aclaración de la sentencia), resulta una salario diario de 29.11 euros, y una indemnización a favor del trabajador de 1.200,78 euros.

En consecuencia, procede acoger en parte el recurso de la empresa, revocar parcialmente la sentencia recurrida, todo ello con los efectos previstos en el artículo 201.2 de la Ley de Procedimiento laboral, de devolución del depósito constituido para recurrir y de las consignaciones, por el importe de las diferencias, manteniéndose exclusivamente hasta el importe de la condena de la presente resolución, sin costas. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "M.G.T.", contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela, de fecha treinta de enero de dos mil tres, recaída en los presentes autos 298/2002 seguidos a instancia del actor don D.A.S.R., sobre extinción de contrato, frente a la citada empresa recurrente, revocamos parcialmente la misma, en el sentido de fijar la indemnización a favor del trabajador en la cuantía de MIL DOSCIENTOS EUROS, CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS (1.200,78 EUROS), confirmando el resto de los pronunciamientos.

3712 **Recurso núm. 4.759/03**

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. LEXITIMACIÓN AD CAUSAM DOS TRABALLADORES AOS QUE SE LLES AFECTOU O DEREITO, ADEMÁIS DE ÁS ORGANIZACIÓNS SINDICAIS. ANULACIÓN XUDICIAL DE ACORDO DE DEREITOS SINDICAIS. RECOBRAN VIXENCIA OS DEREITOS RECOÑECIDOS NO ANTERIOR ACORDO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a seis de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.759/03, interpuesto por AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.J.C.F. y don J.M.O.V. en reclamación de TUTELA LIBERTAD SINDICAL, siendo demandado AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA), en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 248/03 sentencia con fecha 03.06.03, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Los demandantes vienen prestando servicios para la demandada con una antigüedad de 01.06.70, categoría profesional de Coordinador de Programación y Operaciones, y salario mensual según convenio; ambos con destino en el Aeropuerto de A Coruña. SEGUNDO.- Con fecha 31.01.96 se firmó un acuerdo de derecho sindical entre la demandada y CC.OO., U.G.T. y USO (obra en el ramo de prueba de los actores, por lo que se da por reproducido), en el que se establecían determinados créditos horarios, en virtud de los cuales los actores han venido disfrutando de un crédito de 30 horas mensuales, el Sr. C. y 15 horas mensuales el Sr. O. Y el mismo entró en vigor "apartir de la fecha de su firma, acordándose que su vigencia y prórroga será la establecida en el I Convenio Colectivo de AENA, sometiéndose por tanto a las vicisitudes de ésta". No obstante, se mantuvo en vigor durante la vigencia del II Convenio Colectivo, suscrito el 29.12.98. TERCERO.- Con fecha 19.12.01 se suscribió el III Convenio Colectivo de la empresa demandada, que no fue firmado por el sindicato U.G.T. Mediante acuerdo de 25.01.02, firmado por CC.OO., USO y FSAI, se produjo la derogación expresa del referido acuerdo de 1996, reproduciéndose en esencia el contenido de éste pero limitándolo a las organizaciones sindicales firmantes, entre las que no estaba el sindicato U.G.T. De ahí que el organismo demandado retirase a los actores en fechas 28.01.02 y 14.10.02 la totalidad del crédito horario. CUARTO.- Con fecha 11.11.02 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en procedimiento de impugnación de Convenio Colectivo seguido por la Federación de Servicios Públicos de U.G.T. contra la demandada, FETCOMAR, USO, FSAI y Ministerio Fiscal, en la que se declaraba "la nulidad del acuerdo de Derechos Sindicales de 25 de enero de 2002". Dicha sentencia figura en ambos ramos de prueba, por lo que se da expresamente por reproducida. QUINTO.- Entendiendo el actor que tal negativa vulnera el derecho a la libertad sindical así como su derecho a no ser discriminado respecto de los Delegados sindicales del resto de las Organizaciones sindicales, formula la presente demanda, en la que solicita la declaración de nulidad radical de dicha conducta del organismo demandado, que se ordene el cese inmediato de dicho comportamiento anti-sindical así como una indemnización por daños morales de 4.393,20 Euros para el Sr. C. y 941,40 Euros, para el Sr. O.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda promovida por don J.J.C.F. y don J.M.O.V. contra EL ENTE PUBLICO EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA), debo declarar y declaro que la demandada ha vulnerado el derecho de libertad sindical de los trabajadores demandantes, declarando asimismo la nulidad radical de la conducta antisindical, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, al cese inmediato en la conducta obstruccionista e impeditiva, reponiendo a los actores en sus respectivos créditos horarios y a indemnizarles en la cuantía de 4,393,20 Euros Don Juan José Couso, y 41,40 Euros a Don José Manuel Orosa Villamil".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda sobre tutela de libertad sindical y declara que la demandada ha vulnerado el derecho de libertad sindical de los trabajadores demandantes, declarando la nulidad radical de la conducta antisindical, condenan-

do a la demandada a estar y pasar por tal declaración, al cese inmediato en la conducta obstruccionista e impeditiva, reponiendo a los actores en sus respectivos créditos horarios y a indemnizarles en la cuantía de 4.393´20 euros a don J.J.C. y en 941´40 euros a don J.M.O. Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación el letrado de la Entidad Pública Empresarial de AENA, en cuyo primer motivo del recurso, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. interesa la revisión del párrafo segundo del hecho probado tercero de la resolución recurrida, para el que propone el siguiente texto alternativo: "Con fecha de 25 de enero de 2002 se firmó un Acuerdo de Derechos Sindicales en AENA, dentro del ámbito del III Convenio Colectivo, siendo las partes firmantes la propia entidad AENA y las representaciones de las Organizaciones Sindicales CC.OO., USO, y FSAI, reproduciéndose en esencia el contenido del Acuerdo de 1996, pero limitándolo a las organizaciones sindicales firmantes, entre las que no estaba el sindicato UGT. En la cláusula 7ª de dicho acuerdo se establece: "Asimismo, queda derogado el Acuerdo de Derechos Sindicales en el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Aena) de 31 de enero de 1996". El organismo demandado retiró a los actores, en fechas 28.01.02 y 14.10.02, el crédito horario sindical que venían disfrutando en básela Acuerdo de 31 de enero de 1996 de que se hace mención en el Hecho Probado Segundo".

No hay inconveniente en aceptar la revisión en los términos recogidos al encontrar apoyo en prueba documental obrante a los autos, si bien con nulos efectos prácticos por lo que a continuación se dirá.

SEGUNDO.- Al amparo de los previsto en el artículo 191 c) denuncia la parte recurrente la infracción por aplicación indebida del artículo 175.1 de la L.P.L. en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el instituto de la "legitimación ad causam" y en relación con la aplicación indebida de los artículos 1.089 y 1.257.1 del Código Civil y los artículos 1.281.1 del mismo cuerpo legal y los artículos 88.1, 87.1 y 82.1 todos ellos del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en esencia, que ninguno de los dos trabajadores demandantes es titular del –derecho a la negociación colectiva y a la acción sindical en el ámbito de AENA y que ninguno de los dos posee poder de disposición respecto de los permisos sindicales retribuidos que tienen su origen en el acuerdo de 31 de enero de 1996, siendo la Organización Sindical UGT, en cuanto persona jurídica, la titular de la mejora de los permisos sindicales retribuidos en virtud de la proporción que le correspondía – añadiendo – que la simple circunstancia de que los actores hubieran sido designados por dicha organización en su ámbito interno como algunas de las personas físicas concretas a las que asignaba y venían disfrutando del crédito horario que le correspondía desde el 31 de enero de 1996, no supone fundamento para interpretar necesariamente que sigan siendo las mismas personas para el supuesto de que pueda entenderse que dicho acuerdo de 31 de enero de 1996 está en vigor por haber sido declarado nulo un acuerdo posterior que contenía una cláusula derogatoria que le había privado de eficacia.

No ofrece duda que todo Sindicato es titular de un interés legítimo al restablecimiento del derecho violado, pero ha de tenerse en cuenta que en la mayor parte de los casos las lesiones a la libertad sindical se producen a través de actos empresariales, que se concretan en lesiones a los derechos sindicales de trabajadores singularmente considerados, como ocurre en el supuesto enjuiciado en que la pretensión principal de los actores, uno de ellos miembro del comité de empresa y el otro delegado de personal, es que se les reponga en sus respectivos créditos horarios. Pues hay que tener presente que los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, disponen de un crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación (artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores), de tal manera que cuando estos representantes legales de los trabajadores consideren lesionados sus derechos, podrán recabar su tutela al ser titulares de un interés directo. Pues su legitimación viene atribuida en el artículo 175 de la L.P.L. al señalar que cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados los derechos de libertad sindical podrá recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social.

TERCERO.- En cuanto a la cuestión de fondo la parte recurrente, al amparo del mencionado artículo 191 c) de la L.P.L. denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 2.2 del Código Civil, en relación con una aplicación indebida de los artículos 1.281.1 y 2 y 1.282 del mismo cuerpo legal, en relación con una aplicación indebida de lo previsto en los artículos 82.4 y 86.4 en materia de vigencia y sucesión de convenios, alegando en esencia,

que de ninguna manera es posible entender que al alcanzar la declaración de nulidad a la propia cláusula derogatoria ya mencionada, recobre vigor el Acuerdo de 31 de enero de 1996 al quedar liberado de la norma que había establecido su pérdida de eficacia, por cuanto que esta se ha producido por virtud de un mecanismo de sucesión convencional sin voluntad expresa de salvarlo en el posterior convenio.

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes datos o circunstancias: a) Con fecha 31.01.96 se firmó un acuerdo de derecho sindical entre la demandada y CC.OO., U.G.T. y USO (obra en el ramo de prueba de los actores, por lo que se da por reproducido), en el que se establecían determinados créditos horarios, en virtud de los cuales los actores han venido disfrutando de un crédito de 30 horas mensuales, el Sr. C. y 15 horas mensuales el Sr. O. Y el mismo entró en vigor "apartir de la fecha de su firma, acordándose que su vigencia y prórroga será la establecida en el I Convenio Colectivo de AENA, sometiéndose por tanto a las vicisitudes de ésta". No obstante, se mantuvo en vigor durante la vigencia del II Convenio Colectivo, suscrito el 29.12.98.; b) Con fecha de 25 de enero de 2002 se firmó un Acuerdo de Derechos Sindicales en AENA, dentro del ámbito del III Convenio Colectivo, siendo las partes firmantes la propia entidad AENA y las representaciones de las Organizaciones Sindicales CC.OO., USO, y FSAI, reproduciéndose en esencia el contenido del Acuerdo de 1996, pero limitándolo a las organizaciones sindicales firmantes, entre las que no estaba el sindicato UGT. En la cláusula 7ª de dicho acuerdo se establece: "Asimismo, queda derogado el Acuerdo de Derechos Sindicales en el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (Aena) de 31 de enero de 1996". El organismo demandado retiró a los actores, en fechas 28.01.02 y 14.10.02, el crédito horario sindical que venían disfrutando en básela Acuerdo de 31 de enero de 1996 de que se hace mención en el Hecho Probado Segundo; y c) Con fecha 11.11.02 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en procedimiento de impugnación de Convenio Colectivo seguido por la Federación de Servicios Públicos de U.G.T. contra la demandada, FETCOMAR, USO, FSAI y Ministerio Fiscal, en la que se declaraba "la nulidad del acuerdo de Derechos Sindicales de 25 de enero de 2002". Dicha sentencia figura en ambos ramos de prueba, por lo que se da expresamente por reproducida.

La Sala no comparte la argumentación de la parte recurrente, dado que si los demandantes venían disfrutando del crédito horario al que se hace referencia en el anterior apartado a), en virtud del acuerdo de 31.01.96 que establecía determinados créditos horarios, y este derecho se le retira a consecuencia del acuerdo de 25.01.02, en el que se reproduce en esencia el contenido del acuerdo de 1996, pero limitándolo a las Organizaciones Sindicales firmantes, entre las que no se encontraba el Sindicato UGT, al que pertenecían los accionantes, hemos de convenir que si la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 11.11.02 ha declarado la nulidad del acuerdo de derechos sindicales de 25.01.02, ha de tenerse por desaparecida la causa que originó la retirada de aquel derecho. Y además no tendría sentido que a los demás Sindicatos se les respetara y mantuviera los créditos sindicales y a los demandantes se les privara de aquellos beneficios y la facilidad que la para el ejercicio de los mismos la empresa les había otorgado, cuando el motivo que podía haber justificado su retirada ya no existe al haber desaparecido.

En consecuencia ha de estimarse correcta y ajustada a derecho la sentencia de instancia que ordenan reponer a los actores en sus respectivos créditos horarios y a indemnizarles en las cantidades que en aquella se reseñan. Lo que conlleva la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACION AEREA (AENA), contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña, de fecha 03.06.03, dictada en autos núm. 248/03 seguidos a instancia de don J.J.C.F. y don J.M.O.V. contra AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA) sobre TUTELA LIBERTAD SINDICAL, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3713 **Recurso núm. 4.533/03**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DO SISTEMA DE REMUNERACIÓN. NECESIDADE DE NEGOCIACIÓN COS REPRESENTANTES LEGAIS DOS TRABALLADORES.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Mª. Antonia Rey Eibe

A Coruña, a ocho de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.533/03, interpuesto por "C.C., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por COMISIONES OBRERAS (CC.OO), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) Y EL COMITÉ DE EMPRESA DE "C.C., S.A." en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO, siendo demandado EMPRESA "C.C., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 247/03 sentencia con fecha 10 de abril de 2003, por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Las personas que encabezan la demanda, don R.V.P., doña M.T.S.N. y don X.V.D. son representantes de los sindicatos Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores y Confederación Intersindical Galega y don M.S.C.L., Presidente del Comité de Empresa.- El Conflicto afecta a todos los trabajadores de la plantilla.- SEGUNDO.- Figura en el ramo de ambas partes fotocopia del Convenio Colectivo de la empresa de fecha 19 de junio de 2002, publicado en el BOP de Lugo el 20 de julio siguiente que se tiene por reproducido.- En el artículo 20 del Convenio se recoge la prima de producción variable en los siguientes términos: "Prima de producción variable.- Se establece esta prima para todo el personal, incluido el de Ensacado, en función de la producción de clinker, que será mínima según las cantidades que se expresan en la tabla de salarios del Anexo I, incrementándose su valor de acuerdo con el aumento de la producción, de clinker, según anexo II. El cálculo de la misma se efectuará por el total anual móvil (T.A.M.)".- El Anexo II del Convenio establece la tabla general de euros /día de prima a aplicar desde el día 1 de enero de 2002.- Los anteriores convenios de empresa contenían una disposición igual al artículo 20.- TERCERO.- La forma de calcular la prima de producción variable se hace mediante la fijación del total anual móvil para cada mes (TAM o media de producción anual de clinker en el mes anterior del que se trate) y su aplicación a la tabla de producción.- A una producción de 360.000 toneladas mensuales, calculadas por el TAM o total anual móvil, se corresponde una prima de producción de 69,0 si bien existen dos excepciones correspondientes a dos colectivos, uno de 24 per4sonas que tiene fijado el 69,5 y otro de 11 personas que tiene fijado el 70,0.- De esta forma, una vez calculado el total anual móvil, por cada 2.000 toneladas más de producción sobre 360.000 toneladas la prima aumenta 0,5 puntos.- CUARTO.- El parámetro de 360.000 toneladas como equivalente a 69 puntos en la tabla de prima de rendimiento se calculó, hace unos treinta años, por medio de la aplicación de la fórmula:

$$R = 60 + 100 \times \frac{PR - PN}{PO - PN}$$

Siendo:

PR = Producción Real

PN = Producción Normal

PO = Producción Optima

R = Rendimiento

Los parámetros que se venían aplicando eran los siguientes:

	Sin la ampliación	Con la ampliación
Producción Normal	859 t/día	1,221 t/día
Producción Real	950 t/día	1.350 t/día
Producción Optima	1.143 t/día	1.624 t/día

QUINTO.- A principios del año 2002, la empresa demandada realizó una serie de modificaciones en las instalaciones (Horno II) con objeto de incrementar la producción de clinker y de reducir los costos energéticos. Las modificaciones fueron estudiadas con anterioridad por la empresa y se pusieron en marcha a finales de marzo o principio de abril. La empresa encargada de la obra, suministro, montaje y puesta en marcha fue "C., S.A."

Figura en el ramo de prueba de la parte demandada el contrato suscrito entre la empresa demandada y "C., S.A." por lo que se tiene por reproducido.- La producción media diaria de los diez años anteriores a las mejoras introducidas era de 1.083 toneladas. En la actualidad, y tras las mejoras, la producción se sitúa en 1.300 toneladas de media diaria.- SEXTO.- La empresa demandada realizó algunas mejoras en el sistema productivo en los últimos treinta años a pesar de lo cual no consta que el sistema del cálculo de la prima de producción fuera modificada.- SÉPTIMO.- A partir del mes de octubre de 2002 la empresa dejó de abonar la prima de producción.- OCTAVO.- El día 13 de diciembre de 2002, los ahora demandantes presentaron escrito ante el Consello Galego de Relacións Laborais promoviendo un Arbitraje de Derecho.- El día 17 de febrero de 2003 se presentó papeleta de conciliación celebrándose el acto el día 5 de marzo con el resultado de "SEN AVINZA".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo estimar y estimo la demanda promovida por don R.V.P. en representación de COMISIONES OBRERAS; doña M.T.S.N., en representación de UNION GENERAL DE TRABAJADORES; don X.V.D. en representación de CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA y don M.S.C.L. en representación del Comité de Empresa de "C.C., S.A.", contra "C.C., S.A.", declaro el derecho de los trabajadores de la empresa demandada a percibir el plus de productividad en los términos recogidos en el artículo 20 del Convenio Colectivo tal con arreglo a los parámetros que se venían aplicando hasta octubre de dos mil dos".

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 estima la demanda y declara "El derecho de los trabajadores de la empresa demandada a percibir el plus de productividad en los términos recogidos en el art 20 del Convenio Colectivo tal con arreglo a los parámetros que se venían aplicando hasta octubre de 2002", recurre en Suplicación la empresa demandada, solicitando con amparo procesal en el art 191.b de la LPL revisión de hechos probados, en concreto del ordinal tercero, a fin de que se sustituya el último párrafo por el que propone en su escrito de recurso. Se basa el recurrente en la documental obrante en la causa a los folios 353 (BOP de Lugo) y 119 (Anexo II al Convenio Colectivo de 1982).

La revisión no se admite por cuanto que el recurso de Suplicación es un recurso 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 de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias y exclusivamente en tanto que tales pruebas evidencien por si mismas 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 más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil 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 otra parte (así S TSJ Galicia de 03.10.00, 15.04.00, entre otras), que es lo que acontece en el supuesto que nos ocupa al haber sido valorados tales documentos por la juzgadora de instancia y en virtud de los cuales llegó a la conclusión que se expone en el ordinal que se impugna.

Y lo mismo con relación al hecho cuarto de prueba en el que el recurrente basa su pretensión en el documento obrante a las actuaciones al folio 357, que contiene el acta de la reunión del Comité de empresa, celebrada el 14 de mayo de 1981, por cuanto que pese a ser materialmente un documento no constituye prueba documental propiamente dicha a los efectos de una modificación del relato fáctico, constituyendo una simple manifestación de declaraciones que allí se exponen, que se identifican más con la prueba testifical, que con la documental, por lo que carecen de eficacia a los efectos revisorios, manteniéndose íntegramente el ordinal cuarto de la sentencia de instancia, y consecuentemente con lo solicitado, y por las razones expuestas en el recurso, el hecho probado sexto.

SEGUNDO.- Con idéntico amparo procesal en el art. 191.b de la LPL solicita el recu-

rrente con fundamento en los folios 168 a 174, inclusive, 222 a 233, inclusive, y 318 a 322, la supresión del hecho probado séptimo por cuanto dichos folios, aportados por los demandantes, constatan que en los salarios de los trabajadores a que se refieren percibieron la prima fija hasta al menos, diciembre de 2002.

El motivo de revisión no se acepta por cuanto del contenido de los documentos que cita el recurrente no se infiere sin lugar a dudas la redacción que pretende, obedeciendo a una interpretación interesada y aislada de lo que se deduce de dichos documentos, deduciéndose de los mismos en relación con la restante documental unida a la causa tenida en cuenta por la magistrada de instancia para la redacción de dicho ordinal que: "A partir del mes de octubre de 2002 la empresa dejó de abonar la prima de producción".

TERCERO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c de la LPL denuncia el recurrente infracción del art 20 y Anexo II del Convenio Colectivo de la Empresa "C.C., S.A." publicado en el BOP de Lugo de 23.09.02.

La censura jurídica que se denuncia no se admite, por cuanto como sostiene el recurrente y así se constata en la resolución impugnada, el objeto de la presente litis no es la aplicación o no del art. 20 del citado convenio, cuestión en la que todas las partes están de acuerdo, sino si la empresa puede alterar o no unilateralmente el sistema de cálculo que hasta ahora se venía haciendo en función de las tablas que se habían ido incorporando a los sucesivos Convenios Colectivos, a la vista de las nuevas circunstancias; centrándose la cuestión planteada en los parámetros que sirven de base al cálculo del rendimiento, puesto que la aplicación automática del citado precepto convencional a partir de la entrada en vigor de las nueva técnicas que mejoran la producción en el año 2002, de acuerdo con el parámetro de 360.000 toneladas igual a 69 puntos de prima de producción, lleva a la elevación sustancial de la cantidad a cobrar por los trabajadores por tal concepto, lo que motivó que la empresa haya dejado de abonar la prima por considerar necesario un reajuste en los términos de la forma de cálculo.

Así las cosas, como se acredita de la redacción fáctica de la resolución impugnada resulta que:.1º) " A principios del año 2002, la empresa demandada realizó una serie de modificaciones en las instalaciones (Horno II) con objeto de incrementar la producción de clinker y de reducir los costos energéticos. Las modificaciones fueron estudiadas con anterioridad por la empresa y se pusieron en marcha a finales de marzo o principio de abril. La empresa encargada de la obra, suministro, montaje y puesta en marcha fue "C., S.A.". Figura en el ramo de prueba de la parte demandada el contrato suscrito entre la empresa demandada y "C., S.A." por lo que se tiene por reproducido.- La producción media diaria de los diez años anteriores a las mejoras introducidas era de 1.083 toneladas. En la actualidad, y tras las mejoras, la producción se sitúa en 1.300 toneladas de media diaria", y 2) "la empresa demandada realizó algunas mejoras en el sistema productivo en los últimos treinta años a pesar de lo cual no consta que el sistema de cálculo de la prima de producción fuera modificada"; de lo que se infiere que las reformas se vienen produciendo en la fábrica a lo largo de los años, durante los cuales nunca se han alterado las tablas que dan lugar al cálculo de la prima en sede de la negociación colectiva, reformas en la empresa que son una constante con el paso del tiempo, también es cierto que efectivamente las circunstancias de la producción han variado sensiblemente y que se debe no a la productividad de los trabajadores, sino a una mejora de la maquinaria debida a las grandes inversiones llevadas a cabo por la empresa. No obstante lo anterior, no cabe duda de que a la vista de las nuevas circunstancias los parámetros en los que se ha basado el cálculo de la prima de producción variable (extremo este que no prevé el convenio colectivo, el cual no fija los parámetros para la obtención de los diferentes tramos de productividad) y que se venían aplicando hasta octubre de 2002, después de haber estado vigente durante más de 30 años, si puede modificarse a tenor de las nuevas circunstancias, más ello en modo alguno comporta que pueda ser llevada acabo tal modificación de modo unilateral por la empresa, sino de conformidad con lo dispuesto en el ET y en Convenio Colectivo para los Acuerdos entre empresa y trabajadores, puesto que nos encontramos ante una modificación en las condiciones de trabajo que afecta al sistema de remuneración, y cuyo cálculo de parámetros debería efectuarse entre los sujetos negociadores, esto es, entre la empresa y los representantes de los trabajadores; máxime teniendo en cuenta que estas circunstancias existían y estaban perfectamente consolidadas a la firma del Convenio publicado el 20 de julio de 2002.

CUARTO.- denuncia el recurrente, con idéntico amparo legal en el art. 191.c de la LPL infracción del art. 26 del ET. Sostiene el recurrente, que la prima de producción tiene naturaleza propia de un complemento salarial que incentiva y retribuye el mayor esfuerzo y rendimiento de los trabajadores y no la producción misma, y lo que se retribuye con carácter variable es un rendimiento superior a 69, tal como establece el convenio colectivo y que se infiere de la formula preestablecida.

La censura jurídica que se denuncia no puede aceptarse, pues de todo lo actuado y atendiendo a la cuestión que aquí se debate, a tenor del convenio colectivo, y la política y practica empresarial tendente a una mejora de la condiciones no solo de los recursos humanos, sino materiales, en atención a inversión de la mejora de la maquinaria y su afán por abaratar costes, hace que la productividad aparezca como en si misma considerada, más que en atención exclusiva al rendimiento y esfuerzo del trabajador; todo ello en coherencia con la tendencia en el sector de la industria de la implantación no sólo de métodos de incentivación para una mayor productividad de los trabajadores empleados con otros que persigan la obtención de buenos resultados en la empresa, o una mayor rentabilidad del capital.

QUINTO.- Como último motivo del recurso, denuncia el recurrente, infracción del principio de condición más beneficiosa, al considerar que rige para las garantías in tuitu personam, y estas que ahora nos ocupan no son circunstancias de cada contrato individual que tiene carácter colectivo.

La pretensión del recurrente no se acepta, puesto que si bien la condición más beneficiosa tuvo su origen para aquellas mejoras otorgadas por el empresario unilateralmente al trabajador, tal concepto se ha ido ampliando para admitir que tal beneficio se conceda a una pluralidad de trabajadores, admitiéndose de esta manera, la condición más beneficiosa de carácter colectivo. Ahora bien, sea cual fuere la interpretación que se le diese a la cuestión planteada, lo cierto es que analizada la cuestión litigiosa, y resuelta por la juzgadora de instancia, en que los parámetros en los que se ha basado el cálculo de la prima de producción variable no pueden ser modificados unilateralmente por la empresa, sino de conformidad con lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, esto es acudiendo a la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores, procede confirmar, previa desestimación del recurso interpuesto la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando de Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "C.C., S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Lugo de fecha 10.04.03, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3714 Recurso núm. 4.452/03

S.S. INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESAS EN CASO DE TRASLADO DE NOTARIO, RESPECTO DOS EMPREGADOS DA NOTARÍA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a diez de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.452-03 interpuesto por doña M.S.C.G., doña N.N.A., NOTARIA DE M., C.B., don M.A.V.R., don F.L.P. y don J.L.B.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 251/03 se presentó demanda por doña M.S.C.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandados doña N.N.A., NOTARIA DE M., C.B., don M.A.V.R., don F.L.P. y don J.L.B.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha nueve de mayo de dos mil tres por el Juzgado de referencia que ESTIMÓ EN PARTE la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La demandante en autos, doña M.S.C.G., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, provista de D.N.I. nº ... ha venido prestando servicios como auxiliar administrativo en la Notaría de Q. (Lugo), desde 16.11.84 a

19.02.03, siendo sucesivamente titulares de la Notaria referida: Doña M.I.D.C. de 17.11.83 hasta 04.05.85, don J.A.C.G. de 09.02.89 hasta 29.09.95, don J.M.G.S. de 28.11.97 hasta 22.04.99, don J.L.B.S. de 08.11.99 hasta 31.10.01, doña M.T.M. en la actualidad y desde 19.02.03. La Notaría de Q. ha sido desempeñada, por vacante, por los siguientes Notarios en régimen de sustitución legal, todos ellos entonces Notarios titulares de M.: doña M.J.R.T.: entre el 29.09.95 al 28.11.97; don J.M.L.C.: entre el 22.04.99 al 08.11.99; doña N.N.A.: entre el 31.10.01 al 19.02.03. No ostenta la trabajadora ni ha ostentado cargo aluno de represtación legal o sindical de los trabajadores. Al tiempo del cese le correspondía percibir un salario bruto mensual, con inclusión de la P.P. de pagas Extras, de 1.225,16 €, equivalente a 40,84 €/día a efectos de indemnización. 2º. Don J.L.B.S. cesó en la Notaría de Q. por traslado voluntario a la de … (Palencia) el 31.10.01, contratando verbalmente doña N.N.A. con la demandante para que ésta siguiera prestando servicios en la Notaría de Q. (siendo aquélla Notaría de Q. por sustitución legal), respetándole en sus recibos de salarios la antigüedad de 16.11.84 y demás condiciones laborales y económicas preexistentes. No firmaron contrato alguno por escrito. La demandante nunca prestó servicios en la Notaría de M., haciéndolo exclusivamente en la de Q. y conforme al protocolo de ésta. 3º.- El 13.02.03 recibe la demandante por conducto notarial comunicación escrita de doña N.N.A., del tenor siguiente (sic): "Doña N.N.A., actual titular de la Notaría de M. (Lugo), sustituta legal, por vacante, de la Notaría de Q. (Lugo), por la presente le comunico que el DÍA DIECINUEVE DE LOS CORRIENTES tendrá lugar en el Ilustre Colegio Notarial de Galicia el acto oficial de TOMA DE POSESIÓN del nuevo titular de dicha Notaría de Q. doña M.T.F.. Como Vd. sabrá, y según dispone el ARTÍCULO 39 del Reglamento Notarial, en el plazo de los TRES DÍAS SIGUIENTES a la Toma de Posesión, el nuevo Notario comenzará a ejercer su cargo, consignando en el Protocolo la nota pertinente. Por todo ello, pongo en su conocimiento que desde dicho momento quedará extinguida la relación laboral que por razón de sustitución Vd. venia manteniendo con la "Notaría de M., C.B." de la que formo parte, en los términos a que se refiere el Artículo 11-3º, del Convenio Colectivo de Empleados de Notarías de Galicia, al finalizar el servicio de sustitución que daba origen a la citada relación laboral. Asimismo le notifico que desde dicho instante tiene a su disposición en la Notaría de M., (Lugo), la documentación, finiquito y cantidades pertinentes, rogándole que a la mayor brevedad posible pase por dicha Notaría, en horario de oficina, para proceder a la formalización definitiva del cese de la relación laboral de sustitución, por la cual le agradezco los servicios que hasta ahora ha venido prestando. Atentamente,". 4º.- Presentada papeleta conciliatoria ante el SMAC de Lugo por Despido el día 05.03.03, el 17.03.03 "se tuvo por no presentada por incomparecencia de la parte actora". La demanda se presentó el día 18.03.03, siendo repartida por turno a este Juzgado de lo Social con fecha de entrada de 21.03.03. El acto de conciliación estaba convocado para las 11,10 horas del 17.03.03, avisando la representación de la actora unos 20 minutos antes de que iba a retrasarse al encontrarse todavía en carretera; la representación de la demandada esperó hasta las 11.40 horas celebrándose el acto con el resultado ya indicado. Escasos 5-10 minutos después llegó al representación de la demandante, que a las 09.45 horas había sufrido una avería en su vehículo a la salida de Pontevedra, teniendo que avisar para su solución ("cable que estaba suelto") a un taller mecánico. 5º.- El 12.09.02 y con efectos de 01.10.02 Doña N.N.A., don M.A.V.R. y don F.L.P., decidieron constituirse en régimen de Comunidad de bienes girando bajo la denominación de "NOTARÍA DE M., C.B.". A partir de 01.10.02 los gastos que generaba la Notaría de Q. (luz, agua, teléfono, …) fueron abonados con los fondos conjuntos de la C.B., lo mismo que las nóminas o recibos de salarios de la demandante. 6º.- Los otros dos comuneros distintos de doña N.N.A. sólo despacharon con la demandante doña M.S.C.G. asuntos propios de la Notaría de Q. conforme al protocolo de doña N.N.A. y por causa de imposibilidad de esta (verbigracia por maternidad), haciéndolo así constar en las escrituras que autorizaban, esto es, de modo excepcional). 7º.- A la actora por transferencia bancaria se le abonaron en 02.03 817,06 € netos por liquidación según conceptos: Vacaciones 134,98, indemnización por fin de contrato 126,02, liquidación verano 273,71 y liquidación pagas extras 3.383,34 € - retención de 100,99 € por IRPF 11%-".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda deducida por doña M.S.C.G., sobre Despido, frente a la empresa doña N.N.A., y previo rechazo de la excepción de caducidad de la acción, debo declarar y declaro improcedencia del despido, y, en consecuencia, debo condenar y condeno a dicha empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación

de la Sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora demandante o el abono de una indemnización de DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS DE EURO (2.389,14 €), entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o por la indemnización procede la primera; y, además, al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (19.02.03) hasta la de notificación de la Sentencia, a razón de 40,84 euros diarios de sueldo, y que hasta la fecha de la presente resolución incluida ascienden a la suma de TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS DE EURO (3.267,20 €). Se absuelve a los codemandados don J.L.B.S., a don M.A.V.R. y don F.L.P., así como a la NOTARÍA DE M., C.B., por no alcanzarles responsabilidad alguna en la litis".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por doña M.S.C.G., doña N.N.A., NOTARIA DE M., C.B., don M.A.V.R., y don F.L.P. siendo impugnado por los mismos. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia del despido condenando a la codemandada doña N.N.A. al abono de la indemnización por despido situando la antigüedad a estos efectos de 01.11.01. Frente a ella demandante y demandados interponen recurso de suplicación y al amparo del art. 191 b) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la demandante la revisión de los hechos declarado probados y en concreto del hecho declarado probado segundo "in fine" de la sentencia que quedaría redactado de la siguiente forma: "Don J.L.B.S. cesó en la Notaría de Quiroga por traslado voluntario a la de G. (Palencia) el 31.10.01; contratando verbalmente doña N.N.A. con la demandante para que ésta siquiera prestando servicios en la Notaría de Q. (siendo aquella notaria de Q. por sustitución legal), respetándole en sus recibos de salarios la antigüedad de 16.11.84 y demás condiciones laborales y económicas preexistentes, y posteriormente el 01.10.02, la actora fue contratada por la "Notaría de M., Comunidad de Bienes", sin solución de continuidad entre uno y otro contrato y sin que éste, al igual que el anterior, hubiese sido formalizado por escrito".

Se apoya tal adición según el recurrente en el reconocimiento del codemandado don J.L.B.S., en el Acta de juicio y también en las propias hojas salariales aportadas por la demandada en las que figura, a partir de 01.10.02, la citada Comunidad de Bienes como empresa empleadora.

Y con el mismo apoyo procesal se pretende la modificación del hecho declarado probado tercero, que redacta de la siguiente forma: "El 13.02.03 recibe la demandante por conducto notarial comunicación escrita de "Notaría de M., C.B.", del tenor siguiente: "La razón de esta modificación se fundamenta en la propia comunicación de despido que efectúa a medio de Acta Notarial".

Ninguna de las revisiones puede ser estimada; la primera porque 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 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 (SSTS de 17 de octubre de 1990, Ar. 7.929 y 13 de diciembre de 1990, Ar. 9.784) hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa de manera que 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, entre otras, 03.03.00, 14.04.00, 15.04.00, y 12.04.02). Y la contratación que alega la demandante no esta acreditada y solo en las nominas se hace constar como empresa "Notaría de M., C.B.", pero no la existencia del contrato y ello significa que solo a efectos económicos es retribuida por la comunidad de bienes pero no presta servicios para ella, sino que su trabajo lo ha desarrollado siempre en la notaría de Q.

Y respecto del HDP tercero porque al folio 92 consta la comunicación que la sentencia de instancia declara probado y la misma esta for-

mulada y firmada por la demandada doña N.N.A. y no por la C.B. como alega al recurrente.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del art. 191 c) de la de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia por la demandante la infracción por inaplicación del art. 3.1.c, en relación con el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia sobre condición más beneficiosa o derecho adquirido. Denuncia que no prospera porque como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, bastando citar las Sentencias de 1 de abril (RJ 1987/2.310) y 21 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8.994), de 23 de marzo (RJ 1988/2.361) y 10 de mayo de 1988 (RJ 1988/3.591) y de fecha 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9.068), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, y, por tanto, con valor vinculante, la designación de un nuevo Notario para la plaza preexistente no es incardinable en la figura de sucesión de empresas que contempla el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual significa que el nuevo Notario no se halla obligado a subrogarse en los contratos de trabajo que ligaba al anterior titular de la plaza con los empleados que componían su plantilla, de manera que la Notaría regida por el actual titular no es empresa continuadora de la que regentó el fedatario antecesor, por lo que no tiene porqué subrogarse en las obligaciones de una relación laboral que no se transmite.

E infracción por inaplicación del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 6 de marzo de 2000 en Unificación de Doctrina que mantiene la inaplicabilidad del artículo 44 del ET en los supuestos de empleados de notarías, pero establece no obstante que ello será "sin perjuicio de que los ceses deban producir las consecuencias previstas en la legislación laboral vigente, en función de la naturaleza del vínculo temporal o indefinido que el notario haya decidido establecer" y por lo mismo reclama la antigüedad del inicio de la relación laboral de la actora en la notaría de Quiroga de 16.11.84. Motivo que no prospera por lo que luego se dirá.

Y por su parte la demanda-condenada denuncia en su Recurso con amparo procesal correcto la infracción de los artículos 8.1 y 2 y 15: 1 a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 8 y 2 y 11.1 y 3 del Convenio Colectivo de Empleados de Notarias de Galicia, entendiendo que la prestación de servicios habrá de ser la propia de "obra o servicio determinado".

La infracción de los artículos 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y art. 11.1 del convenio colectivo citado siendo por ello la indemnización la que consta en autos y regula el precepto y por ultimo la infracción del art. 11.2 del mismo convenio por lo que nunca la indemnización podría superar los 20 días.

El Tribunal Supremo, a propósito de reclamaciones formuladas por empleados de Notarías en materia de cesantías surgidas a consecuencia de los ceses que conlleva el traslado de Notario, expresa que este cese, por jubilación o traslado, produce la extinción del contrato y ello sin efectos subrogatorios para el nuevo titular (sentencia de 3 de julio de 1995 [RJ 1995/5.472], O. de 10 de julio de 1995 [RJ 1995/5.918]) o como dice la de 19 de julio del mismo año (RJ 1995/6.312), el cese coloca al empleado en desempleo involuntario porque «extingue el vínculo laboral por causa que le es ajena».

Pero ésta ha sido también la doctrina de los TSJ que aprecian en el traslado del Notario un motivo de cese y no un despido, justificado por los avatares propios de la función pública notarial (sentencia del TSJ de Cantabria de 27.02.95 [AS 1995/576]). También en este sentido las de Canarias/Las Palmas de 07.03.95 (AS 1995/1001), Navarra, de 29.12.94 (AS 1994/4.678], Baleares, de 02.06.95 (AS 1995/2.253) y Madrid, de 14.12.89. Esta Sala, por lo tanto, no puede obviar tal precedente, lo que haría si considerase despido y no cese la situación actual o, lo que es lo mismo, si confirmase la resolución de instancia, que por ello debe ser revocada.

Al igual que esta Jurisprudencia, consideramos que el cambio de destino, sea voluntario o forzoso, supone la extinción de la relación jurídica y no sólo por la previsión del artículo 28 a) del Decreto del año 1956, al que remite e integra el Convenio, sino por las mismas previsiones del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

La relación de trabajo de la demandante con la notario sustituta, por sustitución legal, se pacta para un servicio determinado y la expiración de tal servicio motiva de forma automática la extinción contractual. Se trata de una terminación natural, precisa y tal condición resolutoria no debe estar expresamente pactada, con la única obligación, por parte del Notario, del pago íntegro de la mensualidad en curso al producirse el cese. Es una consecuen-

cia ineludible de la naturaleza singular, a la que también hace referencia el Tribunal Constitucional, de la función pública notarial y de los avatares a los que es sometido su ejercicio por la misma incidencia de la norma reglamentaria controvertida. Por ello el hecho de que el contrato no se hubiera formalizado por escrito no lo convierte en relación laboral indefinida como dice la sentencia de instancia, si no que, como dice el art. 8.2 "in fine" del E.T.: "De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios". Por tanto, extinguida la relación laboral de la actora con el anterior notario, Sr. B.S., el 31.10.01, por traslado voluntario de este, habrá de analizarse la naturaleza de la relación laboral que la demandante inicia el 31.l0.01 con la codemandada doña N.N.A., resultando obvio que esta relación concertada verbalmente y durante el tiempo que mantenga la sustitución legal por vacante de la Notaria de Quiroga es la propia de "obra y servicio determinado" que autoriza el art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores y art. 11.3 del Convenio Colectivo, máxime cuando ha resultado acreditado que la prestación de servicios de la actora se limita exclusivamente al protocolo de la Notaria de Quiroga. Por lo que la notificación que se le hace a la actora el 1302.03 no constituye despido por el que se acciona por lo que la demandada debe ser desestimada.

El convenio colectivo en el art. 11 señala que: 1.- La relación laboral entre el notario y sus empleados se extingue por las causas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y, en especial, por la del traslado voluntario del notario. 2.- Si no hay acuerdo dentro de los quince días siguientes a aquel en que el notario comunique al empleado su traslado, se extinguirá la relación laboral desde la fecha en que el notario cese efectivamente en la localidad en que venía ejerciendo. El empleado en tal caso de traslado, tendrá derecho a percibir una indemnización en la cuantía establecida por los artículos 40.2º y 53.1º del Estatuto de los Trabajadores y en razón a los años de servicios prestados al notario. 3.- El derecho de indemnización por traslado del notario quedará en suspenso si el empleado contrata sus servicios con protocolo vacante, bajo la modalidad "para servicio determinado", esto es, por el tiempo que dure la sustitución. Extinguido este contrato, renacerá el derecho del empleado a exigir la indemnización en cualquiera de las formas que a continuación se establecen. 5.- El derecho a la indemnización, en caso de traslado del notario se extinguirá si el empleado entabla nueva relación laboral con otro notario, ya sea de la misma localidad, o de otra, y dejando a salvo lo establecido en el punto 3 anterior.

Es decir el traslado del Notario constituye un supuesto de extinción del contrato y da derecho a la indemnización prevista en convenio colectivo, que en caso de autos queda en suspenso por la contratación de la actora por la codemandada Sra. Nieto Alba, contrato cuyo cese y finalización del mismo por la incorporación del nuevo titular, no constituye despido sino el fin del contrato por la terminación por la realización de la obra o servicio objeto del contrato. Al calificarlo como ya hemos dicho de contrato temporal para obra o servicio. No hay, ni se ha producido despido alguno y por ello la demanda debe ser desestimada.

Procede, en definitiva, y por tales argumentos, revocar la sentencia de instancia.

Fallamos

Que estimado el recurso de suplicación interpuesto por doña N.N.A. y desestimando el de doña M.S.C.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, con fecha 09.05.03, debemos revocar y revocamos dicha resolución y con desestimación de la demanda inicial formulada por doña M.S.C.G., debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a los demandados doña N.N.A., NOTARIA DE M., C.B., don M.A.V.R., don F.L.P. y don J.L.B.S.

3715 **Autos núm. 6/03**

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO DE CENTROS ESPECIAIS DE EMPREGO. LEXITIMACIÓN NO BANCO EMPRESARIAL. NON CONCORRE DISCRIMINACIÓN. OBRIGA DE NEGOCIAR DE BOA FE. CONCORRENCIA DE CONVENIOS LEXÍTIMA.

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

A Coruña, a once de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos seguidos con el nº 6/03 a instancia de la ASOCIACIÓN DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CESMIGA) contra la patronal de los CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE ECONOMÍA SOCIAL Y SIN ÁNIMO DE LUCRO (CEGASAL), la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT-GALICIA y la FEDERACIÓN TEXTIL, el SINDICATO NACIONAL DE CC.OO. DE GALICIA y la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA CIG siendo el objeto del litigio IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 27 de agosto de 2003 se recibió en este Tribunal escrito del Letrado don R.M.R. en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CESMIGA), formulando demanda sobre impugnación del Convenio Colectivo Gallego de Centros Especiales de Empleo contra la patronal de los CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE ECONOMÍA SOCIAL Y SIN ÁNIMO DE LUCRO (CEGASAL), la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT-GALICIA y la FEDERACIÓN TEXTIL, el SINDICATO NACIONAL DE CC.OO. DE GALICIA y la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA C.I.G.

Por providencia del 8 de septiembre del corriente año, se admitió a trámite la demanda acordándose citar a las partes para la celebración de los actos de conciliación y de juicio que tuvieron lugar el día 2 de octubre siguiente con la asistencia del representante del representante de CESMIGA y los representantes de los demandados. Abierto el acto, la parte actora ratificó su demanda, el representante de la CIGA solicitó la suspensión del juicio por estar pendiente la impugnación del Convenio ante la Audiencia Nacional de lo Social y dado traslado a las partes se acordó la desestimación de la petición de suspensión, acordando la continuación del acto. Los demandados se opusieron a la demanda por los motivos que constan recogidos en Acta efectuando las alegaciones que estimaron oportunas. El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda. Recibido el juicio a prueba se declaró pertinente la documental propuesta acordándose su unión a los autos, procediéndose a la confesión propuesta por la parte actora y a la testifical solicitada por la parte actora y por la CIGA. En conclusiones las partes ratificándose sus alegaciones y peticiones así como el Ministerio Fiscal a la vista de la prueba practicada mantuvo su postura, las elevaron a definitivas quedando el juicio visto para sentencia.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- Con fecha de 8 de enero de 2003, dio comienzo la negociación del convenio colectivo de ámbito autonómico Gallego de los centros especiales de empleo, al objeto de acomodar, a la realidad concreta de los centros especiales de empleo de Galicia las condiciones que se establecen en el X convenio colectivo estatal de centros de asistencia, diagnostico, rehabilitación y promoción, de las personas con discapacidad, ajustándose a la posibilidad que recoge el articulo 7.

SEGUNDO.- Que según acta de constitución de la mesa negociadora de 08.01.03 la misma estaba integrada por CESMIGA por dos miembros, por CESAGAL por tres miembros, por UGT. Galicia por 4 miembros, por CCOO por 1 miembro y por CIG por 1 miembro y según acta de la reunión de la mesa negociadora (acta 1/2003) de fecha 11.02.03 esta estaba constituida por CESMIGA 2 miembros y CIG 1 miembro; que en acta de preacuerdo de la mesa negociadora del convenio colectivo de fecha 25 de marzo de 2003 por los representantes de CESMIGA manifiestan, que no van a proceder a la firma del convenio, dado que es un preacuerdo y ellos no están conformes con el texto aprobado en el preámbulo, ni con el texto aprobado en el artículo 2 que establece el ámbito del convenio.

TERCERO.- Que el convenio colectivo impugnado afecta a 72 empresas y 1500 trabajadores, así como a los participantes que no firmaron el convenio (CESMIGA).

CUARTO.- Que la asociación CEGASAL cuenta como miembros de la asociación con 21 empresas y 810 trabajadores.

Que en el acta de constitución de la mesa negociadora del convenio colectivo de centros especiales de empleo de 8 de enero de 2003 comparecen por CESMIGA 2 miembros, por CEGASAL 3 miembros, y los correspondientes de UGT Galicia CCOO y CIG y ambas partes se reconocen con legitimidad suficiente para la firme del presente convenio colectivo.

En acta de acordó final de fecha 7 de abril de 2003 comparecen en representación de la parte empresarial (CEGASAL) 4 miembros y en representación de la parte social por la federación nacional de comercio, turismo, hostelera e xogo de UGT, Galicia, 2 miembros, por CCOO 1 miembro y por CIG 1 miembro.

QUINTO.- Que por resolución de 25 de abril de 2003 de la Dirección General de relaciones laborales se dispone la inscripción en el registro y la publicación en el diario oficial de Galicia,del convenio colectivo de centros especiales de empleo de ámbito autonómico, el citado convenio regula en la sección segunda el ámbito territorial, funcional y personal y el articulo 2 que regula el ámbito establece que: "El presente convenio regula las relaciones laborales de la totalidad de los trabajadores y trabajadores, sean o no discapacitados, que presten sus servicios por cuenta y dentro de la organización de las empresas o entidades que tengan reconocida la condición de centro especial de empleo en la comunidad autónoma de Galicia, según las condiciones que se recogen en el presente artículo.

A los efectos de la consideración particularizada de los distintos tipos de centros especiales de empleo que requieren condiciones laborales diferenciadas, la estructura del presente convenio considerara las disposiciones aplicables a cada uno de los centros en función de la siguiente topología:

Centro especiales de empleo de economía social y sin ánimo de lucro, entendiendo por tales: 1.- cooperativas laborales. 2.- sociedades laborales 3.- asociaciones, fundaciones y demás entidades sin animo de lucro que reviertan los beneficios en los propios trabajadores/as o en acciones que favorezcan la integración de las personas con discapacidad. 4.- las sociedades participadas mayoritariamente por las entidades señaladas en el apartado 3.- centros especiales de empleo que no se encuadren en la letra a) y su actividad se regule en un convenio sectorial; centros especiales de empleo que no se encuadren en la letra a) y para su actividad no exista un convenio sectorial de aplicación; los centros especiales de empleo a los que se refiere la letra b) del punto 2 se aplicaran los convenios colectivos sectoriales existentes en cada uno de los sectores en los que la actividad productiva del centro se encuadra, en el caso de los centros especiales de empleo de la letra c) del punto 2, cuando no exista un convenio colectivo sectorial de aplicación,se aplicarán las condiciones normativas recogidas en el presente texto y las condiciones económicas de la Tabla salarial que recoge el anexo II en tanto no exista un convenio sectorial de aplicación, a partir de este se aplicara el nuevo convenio sectorial de acuerdo con lo establecido en el punto 3 del presente artículo.

SEXTO.- Con fecha de 29 de abril de 2003 la entidad CESMIGA presento ante la dirección general de relaciones laborales de la Xunta de Galicia escrito de impugnación del convenio colectivo gallego de centros especiales de empleo por ilegalidad, petición que fue desestimada por silencio.

SÉPTIMO.- Que con anterioridad a la suscripción del convenio colectivo impugnado, había un convenio de CESAGAL y había empresas que aplicaban el convenio sectorial y otras no lo aplicaban.

OCTAVO.- Que el convenio colectivo estatal se encuentra impugnado ante la Audiencia Nacional, en donde se siguen autos nº 000066/2003 sobre impugnación de convenios seguidos a instancia de ANCEE contra Ministerio Fiscal, FED enseñanza, CCOO, CIG, FETE, UGT, CECE, Educación y gestión, AEDIS, FEACEM.

NOVENO.- Que con fecha de 27 de agosto de 2003, se presento demanda sobre impugnación del convenio colectivo gallego de centros especiales de empleo por la asociación de centros especiales de empleo Cesmiga solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: 1-la nulidad de la totalidad del convenio por falta de legitimación de la entidad Cegasal, para la firma de un convenio estatutario para todos los centros especiales de empleo,o por falta de la mayoría suficiente para la adopción del acuerdo dentro de la comisión negociadora 2.- de los preceptos discriminatorios que infringen el principio de igualdad constitucional tanto para los trabajadores como para los centros y especialmente del articulo 2 (salvo el primer párrafo) y las tablas saláriales especiales, en cuanto estable-

ce diferencias entre los distintos centros especiales de empleo a efectos de quedar sujetos al convenio especifico que se pacta, al del sector o a una tabla salarial especifica. 3.- de la totalidad del convenio y en su defecto del articulo 2 por infracción del principio de buena fe contractual, dolo y abuso de derecho en caso de que se entienda que la entidad Cegasal estaba legitimada o tenia la facultad de suscribir el convenio,en cuanto que únicamente defiende los derechos de unos centros especiales de empleo frente a otros que perjudica. 4.- del articulo 2 del convenio autonómico por infracción del principio de legalidad en cuanto que remite a determinados centros especiales de empleo al convenio del sector de la actividad, lo cual es contrario al convenio estatal, dado que determinadas materias no pueden ser objeto de negociación en el convenio colectivo autonómico, y la remisión de dichos centros se efectúa, en bloque.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Que con carácter previo y antes de entrar en el fondo del asunto ha de resolverse sobre las excepciones alegadas. Que por las demandadas se alegaron las excepcione de litispendencia y defecto legal en el modo de proponer la demanda.

El sindicato CIG alego la excepción de litispendencia por estimar que dado que se alega la concurrencia con el convenio estatal y éste esta impugnado ante la audiencia nacional hay posibilidad de que esta sala analice la concurrencia y en ese momento no exista convenio. Y respecto de ello cabe decir, dando respuesta a la excepción de litispendencia planteada en relación al proceso incoado por la demanda ante la Audiencia Nacional al que hemos hecho referencia en los hechos probados, que se suscita en tal demanda la cuestión de la legalidad del Convenio Nacional, que las partes de aquel litigio, tal y como aparece planteado en el escrito de subsanación de la demanda, no coinciden plenamente con las del presente proceso, pues en aquél no es llamada ni la asociación patronal aquí demandada ni la asociación patronal demandante.

De otro lado, lo que hemos expuesto evidencia que el objeto del proceso es distinto al del actual, ya que se trata allí de evaluar la legalidad de una norma convencional diferente. Por tanto, no se da la triple identidad exigible para la apreciación de la cosa juzgada del artículo 1.252 del Código Civil (hoy derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, más aplicable al presente proceso en virtud de la Disposición Transitoria Segunda de la misma) y, por ello, tampoco se cumplen los requisitos necesarios para apreciar litispendencia.

Por lo que respecta a la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por el sindicato CCOO y a la que se adhirió el ministerio fiscal, y ello por estimar que se pide la nulidad de preceptos discriminatorios y, sin concretar que preceptos concretos se pide que se declaren nulos. Por otra parte no se dice si las pretensiones del suplico de la demanda son conjuntas o subsidiarias; en definitiva se estima que se infringe la concreción y ello origina indefensión.

Y sin perjuicio de señalar que tal pretendida excepción no lo es en el ámbito laboral, en el que es principio la subsanación de posibles defectos al amparo del artículo 81 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que motivaría, en todo caso la retroacción de actuaciones y la necesaria concreción del pretendido defecto por la actora; lo cierto es que dicha excepción debe ser igualmente desestimada, toda vez que no se estima que exista falta de concreción que origine indefensión a la partes, pues de una lectura combinada de los hechos, los fundamentos y el suplico de la demanda se deduce con claridad lo que se pide; no estimándose necesaria la concreción de todos los preceptos cuya nulidad se solicita, ni tampoco la aclaración de si los pedimentos del suplico se formulan con carácter conjunto o subsidiario, pues de la lectura combinada, como se ha expuesto se deducen con claridad las pretensiones de la parte actora.

SEGUNDO.- Que entrando en el fondo del asunto, tres son las cuestiones planteadas en la presente litis, la primera es la relativa a la legitimación para negociar, pues estima la demandante que la asociación CEGASAL demandada carece de legitimación para negociar un convenio que vincule a todos los centros especiales de empleo y ello por cuanto que solo representa de forma mayoritaria a un tipo determinado de centros especiales de empleo sin animo de lucro y solo ha defendido los intereses de estos, la segunda relativa a la discriminación, pues estima que el convenio resulta discriminatorio, pues según resulta de la exposición de motivos y del articulo 2 pretende primar unos centros especiales de empleo los que califica sin animo de lucro y economía social y que son representados mayoritariamente por la asociación demandada Cegasal frente a los demás que excluye del

convenio y que remite a los del sector o a falta de este a una tabla especial; en tercer lugar alega que de encontrarse legitimada la antes citada Cegasal para la firma del convenio o tener potestad en virtud de la composición de la mesa de negociación estima que existe un supuesto claro de dolo, abuso de derecho y mala fe para negociar,pues pretende valerse de dicha legitimación o potestad para pactar una serie de condiciones para unos centros especiales de empleo que mayoritariamente representa que se verían favorecidos y que se pretende potenciar frente a otros cuyos intereses no defiende que se quiere perjudicar aplicándoles el del sector y excluyéndolos de la aplicación del estatal que resulta mas beneficioso; y finalmente como ultima cuestión alega que la remisión a otros convenios del sector resulta ilegal en cuanto supera las posibilidades de negociación permitidas en el convenio estatal para un convenio colectivo de ámbito autonómico.

Pues bien, por razones de método ha de comenzarse por el examen de la primera cuestión sobre la legitimación para negociar,y respecto de ello cabe decir que, de conformidad con lo establecido en el articulo 87.2.a),b) y c) y 3 del ETT están legitimados para convenir en las unidades de negociación supraempresariales, del lado de los empresarios, las asociaciones empresariales –cada asociación empresarial singularmente considerada –que en la unidad de negociación, esto es en el ámbito geográfico y funcional del convenio, cuenten o afilien al diez por ciento de los empresarios "en el sentido del articulo 1.2 de esta ley", es decir de los empresarios que empleen a trabajadores por cuenta ajena, siempre que ocupen al menos el diez por ciento de los trabajadores de la propia unidad o ámbito; y en el supuesto de autos, tal circunstancia no es discutida, y así de forma expresa,en el inicio de la negociación, la demandante reconoce a CEGASAL que reúne todos los requisitos exigidos por el ETT, a fin de negociar un convenio, y en efecto "CEGASAL" cuenta con mas del 10% de los empresarios y trabajadores ocupados en el ámbito geográfico y funcional del convenio ahora impugnado; según lo exigido por el artículo 87.3 del ETT antes citado y CEGASAL representa a los empresarios del sector en el ámbito geográfico en cuestión que ocupan a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio (art 88.1 del ET). Que asimismo en el supuesto de autos, en el reparto de la comisión negociadora se hizo en función del numero de trabajadores (3 representantes para la demandante CESMIGA y 5 representantes para la demandada CEGASAL; por todo ello es obvio que la demandada CEGASAL ostentaba plena legitimación para negociar y para constituir validamente la comisión negociadora por imperativo del articulo 88.1 del ETT; siendo de señalar al respecto la sentencia del TS de fecha 25 de enero de 2001 que establece ".....Para salvar la laguna se acude a la técnica de presumir que,en principio,quien tenga negociado un convenio colectivo, reconociéndose de forma reciproca como interlocutores,gozan de legitimación y representatividad suficiente para negociar en los respectivos niveles,invirtiendo la carga de la prueba, de forma que quien niegue alguna de esas cualidades tendrá que demostrar que carece de ellas la asociación empresarial de que se trate,y no pesa sobre la demandada la carga de probar la representatividad que se le niega, hay por tanto una presunción de legalidad favorable al convenio..." Por ello es obvio que la demandada goza de legitimación y además según el criterio jurisprudencial expuesto la carga de desarrollar prueba en contrario le correspondía a la asociación demandante,que no solo no ha efectuado, sino que además en las primeras reuniones celebradas en enero de 2003 al inicio de la negociación, le reconoció plena legitimidad a la ahora demandada para la firma del convenio colectivo hoy impugnado; que en cuanto a la legitimación básica esta aceptada por la demandante y en cuanto a la legitimación para firmar el convenio CEGASAL tiene el 62,5% y la asociación demandante solo el 35% de los trabajadores,por lo que la primera tiene mayoría y por ello legitimación plena, tanto inicial como para negociar, por lo que la primera petición relativa a que se declare la nulidad de la totalidad del convenio por falta de legitimación de la entidad CEGASAL para la firma del convenio estatutario para todos los centros de empleo o por falta de mayoría suficiente para la adopción del acuerdo dentro de la comisión negociadora, ha de ser desestimada.

Que por lo que se refiere a la segunda cuestión, la relativa a la discriminación ,al estimar la demandante que el convenio resulta discriminatorio, pues tal y como se recoge en la exposición de motivos y después regula pretende primar unos centros especiales de empleo, los que califica de sin animo de lucro y economía social que define en el articulo 2 y que son representados mayoritariamente por CEGASAL frente a los demás que excluye del convenio remitiéndolos al del sector o a falta

de este a una tabla especial,por lo que solicita la nulidad de los preceptos discriminatorios, que infringen el principio de igualdad constitucional tanto para los trabajadores como para los centros y especialmente del articulo 2 y las tablas salariales especiales, en cuanto establece diferencias entre los distintos centros especiales de empleo; cabe decir, en primer lugar, señalar que el Tribunal Constitucional ha ido elaborando una doctrina sólida, bien que evolucionada, al interpretar el artículo 14 de la Constitución Española. De la labor interpretativa del artículo 14 de la Constitución Española se diferencia nítidamente el doble contenido del precepto: de un lado, la consagración del principio de igualdad ante la Ley, que es el que interesa en el caso enjuiciado, de otro, la prohibición de discriminación en razón a determinadas circunstancias, que aquí se denuncia como infringido. Por virtud del primero, el Tribunal Constitucional ha entendido que no todo trato desigual es inconstitucional. Que no debe hacerse abstracción de los elementos de diferenciación que tengan trascendencia jurídica, sino que sólo es violado el principio constitucional si la desigualdad aparece desprovista de una justificación objetiva y razonable, y que la diferencia de trato no constituye por sí sola una discriminación, salvo que tuviere por causa alguna de las previstas en el artículo 14 de la Constitución Española. Como afirma el Tribunal Constitucional en Sentencia 22/1981, de 2 de junio, la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida. Por otra parte, el presupuesto base para que entre en juego el principio de igualdad es la existencia de igualdad de situación entre la persona que se considera víctima de la discriminación y otra u otras que se señalan como término de comparación (Sentencia del Tribunal Constitucional número 113/1984. Como señala la Sentencia 148/1986, de 25 de noviembre (RTC 1986\148): «el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución Española es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean efectivamente comparables –Sentencia 76/1986– y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario y caprichoso». Así entendido el principio de igualdad, es claro que el mismo no impone la necesidad de igualdad absoluta de trato en el ámbito de las relaciones privadas, de modo que convierta en discriminatorio y sancionable con nulidad radical cualquier diferencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1988). Ciertamente son rechazables las diferencias arbitrarias, las vejatorias o las lesivas de derechos. Por el contrario, no lesionan el principio de igualdad aquellas diferencias que encuentran justificación, objetiva y razonable, a título de ejemplo, en el diferente tipo de trabajo, la cualificación del trabajador, el sector de actividad o la organización del trabajo en la empresa (Sentencias del Tribunal Constitucional números 79/1983, de 5 de y 57/1990, de 29 de marzo).

Pues bien, en el supuesto de autos, y teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, la sala estima que no nos encontramos ante la elemental identidad de supuestos de hecho comparados por la demandante, identidad imprescindible para apreciar el concepto de igualdad que esta pretende y dicha identidad se estima que no existe en los hechos que nos ocupan, toda vez que los centros de empleo de economía social y sin animo de lucro reúnen una serie de características peculiares que los hacen merecedoras de un tratamiento diferenciado, que no discriminatorio, existiendo en definitiva unas cualidades diferentes que distinguen uno y otro modelo empresarial y que en suma vienen a justificar un tratamiento diferenciado (que no discriminatorio en el convenio impugnado) por lo que procede asimismo desestimar dicha pretensión.

Que la tercera cuestión planteada es la relativa a la denunciada mala fe, dolo y ejercicio abusivo de derecho, estimando la demandante que la asociación patronal demandada incurre en dolo, fraude, mala fe y ejercicio abusivo de derecho al pretender prevalerse de la composición mayoritaria que ocupaba en la composición inicial de la mesa negociadora a efectos de beneficiarse y diferenciar entre distintos centros especiales de empleo a los que representa mayoritariamente CEGASAL y que define en el convenio de economía social y sin animo de lucro, frente a otros a los que no representa y no defiende y a los que trata de imponer condiciones mas gravosas y en base a lo cual solicita la nulidad de la totalidad de convenio y en su defecto del articulo 2 por infracción del principio de buena fe contractual, dolo y abuso de derecho.

Pues bien respecto de ello decir que, en efecto las partes se hallan bajo la obliga-

ción especifica de negociar bajo el principio de buena fe (artículo 89.1 del ETT) y la buena fe negocial impone, desde luego, que en la negociación misma no se use de intimidación, maquinaciones dolosas ni claro abuso por una de las partes del error en que la otra incurre, en definitiva la buena fe lo que pide es el deseo de las partes de abrir y agilizar la negociación y de llegar a un acuerdo razonable y la exteriorización de esa voluntad en el proceso negocial, evitando bloqueos, dilaciones, la imposición de condiciones imposibles (o abusivas o fraudulentas) o la búsqueda de rupturas injustificadas y la parte actora alega la infracción del principio de buena fe contractual por estimar que CEGASAL únicamente defiende los intereses de unos centros especiales de empleo frente a otros a los que perjudica, siendo de señalar al respecto que la buena fe se presume y que los fraudes e irregularidades en el proceso negociador han de probarse, y en el supuesto de autos no se han probado por lo que ha de decaer asimismo dicha petición efectuada por la demandante.

Y por último por lo que se refiere a la última cuestión planteada, la relativa a la posible existencia de concurrencia con el convenio estatal, cabe decir que no se observa en el supuesto de autos invasión alguna en materias del convenio estatal; que lo que el articulo 84 del ETT dispone al respeto es que un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contra pues bien el articulo 7 del convenio estatal reconoce no solo la validez y eficacia de los de ámbito inferior sino la posibilidad de efectuar pactos de acomodación y es que el propio artículo 84 del ETT establece que "... en todo caso, a pesar de lo establecido en el articulo anterior, los sindicatos y las asociaciones que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta ley, podrán, en un ámbito determinado que sea superior al de la empresa, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación" y en el supuesto de autos nos encontramos ante un convenio de ámbito superior al de empresa aprobado con las mayorías preceptivas; siendo de señalar que la Sala estima que el convenio impugnado no incurre en regulación de materias no negociables, o sea ninguna de las consignadas en el párrafo tercero del articulo 84 del ETT de esta forma la remisión a los convenios del sector hay que entenderla como autolimitada a las materias si susceptibles de negociación y no en vano, en congruencia con lo expuesto, el articulo 6 del convenio impugnado establece como primera norma de carácter supletorio el propio convenio colectivo de ámbito estatal.

Por todo ello y sin necesidad de más consideraciones procede la desestimación de la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en demanda.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por la ASOCIACIÓN DE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (CESMIGA) contra la patronal de los CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE ECONOMÍA SOCIAL Y SIN ÁNIMO DE LUCRO (CEGASAL), la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA, la FEDERACIÓN NACIONAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA, TURISMO Y JUEGO DE UGT-GALICIA y la FEDERACIÓN TEXTIL, el SINDICATO NACIONAL DE CC.OO. DE GALICIA y la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA CIG y absolvemos a los demandados de las pretensiones contenidas en demanda.

3716 **Recurso núm. 4.623/03**

S.S. CONCORRENCIA DOS REQUISITOS TÍPICOS DO TRABALLO ASALARIADO, CON DECLARACIÓN DE FIXEZA DO TRABALLADOR, AO SER TEMPORALMENTE CONTRATADO EN FRAUDE DE LEI NON POR UNHA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SENÓN POR UNHA EMPRESA PÚBLICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a quince de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.623/03 interpuesto por SOCIEDAD ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA 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 doña A.I.Q.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandado SOCIEDAD ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 843-2002 sentencia con fecha 26 de mayo de 2003 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada Sociedad Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia, con domicilio en Santiago de Compostela, en fecha tres de enero de dos mil, como responsable de prensa. 2.- Que la actora realizaba su trabajo, consistente en seguimiento y control del Gabinete de Prensa de la demanda, Área de Comunicación, emitiendo facturas mensuales por importe de doscientas noventa y una mil seiscientas pesetas (291.600 pesetas) mil setecientos cincuenta y dos euros cincuenta y cinco céntimos (1.752,55 euros) en el año dos mil; de trescientas tres mil doscientas sesenta y cuatro pesetas (303.264 pesetas) mil ochocientos veintidós euros sesenta cinco céntimos (1.822,65 euros) en el dos mil uno y de mil ochocientos setenta y un euros sesenta y cinco céntimos (1.871,65 euros) en el dos mil dos, que le eran abonadas por la demandada, con una retención de IRPF del 9% en el dos mil y dos mil uno y del 18% en el dos mil dos y estando exenta de IVA. 3.- Que en el Cuadro de Personal / Catálogo de Puestos de la demandada, figura como vacante el puesto de Encargado del Área de Comunicación, figurando la actora en la Guía de Comunicación de Galicia dentro del Gabinete de Comunicación y habiéndosele entregado tarjetas de visita en las que consta que pertenece al Gabinete de Prensa. 4.- Que en las comunicaciones que la Xunta de Galicia dirigía a la actora, se refería a ella como Jefe de Prensa, y lo mismo ocurría con otras entidades como las Fundaciones Comarcales. 5.- Que mientras la actora prestó servicios para la demandada lo hizo con medios de trabajo puestos por ésta; debía de cumplir un horario de entrada y salida, como todo el resto del personal, de lunes a viernes de 8,15 a 15 horas y una tarde a la semana; tenia que firmar solicitudes de permisos y vacaciones, disfrutando de estas; debía de cumplir órdenes de los representantes de la demanda y se encontraba bajo las órdenes directas de don A.P., en aquel entonces Consejero – Delegado de la demandada. 6.- Que en el D.O.G. de veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve la entidad demandada convocó proceso selectivo de cobertura de plazas, entre las que se encontraba la de encargado de área de comunicación, para la que se exigía la Licenciatura en ciencias de la Información, no habiéndose cubierto la plaza. 7.- Que la actora publicó diversas colaboraciones en el Diario La Voz de Galicia, referentes a comarcas gallegas, y colaboró con la empresa Pórtico, durante el tiempo en que prestaba servicios para la demandada. 8.- Que otras veintidós personas prestaban servicios como Autónomos para la demandada. 9.- Que la actora estaba dada de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social. 10.- Que la actora causó baja médica el siete de mayo de dos mil dos, con el diagnóstico de Transtorno adaptativo mixto (Ansioso depresivo), continuando en la misma situación desde entonces y remitiendo semanalmente a la demandada los partes de confirmación por correo. Percibe las correspondientes prestaciones de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, con quien tiene concertada la cobertura de las contingencias comunes. 11.- Que a la actora no se le exigió para ser contratada el título de Licenciada en Periodismo. La actora realizó en marzo de dos mil la adaptación de la asignatura de Literatura Universal Contemporánea de la Licenciatura de Periodismo, en la Universidad Complutense de Madrid y obtuvo, en fecha treinta de abril de dos mil dos la compensación de las Asignaturas de Historia del Periodismo Universal y Relaciones Internacionales, en la misma Universidad, estando en disposición de poder efectuar los trámites conducentes a la expedición del Título de Licenciado en Periodismo. 12.- Que la demandada se constituyó mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Santiago don M.P.C., en fecha dieciocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro, siendo el 100% de su capital de titularidad de la Xunta de Galicia y rigiéndose, en cuanto al régimen de personal y contratación por la Ley 10/96 de cinco de noviembre. 13.- Que en jui-

cio celebrado en fecha de diciembre de dos mil dos, Autos 748/2002, el Letrado representante de la demandada alegó que la relación jurídica existente entre las partes quedó rescindida en abril de dos mil dos, por no presentar Título de Ciencias de la Información. 14.- Que por sentencia de este Juzgado de fecha veinticuatro de mayo de dos mil dos, Autos 748/2002 se estimó la demanda de la actora y se declaró que estaba vinculada con la demandada con una relación laboral fija desde la fecha de inicio de la prestación de servicios. 15.- Que en fecha once de diciembre de dos mil dos la actora presentó papeleta demanda de conciliación por despido ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, celebrándose el correspondiente acto en fecha veinte de diciembre de dos mil dos, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la demandada, presentando demanda ante los Jugados de lo Social de esta Ciudad, en la misma fecha."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y caducidad de la acción de despido, formuladas por la representación de la Sociedad Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia y desestimando la demanda formulada pro doña A.I.Q.A. contra la SOCIEDADE ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA, por inexistencia de despido, 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 demandado siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso 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. De las denuncias jurídicas, la primera se refiere a la infracción del artículo 1 y 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, denuncia canalizadora de una alegación de excepción de incompetencia de jurisdicción, de ahí que, como se hace correctamente en la formalización de la suplicación, el orden lógico obliga a examinarla con carácter previo al examen de las demás cuestiones litigiosas.

El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores establece, en su apartado primero, que "la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario", lo cual supone, a los efectos de acreditar la relación laboral, la retribución, la ajeneidad y la dependencia en la prestación de servicios, sin que, acreditada la prestación de servicios, se presuman la retribución, la ajeneidad y la voluntariedad, ya que, como dicen las Sentencias de 21.04.92, de 03.04.92 y de 08.10.92 del Tribunal Supremo, a esos aspectos no alcanza la presunción del artículo 8 del referido Estatuto.

No se discute, en el caso de autos, ni la retribución ni la ajeneidad, y así lo reconoce la demandada en la formalización del recurso de suplicación, sino solo la dependencia, y a los efectos de verificar si concurre resulta necesario realizar un breve recordatorio de los hechos declarados probados –los cuales recogen en este aspecto fielmente lo derivado de las pruebas practicadas en actuaciones-:

a) "Que la actora realizaba su trabajo, consistente en seguimiento y control del gabinete de prensa de la demandada, área de comunicación, emitiendo facturas mensuales", "que en el cuadro de personal / catálogo de puestos de la demandada, figura como vacante el puesto de encargado del área de comunicación, figurando la actora en la Guía de Comunicación de Galicia dentro del gabinete de comunicación y habiéndosele entregado tarjetas de visita en la que constan que pertenece al gabinete de prensa", y "que en las comunicaciones que la Xunta de Galicia dirigía a la actora, se refería a ella como jefe de prensa, y lo mismo ocurría con otras entidades como las fundaciones comarcales" –Hechos Probados Segundo a Cuarto-.

b) "Que mientras la actora prestó servicios para la demandada lo hizo con medios de trabajo puestos por ésta; debía de cumplir un horario de entrada y salida, como todo el resto del personal, de lunes a viernes de 8,15 a 15 horas y una tarde a la semana; tenía que

firmar solicitudes de permisos y vacaciones, disfrutando de éstas; debía de cumplir las órdenes de los representantes de la demandada y se encontraba bajo las órdenes directas de Don Andrés Precedo, en aquel entonces Consejero - Delegado de la demandada" –Hecho Probado Quinto-. Por lo demás, "la actora estaba dada de alta en el RETA de la Seguridad Social" –Hecho Probado Noveno-.

Pues bien, a la vista de estos hechos, la Sala comparte la solución de existencia de dependencia en la prestación de servicios argumentada en la sentencia de instancia, en primer lugar, atendiendo a la incardinación de la demandante en la organización de la demandada, incardinación reconocida en las relaciones frente a terceros con quienes la demandada debía relacionarse, en segundo lugar, atendiendo a la propiedad de los medios de trabajo utilizados en la prestación de servicios, los cuales son titularidad de la propia demandada, en tercer lugar, atendiendo al cumplimiento de un horario semanal y a la necesidad de solicitar permisos y vacaciones, denotando la existencia de un control empresarial sobre el tiempo de trabajo, y, en cuarto lugar, atendiendo a la existencia de órdenes e instrucciones del consejero delegado actuando como jefe inmediato. Todas estas circunstancias, valoradas en su conjunto, conforman indicios determinantes de la nota de la dependencia en la prestación de servicios, sin resultar desvirtuadas por datos meramente formales como es el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, de donde, en conclusión, no se infringe el artículo 1 y 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, se pretenden las siguientes tres revisiones fácticas de la declaración de los hechos probados:

1ª.- Un añadido, en el Hecho Probado Tercero, donde se diga que "la titulación para el desempeño de dicho puesto de trabajo (categoría profesional según el mismo cuadro de personal / catálogo de puestos) es la de Periodista / Licenciado en Ciencias de la Información", y que "depende orgánica / funcionalmente del Consejero Delegado", añadido inacogible en sus propios términos, en cuanto lo deducible de los documentos sustento de la revisión fáctica es la exigencia de esa titulación para la cobertura de esa plaza, pero no para su desempeño, y como lo deducible de los documentos sustento de la revisión fáctica se declara probado en el Hecho Probado Sexto, donde se dice "que en el DOG de 26.08.99 la entidad demandada convocó proceso selectivo de cobertura de plazas, entre las que se encontraba la de encargado de área de comunicación, para la que se exigía la Licenciatura en Ciencias de la Información, no habiéndose cubierto la plaza", un añadido en los términos deducibles de los documentos sustento de la revisión fáctica sería reiterativo.

2ª.- La modificación del Hecho Probado Quinto, donde dice "debía de cumplir las órdenes de los representantes de la demandada y se encontraba bajo las órdenes directas de Don Andrés Precedo, en aquel momento Consejero – Delegado de la demandada", para decir "la actora despachaba exclusivamente con el Consejero – Delegado, entonces don A.P., único cargo de la demandada al que correspondía, por decisión expresa del Consejo de Administración de fecha 09.11.00, designar los cometidos y distribuir los trabajos y del que depende orgánica y funcionalmente la categoría vacante de Periodista / Licenciado en Ciencias de la Información del cuadro de personal / catálogo de puestos", modificación inacogible, en cuanto los hechos declarados probados se deducen de la totalidad de las pruebas practicadas en el acto del juicio, incluyendo las testificales, valoradas en régimen de inmediación por el juzgador de instancia, y así lo razona, en escrupuloso cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el Fundamento de Derecho Cuarto.

3ª.- Un añadido, en el Hecho Probado Sexto, donde se diga al final "por no haber alcanzado los aspirantes la puntuación exigida (y que) la convocatoria había sido acordada por el Consejo de Administración en acuerdo de fecha 09.10.98", adición acogible, al margen de cuál sea su trascendencia jurídica, al sustentarse en documental literosuficiente a los efectos de acreditar el añadido en los términos solicitados –folios 67, 68, 91 y 92-. Adición acogible, además, en la medida en que, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, se reconoce con evidente valor fáctico que "la plaza existente en el organigrama de la demandada de encargado de área de comunicación ... fue en su día convocada y ... quedó desierta, al no superar los aspirantes las pruebas selectivas" –Fundamento de derecho Cuarto-.

TERCERO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia (1) la infracción del artículo 1.265, en relación con el 1.261, del Código

Civil, (2) la infracción de los artículos 1.c) y 2, en relación con el 4, de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de entes públicos y empresas, régimen de la actuación en materia de personal y contratación en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia, y (3) la infracción del artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 1.c), 2 y 4, de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de entes públicos y empresas, régimen de la actuación en materia de personal y contratación en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia. Opuesta a las expuestas denuncias jurídicas –y a la canalizadora de la alegación de excepción de incompetencia de jurisdicción analizada anteriormente-, la demandante, ahora recurrida, solicita, con rechazo de la suplicación, la confirmación total de la sentencia de instancia, con condena a la demandada de las costas del recurso.

CUARTO.- En cuanto a la infracción del artículo 1.265, en relación con el 1.261, del Código Civil, se argumenta el desconocimiento de la titulación de periodista de la demandante por la demandada, lo cual, a su juicio, determina un error invalidante en la prestación del consentimiento contractual, denuncia inacogible, ya que, al margen de la corrección en abstracto del argumento, lo cierto es que, en este caso concreto, lo deducible de los hechos declarados probados es "que a la actora no se le exigió para ser contratada el título de Licenciada en Periodismo" –Hecho Probado Undécimo-, de donde no ha existido error alguno en la perfección del contrato de trabajo entre los litigantes. A mayor abundamiento, el juzgador de instancia, con evidente valor fáctico, afirma –y esa afirmación se compadece con la no exigencia de titulación- que "no se ha acreditado en modo alguno que ... la actora ... haya venido ocupando la plaza existente en el organigrama de la demandada de encargado de área de comunicación" –Fundamento de Derecho Cuarto-. Por lo tanto, no existe una base fáctica suficiente –a lo cual ha coadyuvado el rechazo de las revisiones fácticas solicitadas en el recurso de suplicación- para apreciar infracción del artículo 1.265, en relación con el 1.261, del Código Civil.

QUINTO.- En cuanto a la infracción de los artículos 1.c) y 2, en relación con el 4, de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de entes públicos y empresas, régimen de la actuación en materia de personal y contratación en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia, dichos artículos establecen, el 1.c), que "en los términos regulados en los artículos siguientes, habrán de ajustar su actuación en materia de personal y contratación a los principios básicos que regulan la función pública y contratación de las Administraciones Públicas … las sociedades mercantiles en cuyo capital exista participación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma, de sus organismos autónomos y de las demás Entidades de derecho público", el 2, que "la selección de personal de las entidades, fundaciones y sociedades mercantiles mencionadas en el artículo 1 será efectuada con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria", y, el 4, que "a estos efectos, para la selección de su personal de plantilla, será necesario un anuncio público de convocatoria, que se efectuará en el Diario Oficial de Galicia y, al menos, en un diario de difusión general con una antelación respecto a las pruebas de, como mínimo, un mes, y la selección será efectuada por una comisión designada al efecto".

Pues bien, en el caso de autos, la demandada no ha seguido esos trámites en la contratación de la trabajadora demandante, aunque de ahí no deriva, como se argumenta en la formalización del recurso de suplicación, la nulidad de la contratación, sino que, a juicio de la Sala, determina la existencia de una irregularidad imputable a su propia actuación, y, como así lo ha entendido el juzgador de instancia, no se ha producido una aplicación indebida de los artículos 1.c) y 2, en relación con el 4, de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de entes públicos y empresas, régimen de la actuación en materia de personal y contratación en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia.

SEXTO.- En cuanto a la infracción del artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 1.c), 2 y 4, de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de entes públicos y empresas, régimen de la actuación en materia de personal y contratación en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia, tampoco será acogida, ya que, en buena lógica, las empresas públicas son de la Administración Pública, pero no son Administración Pública, de ahí que, a juicio de la Sala, las irregularidades en las contratación temporal de su personal no determinan el carácter indefinido del vínculo –como si fueran Administración Pública-, sino, como adecuadamente ha concluido el juzgador de instancia, la fijeza –porque, simplemente, no son Administración Pública-.

La circunstancia, sin duda alguna loable, de que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, se hayan equiparado, por ley autonómica, las condiciones de acceso de las empresas con participación de la Comunidad Autónoma Gallega a las condiciones de acceso a la Administración Pública, no alteran la anterior conclusión, al no alterar la naturaleza jurídica de esas empresas, de donde, al declarar la fijeza de la contratación temporal irregular, no se infringe el artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 1.c), 2 y 4, de la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de entes públicos y empresas, régimen de la actuación en materia de personal y contratación en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, se acordará la pérdida del depósito para recurrir, y, de conformidad con el 233, se impondrán las costas a la empleadora demandada.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Sociedade Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia contra la sentencia de 26 de mayo de 2003 del Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de doña A.I.Q.A. contra la recurrente, la Sala la confirma íntegramente.

3717 Recurso núm. 4.257/03

S.S. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO, AO CONCORRER NOS ACTORES AS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DO TRABALLO AUTÓNOMO, REALIZADO PARA A SOCIEDADE SUPOSTAMENTE EMPREGADORA COA CONDICIÓN DE ADMINISTRADORES SOCIAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a dieciséis de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.257/03 interpuesto por don D.T.M. y don E.P.S. 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 D.T.M. y don E.P.S. en reclamación de R. CONTRATO siendo demandado "A.2001.C., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 93-2003 sentencia con fecha 9 de mayo de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- Con fecha 19 de abril de 2001 se constituye la Sociedad denominada "A.2001.C., S.L." por don E.P.S., don P.S.V. y don M.E.G.V., con un capital social de 3006 euros dividido en trescientas participaciones suscribiendo cada uno de los socios 100. Se nombra Administradores Solidarios a los tres socios. 2.- El 13 de agosto de 2002 los socios señalados venden a don D.T.M. 25 participaciones cada uno, pasando a estar distribuido el capital social entre cuatro socios con 75 participaciones cada uno, y se incluye además al nuevo socio como Administrador Solidario trasladándose el domicilio social a la calle … de La Coruña. 3.- En Junta Universal celebrada el día 20 de noviembre de 2002 se acuerda la disolución de la sociedad, nombrándose Liquidador Único a don P.S.V., Lo que lleva a efecto en escritura pública de fecha cinco de diciembre de 2002. 4.- Los actores desempeñaban su función en el centro de la empresa, en actividades de asesoría. No consta el percibo de retribuciones ni el sometimiento a ordenes o instrucciones de los órganos de administración de la sociedad."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción declaro la de este juzgado para conocer de la presente demanda, advirtiendo a los actores, don

D.T.M. y don E.P.S. de su derecho a reproducirla ante 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.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconformes los actores con que, en la sentencia de instancia, se estime la excepción de incompetencia de jurisdicción, con advertencia a los mismos de su derecho a reproducir la demanda ante la jurisdicción civil; formulan recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, efectuando los recurrentes diversas apreciaciones acerca de resultado de la prueba practicada en la instancia; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, alegando infracción, por inaplicación del artículo 1.1 del ET; por indebida aplicación del artículo 1.3 del citado Estatuto; y, por interpretación restrictiva, del artículo 1.3 c) de igual Estatuto.

SEGUNDO.- No ajustándose el primer motivo del recurso, a las líneas que, para su planteamiento, señala el apartado b) del artículo 191 del TRLPL –dice este precepto que tendrá por objeto la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas-, porque, aparte de que se citan en su apoyo, principalmente, medios probatorios, como el interrogatorio de parte y el testifical, que obviamente, no son los que indica dicho precepto; no se determina cual es la concreta redacción fáctica, que se pretende, y ello constituye, dados los términos del citado artículo 191 b) del TRLPL, una omisión decisiva a los efectos, que se analizan; no ha lugar a aceptarlo.

TERCERO.- Sostienen los demandantes, en el segundo motivo del recurso, que debe entenderse que existe relación laboral entre los mismos y la empresa demandada, pues, no obstante su doble condición de socios y de administradores trabajadores, están presentes en ella los datos de ajeneidad y dependencia, característicos de dicha relación; pero, por la Sala, a la vista de los elementos probatorios, que se facilitan en la resolución impugnada- que se sintetizan en que, en fecha 19 de abril de 2001, se constituyó la sociedad "A.2001.C., S.L.", por don P.S.V., don M.E.G.V. y por el actor don E.P.S., con un capital social de 3.006,00 €, que se distribuyó en 300 participaciones, suscribiendo cien cada uno de los citados, y nombrándose a los tres administradores solidarios; en que el 13 de agosto de 2002 dichos partícipes vendieron 25 participaciones, cada uno, al también actor don D.T.M., con lo que el capital social pasó a estar distribuido, a partes iguales (75 participaciones, cada uno), entre los cuatro socios, incluyéndose a éste como administrador solidario, y trasladándose el domicilio social a la C/ …, asimismo en A Coruña; en que los dos actores desempeñaban sus funciones en el centro de la empresa, en actividades de asesoría, sin que conste percibieren retribuciones, ni que estuvieren sometidos a órdenes o instrucciones de los órganos de administración de la sociedad; y en que, en junta general, celebrada el 20 de noviembre de 2002, se acordó la disolución de la ésta, nombrándose liquidador único a don P.S.V., y se llevó a cabo lo expuesto, mediante escritura pública, de 5 de diciembre de 2002; llega a la conclusión de que no procede aceptar la argumentación de referencia, porque, de dichos elementos probatorios, nada resulta acerca de que los demandantes vinieren prestando voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, con lo que, evidentemente, no concurren las notas características, que se exigen en el artículo en el artículo 1.1 del ET, para que un contrato pueda ser calificado como de trabajo; y ya no solo, igualmente, ninguna base existe para entender que concurren méritos para considerar no excluidos del ámbito del ET a unas personas que, como los actores, son partícipes de una sociedad, a partes iguales, con otros dos partícipes y administradores solidarios de la misma, cuando en el artículo 1.3 c) del mencionado ET, se determina que se excluye de dicho ámbito la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de actividades inherentes a tal cargo; sino que, incluso en la sentencia de instancia se afirma –sin que ello hubiere sido adecuadamente contrarrestado, en esta alzada, por los recurrentes-, que "en el supuesto de autos, lo único acreditado es que los actores realizaban en la empresa las funciones propias del objeto social, dentro de un horario, pero sin que quede probada sumisión a orden superior alguna, ni retribución como tal trabajador…"

CUARTO.- Todo lo anteriormente indicado 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 don D.T.M. y por don E.P.S., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de A Coruña, en fecha 9 de mayo de 2003; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3718 Recurso núm. 1.568/02

S.S. ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL. COMPETENCIA DA ORDE XURISDICIONAL SOCIAL, MAILOS SEUS EFECTOS NA RECADACIÓN DE COTAS. EXISTENCIA DE ACCIÓN FRONTE Á BAIXA NO RXSS. DEREITO Á PERMANENCIA E Á COTIZACIÓN NO DITO RÉXIME. NON CONCORRE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ALTA SIMULTÁNEA NO RXSS E NO RÉXIME ESPECIAL DE FUNCIONARIOS CIVÍS DO ESTADO. PRACTICANTE APD E AO SERVIZO DO SERGAS, TRANSFERIDO DA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

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

A Coruña, a diecisiete de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.568/02 interpuesto por TGSS y SERGAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 708/01 se presentó demanda por don M.C.T. en reclamación de ALTA/BAJA EN SEGURIDAD SOCIAL siendo demandados el SERGAS y TGSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha treinta de enero de dos mil dos por el Juzgado de referencia que ESTIMÓ PARCIALMENTE LA DEMANDA la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Don M.C.T., mayor de edad, con D.N.I. número …, pertenece al cuerpo de Practicantes Titulares, funcionarios técnicos del Estado al Estado al servicio de la Sanidad Local, con nombramiento de fecha 31.08.83, habiendo sido transferido a la comunidad Autónoma de Galicia, desempeñando sus funciones en la asistencia pública domiciliaria y general a los beneficiarios de la Seguridad Social como ATS de cupo. 2º.- El artículo 28 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, señala: "Régimen de Seguridad Social de los Cuerpos Especiales de funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Sanidad local. Uno.- Los funcionarios de los Cuerpos a que se refiere la Ley 116/1996, de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los Sanitarios Locales que, por haber simultaneado legalmente las propias funciones de sus Cuerpos con los servicios correspondientes a plazas de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, estuvieran respectivamente incluidos obligatoriamente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en el Régimen General de la Seguridad Social, y en los que se dé la circunstancias de que, antes de la entrada en vigor de esta ley, dicho doble desempeño de funciones se haya transformado en una única prestación de servicios, deberán optar, por una sola vez, antes del 30 de junio del año 2001 y con fecha de efectos de 1 de julio del mismo año, por quedar incluidos exclusivamente en el Régimen General de la Seguridad Social o encuadrados en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. Dos.- Igualmente los funcionarios de los Cuerpos mencionados cuando, en los mismos supuestos, pasen, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de desempeñar dos prestaciones a una única, deberán ejercitar la misma opción en el plazo de seis meses desde que se produzca dicha circunstancia, a cuyo fin se tomará la fecha de ésta como la de efectos de la opción". 3º.- En virtud del citado artículo de la Ley 14/2000 y de la interpretación que hizo la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (Muface, orden de servicio de 6 de junio de 2001), el Servicio Galego

de Saúde y la Tesorería General de la Seguridad Social consideraron que, transferida la asistencia sanitaria a la Comunidad Autónoma de Galicia, el actor, y demás personal de cupo, debía optar por permanecer en el Régimen General de la Seguridad Social o bien en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado pero "con reserva de las acciones legales que me correspondan". 4º.- El Servicio Galego de Saúde, una vez realizada la opción, procedió con fecha 30 de junio a dar de baja en el Régimen General al actor, practicado efectivamente por la Tesorería General de la Seguridad Social en mencionada fecha. Se formularon reclamaciones previas por el demandante, que fueron desestimadas por resolución de 30 de octubre de 2001. 5º.- El actor no está integrado en los nuevos Equipos de Atención Primaria. Recibe instrucciones de servicio de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais y del Servicio Galego de Saúde, cobra por nómina única expedida por el Servicio Galego de Saúde pero diferenciando sus emolumentos por su doble condición de APD y ATS de cupo y debe cursar sus bajas laborales y licencias ante MUFACE y el Servicio Galego de Saúde".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando las excepciones planteadas y estimando parcialmente la demanda formulada por don M.C.T., contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del actor a mantener su alta y cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, dejando sin efecto la baja acordada por los demandados, a los que condeno a estar y pasar por tal declaración, procediendo a darle de alta nuevamente en tal régimen y a las correspondientes cotizaciones, sin hacer pronunciamiento sobre la pretensión de su condición de funcionario de Muface".

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.- 1.- Frente a la sentencia estimatoria de la demanda y declaratoria del derecho del actor a mantener su alta y cotización en el RGSS, la TGSS interpone recurso de Suplicación que se aquieta al relato de los HDP y en el que se denuncia: (a) inaplicación del art. 3.b LPL, en relación con la STS 21.04.98, motivo con el que se sostiene la incompetencia del orden social para conocer el presente debate; (b) infracción del art. 17 LPL, en relación con el art. 80.1.d del mismo Cuerpo legal y de la doctrina unificada, afirmando la inexistencia de acción; (c) vulneración del art. 80.1.b LPL, en relación con el art. 81.1 del mismo texto legal, por no haberse demandado a MUFACE; y (d) conculcación del art. 28 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, argumentando no haberse atendido la obligación de optar por el RGSS o el REFCE.

2.- Denuncias que han de situarse en el contexto fáctico que la decisión de instancia declara probado y que el recurso no ha cuestionado: (a) el actor es Practicante Titular, funcionario técnico del Estado al servicio de la Sanidad Local, transferido a la Xunta de Galicia, y ha venido desempeñando funciones de APD y de ATS de Cupo; (b) en 20.06.01 el SERGAS comunicó al demandante que optase entre el RGSS y el REFCE, y así lo hizo en el inmediato día 29 de junio, eligiendo el REFCE, si bien «con reserva de las acciones legales que me correspondan»; (c) el accionante no está integrado en los EAP y continúa realizando los cometidos de APD y de ATS de Cupo, recibiendo instrucciones de la Consellería de Sanidades y del SERGAS, cobra por nómina expedida por el SERGAS, pero con especificación de emolumentos correspondientes a APD y ATS, y sus bajas y licencias debe cursarlas doblemente ante MUFACE y el SERGAS.

3.- A lo que añadir –en tanto que componente rector del debate– que el Suplico de la demanda va referido a que se reconozca el «derecho del demandante a mantener por la prestación de sus servicios una doble cotización en el Régimen General de la Seguridad Social y en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado [...], sin que sufran detrimento o merma alguna los derechos que se derivan de la situación de alta, especialmente las cotizaciones».

SEGUNDO.- Se rechaza la incompetencia jurisdiccional alegada, porque los términos de la pretensión –nos remitimos al Suplico arriba reproducido– nos llevan a declarar que el conocimiento del tema a debate –alta en la Seguridad Social y correlativos efectos cotizatorios– corresponde a este Orden jurisdiccional social.

1.- En tal sentido se manifiesta la doctrina unificada, siquiera se hubiesen dictado

pronunciamientos anteriores divergentes. Son de citar al efecto como exponentes del criterio que esta Sala ha de seguir, las SSTS 30.04.93 Ar. 3.385, 27.07.93 Ar. 5.991, 09.12.93 Ar. 9.768, 15.07.97 Ar. 5.705, 12.07.99 Ar. 7.163, 29.10.99 Ar. 8.511, 01.12.99 Ar. 9.347; y más recientemente, –replanteada la cuestión en Sala General y manteniendo doctrina– las SSTS 29.04.02 Ar. 5.681, 29.04.02 Ar. 5.684, 29.04.92 Ar. 5.687, 30.04.02 Ar. 5.689, 30.04.02 Ar. 6.159 y 03.05.02 Ar. 7.529, 03.05.02 Ar. 6.349, 03.05.02 Ar. 9.821, 03.05.02 Ar. 7.530, 03.05.02 Ar. 6.350, 06.05.02 Ar. 6.351, 06.05.02 Ar. 7.534, 08.05.02 Ar. 7.539, 14.05.02 Ar. 7.551, 14.05.02 Ar. 7.555, 17.05.02 Ar. 6.749, 17.05.02 Ar. 6.751, 19.05.02 Ar. 6.752, 06.06.02 Ar. 7.579, 06.06.02 Ar. 7.581, 07.06.02 Ar. 8.134, 07.06.02 Ar. 7.584, 10.06.02 Ar. 7.586, 10.06.02 Ar. 7.588, 10.06.02 Ar. 8.137, 10.06.02 Ar. 8.138, 10.06.02 Ar. 8.139, 10.06.02 Ar. 8.140, 10.06.02 Ar. 8.141, 11.06.02 Ar. 7.193, 11.06.02 Ar. 7.194 ... y una interminable serie de resoluciones, absolutamente coincidentes todas ellas, la última de las cuales –de la que este Tribunal tenga noticia– es la de 16.09.02 Ar. 10.647.

2.- Aunque la reiteración del pronunciamiento excusa de toda argumentación y hace suficiente con remitirse a los prolijos argumentos de la doctrina unificada que citamos, la Sala considera oportuno –a efectos de la más correcta motivación– reproducir parcialmente una de aquellas sentencias –en concreto, la STS 30.04.02 Ar. 6.159–, conforme a la cual: "El artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los juzgados y tribunales del Orden Jurisdiccional Social, el conocimiento y fallo de los litigios que se promuevan, entre otras, en «materia de Seguridad Social», mandato que se reproduce en el artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral al declarar, en similares términos la competencia de estos órganos respecto a la misma materia, «incluida la protección por desempleo». Mas en el artículo 3 b) se excluyó de este conocimiento «las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria, o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta».

Es regla, por mandato legal, la atribución al Orden Social el conocimiento de la materia de Seguridad Social y, la excepción, la revisión de los actos de recaudación, en los que se hace prevalecer el elemento de ejercicio de autoridad, para deferir su revisión al Orden Contencioso-Administrativo. Debe por tanto delimitarse qué haya de entenderse por «materia de gestión recaudatoria», términos lo suficientemente ambiguos para ser susceptibles de interpretaciones contradictorias. Las decisiones jurisprudenciales no han seguido a este respecto una doctrina unívoca. En el orden reglamentario, aporta luz el Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre que aprobó el Reglamento de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social que, en su artículo 1, bajo el epígrafe «Concepto» establece que «la gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social consiste en el ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social cuyo objeto esté constituido por los recursos de la misma que se especifican en el art. 4 del presente Reglamento». Cierto es que existen actos en los que es posible apreciar una doble vertiente, declarativa de derechos y obligaciones de Entidades Gestoras y beneficiarios de una parte y, de otra, e indirectamente, de obtención de los recursos. Mas la propia regulación reglamentaria parece restringir el concepto de «gestión recaudatoria» a aquellos actos cuya única finalidad sea la realización de tales créditos.

En lo que al tema de las altas y bajas se refiere, no cabe duda de que las resoluciones que las acuerdan tienen un indudable efecto sobre la recaudación de cuotas. Pero tal efecto es indirecto, pues el fundamental es la serie de consecuencias en orden a las prestaciones que tiene el hecho de hallarse en una u otra situación, aunque dichos efectos no sean inmediatos, o hayan de producirse en el futuro»".

TERCERO.- 1.- Tampoco aceptamos acoger la denunciada falta de acción –apreciable de oficio: STS 08.10.97 Ar. 8.611; y SSTSJ Galicia de 01.03.01 R. 4.716/97, 27.10.01 R. 1.754/98, 29.10.01 R. 1.634/98, 25.01.02 R. 3.447/98, 31.01.02 R. 4.646/98, 31.01.02 R. 5.230/98, 08.02.02 R. 5.583/00, 30.05.02 R. 3.228/99, 09.05.03 R. 3.038/00 y 13.9.03 R. 168.01–, por considerar que la pretensión de autos no es calificable como acción declarativa de inadecuado planteamiento, al menos en los exactos términos en que se ha acogido en la instancia. En este punto reproducimos expuesto en SSTS Galicia 28.09.98 R. 2.862/98, 01.03.01 R. 4.716/97, 27.10.01 R. 1.754/98, 29.10.01 R. 1.634/98, 22.12.01 R. 2.991/98, 25.01.02 Ar. 3.447/98, 08.02.02 Ar. 5.583/00, 31.01.02 R. 4.646/98, 31.01.02 R. 5.230/98 y 09.05.03 R. 3.038/00.

2.- Tal como en estas resoluciones indicábamos, para el Tribunal Supremo –SSTS de 12.06.02 Ar. 7.199, 04.04.02 Ar. 6.005, 17.01.02 Ar. 5.096, 17.01.02 Ar. 3.754, 23.05.01 R. 5.482, 18.07.00 Ar. 7.637, 10.07.00 Ar. 7.174, 04.07.00 Ar. 6.623, 03.03.00 Ar. 2.595, 23.11.99 Ar. 9.509, 31.05.99 Ar. 7.157, 23.09.98 Ar. 7.300, 06.05.96 Ar. 4.375, 20.06.92 Ar. 4.602, 27.03.92 Ar. 1.881 y 08.10.91 Ar. 7.204– "La doctrina de esta Sala recogida, entre otras en la sentencia de 23 de noviembre de 1999 [Ar. 9.509], enseña que las acciones declarativas tienen encaje legal claro en la normativa de trabajo una vez que entró en vigor el Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, concretamente en los artículos 17.2 y 80.c). No obstante, como recuerda la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1995 [Ar. 3.737], «no son admisibles en el área del proceso laboral, aquellas acciones declarativas en las que no existe conflicto o controversia jurídicos que les sirvan de base, pues es entonces cuando no existe una verdadera acción». Esta doctrina se contiene también en las sentencias de esta Sala de 27 de marzo [Ar. 1.881], 6 de mayo [Ar. 3.516] y 20 de junio de 1992 [Ar. 4.602], 6 de octubre de 1994, 6 de mayo de 1996 [Ar. 4.375], 8 de octubre de 1997 [Ar. 8.611] y 31 de mayo de 1999 [Ar. 7.157], entre otras. En todos los casos, la solución que se adopta pasa siempre por el análisis detenido del supuesto concreto planteado para determinar si realmente, como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 71/1991, existe un interés directo e inmediato tutelable. Así se dice en la referida sentencia que « ... Es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden plantearse al Juez por ello cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor: se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera "litis", pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo» (En el mismo sentido las SSTC 210/1992, 20/1993)".

3.- Más concretamente, en materia de Seguridad Social el Alto Tribunal ha declarado –SSTS 06.10.94 Ar. 8.523, 13.02.95 Ar. 1.151 y 26.07.95 Ar. 6.341– que el empresario no tiene acción para obtener una declaración general de validez de las cotizaciones sociales en «prevención de una eventual responsabilidad futura», y que la EG tampoco debe hacer declaraciones genéricas, al margen de un procedimiento de reconocimiento de prestaciones, sobre la no validez de cotizaciones sociales ingresadas fuera de plazo. Que un asegurado –STS de 06.05.96 Ar. 4.375– no tiene acción declarativa para solicitar la consideración de alta a todos los efectos de un período de servicios previos reconocido para la percepción de trienios en la Administración pública. Que tampoco procede acción –STS de 23.05.01 Ar. 5.482– para solicitar la declaración de la naturaleza laboral de un determinado periodo de prestación de servicios. Que igualmente no cabe –STS 18.07.00 Ar. 7.637– consulta o declaración con carácter general sobre la validez de cuotas a la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo. Y que se carece de acción –SSTS 10.07.00 Ar. 7.174, 04.07.00 Ar. 6.623 y 03.03.00 Ar. 2.595– para obtener una declaración con carácter general sobre la validez de cuotas a la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo.

4.- En resumen –STS 18.07.02 Ar. 9.341–, «para el ejercicio de acciones declarativas resulta necesario que el titular acredite una lesión actual de su propio interés, lo que presupone la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden pues plantearse al Juez cuestiones futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses de la parte demandante, ni cabe solicitarle una mera opinión o consejo [...] Es cierto, y así lo ha dicho esta Sala, que «la presentación de la demanda produce los efectos conocidos como perpetuatio iurisdictionis, perpetuatio legitimationis, e inmodificabilidad del objeto del proceso (...) ya que la relación jurídico-procesal quedó fijada en los términos expuestos en aquélla» (S. de 16.06.97 [RJ 1997\4.752], rec. 1.484/1996). Pero también lo es que la localización o determinación de la actualidad del interés pasa por parámetros distintos. Así lo ha destacado el Tribunal Constitucional en su sentencia 210/1992, de 30.11.92 (RTC 1992\210), recaída ciertamente en caso muy distinto al presente, pero con doctrina aplicable sin duda al que ahora examinamos. Dijo entonces el Alto Tribunal que «cualquiera que sea la incidencia que otros hechos sobrevenidos puedan tener sobre el proceso, el momento determinante del interés relevante para el ejercicio de la acción meramente declarativa era el de la presentación de la papeleta de conciliación, pues con dicho intento de conciliación se fijaba ya para el

recurrente el objeto posible de la eventual litis posterior».

5.- Y en el supuesto que es objeto de debate, en que el actor –tras opción impuesta– ha sido ha sido dado de baja en el RGSS, es claro que existe «una lesión actual de su propio interés» y no se plantean «cuestiones futuras o hipotéticas» cuando se pretende sea reconocido el derecho a permanecer y cotizar por su trabajo en el indicado Régimen, existiendo al respecto –utilizando palabras de la jurisprudencia anteriormente invocada– «lesión actual del interés propio» y a la par «conflicto o controversia jurídicos» que integran «una verdadera litis».

CUARTO.- 1.- No mejor suerte corresponde a la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal que se denuncia, siendo así que tal como recordábamos en STSJ Galicia 09.06.03 Demanda 1/03, para la doctrina unificada –SSTS 11.04.02 Ar. 6.008 y 17.02.00 Ar. 2.050–, «el denominado litisconsorcio pasivo necesario no viene impuesto por una norma legal expresa, sino que en la mayoría de los casos se hace precisa la relación litisconsorcial por reglas de formación jurisprudencial. A cuyo tenor es necesario extender la demanda a todas aquellas personas o entidades a las que pueda afectar lo debatido en el proceso [...] y a esto es precisamente a lo que tiende el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa, y en este caso concreto no hay disposición legal que otra cosa establezca».

2.- Y esta misma doctrina sostiene que no ofrece dudas la posibilidad de estimar el litisconsorcio pasivo, aún para el supuesto de que no se hubiera opuesto formalmente la excepción, pues se trata de un presupuesto procesal que afecta de un modo directo a las garantías del proceso y que implica el derecho a la tutela judicial proclamado en el art. 24 CE y, por tanto, atañe al orden público del proceso y debe ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional (SSTC 16/1999, de 22 de febrero y 25/1991, de 11 de febrero).

3.- Pero en el caso objeto de examen, toda la pretensión de autos –en su doble aspecto de derecho y condena– va exclusivamente referida a la TGSS y la tutela instada (alta y cotización en el RGSS) lo es tan sólo frente a la referida EG y en razón a la actividad del actor como ATS de Cupo, sin que en forma alguna se cuestione –antes al contrario– el alta y cotización al REFCE por los cometidos de Practicante de APD, por lo que sobre aquel cuestionado extremo –alta y cotización por diversas unciones– nada pueda argüir legítimamente MUFACE, respondiendo la excepción formulada a censurables propósitos dilatorios.

QUINTO.- Finalmente rechazamos la escasamente argumentada violación del art. 28 de la Ley 14/2000, de 20 de diciembre.

1.- Tal precepto dispone que «Uno. Los funcionarios de los Cuerpos a que se refiere la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los Sanitarios Locales, que, por haber simultaneado legalmente las propias funciones de sus Cuerpos con los servicios correspondientes a plazas de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, estuvieran respectivamente incluidos obligatoriamente en el Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en el Régimen general de la Seguridad Social, y en los que se dé la circunstancia de que, antes de la entrada en vigor de esta Ley, dicho doble desempeño de funciones se haya transformado en una única prestación de servicios, deberán optar, por una sola vez, antes del 30 de junio del año 2001 y con fecha de efectos de 1 de julio del mismo año, por quedar incluidos exclusivamente en el Régimen general de la Seguridad Social o encuadrados en el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Dos. Igualmente los funcionarios de los Cuerpos mencionados cuando, en los mismos supuestos, pasen, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de desempeñar dos prestaciones a una única, deberán ejercitar la misma opción en el plazo de seis meses desde que se produzca dicha circunstancia, a cuyo fin se tomará la fecha de ésta como la de efectos de la opción.

Tres. Si transcurridos los respectivos plazos indicados no se ejercitara expresamente la opción a que se refieren los dos párrafos anteriores, el citado personal quedará obligatoriamente incluido en el Régimen general de la Seguridad Social, causando la consiguiente baja en el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado».

2.- Y si se ponen en relación los mandatos de tal precepto con los HDP –más en concreto, con el dato de que el actor no está integrado en los EAP y continúa realizando los cometidos de APD y de ATS de Cupo, reci-

biendo instrucciones de la Consellería de Sanidades y del SERGAS, cobra por nómina expedida por el SERGAS, pero con especificación de emolumentos correspondientes a APD y ATS, y sus bajas y licencias debe cursarlas doblemente ante MUFACE y el SERGAS–, la conclusión que claramente se impone es la de que en el caso sometido a examen no concurre el presupuesto legal –art. 28 de la Ley 14/2000– que justifica e impone la opción por uno de los dos Regímenes de Seguridad Social –el General y el de Funcionarios Civiles–, procediendo a sensu contrario la afiliación, alta y cotización del demandante en ambos, al menos mientras se mantenga la actual legislación y en tanto se ejerciten los dos cometidos –APD y SERGAS– que están declarados probados. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, confirmamos la sentencia que con fecha 30.01.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de Vigo, a instancia de don M.C.T. y por la que se acogió la demanda formulada.

3719 **Recurso núm. 4.453/03**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO INEXISTENTE. CAMBIO DE POSTO DE TRABALLO.

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

A Coruña, a diecisiete de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.453/03 interpuesto por doña M.L.A.M. en representación del Comité de Empresa de la Empresa "E., S.A." 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 doña M.L.A.M. en representación del Comité de Empresa de la Empresa "E., S.A." en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado la Empresa "E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 168/03 sentencia con fecha seis de mayo del dos mil tres por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"1.- La actora, doña M.L.A.M., es presidente del Comité de Empresa de "E., S.A." del centro de trabajo del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos. En virtud de acuerdo de 11.03.03 del referido Comité de Empresa se facultó a su presidente para que en nombre y representación del comité plantee demanda de conflicto colectivo contra la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, notificadas a parte de la plantilla los días 17 y 18 de febrero de 2003. Los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo son de modo directo aproximadamente 15 y potencialmente la totalidad de la plantilla que la empresa demandada posee en el centro de trabajo, aproximadamente 75 2.- La empresa demandada dedica su actividad al servicio de limpieza y es adjudicataria de la limpieza del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide Profesor Novoa Santos de Ferrol. En sus relaciones laborales es de aplicación el Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de A Coruña de 15.07.99 y se halla vinculada por los pactos firmados el 03.12.90 y el 29.07.02 entre las empresas por entonces adjudicatarias de la limpieza del Hospital Arquitecto Marcide y las plantiíllas de las mismas, cuyo contenido se da por reproducido por encontrarse unido a los autos, en los que se establece que "la empresa se compromete a garantizar a todo el personal de limpieza que preste sus servicios en este Complejo Hospitalario, las mismas condiciones socio-laborales y económicas que regulen el personal catalogado como Pinches de Cocina". La Dirección y la Junta de Personal del referido complejo hospitalario firmaron un acuerdo de 21.09.00 referido al personal no sanitario con el título Normas para la provisión de puestos de trabajo de la división de gestión cuyo contenido se por reproducido. 3.- A través de cartas de fecha 14.02.03, notificadas los

días 17 y 18 siguientes. La empresa demandada comunicó el cambio de planta y zona de trabajo a diferentes trabajadoras entre las que se encuentran doña M.L.A.M., doña P.S.M., doña C.V.V., doña M.J.C.L., doña M.D.G., doña E.M.F., doña M.J.C.V. y Doña M.J.D.P. En fecha 21.02.03 la empresa comunicó a doña P.S.M. el horario de trabajo en el área quirúrgica, zona de trabajo que le correspondería en virtud de la comunicación del día 14.02.03. 4.- Las referidas comunicaciones no se pusieron en conocimiento previo del Comité de Empresa, ni se entablaron negociaciones formales al respecto. En fecha 20.02.03 la presidente del referido comité, solicitó a la empresa demandada la relación de todos los trabajadores a los que se comunicó el cambio de zona de trabajo así como las razones de tal actuación. Por escrito de 21.02.03 se dio contestación a la anterior solicitud en la que se indicaba: consideramos que, los cambios de zona dentro del mismo centro de trabajo no constituyen, en ningún caso, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las personas afectadas, estando bajo las facultades de organización y dirección de la empresa. Por lo que consideramos que no procede facilitarle los nombres de las personas a las que afecta, ni por supuesto los motivos, ya que dichos cambios no tienen porqué estar motivados." 5.- Mediante escrito de 31.03.03, la empresa demandada puso en conocimiento de todo el personal perteneciente al servicio de limpieza del complejo hospitalario sus obligaciones con respecto a los residuos de clase III, relativos al material de biorriesgo, cuyo contenido se da por reproducido. La empresa demandada carecía de un plan de evaluación específica de riesgos en esta materia. 6.- En fecha 28.03.03 se celebró el acto de conciliación administrativa en virtud de papeleta de conciliación presentada el 11.03.03 con el resultado de sin avenencia. 7.- En fecha 04.05.96 se dictó por este juzgado sentencia en la que se desestimaba íntegramente la demanda formulada por cuatro trabajadoras de la empresa demanda relativa al cambio de puesto de trabajo, que fue confirmada por la sentencia del TSJ de Galicia de 28.10.99.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña M.L.A.M. en representación del comité de Empresa de la empresa "E., S.A." del centro de trabajo del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos de Ferrol, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de los pedimentos contra ellos deducidos."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte doña M.L.A.M. en representación del Comité de Empresa de la empresa "E., 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.- Frente a la sentencia de instancia que desestimo la demanda formulada por doña M.L.A.M. en representación del Comité de Empresa "E., S.A." del centro de trabajo del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide–Profesor Novoa Santos de Ferrol, y absolvió a la empresa demandada de los pedimentos contra ellos deducidos, demanda en la que se solicitaba que se declarase el derecho a ser repuestos en las mismas condiciones que regían con anterioridad a las modificaciones sustanciales operadas a consecuencia de las cartas de 14.02.03 y posteriores semejantes, dejándolas sin efecto, declarando asimismo la obligación empresarial de cumplir los acuerdos de equiparación de las condiciones sociolaborales y de cualquier otra índole, que los Pinches de cocina del Sergas, manifiestamente la asignación permanente en planta.

Se alza en Suplicación la representación de la parte demandante, interponiendo recurso en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente pretende la revisión de los HDP y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar pretende adicionar al HDP 2 un nuevo párrafo al final con el siguiente tenor: "Destacando no que aquí afecta, o contido do ultimo apartado, denominado Proceso de remoción, que no derradeiro párrafo establece: "O persoal podera ser cambiado de posto por necesidades imperativas da organización sanitaria ..." Este acordo de 21-09-2000, fora precedido por outro anterior de 24 de abril de 1995 obrante en autos, cuio contido se da por reproducido".

2.- En segundo lugar pretende asimismo adicionar al HDP 3, dos nuevos párrafos con el siguiente texto: "Dona C.V.V., solicitara a encargada da empresa en data 26 de marzo de 1998 a praza vacante do quirófano da 2º planta que e cambiada agora, pola carta de 14.02.03.

Asemade, Dona M.J.C.L., solicitara a Xefa do servicio de limpeza en data de febreiro de 2001 a asignación permanente a 6ª planta, da que e cambiada agora, pola carta de 14.02.03".

En cuanto a la adición interesada en primer lugar y que tiene su apoyatura en la documental obrante a los folios 223 a 225 de los autos, a saber Normas para la provisión de puestos de trabajo de la división de gestión del Sergas, la misma no puede prosperar, pues las adiciones de contenido normativo como la pretendida no pueden figurar en el relato fáctico.

Y en cuanto a la revisión instada en segundo lugar la misma se fundamenta en documentos de los que no se desprende sin necesidad de razonamientos, hipótesis o conjeturas el error en que haya podido incurrir la Magistrado de instancia, sino que con dichas revisiones lo que pretende la recurrente es que se efectúe por esta Sala una nueva valoración de la prueba practicada, desconociendo el carácter extraordinario del recurso de suplicación ya que según doctrina constante de la Sala es al juzgador de instancia, cuyo exacto y directo conocimiento 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 las premisas fácticas probadas de su resolución.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia infracciones jurídicas, en concreto infracción de los pactos firmados el 03.12.90 y el 29.07.92 en el que se establece que : "que a empresa comprometese a garantir a todo o persoal de limpeza que preste os seus servizos neste complexo hospitalario, as mesmas condicions socio-laborais e economicas que regulen o persoal catalogado como 2 pinches de cociña"en relación coas normas para a provisión de postos de traballo da división de Xestion, do sergas (actual acordo de 21 de setembro de 2000) Y estima que aplicando esta normativa en los presentes autos tenemos que, la empresa no solamente no probo la existencia de necesidades imperativas de organización, sino que ni siquiera lo intento y además rotundamente respondió que dichos cambios no tiene por que ser motivados, alegando asimismo que no se trata de un problema puntual de cobertura de vacantes, sino de normas para la provisión de puestos de trabajo; alegando finalmente que además los cambios operados sin conocimiento previo ni negociaciones supusieron la modificación de turnos, horarios y funciones, es decir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, infringiendo el articulo 41 del ETT; por todo lo cual solicita la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y que se dicte otra estimatoria de las pretensiones de esta parte, declarando su derecho a ser repuestas en las mismas condiciones que regían con anterioridad a las modificaciones sustanciales operadas a consecuencia de las cartas de 14.02.03 y las posteriores semejantes, dejándolas sin efecto, declarando asimismo la obligación empresarial de cumplir los acuerdos de equiparación de las condiciones socio-laborales y de cualquiera otra índole que las Pinches de cocina del Sergas, manifiestamente la asignación permanente en planta.

Pues bien respecto de ello cabe decir, que la sala estima, como correctamente decidió la juzgadora "a quo" que la decisión impugnada no infringe los acuerdos de 1990, y 1992 en los que se equiparan los derechos de las trabajadoras con las condiciones sociolaborales y económicas que regulen el personal catalogado como Pinches de cocina, dado que, a pesar de que dicho personal no sanitario, cuando ostente plaza en propiedad, posee una normativa específica para la provisión de puestos de trabajo de la división de gestión, en la que se establece un baremo aplicable para la adjudicación de plazas vacantes, tal normativa no es trasladable al supuesto de litis, en el que no se trata de la adjudicación de diferentes plazas vacantes a las que concurren diferentes trabajadores, sino que se trata de una decisión empresarial de cambio de puesto de trabajo de varias trabajadoras encuadrable en las facultades de dirección y organización que al empresario corresponden, sin que pueda calificarse ni como traslado en ninguna de sus modalidades ni como modificación sustancial de condiciones esenciales de trabajo, puesto que se trata y se limita a cambiarlas de planta dentro del mismo centro de trabajo sin variación de categoría, retribución o funciones, se trata en definitiva del cambio de un puesto a otro en el que se realizan idénticas funciones desempeñadas en el mismo

centro de trabajo, con inclusión de manipulación de material de bioriesgo por cuanto queda dicho, por todo ello y estimando la Sala que la decisión empresarial impugnada no infringe la obligación de cumplir los acuerdos de equiparación señalados de las condiciones socio-laborales de los Pinches de cocina del SERGAS, y dicha decisión en modo alguno puede estimarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no se aprecia que la sentencia de instancia halla incurrido en las infracciones legales denunciadas en el motivo, sino que por el contrario aplicó estos correctamente, por ello procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.L.A.M. en representación del Comité de Empresa de la Empresa "E., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ferrol, de fecha seis de mayo del dos mil tres, dictada en autos núm. 168/03 seguidos a instancia de doña M.L.A.M. en representación del Comité de Empresa de la Empresa "E., S.A." contra la Empresa "E., S.A." sobre CONFLICTO COLECTIVO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3720 Recurso núm. 4.867/03

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. DOUTRINA XERAL DA CARGA DA PROBA. PROBA DE INDICIOS E XUSTIFICACIÓN DA EMPRESA. REGRAS DE CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDENTE. DANO MORAL E DANO MATERIAL. COMPETENCIA DO XUÍZ DE INSTANCIA.

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

A Coruña, a diecisiete de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.867-03 interpuesto por "C.M., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 486/03 se presentó demanda por don E.V.R. (Secretario Comarcal de la C.I.G.) en reclamación de TUTELA LIBERTAD SINDICAL siendo demandados "C.M., S.L.", don E.C.C., y con intervención del MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dos de julio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- En fecha 29 de abril de 2003 se promovieron elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa "C.M., S.L.", por los Sindicatos CC.OO., U.G.T. y C.I.G. SEGUNDO.- El día 19 de mayo de 2.003, dos miembros del Sindicato C.I.G., mantuvieron una reunión con el representante legal de la empresa demandada y luego con los trabajadores de esta, sobre las elecciones, habiéndole manifestado aquel su rechazo hacia dicho Sindicato, que el ya tenía su propio candidato y que iba a hacer todo lo posible para que no saliera elegido. Por dicho Sindicato se iban a presentar como candidatos en dichas elecciones don J.G.R. y don M.P.G., hecho que era conocido por los trabajadores de la empresa. TERCERO.- En fecha 24 de mayo de 2003 la empresa demandada remitió por correo a don J.G.R., Carta del siguiente tenor literal: "… Moitas son as veces que lle temos pedido, por medio de cartas e charlas peroasis, concentración no traballo. Además das numerosas amonestacións por material estragado. A súa aptitude é cada días máis negativa, niste tempo a producción baixou a metade e calidade do traballo é cada día pero e o material que estraga todos os meses é superior o seu soldo. A dirección desta empresa non se explica o seu cambio de aptitude dende o seu comenzo nesta empresa xa que amosaba unha aptitude moi positiva e preocupábase por superarse no seu posto de traballo. E despois de dous anos traballando conozco a súa aptitude relaxouse e acabou nesta situación. Unha situación que nos lev a comunicarlle que de non cambiar a súa actitude ante o traballo procederemos o seu

despido. Sen máis motivo, máis que desear que vostede recupere a ilusión por o traballo, xa que nos gustaría seguir contando cos seus servicios …". En fecha 30 de mayo de 2003 el citado trabajadcor causó baja por Incapacidad Temporal. En fecha 30 de mayo de 2003 la empresa procedió al despido de dicho trabajador remitiéndole Carta del siguiente tenor literal: "… Muy señor nuestro: Por medio de la presente se le comunica que la dirección de esta empresa ha decidido despedirlo, con efectos del día que reciba la presente, debido a los siguientes hechos cometidos por Vd.: -Por los graves daños ocasionados a la empresa por la destrucción y deterioro intencionado del material de trabajo de la misma, echando a perder su trabajo y de sus compañeros, habiéndosele comunicado en cada ocasión que ha ocurrido y sin que se corrigiera, además ha disminuido gravemente su rendimiento de forma voluntaria y consciente aun a pesar de haber sido advertido reiteradamente en estas últimas fechas a presencia de sus compañeros, haciendo caso omiso de ello, máxime en la actual situación de la empresa que se haya en un pico de producción y con fuertes obligaciones pendientes que asumir, causando con ello graves trastornos y perjuicios a la sociedad. Tales hechos son constitutivos de incumplimientos contractuales graves y culpables, tipificados como justa causa de despido en el Artículo 54, apartado 2, letra d) y e) del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo y en la normativa laboral vigente en el sector. Con esta fecha ponemos a su disposición la cantidad que en concepto de Liquidación por salarios pendientes, vacaciones no disfrutadas y parte proporcional de pagas extras le corresponde, aprovechando para poner en su conocimiento, el derecho que Vd. ostenta a estar asistido por un representante de los trabajadores en el momento de la firma de la reseñada liquidación. A esta Dirección de la empresa no le consta que el trabajador se halle afiliado a algún sindicato, por lo que no se ha dado audiencia a los delegados sindicales. Con el ruego de que acuse recibo de este escrito, le saluda atentamente …". En fecha 30 de mayo de 2003 la empresa demandada procedió al despido de don M.P.G., entregándole Carta del siguiente tenor literal: "Por medio de la presente le comunica que la dirección de esta empresa ha decidido despedirlo, con efectos del día que reciba la presente, debido a los siguientes hechos cometidos por Vd.: Por haber disminuido gravemente su rendimiento de forma voluntaria y consciente aun a pesar de haber sido advertido reiteradamente en estas últimas fechas a presencia de sus compañeros, haciendo caso omiso de ello, máxime en la actual situación de la empresa que se haya en impido de producción y con fuertes obligaciones pendientes que asumir, causando con ello graves trastornos y perjuicios a la sociedad. Tales hechos son constitutivos de incumplimientos contractuales graves y culpables, tipificados como justa causa de despido en el Artículo 54, apartado 2, letra c) del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo y en la normativa laboral vigente en el sector. Con esta fecha ponemos a su disposición la cantidad que en concepto de liquidación por salarios pendientes, vacaciones no disfrutadas y parte proporcional de pagas extras le corresponde, aprovechando para poner en su conocimiento, el derecho que Vd. ostenta a estar asistido por un representante de los trabajadores en el momento de la firma de la reseñada liquidación. A esta Dirección de la empresa no le consta que el trabajador se halle afiliado a algún sindicato, por lo que no se ha dado audiencia a los Delegado Sindicales. Con el ruego de que acuse recibo de este escrito, le saluda atentamente …". En fecha 13 de junio de 2003 la empresa remitió a este trabajador comunicación del siguiente tenor literal: " … Muy Señor nuestro: Por medio de la presente se le comunica que la dirección de esta empresa ha decidido dejar sin efecto la comunicación de despido efectuada el pasado día 2 de junio de 2003 poniendo en su conocimiento que ha de reincorporarse a su puesto de trabajo el próximo día 18 de junio de 2003, a las 8:00 horas de la mañana, en las instalaciones de la empresa, al objeto de reanudar la prestación laboral en las mismas condiciones de trabajo y jornada que tenía y con el abono de los salarios dejados de percibir …". Dichos trabajadores presentaron papeleta de conciliación por despido, estando señalado para celebrarse el Acto de Conciliación el mismo día del juicio a las 13 horas. CUARTO.- En fecha 2 de junio de 2003 se constituyó la mesa electoral, presentándose candidaturas por los Sindicatos U.G.T. –que presentó al hermano de la representante legal de la demandada- el Sindicato CC.OO., que presentó a don M.P.G.- y la C.I.G., que presentó a los dos trabajadores despedidos. El mismo día 2 el Sindicato C.I.G., impugnó las elecciones. Celebrada la votación el día 3 de junio de 2003, el Sindicato U.G.T.: obtuvo 9 votos, C.I.G.: 5 votos y CC.OO.: 3 votos, proclamándose Delegado de Personal don L.C.C. QUINTO.- En fecha 4 de junio de 2003 tuvo entrada en la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, escrito de impugnación al

citado proceso electoral. Citadas las partes a una comparecencia, esta se celebró en fecha 10 de junio de 2003, dictándose Laudo arbitral en fecha 11 de junio de 2002 que declaró la nulidad del proceso electoral. Laudo que no fue impugnado por ninguna de las partes afectadas. SEXTO.- En fecha 19 de junio de 2003 se presentó demanda por el Sindicato actor ante el Juzgado de lo Social Decano".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por el Sindicato "CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA" contra la empresa "C.M., S.L." y don E.C.C., debo declarar y declaro que la empresa demandada con su actuación ha vulnerado el Derecho de Libertad Sindical al Sindicato CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, ordenando el cese todo comportamiento contra dicho Sindicato y sus afiliados en el seno de la empresa y condenando a la misma a que le abone en concepto de indemnización por daños y perjuicios la cantidad de 1.500 euros, con absolución de la demanda a don E.C.C.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia parcialmente estimatoria de la demanda, el recurso articulado por la representación de "C.M., S.L." interesa en primer término que el relato de hechos se complete el añadido siguiente:

«- Con fecha 27 de junio se celebro acto de conciliación entre la empresa "C.M., S.L." y el trabajador don M.P.G., admitiéndose la improcedencia del despido y readmitiéndose al trabajador en la empresa.

- Con fecha 11 de agosto de 2003, se celebra comparecencia en los autos de despido no 516/2003 seguido ante el juzgado de lo social de Ourense, entre el Trabajador don J.G.R. y la empresa "C.M., S.L.", alcanzando el acuerdo conciliatorio de declarar el despido como improcedente optando la empresa por indemnizar al trabajador».

2.- Se admite la adición, por acreditarse con copias –selladas– de las correspondientes actas de conciliación, que se pretenden incorporar a las actuaciones con el propio escrito de formulación del recurso y que la Sala acepta, pese a la oposición de la parte impugnante, porque se trata de documentos a los que se refiere el art. 231 LPL, en relación con el art. 270 LEC, al tratarse de documentos referidos a momento posterior al acto de juicio; y lo hacemos –aceptar su incorporación– en la propia sentencia, por economía procesal.

SEGUNDO.- 1.- Con la misma cobertura procesal del art. 191.b LPL, el recurso interesa nueva redacción para el ordinal segundo de los HDP: «Desde agosto de 2002 el empresario ha recriminado en numerosas ocasiones a los trabajadores don J.G.R. y don M.P.G. de forma escrita y verbal descenso graves ella producción de su trabajo. Con fecha 30 de mayo de 2002 procedió a despedir a los citados trabajadores por descenso en la productividad. El empresario se reunió con todos los sindicatos, incluida la CIG, garantizándoles que facilitarla el desarrollo de dichas elecciones. No existió ningún documento ni comunicación que acredite que los trabajadores don J.G.R. y don M.P.G. se fuesen a presentar por el sindicato CIG con anterioridad a su despido, siendo la fecha de la presentación de las candidaturas 2 de junio de 2003 posterior a la notificación del despido por parte de la empresa».

2.- Se rechaza la pretensión revisoria, porque salvo en lo referente a las amonestaciones previas se basa en prueba testifical, y no hay que olvidar que al tener el presente recurso de Suplicación naturaleza extraordinaria, tanto el art. 191.b LPL como la doctrina de Suplicación excluyen que las pruebas de confesión judicial y testifical puedan tener virtualidad revisoria en este trámite (así, SSTSJ Galicia 10.01.01 R. 2.952/98, 29.03.01 R. 4.594/00, 04.04.01 R. 1.464/00, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.11.01 R. 5.426/01, 07.02.02 R. 6.499/01, 22.02.02 R. 3.164/98, 23.12.02 R. 1.744/02, 16.01/03 R. 5.384/02, 22.02.03 R. 4.989/99, 31.03.03 R. 5.793/99, 16.05.03 R. 1.588/03 ...).

Y por lo que a las amonestaciones se refiere, una de ellas –la de 24 de mayo– ya está recogida en el ordinal tercero de la sentencia; y la otra –la de 30.08.02– es objeto del siguiente motivo.

TERCERO.- En efecto, en último término se propone incorporar al relato de los HDP la indicación siguiente: «Con fecha de 30 de agosto de 2002 recibió una carta de la empresa en la que se manifestaba que: "Don J.G.R.:

Me dirijo a usted para comunicarle que debido a los múltiples avisos dados y a que no se recibe respuesta en su trabajo, procedemos a descontarle de su sueldo 150 euros por estropear material en 1.202,02 euros. Esperando que ponga más atención en el trabajo. Sin más motivo, atentamente". Y a continuación las firmas del representante legal de la empresa y del trabajador».

Incorporación que se acepta, porque tiene adecuada justificación en la propia carta, que obra unida a autos como folio 153.

CUARTO.- 1.- En el apartado de examen del Derecho aplicado, el recurso denuncia la infracción del art. 28 CE, de los arts. 2.2.a) y 13 LOLS, y del art. 179.2 LPL, así como del art. 75.1 de la misma Ley adjetiva.

2.- Las denuncias han de ser puestas en relación con los hechos declarados probados, que pueden resumirse así: (a) ante el proceso electoral a celebrar en la Empresa, el representante de ésta se reunió en 19.05.03 con dos miembros del Sindicato CIG, a los que manifestó su rechazo a tal Sindicato y su intención para que no saliera elegido ninguno de sus candidatos, sino el suyo –su propio hermano–; (b) el 24.05.03 dirige carta a uno de los candidatos de la CIG –Sr. J.G.R.– anunciándole que si no cambia de actitud y mejora su productividad será despedido; (c) ese trabajador inicia IT en 29.05.03 y al día siguiente recibe comunicación de despido por descenso en el rendimiento; (d) con la misma fecha también despide al otro candidato –Sr. M.P.G.– de la CIG, aduciendo la misma causa; (e) el 27.06.03, en conciliación, la Empresa reconoció la improcedencia del despido de que había sido objeto don M.P.G. y le readmitió; (f) en conciliación de 11.08.03 se admite la improcedencia del despido del Sr. J.G.R. y se opta por indemnizarle; (g) en 03.06.03 se celebraron las elecciones, habiendo obtenido UGT 9 votos, la CIG 5 votos y CCOO 3 votos, proclamándose Delegado de Personal el hermano del representante legal de la Empresa; y (h) en 11.06.02, por Laudo arbitral –no impugnado– se declaró la nulidad del proceso electoral.

3.- En la materia es básica afirmación (entre otras, SSTSJ Galicia 24.01.96 R. 5.579/95, 19.07.96 R. 3.474/96, 15.11.96 R. 4.779/96, 27.11.97 R. 4.407/97, 26.01.98 R. 4.882/97, 23.03.99 R. 794/99, 11.05.99 R. 1.522/99, 20.04.01 R. 2.851/95, 11.05.01 R. 2.138/01, 26.06.01 R.2.451/01, 12.09.02 R. 3.594/02, 31.10.02 R. 4.663/02, 03.04.03 R. 710/03 y 26.05.03 R. 1.771/03) la de que no basta el simple alegato del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la Empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del onus probandi requiere que se acredite –por parte de quien lo afirma– un ambiente favorable a la discriminación o atentado contra el derecho fundamental. Con la consecuencia de que ese 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, 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 discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales (entre las últimas, las SSTC 5/2003, de 20 de enero, 84/2002, de 20 de abril, 66/2002, de 21 de marzo; 48/2002, de 25 de febrero; 41/2002, de 25 de febrero; 14/2002, de 28 de enero; 136/2001, de 18 de junio; 308/2000, de 18 de diciembre ; 101/2000, de 10 de abril ...).

Con arreglo a la misma doctrina, aunque es ciertamente claro que 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 su decisión obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, acreditando que la misma se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo, de manera que es admisible la improcedencia de la decisión empresarial –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 excluya 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.), la decisión «habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable».

Pero igualmente ha de tenerse en cuenta que los «indicios» de que habla el indicado precepto –art. 179.2 LPL– no son identificables con la mera «sospecha», que consiste en «imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia», sino que los indicios «son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto» (STS 25.03.98 Ar. 3.012, con cita de las SSTS 09.02.96 Ar. 1.007, 15.04.96 Ar. 3.080 y 23.09.96 Ar. 6.769), por lo que la misma doctrina habla de «razonables indicios» (STC 101/2000, de 14 de abril, por ejemplo), o de «mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia» (STC 41/1989, de 22 de marzo; citada por la STS 04.05.00 Ar. 4.266). Y la apreciación indiciaria supone para la Jurisprudencia –STS 01.10.96 Ar. 7.220– una valoración jurisdiccional provisional de carácter complejo, correspondiente en principio al Juez de instancia, que versa tanto sobre elementos de hechos («indicios») como sobre calificaciones o elementos de derecho («violación» del derecho fundamental), y cuya revisión en Suplicación sólo tiene trascendencia o efecto práctico cuando el Tribunal Superior de Justicia entienda que el Juzgado de lo Social debió haber aplicado esta regla atenuada de inversión de la carga de la prueba.

4.- En la decisión recurrida, el Magistrado razona profusa y adecuadamente sobre la existencia de «indicios» de vulneración de la libertad sindical (tercero de los fundamentos de Derecho), y en ausencia de prueba empresarial suficiente desvirtuadora llega a la conclusión –que la Sala comparte íntegramente– de que el comportamiento empresarial era atentatorio de la libertad sindical, al tratar de influir –negativamente– en el proceso electoral que se iba a desarrollar: (a) con la afirmación genérica –de obvio conocimiento general en una empresa de reducidas dimensiones– de su animadversión hacia el Sindicato accionante y su preferencia por el candidato «familiar»; (b) con las amonestaciones –y anuncio de despido– inmediatas a los conocidos candidatos de la CIG; y (c) con el despido –reconocidamente desprovisto de causa legal– de los trabajadores presentados por tal Sindicato. La circunstancia de que ambos trabajadores despedidos se hubiese aquietado en transacción conciliatoria a una simple declaración de improcedencia, en forma alguna desvirtúa esa conclusión, si no que –antes al contrario–prueba la gratuidad de la causa de despido alegada, siquiera los trabajadores –por razones que escapan a este procedimiento– se hubiesen aquietado a una simple declaración de improcedencia.

QUINTO.- 1.- Respecto del último punto suscitado en el recurso, el relativo a la indemnización de los daños y perjuicios –que la decisión recurrida cifra en 1.500 euros–, este Tribunal ha de dar solución al tema a la vista de la doctrina unificada (SSTS 23.03.00 Ar. 3.121, 28.02.00 Ar. 2.242, 09.11.98 Ar. 8.917, 02.02.98 Ar. 1.251, 20.01.97 Ar. 620, 22.07.96 Ar. 6.381 y 09.06.93 Ar. 4.553), de la que hemos hecho aplicación en diversas ocasiones (entre loas últimas, STSJ Galicia 18.06.03 R. 3.205/03), y conforme a cuyo criterio «Lo que se dispone en el art. 15 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical al decir que el órgano judicial, si entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical [léase "derecho fundamental"], decretará la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento [...], y en el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al precisar que la sentencia que declare la existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer "la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera", no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase».

2.- Concretamente, respecto del daño moral y de su indemnización, esta Sala tiene manifestado –SSTSJ Galicia 16.03.98 Ar. 5.048 y 20.01.95 Ar. 146, aparte de la ya citada de 18.06.03– que en el citado daño «se comprenden la violación de derechos de la persona, es extrapatrimonial y recae sobre intereses de afección; en nuestro ordenamiento jurídico el

resarcimiento del daño moral aparece reconocido tanto en el campo legislativo como en el jurisprudencial, en este último, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala 1.ª– de 6 de diciembre de 1912, con fundamento en el art. 1.902 del Código Civil; reconocimiento reiteradamente mantenido en posteriores Sentencias –entre otras, las de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983\2.956) y 25 de junio de 1984 (RJ 1984\2.403)–; incluso la doctrina científica reconoce hoy la indemnización en el ámbito obligacional, frente a la vieja tesis de que una prestación patrimonial nunca puede ocasionar daños morales; y en el terreno legislativo, además del principio consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone en su art. 9.º.3 «La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión legítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida...». De otro lado, para la fijación de la indemnización derivada del daño moral debe tenerse en cuenta: a) No se requiere su prueba directa, por la dificultad que ello entraña, sino demostrar la existencia del acto que, necesariamente, conlleve aquel daño; b) La fijación de su cuantía queda al arbitrio judicial, con la debida ponderación de todas las circunstancias concurrentes; c) Así como la fijación del daño material es objetiva, la determinación del daño moral y su repercusión económica es subjetiva, atendiendo a las necesidades y circunstancias del caso concreto –en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1993 (RJ 1993\515)».

3.- De otra parte, la doctrina jurisprudencial de todos los órdenes jurisdiccionales –lo mismo que la de Suplicación– viene destacando que la determinación del montante indemnizatorio es cuestión reservada en principio a la competencia del Juez «a quo» y que sólo se manifiesta censurable por vía de recurso extraordinario cuando exista error en las bases de determinación o se prescinda de las reglas de la sana crítica, por lo que el criterio de instancia ha de ser mantenido salvo en los supuestos en que el importe sea patentemente desproporcionado, arbitrario, inadecuado o irracional (SSTS de 21.02.00 Ar. 751, 20.07.98 Ar. 6.191, 15.07.95 Ar. 6.011, 27.10.89 Ar. 6.966, 23.03.87 Ar. 2.199, 23.03.87 Ar. 1.716, 08.07.86 Ar. 3.996, 26.12.84 Ar. 6.647, 24.09.84 Ar. 4.282, 03.11.83 Ar. 5.447, 05.07.83 Ar. 4.097, 21.06.83 Ar. 3.565 ...; y en el mismo sentido, SSTSJ Aragón 01.04.02 AS 1.965, País Vasco 30.03.01 AS 4.395, Canarias.Las Palmas: 28.03.01 AS 2.734, Comunidad Valenciana 25.01.01 AS 1.608 ...).

4.- En el supuesto objeto de debate en forma alguna puede calificarse la indemnización pedida como injustificada en demanda y la fijada en instancia –1.500 euros– tampoco puede entenderse desproporcionada. En el documento rector de las actuaciones se razona adecuadamente la justificación de la pretensión resarcitoria, aduciendo el claro perjuicio de imagen que con la conducta empresarial censurada se causa al Sindicato litigante, en tanto que con ella se ha transmitido –en el ámbito de la citada Empresa y en la propia comarca– la idea de conflictividad y posible represalia con la militancia en el mismo, lo que a la postre se traduce en minoración del capital humano y deterioro económico –léase cuota sindical– de la propia accionante. Planteamiento de la demanda y conclusión indemnizatoria de la sentencia que esta Sala comparte en forma plena. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por "C.M., S.L.", confirmamos la sentencia que con fecha 02.07.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Ourense, a instancia de «CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA» y por la que se acogió parcialmente la demanda formulada.

3721 **Autos núm. 7/03**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. DECLARACIÓN DE OBRIGA DE NEGOCIAR SEGUNDO CLÁUSULA DE CONVENIO COLECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veinte de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los Autos nº. 7/03, seguidos a instancia de COMISIONES OBRERAS DE GALICIA contra CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA (CTG), siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El día 8 de septiembre de 2003 se recibió en la Secretaría de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la demanda de Conflicto Colectivo formulada por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia frente a la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia (CTG), en cuyo suplico interesó de esta Sala:

"Que por presentado este escrito, sírvase admitilo e, na súa virtude, teña por interposta demanda promovendo Conflicto Colectivo e, tra-los trámites legáis oportunos, no seu día, dicte sentencia, pola que previa a estimación da demanda declare a obriga da empresa de negociar baixo o principio da boa fe as condicións de equiparación salarial prevista na disposición adicional 2ª de Convenio Colectivo".

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 16 de octubre de 2003, a las diez y treinta horas de la mañana, habiendo tenido lugar tales actos en el día y hora señalados, levantándose el acta correspondiente que obra en autos y, previa deliberación de la Sala, pasaron los autos al Ponente a los efectos oportunos.

Hechos probados

PRIMERO.- La Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia, de competencia autonómica, es una entidad sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia, constituida por tiempo indefinido, cuyo domicilio radica en Santiago de Compostela, en el antiguo edificio Hospital Materno Infantil del Monte de la Condesa, que tiene por objeto el proyecto de fundación y la organización funcional de la hemoterapia y hemodonación en la Comunidad Autónoma de Galicia, el establecimiento de un banco de tejidos humanos, así como la realización de otras actividades que pueden colaborar a la consecución del objetivo fundacional.

SEGUNDO.- El presente Conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores que prestan sus servicios para el Centro de Transfusión de Galicia (CTG) en las distintas categorías profesionales y en los diferentes centros de trabajo existentes en la Comunidad Autónoma de Galicia y que están incluidos en el ámbito del Convenio Colectivo de empresa, publicado por Resolución de 4 de noviembre de 1999, de la Dirección General de Relaciones Laborales, inserto en el Diario Oficial de Galicia nº 246, correspondiente al día 23 de diciembre de 1999, en el que se regulan las condiciones de trabajo entre la referida empresa y el personal que, sujeto a la legislación laboral, presta sus servicios bajo su dependencia.

TERCERO.- La Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo de referencia, establece que: "Ambalas dúas partes comprométense a revisar, logo da necesaria negociación, para efectos desde o 1 de xaneiro de 2000, as retribucións, co obxecto de equiparalas dentro das peculiaridades da fundación ó modelo retributivo do Servicio Galego de Saúde. Fixanse como prioritarios os conceptos de complemento por traballo por quendas, complemento de atención continuada e complemento específico.

CUARTO.- El presente Conflicto Colectivo versa acerca de la aplicación e interpretación de la citada Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo de la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia de 23 de diciembre de 1999, por resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales.

QUINTO.- El Comité de Empresa, en diversas ocasiones, desde los primeros meses del año 2000, se dirigió a los Órganos rectores de la entidad demandada a fin de que se abrieran las negociaciones necesarias para alcanzar un acuerdo que permitiese hacer efectivo lo establecido en la antedicha Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo. Asimismo, en diversas ocasiones, el Comité de Empresa, interesó a la Dirección del CTG, la convocatoria la Comisión Paritaria de vigilancia, interpretación y desarrollo del Convenio, a fin de tratar, entre otros asuntos, lo relativo a la aplicación de la Disposición Adicional Segunda del Convenio.

SEXTO.- Con fecha 26 de junio de 2003, se celebró ante la Dirección General de Relaciones Laborales acto de conciliación, que finalizó "sin avenencia".

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Conviene tener presente que, a tenor de lo que constituye el suplico de la demanda rectora del procedimiento, ratificada en el acto del juicio oral por la parte actora, el objeto de la presente controversia se circunscribe a la determinación, por parte de la Sala, de si procede o no declarar la obligación de la entidad demandada de negociar las condiciones de equiparación salarial a que se refiere la Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo suscrito con fecha 15 de septiembre de 1999 entre la representación de la Fundación Centro de Transfusión de Galicia (CTG) y los trabajadores a su servicio, siendo así que, en atención a ello, no es materia del litigio que nos ocupa la sustanciación de cuestiones relativas a la determinación de concretas magnitudes salariales o el análisis de las pretensiones de los trabajadores que se incardinasen en el concreto ámbito de un proceso de equiparación con el modelo retributivo existente en el Servicio Galego de Saúde, sino, pura y simplemente, la consideración antedicha en orden a la mera celebración de las negociaciones que, aún cuando, obviamente, tendrían como fin la consecución de los objetivos de equiparación de las retribuciones, no constituyen sino la antesala necesaria para, en su caso, alcanzar los puntos de coincidencia que las partes entendiesen oportunos, aún cuando, per se, la apertura de negociaciones no garantice, en definitiva, el logro de las aspiraciones de las partes y en concreto, de la parte social promotora del presente Conflicto Colectivo.

SEGUNDO.- Así las cosas, la Sala, una vez analizados los diversos elementos probatorios llevados a cabo en el juicio, y a la vista de las disposiciones invocadas por las partes y demás de aplicación, llega a la consideración de que, acreditado que la parte social interesó e intentó en repetidas ocasiones que la empresa accediese a abrir el correspondiente y necesario proceso de negociación, a los efectos y bajo los auspicios de la tan citada Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo de referencia, sin que la interpelada hubiese manifestado su anuencia a la apertura de tales negociaciones, oponiéndose en el acto del juicio, a tenor de lo allí manifestado, mas a lo que pudiéramos denominar el "fondo de la cuestión", en esencia, la existencia de límites presupuestarios, el sometimiento a la normativa que le es propia, el control financiero, que, en todo caso, son cuestiones que exceden de lo que constituye el estricto y concreto ámbito de la presente litis, en atención a los términos en que se ha formulado la pretensión de la parte actora que, en el acto del juicio, dejó patente que no pretendía, en este acto, la equiparación sino la negociación técnica para llegar a dicha equiparación, de manera que, sin perjuicio de que, a la postre, las partes alcancen o no los pertinentes acuerdos, ha de acogerse la pretensión de la parte actora, contenida en el suplico de la demanda rectora del presente procedimiento de Conflicto Colectivo.

En consecuencia,

Fallamos

Estimando la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia (CTG), declaramos la obligación de la de negociar, bajo el principio de la buena fe, las condiciones de equiparación salarial prevista en la Disposición Adicional Segunda del Convenio Colectivo.

3722 **Recurso núm. 4.706/03**

S.S. APLICACIÓN DA TEORÍA GRADUALISTA, AO EFECTUAR DE PRECISAR A CONCORRENCIA OU NON DAS CAUSAS XUSTAS DE DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO ALEGADAS POLO EMPRESARIO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veintidós de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.706/2003 interpuesto por doña A.M.G.B. y ESTACIÓN DE SERVICIO "B., 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 doña A.M.G.B. en reclamación de DESPIDO siendo demandado ESTACIÓN DE SERVICIO "B., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 37/2003 sentencia con fecha 2 de mayo de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"Primero.- La actora prestó servicios para la demandada desde el 23 de agosto de 1999 con la categoría profesional de Auxiliar de Caja y percibiendo un salario de 652,14 euros mensuales con prorrateo. Segundo.- El día 13 de diciembre de 2002 la empresa le comunica su despido en escrito que al estar unido a los autos se da por reproducido dada su extensión y teniendo en cuenta que el examen de las causas alegadas se efectúa a lo largo de la presente resolución. Tercero.- El día 18 de agosto y a lo largo de su jornada laboral la actora usó el móvil en ocasiones para leer algunos mensajes, siendo la única llamada recibida por algo relacionado con la empresa. En la lectura empleaba segundos y sin afectar al normal funcionamiento de su servicio. También contó de forma reiterada el dinero de caja. Retiró de su bolsillo trasero del pantalón unas monedas que cambió en caja para comprar tabaco. Retiró un cigarrillo del paquete y después de un largo rato hablando con alguien que parece expendedor sale del puesto de trabajo, parece ser que con el cigarrillo en la mano, regresando de forma casi inmediata. Recibe la visita de su marido, y sin afectar en momento alguno a la atención a los clientes, mantiene una charla con él. Retira de caja unos billetes que guarda en el bolsillo trasero. Al rato sale de su puesto y al regresar cambia el dinero en la caja guardando un billete en la misma y el resto en el bolsillo. Al final de su jornada hace examen de existencias, caja con el trabajador que la sustituye cuadrando exactamente sin que falte ni sobre dinero alguno. A lo largo de la jornada la actora sala y entre frecuentemente de la caja, dirigiéndose hacia lo que parece la salida. Conversa con un trabajador que parece un expendedor, a quien le cambia dinero observándose que muchas de las salidas obedecen a la llamada de alguien que no aparece en la grabación aportada por la empresa. Cuarto.- El día 22 de agosto adquiere productos en la empresa, que pasa por el scanner y abona. Quinto.- No se aporta cinta alguna referente a los hechos imputados el 23 de agosto. Sexto.- El 5 de septiembre coge un billete de la caja, sale de la misma y vuelve de forma casi inmediata con el billete en la mano, que deja en caja. Séptimo.- El día siguiente sucede lo mismo, pero regresando sin los billetes. Octavo.- El día 9 de septiembre un cliente le pide permiso a la actora para llevarse unos productos y abonarlos posteriormente. Así lo hace y aquella los anota en un papel que deposita en la caja. Noveno.- No se aportan cintas acreditativas de los restantes hechos imputados. Décimo.- Con fecha 6 de septiembre de 2002 la empresa despidió a un compañero de la actora, don M.F.V. siendo declarado el despido improcedente por este juzgado en sentencia firme dictada en fecha 15 de noviembre de 2002, autos 712/2002, unidos a los presentes por acuerdo del juzgador. En estos autos la actora depuso como testigo del trabajador despedido. Undécimo.- Se celebró acto conciliatorio previo sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña A.M.G.B., declaro la improcedencia de su despido y condeno a la empresa ESTACIÓN DE SERVICIO "B., S.L." 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 3.237,47 Euros, así como a abonar en concepto de salarios de tramitación para el supuesto de readmisión la cantidad de 2.978,11 euros".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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 la demanda y declara la improcedencia del despido de que ha sido objeto la actora el 13.12.02.

Frente a ella el demandado-condenado interpone recurso de suplicación y como primer punto y al amparo de art. 191a) de la Ley de Procedimiento Laboral solicita la repo-

sición de los autos al momento en que se encontraban por infracción de las normas y garantías del procedimiento que le han producido indefensión y todo por la no admisión de la prueba pericial propuesta por la parte, de don J.M.S.E. Efectivamente, tal y como consta en el Acta del juicio oral el letrado de la demandada propuso como prueba pericial el Informe Económico de la empresa realizado por don J.M.S.E., informe que consistía en la situación económica y financiera de la empresa de los tres últimos ejercicios 2000, 2001 y 2002, en dónde se certificaban las pérdidas en tienda en el importe de 99.735,36 Euros. Alegando que la no admisión de dicha prueba ha producido indefensión a la empresa y por tanto vulneración del articulo 24.1 y 2 de la Constitución y fue objeto de protesta en tiempo y forma, tal y como consta en el Acta del Juicio y como requiere el art. 87.2 de la L.P.L. a los efectos de la fundamentación en el correspondiente Recurso de Suplicación.

No toda infracción de norma procesal dará lugar a la nulidad por quebrantamiento de forma siendo preciso que la misma haya provocado a la parte consecuencias negativas limitando sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción siendo la indefensión el alma de la nulidad (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de julio de 1991). La indefensión no ha de ser meramente formal sino también material incumbiendo al recurrente demostrar que el error judicial anuló o limitó sustancialmente los derechos inherentes a su calidad de parte en el proceso (sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1985 [RTC 1985\161], 5 de octubre de 1989 [RTC 1989\158] y 25 de abril de 1994 [RTC 1994\126].

El artículo 238.3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "los actos judiciales son nulos de pleno derecho. Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa siempre que efectivamente se haya producido indefensión". Y el artículo 24 de la Constitución Española, invocado por el recurrente, consagra el "derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión", derecho fundamental que se satisface, según reiterada doctrina Constitucional, mediante el acceso a la jurisdicción la defensa contradictoria y la obtención de una respuesta judicial razonada y fundamentada en Derecho a las pretensiones de las partes, aunque haya sido negativa, advirtiendo dicho Tribunal en su Sentencia núm. 118/1993, de 29 de marzo (RTC 1993\118) y las que en ella se citan que "en cualquier caso, la indefensión no puede venir motivada por la propia postura, negligente o torpe de quien la alegue".

En el presente procedimiento, la tutela judicial efectiva se prestó con plena efectividad y sin menoscabo alguno de los derechos del recurrente, porque la pericial pedida y denegada por el juez de instancia por resultar innecesaria su práctica no provoca indefensión, toda vez que el actor fue despido, no por la existencia de perdidas en la empresa, sino que se le imputó una apropiación indebida y una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento y la existencia de perdidas en la empresa no acredita el hurto ni la apropiación, ya que pueden existir estas sin existencia de aquellas o aquellas sin estas. Cierto que el recurrente habla de anulaciones ficticias de ventas reales o de la manipulación del TVP pero tales hechos no son objeto de la pericial propuesta y denegada, por lo que la denegación de aquella tal y como ha sido propuesta, al ser innecesaria para acreditar los hechos imputados en la carta de despido, es ajustada a derecho y por lo mismo no prospera este motivo de recurso.

SEGUNDO.- Demandado y demandante en este recurso de suplicación y al amparo del art. 191 b) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretenden la revisión de los hechos declarado probados y en concreto la actora del hecho primero para que se diga: "La actora prestó servicios para la demandada desde el 23 de agosto de 1999 con la categoría profesional de Auxiliar de Caja y percibiendo un salario de 756,24 euros mensuales con prorrateo."

Basa esta sustitución del Hecho Probado Primero, en la prueba documental practicada en el acto del juicio consistente en las nóminas de la actora y que no han sido impugnadas de adverso. La parte en su escrito de demanda establecía el salario mensual en 652,14 euros, sin que se incluyese el prorrateo de las pagas extraordinarias. En este sentido hay que atender a las nóminas aportadas como prueba documental y en las que consta que el prorrateo de las pagas extraordinarias es de 151,26 euros, por lo que resulta un sala-

rio con prorrateo de las pagas extraordinarias incluidas de 756,24 euros. Por lo que se admite la revisión propuesta.

TERCERO.- Con igual amparo procesal como hemos dicho, la empresa demandada pretende la modificación del Hecho probado TERCERO, párrafo 2°, por cuanto en la redacción de dicho párrafo se ha incurrido no solo en errores materiales, sino también conceptuales y propone como redacción la siguiente.: "retira de caja unos billetes que guarda en el bolsillo trasero. Al rato y al regresar cambia "UN" dinero en la caja guardando un billete en la misma y el resto en el bolsillo". Para ello no alega prueba alguna en que apoyar la revisión por lo que la misma no prospera ya que 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 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 (SSTS 17 de octubre de 1990, Ar. 7.929 y 13 de diciembre de 1990, Ar. 9.784) hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa de manera que 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, entre otras, 03.03.00, 14.04.00, 15.04.00, y 12.04.02)

CUARTO.- También vía de revisión interesa la empresa demandada la modificación del párrafo 3° del Hecho probado Tercero, ya que del mismo se podría deducir que el cuadre de caja podría implicar el no fraude a la empresa. Y en este sentido propone otra redacción de conformidad con la documentación que alega como núm. 1 de su prueba documental consistente en el listado de operaciones de devoluciones realizadas por la trabajadora doña A.M.G.B. que en el periodo comprendido entre el 01.01.02 al 13.12.02 realizó operaciones devolución por importe de 6.557,71 Euros, siendo las cantidades de devolución realizadas por el resto de sus compañeros no superiores a 1.500 Euros acredita el listado que acompaña como documento núm. 2. Así dicho párrafo mantendría la redacción siguiente: "...al final de su jornada hace examen de existencias, caja con el trabajador que la sustituye cuadrando la misma una vez deducidas las anulaciones realizadas, no constando si durante dicho día se cobraron productos sin pasar por el escáner, y no observándose tickets de devolución firmados por la trabajadora"

No se admiten las modificaciones propuestas por que siendo así que se basa en la falta de prueba documental justificativa de la afirmación con lo que se incurre en el abstracto y débil procedimiento de alegar amparo negativo de prueba o insuficiencia de los instrumentos probatorios para configurar el relato fáctico (a título de ejemplo, las SSTS de 15.01.90, Ar. 125, 31.05. 90 Ar. 4.524 y 28.11. 90 Ar. 8.614; SSTSJ Galicia 28.02. 98, R. 722/98, 19.05.98, R. 1.362/98, 03.07.98 R. 2.268/95, 25.09.98, R. 3.375/98, 25.11.98 R. 4.263/98, 16.12.98 R.5.356/95 y 17.12.98 R. 4.717/98).

Y por ultimo en esta vía pretende la modificación del Hecho probado TERCERO, párrafo 8° (cuando en realidad es el HDP 8º) que dice: .- El día 9 de septiembre un cliente le pide permiso a la actora para llevarse unos productos y abonarlos posteriormente. Así lo hace y aquella los anota en un papel que deposita en la caja.

Para que diga: siguiente "... el día 9 de Septiembre un cliente se lleva productos de la tienda sin abonarlos, y sin que los citados productos pasaran por el escáner de la empresa, teniendo en cuenta que el citado TPV registra también las ventas de los clientes con crédito". Haciendo referencia a la testifical practicada para apoyar tal cambio en la redacción por lo que el motivo es claro que no puede prosperar, pues, por una lado, lo que se pretende ya figura aunque con distintos términos en el hecho impugnado y, por otro, la modificación interesada descansa en la prueba testifical que cita, la cual es inhábil a los efectos revisorios en virtud de lo dispuesto en el art. 191 b) LPL que solo se refiere a la documental y pericial.

QUINTO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la L.P.L. Como 5º y ultimo motivo de Recurso alega la empresa demandada que existe infracción de los artículos 54-2-d) y

e) del E. T en relación con los artículos 55.4, 5-a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En todo caso, el enjuiciamiento del despido disciplinario, dada la censura jurídica producida, ha de hacerse con criterio gradualista, tendente a establecer una adecuada proporción y correspondencia entre conductas y sanciones, y con criterio individualizado, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto - Sentencias de la Sala de 13 y 24 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6.336 y RJ 1986\6.500), 17 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8.598) y 28 de febrero de 1990 (RJ 1990\1.248)-.

La causa de despido que la empresa imputa a la demandante es la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo y la disminución continuada en el rendimiento normal con expresa mención a los artículos 54-2c) y d). y el artículo 31 del convenio colectivo estatal de estaciones de servicio en los apartados 2 y 12 tipifica como faltas muy graves el fraude, falsedad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y la apropiación indebida, hurto o robo, tanto en la Empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la Empresa o durante acto de servicio en cualquier lugar. La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo.

Conforme a estos preceptos y de la prueba practicada pretende la empresa que la conducta de la actora constituye y es fraudulenta porque la trabajadora se guardaba dinero en el bolsillo y no consta que la citada trabajadora tuviera autorización de la empresa para guardarse el dinero en el bolsillo. Asimismo tal y como se contempla en el Hecho Probado Octavo que un cliente se llevó productos de la empresa sin abonarlos no siendo pasados dichos productos por el escáner de la empresa no constando tampoco que la trabajadora tuviera autorización alguna de la empresa para permitir que un cliente se lleve productos de la empresa sin ser abonados y sin pasar por el escáner, evitándose así los controles de la empresa. Y que en esencia la actuación de la demandante consisten en intentar no dejar huella de las operaciones mercantiles de venta mediante la manipulación del terminal punto de venta mediante el procedimiento de anulación de las ventas efectivamente realizadas para así poder cuadrar la caja diaria y mediante el sistema de no pasar por escáner los productos apropiándose del importe de los mismos evitando así todos los controles puestos por la empresa.

Tales afirmaciones no son ciertas, son conclusiones a que llega la demandada para justificar el despido pero que en modo alguno resultan de los HDP, en los que se dice que de los hechos imputados solo se ha acreditado que: .- El día 18 de agosto y a lo largo de su jornada laboral la actora usó el móvil en ocasiones para leer algunos mensajes, siendo la única llamada recibida por algo relacionado con la empresa. En la lectura empleaba segundos y sin afectar al normal funcionamiento de su servicio. También contó de forma reiterada el dinero de caja. Retira de su bolsillo trasero del pantalón unas monedas que cambió en caja para comprar tabaco. Retira un cigarrillo del paquete y después de una largo rato hablando con alguien que parece expendedor sale del puesto de trabajo, parece ser que con el cigarrillo en la mano, regresando de forma casi inmediata. Recibe la visita de su marido, y sin afectar en momento alguno a la atención a los clientes, mantiene una charla con él.

Retira de caja unos billetes que guarda en el bolsillo trasero. Al rato sale de su puesto y al regresar cambia el dinero en la caja guardando un billete en la misma y el resto en el bolsillo.

Al final de su jornada hace examen de existencias, caja con el trabajador que la sustituye cuadrando exactamente sin que falte ni sobre dinero alguno.

A lo largo de la jornada la actora sale y entra frecuentemente de la caja, dirigiéndose hacia lo que parece la salida. Conversa con un trabajador que parece un expendedor, a quien le cambia dinero observándose que muchas de las salidas obedecen a la llamada de alguien que no aparece en la grabación aportada por la empresa.

El día 22 de agosto adquiere productos en la empresa, que pasa por el escáner y abona.

El 5 de septiembre coge un billete de la caja, sale de la misma y vuelve de forma casi inmediata con el billete en la mano, que deja en caja. El día 9 de septiembre un cliente le pide permiso a la actora para llevarse unos productos y abonarlos posteriormente. Así lo hace y aquella los anota en un papel que deposita en la caja.

Y parece evidente que los mismos no pueden justificar el despido ya que no se ha acreditado que con el sistema de anulaciones de productos se modifique el TVP, hecho que además no se le imputa en la carta de forma especifica, sino a través del hecho de la modificación de los TVP, pero que no solo

lo hace la actora, porque de la documental aportada a requerimiento del juez de instancia como diligencias para mejor proveer, resulta que las anulaciones de ventas son muy frecuentes y todos los trabajadores lo hacen y por grandes importes como la actora; solo en una ocasión permitió a un cliente no pasar los productos comprados por el escáner pero lo anotó y de esta forma lo dio a cocer a la empresa no ocultando ni defraudando nada, aunque pudiera hacerlo de otra forma; el hecho de meter dinero en el bolsillo puede estar prohibido por la empresa o no ser muy profesional pero ni acredita el fraude o la sustracción del mismo y también lo hacían el resto de los compañeros. Estos hechos entendemos que son insuficientes para justificar el despido ya que el Tribunal Supremo entiende en sentencia de 26.09.84 que la «ratio iuris» que lleva al juzgador de instancia a calificar de improcedente el despido es la de que los hechos que lo motivaron (que reputa, acertadamente, de «desviación de lo que debe ser el comportamiento correcto de un empleado») carecen de la consideración de incumplimiento contractual grave y culpable que pueda entrañar tan grave y definitiva sanción laboral; y ello en función de las circunstancias concurrentes en el caso, de las que deja constancia en los hechos probados. Es lo cierto que dicha apreciación se acomoda al tenor de la doctrina que contienen reiteradas sentencias de esta Sala, entre otras las de 28 de enero y 27 de marzo de 1984 (RJ 1984\111 y RJ 1984\1.616. En cualquier supuesto, siempre las causas de despido merecen atención singularizada y han de apreciarse los hechos no automática y objetivamente, sino discriminando cuantos datos los configuran y con atención preferente al factor humano. Los llamados «actos de tolerancia», es decir usos aceptados y consentidos por quien en la empresa puede y aun debe corregirlos y que suavizan el estricto cumplimiento de las normas emanadas de la dirección suprema, degradan sin duda tanto la gravedad como la culpabilidad que, sin ellos, pudiera atribuirse a la infracción contractual.

Así mismo también hay que citar la siguiente jurisprudencia: 1) Es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone -Sentencias 24 y 25 de febrero de 1984 (RJ 1984\918 y RJ 1984\921)-. 2) La significación y alcance del acto o actos concretos determinantes del despido han de situarse entre todas las demás circunstancias concurrentes, para que pueda prevalecer el equilibrio, presupuesto de la justicia -sentencia de 22 de marzo de 1984 (RJ 1984\1.598)-, atendiendo al momento en que se producen y a los efectos que causan -sentencia 12 de abril de 1984 (RJ 1984\2.088)-. 3) Es imprescindible, pues, conjugar la conducta y sus antecedentes con la trascendencia y gravedad del despido para que exista adecuación entre el acto y la sanción -sentencias de 24 de enero y 7 de febrero de 1984 (RJ 1984\90 y RJ 1984\846)-. 4) Entre los datos a tener en cuenta a estos efectos cobra especial relieve la naturaleza dolosa o culposa de la infracción, pues si bien la expresión culpabilidad es un término genérico que abarca a una y otra, es fundamental para calificar de grave la conducta tener en cuenta aquella naturaleza para que de esta manera pueda hacerse efectivo el valor constitucional de la justicia que exige a su vez como uno de sus principales presupuestos la proporcionalidad y el equilibrio que es, en definitiva, en lo que se ha basado la Magistratura de instancia para estimar la demanda, ya que a una simple irregularidad en la extensión de las facturas en los términos que quedan reflejados, sin acreditarse que tras ella hubiera falsedad en su contenido ni menos aún propósito de engaño y lucro no puede asociarse una sanción de tanta gravedad como el despido, institución que, incorporada a lo que puede denominarse derecho disciplinario del trabajo, ha de inspirarse en los mismos principios que gobiernan el ordenamiento punitivo que rechaza toda interpretación analógica o extensiva y prohíbe toda presunción en contra de quien ha de sufrir la sanción y en el que impera el principio de favorecimiento de la duda.

Por lo que se refiere a la disminución en el rendimiento también el TS en sentencia de 23.03.90 (RJ 1990/2.339) establece: Para que dicha circunstancia integrase el incumplimiento previsto en el apartado e) de dicho precepto sería necesario que, tanto en la carta de despido como en el relato fáctico de la sentencia de instancia se recogiese el imprescindible elemento comparativo para llegar a la conclusión del bajo rendimiento, ya atendiendo a un criterio subjetivo, tomando como medida el conseguido por el propio trabajador con anterioridad, ya atendiendo a un criterio objetivo,

remitiéndose al rendimiento marcado por pacto individual o colectivo o por otros trabajadores que realicen la misma actividad; y además, también sería preciso que se acreditase la voluntariedad y continuidad en tal actitud. Pues bien, tampoco nada de ello se contiene en la carta de despido; por todo lo expuesto se llega a la conclusión al igual que hace la sentencia de instancia que el despido debe ser calificado de improcedente con los efectos del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, de donde deriva la desestimación del Recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada.

SEXTO.- Por ultimo se formula al amparo del artículo 191.c de la Ley de Procedimiento Laboral, por la demandante la denuncia de infracción de los artículos 26.1 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Entendiendo que debe considerarse infringido el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el clara el artículo 56.1 apartado a), del Estatuto de los Trabajadores, que señala lo siguiente: "Una indemnización de 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".

En base a lo expuesto y a la vista de la prueba documental, consistente en las nóminas de la actora, queda acreditado que el salario de la actora con prorrateo de pagas extraordinarias era de 756,24 euros y no de 652,14 euros, como se afirma en la Sentencia recurrida y cuya modificación se admitió vía de revisión, por lo tanto el cálculo de la indemnización por despido improcedente debe realizarse sobre el salario de 756,24 euros mensuales y por ello la misma asciende a 3.751,25 €. Y en este sentido estimamos el Recurso de suplicación interpuesto por la demandante y revocamos la sentencia a este respecto. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Estación de servicio "B., S.L.", contra la sentencia de fecha 02.05.03, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña, en el Procedimiento nº 37-03 sobre despido y estimando parcialmente el interpuesto por la demandante doña A.M.G.B. debemos revocar parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de fijar la indemnización en 3.751,25 confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

3723 Recurso núm. 1.636/02

S.S. ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL. COMPETENZA DA ORDE XURISDICIONAL SOCIAL, MAILOS SEUS EFECTOS NA RECADACIÓN DE COTAS. EXISTENCIA DE ACCIÓN FRONTE Á BAIXA NO RXSS. DEREITO Á PERMANENCIA E Á COTIZACIÓN NO DITO RÉXIME. NON CONCORRE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ALTA SIMULTÁNEA NO RXSS E NO RÉXIME ESPECIAL DE FUNCIONARIOS CIVÍS DO ESTADO. PRACTICANTE APD E AO SERVIZO DO SERGAS, TRANSFERIDO DA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

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

A Coruña, a veinticuatro de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.636/2002 interpuesto por SERGAS Y TGSS 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.D.B. en reclamación de ALTA BAJA-COTIZACION siendo demandado TGSS Y SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 722/01 sentencia con fecha 12 de enero de 2002 por el Juzgado de referencia que estima en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El demandante don R.D.B., mayor de edad con DNI número .., pertenece al Cuerpo de Practicantes Titulares al servicio de la Sanidad Local al menos desde el 27 de julio de 1992, habiendo sido transferido a la Comunidad Autónoma de Galicia, desempeñando funciones de asistencia pública domiciliaria y asistencia general a los beneficiarios de la Seguridad Social como ATS de cupo.-

2º) En virtud de los dispuesto por el artículo 28 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y de la interpretación que del mismo hizo la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE)mediante orden de servicio de 6 de junio de 2001, el Servicio Galego de Saúde y la Tesorería General de la Seguridad Social consideraron que, transferida la asistencia sanitaria a la Comunidad Autónoma de Galicia, el actor, y demás personal de cupo, debía optar por permanecer en el régimen General de la Seguridad Social o bien en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, lo que comunicó al actor el Servicio Galego de Saúde el dia 20 de junio para que efectuase la opción, optando éste el día 29 de junio por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado pero "con reserva de las acciones legales que me correspondan".- 3º) Efectuada la opción por el actor, el Servicio Galego de Saúde procedió a tramitar su baja en el Régimen General de la Seguridad Social, que practicó la Tesoreria General de la Seguridad Social con efectos del 30 de junio de 2001. presentadas por el demandante reclamaciones previas ante dichos Organismos, le fueron desestimadas mediante resolución de fechas 20 de diciembre y 3 de octubre respectivamente por considerar que, transferida la asistencia sanitaria a la Comunidad Autónoma, realizaba una solo actividad o una sola función, añadiendo el Servicio Galego de Saúde que se había limitado a ejecutar lo acordado por la Tesoreria General de la Seguridad Social y MUFACE y que él no era competente para pronunciarse sobre el tema.- 4º) El demandante no está integrado en los nuevos Equipos de Atención Primaria. Recibe instrucciones de servicio de la Conselleria de Sanidade e Servicios Sociais y del Servicio Galego de Saúde, cobra por nómina única expedida por el Servicio Galego de Saúde pero diferenciando sus emolumentos por su doble condición de APD y ATS de cupo y debe cursas sus bajas laborales y licencias ante MUFACE y el Servicio Galego de Saúde."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por don R.D.B., debo declarar y declaro su derecho a mantener el alta y la cotización en el Régimen General de la Seguridad Social y por consiguiente dejo sin efecto su baja en dicho régimen acordada por los demandados Servicio General de la Seguridad Social, a los que condeno a estar y pasar por la anterior declaración y a que procedan a darlo de nuevo de alta en el referido régimen y a efectuar las correspondientes cotizaciones."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia estimatoria de la demanda y declaratoria del derecho del actor a mantener su alta y cotización en el RGSS, los demandados Sergas y TGSS interponen sendos recursos de Suplicación que se aquietan al relato de los HDP y en los que se denuncia, en el formulado por el Sergas: Primero, infracción por inaplicación del art. 3.b LPL, en relación con la doctrina jurisprudencial que cita, motivo con el que se sostiene la incompetencia del orden social para conocer el presente debate. Y segundo, infracción del art. 80.1.d de la LPL, en relación con el art. 12 de la LEC y 24 de la CE, por no haberse demandado a MUFACE que, a su juicio, se vería afectada por la sentencia, concurriendo así la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

En el interpuesto por la TGSS, se denuncia: Primero, infracción por inaplicación del art. 3.b LPL, motivo con el que se sostiene la incompetencia del orden social para conocer el presente debate. Segundo, infracción del art. 80.1.b LPL, en relación con el art. 81.1 del mismo texto legal, por no haberse demandado a MUFACE, lo que supone también la invocación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Tercero, infracción del art. 17 LPL, en relación con el art. 80.1.d) del mismo Cuerpo legal y de la doctrina unificada, afirmando la inexistencia de acción, por no actuar un interés presente. Y cuarto, infracción por inaplicación del art. 28 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, argumentando que si el legislador hubiera querido limitar la obligación de opción a aquéllos que se hubieran integrado en los equipos de atención primaria, así lo hubiera dicho.

SEGUNDO.- Las anteriores denuncias han de situarse en el contexto fáctico que la decisión de instancia declara probado, que el recurso no ha cuestionado y que se desprende del examen de las actuaciones a los solos

efectos de apreciación o no de la invocada excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia. En tal sentido, procede hacer las siguientes consideraciones:

1.- Consta probado que: A) El actor pertenece al Cuerpo de Practicantes Titulares al servicio de la Sanidad Local, al menos desde el 26 de julio de 1992, habiendo sido transferido a la Comunidad Autónoma de Galicia, desempeñando funciones de APD y de ATS de Cupo. B) En virtud de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y de la interpretación que del mismo hizo la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), mediante orden de servicio de 6 de junio de 2001, el Servicio Galego de Saúde y la Tesorería General de la Seguridad Social consideraron que transferida la asistencia sanitaria a la Comunidad Autónoma de Galicia, el actor, y demás personal de cupo, debía optar por permanecer en el Régimen General de la Seguridad Social o bien en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, lo que comunicó al actor el Servicio Galego de Saúde el día 20 de junio para que efectuase la opción, optando éste el día 29 de junio por el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, pero con reserva de las acciones legales que me correspondan. Efectuada la opción, el Sergas procedió a tramitar su baja en el Régimen General de la Seguridad Social, que practicó la TGSS con efectos de 30 de junio de 2001. C) El demandante no está integrado en los nuevos Equipos de Atención Primaria. Recibe instrucciones de servicio de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais y del Servicio Galego de Saúde, cobra por nómina única expedida por el Servicio Galego de Saúde pero debe cursar sus bajas laborales y liciencias ante MUFACE y el Servicio Galego de Saúde.

2.- En función de lo anterior, debe rechazarse la incompetencia jurisdiccional alegada de acuerdo con el criterio sentado por la Sentencia de esta Sala, dictada en Sala General, de fecha 17 de octubre de 2003 (Recurso nº 1.568/02), por la que se resolvió un asunto semejante, y ello porque los términos de la pretensión de demanda llevan a declarar que el conocimiento del tema a debate –alta en la Seguridad Social y correlativos efectos cotizatorios– corresponde a este Orden jurisdiccional social.

Señala la mencionada Sentencia que: "En tal sentido se manifiesta la doctrina unificada, siquiera se hubiesen dictado pronunciamientos anteriores divergentes. Son de citar al efecto como exponentes del criterio que esta Sala ha de seguir, las SSTS 30.04.93 Ar. 3.385, 27.07.93 Ar. 5.991, 09.12.93 Ar. 9.768, 15.07.97 Ar. 5.705, 12.07.99 Ar. 7.163, 29.10.99 Ar. 8.511, 01.12.99 Ar. 9.347; y más recientemente, –replanteada la cuestión en Sala General y manteniendo doctrina– las SSTS 29.04.02 Ar. 5.681, 29.04.02 Ar. 5.684, 29.04.92 Ar. 5.687, 30.04.02 Ar. 5.689, 30.04.02 Ar. 6.159 y 03.05.02 Ar. 7.529, 03.05.02 Ar. 6.349, 03.05.02 Ar. 9.821, 03.05.02 Ar. 7.530, 03.05.02 Ar. 6.350, 06.05.02 Ar. 6.351, 06.05.02 Ar. 7.534, 08.05.02 Ar. 7.539, 14.05.02 Ar. 7.551, 14.05.02 Ar. 7.555, 17.05.02 Ar. 6.749, 17.05.02 Ar. 6.751, 19.05.02 Ar. 6.752, 06.06.02 Ar. 7.579, 06.06.02 Ar. 7.581, 07.06.02 Ar. 8.134, 07.06.02 Ar. 7.584, 10.06.02 Ar. 7.586, 10.06.02 Ar. 7.588, 10.06.02 Ar. 8.137, 10.06.02 Ar. 8.138, 10.06.02 Ar. 8.139, 10.06.02 Ar. 8.140, 10.06.02 Ar. 8.141, 11.06.02 Ar. 7.193, 11.06.02 Ar. 7.194 ... y una interminable serie de resoluciones, absolutamente coincidentes todas ellas, la última de las cuales –de la que este Tribunal tenga noticia– es la de 16.09.02 Ar. 10.647".

"Aunque la reiteración del pronunciamiento excusa de toda argumentación y hace suficiente con remitirse a los prolijos argumentos de la doctrina unificada que citamos, la Sala considera oportuno –a efectos de la más correcta motivación– reproducir parcialmente una de aquellas sentencias –en concreto, la STS 30.04.02 Ar. 6.159–, conforme a la cual: "El artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los juzgados y tribunales del Orden Jurisdiccional Social, el conocimiento y fallo de los litigios que se promuevan, entre otras, en «materia de Seguridad Social», mandato que se reproduce en el artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral al declarar, en similares términos la competencia de estos órganos respecto a la misma materia, «incluida la protección por desempleo». Mas en el artículo 3 b) se excluyó de este conocimiento «las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria, o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta".

"Es regla, por mandato legal, la atribución al Orden Social el conocimiento de la materia de Seguridad Social y, la excepción, la revisión de los actos de recaudación, en los que se hace prevalecer el elemento de ejercicio de autoridad, para deferir su revisión al Orden Contencioso-Administrativo. Debe por tanto delimitarse qué haya de entenderse por «materia de gestión recaudatoria», términos lo suficientemente ambiguos para ser susceptibles de interpretaciones contradictorias. Las decisiones jurisprudenciales no han seguido a este respecto una doctrina unívoca. En el orden reglamentario, aporta luz el Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre que aprobó el Reglamento de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social que, en su artículo 1, bajo el epígrafe «Concepto» establece que «la gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social consiste en el ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social cuyo objeto esté constituido por los recursos de la misma que se especifican en el art. 4 del presente Reglamento». Cierto es que existen actos en los que es posible apreciar una doble vertiente, declarativa de derechos y obligaciones de Entidades Gestoras y beneficiarios de una parte y, de otra, e indirectamente, de obtención de los recursos. Mas la propia regulación reglamentaria parece restringir el concepto de «gestión recaudatoria» a aquellos actos cuya única finalidad sea la realización de tales créditos.

En lo que al tema de las altas y bajas se refiere, no cabe duda de que las resoluciones que las acuerdan tienen un indudable efecto sobre la recaudación de cuotas. Pero tal efecto es indirecto, pues el fundamental es la serie de consecuencias en orden a las prestaciones que tiene el hecho de hallarse en una u otra situación, aunque dichos efectos no sean inmediatos, o hayan de producirse en el futuro». El primero de los motivos invocados en ambos recursos han de ser desestimados.

TERCERO.- Idéntica suerte desestimatoria han de correr el segundo de los motivos de recurso invocados por ambas Gestoras demandadas, y relativo a la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal que se denuncia. Al respecto, señala la citada Sentencia de 17 de octubre de 2003 que:

1.- ".... Como recordábamos en STSJ Galicia 09.06.03 Demanda 1/03, para la doctrina unificada –SSTS 11.04.02 Ar. 6.008 y 17.02.00 Ar. 2.050–, «el denominado litisconsorcio pasivo necesario no viene impuesto por una norma legal expresa, sino que en la mayoría de los casos se hace precisa la relación litisconsorcial por reglas de formación jurisprudencial. A cuyo tenor es necesario extender la demanda a todas aquellas personas o entidades a las que pueda afectar lo debatido en el proceso [...] y a esto es precisamente a lo que tiende el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa, y en este caso concreto no hay disposición legal que otra cosa establezca".

2.- "Y esta misma doctrina sostiene que no ofrece dudas la posibilidad de estimar el litisconsorcio pasivo, aún para el supuesto de que no se hubiera opuesto formalmente la excepción, pues se trata de un presupuesto procesal que afecta de un modo directo a las garantías del proceso y que implica el derecho a la tutela judicial proclamado en el art. 24 CE y, por tanto, atañe al orden público del proceso y debe ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional (SSTC 16/1999, de 22 de febrero y 25/1991, de 11 de febrero)".

3.- "Pero en el caso objeto de examen, toda la pretensión de autos –en su doble aspecto de derecho y condena– va exclusivamente referida a la TGSS y la tutela instada (alta y cotización en el RGSS) lo es tan sólo frente a la referida EG y en razón a la actividad del actor como ATS de Cupo, sin que en forma alguna se cuestione –antes al contrario– el alta y cotización al REFCE por los cometidos de Practicante de APD, por lo que sobre aquel cuestionado extremo –alta y cotización por diversas unciones– nada pueda argüir legítimamente MUFACE, respondiendo la excepción formulada a censurables propósitos dilatorios". El recurso, por tanto, ha de ser desestimado.

CUARTO.- Entrando en el examen del motivo tercero del recurso interpuesto por la TGSS, procede hacer las siguientes consideraciones, de acuerdo con la Sentencia de Sala Genera de este Tribunal, de 17 de octubre de 2003.

1.- "Tampoco aceptamos acoger la denunciada falta de acción –apreciable de oficio: STS 08.10.97 Ar. 8.11; y SSTSJ Galicia de 01.03.01 R. 4.716/97, 27.10.01 R. 1.754/98,

29.10.01 R. 1.634/98, 25.01.02 R. 3.447/98, 31.01.02 R. 4.646/98, 31.01.02 R. 5.230/98, 08.02.02 R. 5.583/00, 30.05.02 R. 3.228/99, 09.05.03 R. 3.038/00 y 13.9.03 R. 168/01–, por considerar que la pretensión de autos no es calificable como acción declarativa de inadecuado planteamiento, al menos en los exactos términos en que se ha acogido en la instancia. En este punto reproducimos expuesto en SSTS Galicia 28.09.98 R. 2.862/98, 01.03.01 R. 4.716/97, 27.10.01 R. 1.754/98, 29.10.01 R. 1.634/98, 22.12.01 R. 2.991/98, 25.01.02 Ar. 3.447/98, 08.02.02 Ar. 5.583/00, 31.01.02 R. 4.646/98, 31.01.02 R. 5.230/98 y 09.05.03 R. 3.038/00".

2.- "Tal como en estas resoluciones indicábamos, para el Tribunal Supremo –SSTS de 12.06.02 Ar. 7.199, 04.04.02 Ar. 6.005, 17.01.02 Ar. 5.096, 17.01.02 Ar. 3.754, 23.05.01 R. 5.482, 18.07.00 Ar. 7.637, 10.07.00 Ar. 7.174, 04.07.00 Ar. 6.623, 03.03.00 Ar. 2.595, 23.11.99 Ar. 9.509, 31.05.99 Ar. 7.157, 23.09.98 Ar. 7.300, 06.05.96 Ar. 4.375, 20.06.92 Ar. 4.602, 27.03.92 Ar. 1.881 y 08.10.91 Ar. 7.204– "La doctrina de esta Sala recogida, entre otras en la sentencia de 23 de noviembre de 1999 [Ar. 9.509], enseña que las acciones declarativas tienen encaje legal claro en la normativa de trabajo una vez que entró en vigor el Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, concretamente en los artículos 17.2 y 80.c). No obstante, como recuerda la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1995 [Ar. 3.737], «no son admisibles en el área del proceso laboral, aquellas acciones declarativas en las que no existe conflicto o controversia jurídicos que les sirvan de base, pues es entonces cuando no existe una verdadera acción». Esta doctrina se contiene también en las sentencias de esta Sala de 27 de marzo [Ar. 1.881], 6 de mayo [Ar. 3.516] y 20 de junio de 1992 [Ar. 4.602], 6 de octubre de 1994, 6 de mayo de 1996 [Ar. 4.375], 8 de octubre de 1997 [Ar. 8.611] y 31 de mayo de 1999 [Ar. 7.157], entre otras. En todos los casos, la solución que se adopta pasa siempre por el análisis detenido del supuesto concreto planteado para determinar si realmente, como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 71/1991, existe un interés directo e inmediato tutelable. Así se dice en la referida sentencia que « ... Es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden plantearse al Juez por ello cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor: se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera "litis", pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo» (En el mismo sentido las SSTC 210/1992, 20/1993)".

3.- "Mas concretamente, en materia de Seguridad Social el Alto Tribunal ha declarado –SSTS 06.10.94 Ar. 8.523, 13.02.95 Ar. 1.151 y 26.07.95 Ar. 6.341– que el empresario no tiene acción para obtener una declaración general de validez de las cotizaciones sociales en «prevención de una eventual responsabilidad futura», y que la EG tampoco debe hacer declaraciones genéricas, al margen de un procedimiento de reconocimiento de prestaciones, sobre la no validez de cotizaciones sociales ingresadas fuera de plazo. Que un asegurado –STS de 06/05/96 Ar. 4375– no tiene acción declarativa para solicitar la consideración de alta a todos los efectos de un período de servicios previos reconocido para la percepción de trienios en la Administración pública. Que tampoco procede acción –STS de 23.05.01 Ar. 5.482– para solicitar la declaración de la naturaleza laboral de un determinado periodo de prestación de servicios. Que igualmente no cabe –STS 18.07.00 Ar. 7.637– consulta o declaración con carácter general sobre la validez de cuotas a la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo. Y que se carece de acción –SSTS 10.07.00 Ar. 7.174, 04.07.00 Ar. 6.623 y 03.03.00 Ar. 2.595– para obtener una declaración con carácter general sobre la validez de cuotas a la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo."

4.- "En resumen –STS 18.07.02 Ar. 9.341–, «para el ejercicio de acciones declarativas resulta necesario que el titular acredite una lesión actual de su propio interés, lo que presupone la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden pues plantearse al Juez cuestiones futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses de la parte demandante, ni cabe solicitarle una mera opinión o consejo [...] Es cierto, y así lo ha dicho esta Sala, que «la presentación de la demanda produce los efectos conocidos como perpetuatio iurisdictionis, perpetuatio legitimationis, e inmodificabilidad del objeto del proceso (...) ya que la relación jurídico-procesal quedó fijada en los términos expuestos en aquélla» (S. de 16.06.97 [RJ 1997\4.752], rec. 1.484/1996). Pero también lo es que la localización o deter-

minación de la actualidad del interés pasa por parámetros distintos. Así lo ha destacado el Tribunal Constitucional en su sentencia 210/1992, de 30.11.92 (RTC 1992\210), recaída ciertamente en caso muy distinto al presente, pero con doctrina aplicable sin duda al que ahora examinamos. Dijo entonces el Alto Tribunal que «cualquiera que sea la incidencia que otros hechos sobrevenidos puedan tener sobre el proceso, el momento determinante del interés relevante para el ejercicio de la acción meramente declarativa era el de la presentación de la papeleta de conciliación, pues con dicho intento de conciliación se fijaba ya para el recurrente el objeto posible de la eventual litis posterior».

5.- Y en el supuesto que es objeto de debate, en que el actor –tras opción impuesta– ha sido ha sido dado de baja en el RGSS, es claro que existe «una lesión actual de su propio interés» y no se plantean «cuestiones futuras o hipotéticas» cuando se pretende sea reconocido el derecho a permanecer y cotizar por su trabajo en el indicado Régimen, existiendo al respecto –utilizando palabras de la jurisprudencia anteriormente invocada– «lesión actual del interés propio» y a la par «conflicto o controversia jurídicos» que integran «una verdadera litis».

QUINTO.- Respecto al último motivo de recurso articulado por la TEGG, debe rechazarse de acuerdo con las siguientes consideraciones ya expuestas en la Sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 2003, que aquí se reproducen:

1.- Tal precepto dispone que «Uno. Los funcionarios de los Cuerpos a que se refiere la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los Sanitarios Locales, que, por haber simultaneado legalmente las propias funciones de sus Cuerpos con los servicios correspondientes a plazas de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, estuvieran respectivamente incluidos obligatoriamente en el Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en el Régimen general de la Seguridad Social, y en los que se dé la circunstancia de que, antes de la entrada en vigor de esta Ley, dicho doble desempeño de funciones se haya transformado en una única prestación de servicios, deberán optar, por una sola vez, antes del 30 de junio del año 2001 y con fecha de efectos de 1 de julio del mismo año, por quedar incluidos exclusivamente en el Régimen general de la Seguridad Social o encuadrados en el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Dos. Igualmente los funcionarios de los Cuerpos mencionados cuando, en los mismos supuestos, pasen, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de desempeñar dos prestaciones a una única, deberán ejercitar la misma opción en el plazo de seis meses desde que se produzca dicha circunstancia, a cuyo fin se tomará la fecha de ésta como la de efectos de la opción.

Tres. Si transcurridos los respectivos plazos indicados no se ejercitara expresamente la opción a que se refieren los dos párrafos anteriores, el citado personal quedará obligatoriamente incluido en el Régimen general de la Seguridad Social, causando la consiguiente baja en el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado».

2.- "Y si se ponen en relación los mandatos de tal precepto con los HDP –más en concreto, con el dato de que el actor no está integrado en los EAP y continúa realizando los cometidos de APD y de ATS de Cupo, recibiendo instrucciones de la Consellería de Sanidades y del SERGAS, cobra por nómina expedida por el SERGAS, pero con especificación de emolumentos correspondientes a APD y ATS, y sus bajas y licencias debe cursarlas doblemente ante MUFACE y el SERGAS–, la conclusión que claramente se impone es la de que en el caso sometido a examen no concurre el presupuesto legal –art. 28 de la Ley 14/2000– que justifica e impone la opción por uno de los dos Regímenes de Seguridad Social –el General y el de Funcionarios Civiles–, procediendo a sensu contrario la afiliación, alta y cotización del demandante en ambos, al menos mientras se mantenga la actual legislación y en tanto se ejerciten los dos cometidos –APD y SERGAS– que están declarados probados. En consecuencia",

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandado Servicio Galego de Saúde (Sergas), así como el formulado por la también demandada Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, en los presentes autos tramitados a instancia del actor don R.D.B. frente a las Entidades Gestoras recurrentes, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

3724 **Recurso núm. 4.907/03**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. ANULACIÓN DE DEREITO A MANUTENCIÓN GRATUÍTA EN SEGUIMENTO DE NORMATIVA REGULAMENTARIA. NON CONCORRE CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA.

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

A Coruña, a veinticuatro de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.907/03 interpuesto por SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 226/03 se presentó demanda por SINDICATO NACIONAL COMISIONES OBRERAS DE GALICIA en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de abril de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Probado que el presente conflicto colectivo afecta a la totalidad del personal laboral (50 trabajadores) del Hospital Psiquiátrico Dr. Cabaleiro Goás de Toén (Ourense). 2.- Desde la puesta en funcionamiento del Centro, en 1959, el personal del mismo ha hecho uso gratuito del comedor para los servicios de desayuno, almuerzo y cena. 3.- En el año 1983, a raíz de la Circular 1/83 del Ministerio de Sanidad y Consumo –del que dependía en ese momento- se instauró un sistema de abono de la manutención por parte de los trabajadores consistente en un porcentaje sobre el salario base. 4.- En 1990 y tras la S.T.S.J. de Galicia de 10.10.90, en la que se estableció que el derecho al desayuno constituía un derecho adquirido de todos los trabajadores, se llegó a un acuerdo con la Dirección del Centro por el cual el desayuno y la cena serían gratuitos, abonándose en la actualidad y tras los incrementos pertinentes, la cantidad de 1,35 euros/día por el almuerzo. 5.- Dicho acuerdo ha permanecido vigente para todo el personal del Centro (laboral, estatutario y funcionario) hasta el 11 de marzo de 2003, fecha en la cual la Dirección del Centro expone en el tablón de anuncios que a partir de dicho día, y en base a la ya mencionada circular 1/83, se instaura un nuevo sistema de pago por tickets, siendo las cantidades a satisfacer por cada trabajador las siguientes: Desayuno: 25,59 euros/mes; Almuerzo: 76,78 euros/mes; Cena: 68,25 euros/mes. 6.- El hospital Psiquiátrico Dr. Cabaleiro Goás está situado en el Ayuntamiento de Toén y dista 10 km de Orense y 2 Km del núcleo de población más cercano.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda presentada por SINDICATO COMISIONES OBRERAS DE GALICIA CONTRA SERGAS DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de la decisión empresarial de la demandada de 11.03.03 aquí impugnada, y en consecuencia, condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que deje sin efecto tal decisión y a reponer a los trabajadores del Hospital Psiquiátrico de Toén en las mismas condiciones laborales que tenían antes de dicha decisión de 11.03.03.".

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.- Servicio Galego de Saúde (SERGAS) recurre la sentencia de instancia que declaró nula su decisión de 11.03.03 y le condenó a reponer a los trabajadores del Hospital Psiquiátrico de Toén en las condiciones laborales anteriores a la fecha indicada, y solicita con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone:

A) Sustituir el apartado 1º de sentencia, por: "El presente conflicto afecta a la totalidad de la plantilla que presta servicios en el Hospital Psiquiátrico Cabaleiro Goás, además del personal laboral, también afecta al personal estatutario y al personal funcionario, en total 237 personas"; se basa en los folios 49 y 50.

La pretensión no se acepta, porque la sentencia de esta Sala de 10.01.90 (r. 2.213/98), dos de cuyos párrafos se limita a invocar el servicio recurrente, no constata los términos sugeridos sino que describe el concepto y vigencia de la denominada condición más beneficiosa, la consideración como tal en determinadas circunstancias del desayuno de los trabajadores de la empresa y las condiciones de su ejercicio; en cualquier caso, sería innecesaria dado el inciso inicial del hecho probado 5º.

B) Sustituir el apartado 2º de sentencia, por: "Que desde la puesta en funcionamiento del Centro en el año 1959, dada la carencia de comunicaciones entre el Centro Hospitalario y la complejidad de la provincia, todo el personal venía disfrutando, en función de los turnos que tuviese asignados, el desayuno, almuerzo o cena, abonando, mediante tarjetas el importe correspondiente, exclusivamente a los almuerzos"; se basa en el folio 49.

La pretensión no se admite, por la razón esencial consignada en el párrafo anterior; además, si entendemos que la "certificación" aludida por la entidad recurrente se proyecta al folio 45 (no al 49 que invoca de forma expresa), hemos de manifestar que nada certifica sino que simplemente incorpora un informe sobre la demanda actual elaborado por la dirección económica del complejo hospitalario en que se integra el centro laboral afectado.

C) Sustituir el apartado 3º de sentencia, por: "Que desde el año 1983, por aplicación de la circular 1/83, se instauró el sistema de abono de la manutención que figura en el texto de dicha norma"; se basa en los folios 51 a 53.

La pretensión no se acepta, porque ya la recoge sustancialmente el hecho impugnado.

D) Sustituir el apartado 4º de sentencia, por: "Que en el año 1990 el T.S.J.G. dictó sentencia de fecha 10.01.90, en la cual se estableció que el personal del Sanatorio Psiquiátrico Cabaleiro Goás tenía derecho a seguir desayunando durante un período próximo a las nueve horas y cuya concreta fijación habrá de hacerse por la empresa conjugando las necesidades asistenciales, no estableciendo gratuidad del almuerzo y cena"; se basa en el folio 26.

La pretensión se admite, para reproducir la literalidad de la parte dispositiva de la sentencia alegada por el servicio recurrente, es decir, "…declaramos el derecho de los trabajadores del Centro Psiquiátrico de Toén a continuar desayunando en el indicado centro durante un período de tiempo próximo a las nueve de la mañana, y cuya concreta fijación habrá de hacerse por la Empresa conjugando las necesidades asistenciales del Centro y las exigencias de la buena fe. Y condenamos al Hospital Psiquiátrico Doctor Cabaleiro Goás a estar y pasar por la presente declaración, con todas sus consecuencias".

Los demás términos no se aceptan, porque la documental invocada no desvirtúa la afirmación del hecho impugnado relativa a que "…se llegó a un acuerdo con la Dirección del Centro por el cual el desayuno y la cena serían gratuitos, abonándose en la actualidad y tras los incrementos pertinentes, la cantidad de 1,35 euros/día por el almuerzo", ni porque abordó problemática alguna respecto del almuerzo y de la cena.

E) Sustituir el apartado 5º de sentencia, por: "Que no existiendo acuerdo alguno que fijara gratuidad del almuerzo o cena para el personal adscrito al Hospital Psiquiátrico Cabaleiro Goás de Toén, por aplicación de la circular 1/83, la Dirección de Recursos Económicos y Servicios Generales del Complejo Hospitalario de Ourense, del cual depende el Hospital de Toén, instauró un único sistema de pago por tickets, siendo la cuantía a satisfacer, las siguientes: Desayuno: 25'59 € mes. Almuerzo: 76'78 € mes. Cena 68'25 € mes"; se basa en los folios 20, 23 a 26, 45, 46, 52 y 53.

La pretensión no se admite: Los documentos alegados no desvirtúan la afirmación del hecho impugnado relativa a que "dicho acuerdo ha permanecido vigente para todo el personal del Centro (laboral, estatutario y funcionario) hasta el 11 de marzo de 2.003…"). Los demás términos sugeridos ya constan sustancialmente en aquél.

F) Sustituir el apartado 6º de sentencia, por: "El hospital psiquiátrico Cabaleiro Goás, está situado en el municipio de Toén, ubicado en las inmediaciones del núcleo urbano de Moreiras, que tiene servicios bancarios,

hostelería y está perfectamente comunicado con la capitalidad de la provincia".

La pretensión no se acepta, porque omite indicar la prueba que pudiera servirle de base como exigen los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe la circular 1/83, de 19 de enero del Ministerio de Sanidad y Consumo en relación con el Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia y el Real Decreto Ley 33/87, de 11 de septiembre, pues no existe acuerdo sobre la gratuidad del almuerzo y de la cena, que tampoco estaría amparado en la normativa legal y convencional aplicable, de modo que la decisión impugnada no alteró ninguna condicional sustancial de trabajo sino que sirvió para restablecer la legalidad y equiparación de quienes prestan servicios en los diversos centros sanitarios del Complejo Hospitalario de Ourense, de ahí que el único derecho de los trabajadores del Hospital Psiquiátrico de Toén sea desayunar, almorzar y cenar en su comedor con abono de las cuantías fijadas en la circular señalada.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar se resumen en los siguientes:

I) El Hospital Psiquiátrico Cabaleiro Goás, que comenzó a funcionar en 1959, está situado en el Ayuntamiento de Toén (Orense), a dos kilómetros del núcleo de población más cercano y a diez kilómetros de la capital provincial.

II) Desde 1959, el personal del centro utilizó gratuitamente el comedor para desayunar, almorzar y cenar.

III) Desde 1983, en virtud de la circular 1/83 del Ministerio de Sanidad y Consumo, del que entonces dependía el hospital, se instauró un sistema de abono de la manutención por parte de los trabajadores que consistió en un porcentaje sobre el salario base.

IV) La sentencia de esta sala de 10.01.90, declaró el derecho de aquéllos a continuar desayunando en el centro durante un período de tiempo próximo a las nueve de la mañana, a fijar por aquél conforme a las necesidades asistenciales y la buena fe.

V) La dirección del hospital y los trabajadores pactaron la gratuidad de desayuno y cena; actualmente, abonan diariamente 1'35 euros por almuerzo.

VI) El 11.03.00 la dirección del centro acordó, a partir de esa fecha y en base a la circular 1/83, que cada trabajador abonara mensualmente 25'59 euros por desayuno, 76'78 euros por almuerzo y 68'25 euros por cena.

QUINTO.- La jurisprudencia (ss. 21.02.92, 18.01.96, 09.04.01) configura la condición más beneficiosa como una ventaja o mejora adquirida y disfrutada por encima de las exigibles legalmente y mediante incorporación previa al contrato de trabajo, ya de naturaleza colectiva si establecida de forma genérica para todos los trabajadores de la empresa sin atender a ninguna condición subjetiva o particular de aquéllos, o de naturaleza individual en caso contrario. Además, el Tribunal Supremo (ss. 20.12.93, 31.05.95, 30.05.01) exige la consolidación del beneficio reclamado y, en tal sentido, afirma que es necesario probar la voluntad empresarial, expresa o tácita, de atribuir a los trabajadores aquella ventaja, mejora o beneficio.

Aplicar esta doctrina al presente caso lleva a estimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Con base en la Ordenanza Laboral de 25.11.76 (Establecimientos Sanitarios, Hospitalización, Consulta y Asistencia) prorrogada por Orden de 28.12.84, la referida circular 1/83 distingue dos grupos de trabajadores, externos e internos y semi-internos, estableciendo respecto de los últimos que su manutención se considera salario en especie, al tiempo que fija una deducción (porcentaje sobre el salario base) de la valoración de esas retribuciones en especie, con el fin de garantizar igualdad y equiparación retributiva de todos los empleados.

2ª.- Actualmente, el internado o semiinternado carece de la trascendencia que pudiera ostentar al tiempo de la publicación de aquella circular, si tenemos en cuenta, no obstante las peculiaridades del servicio, la jornada laboral del personal afectado a tenor de la normativa convencional aplicable (art. 18 y siguientes del III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, DOG 28.12.94).

Tampoco hoy es relevante la ubicación geográfica del centro de trabajo, dadas las posibilidades ordinarias de desplazamiento.

De igual modo, el denominado por la circular salario en especie no se ajusta, menos aún en el ámbito de la administración autonómica-empresa demandada, a las condiciones económicas previstas en el artículo 27 y siguientes del Convenio citado, en cuyo ámbito, y al igual que la sentencia de esta sala de 10.01.90, su artículo 31 únicamente regula el uso de comedor, al disponer que "para el per-

sonal que lo tenga reconocido en convenio, sentencia firme o disposición legal, se garantiza el derecho a utilizar el comedor en aquellos centros que cuenten con este servicio".

Las condiciones actuales de prestación de servicios en la sanidad pública rebasan esos presupuestos reglamentarios porque, normalmente, elaborar y proporcionar las comidas al personal que trabaja en cada centro sanitario no se lleva a cabo materialmente por éstos, sino, a su cargo, en régimen de concesión o contrata; así se deduce de la normativa autonómica de organización del SERGAS (Ley 1/89, Decreto 49/88) y de los diversos complejos hospitalarios dependientes de aquél (Decretos 178/94, 211, 229/98…), mediante el establecimiento de las oportunas direcciones de recursos económicos y comisiones de contratación.

En este ámbito, la contraprestación ordinaria por desayunar, almorzar o cenar en los centros sanitarios que incumbe a quien trabaja en tales dependencias es el pago de una cantidad determinada, cuya cuantificación actual tiene amparo en la circular 1/83 con relación al salario de convenio. Al efecto, que los trabajadores vinieran abonando 1'35 €/día por almuerzo demuestra la vigencia de aquella norma, al igual que, y no se discute, tanto la elevación de ese porcentaje como la fijación del correspondiente a las otras dos comidas, es simple actualización del parámetro reglamentario a ponderar (salario base) previsto en la circular 1/83.

3ª.- Todo lo anterior pone de manifiesto la incompatibilidad entre la normativa reglamentaria y convenida con el denominado acuerdo sobre gratuidad de desayuno y cena, respecto del que por cierto se ignora cualquier término material o cronológico, incluso con independencia de que otros trabajadores del complejo sanitario en que se integra el hospital psiquiátrico no dispongan de la ventaja o mejora cuyo mantenimiento propugnan los trabajadores afectados.

4ª.- Cuanto queda consignado no sólo revela que la empresa carece de la voluntad, expresa o tácita, de mantener inaplicable la circular 1/83, sino al contrario acredita su intención de recuperar y actualizar su virtualidad lo que, al tiempo, descarta la alegada modificación de condiciones de trabajo.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, de 14 de abril de 2003 en autos nº 226/2003, que revocamos, y desestimamos la demanda de Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra el Servicio Galego de Saúde, al que absolvemos.

3725 Recurso núm. 4.910/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. DIFERENZAS CO CONFLITO PLURAL. INADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. NON CONCORRE NEN INTERESE XERAL NEN AFECTA A UN GRUPO XENÉRICO DE TRABALLADORES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veinticuatro de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.910/03, interpuesto por el Letrado don J.L.M.A., en nombre y representación de don J.L.N., son J.A.C.C., don L.C.G., don M.A.T., don M.F.M. y don E.L.R., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 475/03 se presentó demanda por don J.L.N., son J.A.C.C., don L.C.G., don M.A.T., don M.F.M. y don E.L.R., sobre CONFLICTO COLECTIVO, frente a la "C.L.H., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de junio del presente año por el Juzgado de referencia, que estimó excepción de inadecuación de procedimiento.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- A finales del año 2002 la empresa demandada y el Comité negociaron y firmaron los horarios y el calendario laboral para el año 2003. Para la aplicación y comprobación de la jornada y horarios cuatrisemanal-

mente se elabora un cuadrante que es sometido a la aprobación de los representantes del personal. Segundo.- En el correspondiente al período 21 de abril a 18 de mayo de 2003 existe una variación en relación al trabajador don J.A.C.C., al que se excluye del cuadrante de Jefe de Turno y se le incluye en el de Operadores de Planta, por lo que el Comité no da el visto bueno al citado cuadrante. Tercero.- El Sr. don J.A.C.C. ostenta la categoría profesional de Técnico Auxiliar, habiendo sido designado por la empresa Jefe de Turno en la instalación de Bens en fecha 31 de enero de 1991. Con fecha 28 de marzo la empresa acuerda cesar al actor en el cargo de responsabilidad citado, por lo que con efectos de 1 de abril le incluye en el cuadrante de Operadores de planta como Operario, adicionando al resto de los trabajadores el turno del citado, sin que tal añadido suponga la más mínima modificación o variación en el resto de horario, jornada, turnos y descanso del resto de trabajadores. Cuarto.- El Sr. don J.A.C.C. formuló demanda en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por la llevada a cabo individualmente con él por la empresa, turnada al Juzgado de lo Social número 4 de esta ciudad, autos 371/03, estando señalada para el día 7 de julio. Quinto.- Se celebró acto conciliatorio previo, sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimado la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, estimo la de inadecuación de procedimiento, declarando que no es procedente la modalidad procesal de conflicto colectivo y, sin necesidad de advertencia de la modalidad procedente, por cuanto el interesado ya ha actuado en tal sentido. 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, desestimando la excepción de falta de agotamiento de la vía previa y estimando la excepción de inadecuación de procedimiento y sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por don J.L.N., son J.A.C.C., don L.C.G., don M.A.T., don M.F.M. y don E.L.R., contra la "C.L.H., S.A.", a la que absuelve en la instancia de las pretensiones contra ella deducidas. Decisión judicial que es recurrida por la representación letrada de la parte actora que, con adecuado amparo procesal, pretende la revisión de los hechos declarados probados y, en concreto, el ordinal segundo, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "La empresa notifica al Comité de empresa el 16.04.03 el nuevo cuadrante anual que regirá para don J.A.C.C. de abril a diciembre de 2003, y asimismo en el cuadrante cuatrisemanal correspondiente al período 21.04 a 18.05.03 existe una variación en relación al trabajador don J.A.C.C., al que se excluye del cuadrante de Jefe de Turno y se le incluye en el de Operadores de Planta, por lo que el Comité no da el visto bueno al citado cuadrante. En el nuevo cuadrante don J.A.C.C. realiza turnos de dos días de noche, dos de mañana y dos de tarde, cuando, en el pactado para el año 2003 realizaba turnos rotativos semanales de mañana, tarde y noche, variando, asimismo, por ello, el sistema de descansos. La empresa, el 08.07.99, en cumplimiento del artículo 26.2 del Convenio Colectivo, suscribió con el Comité Acuerdo sobre modificación de los calendarios y cuadrantes para dos trabajadores, que obran en autos y se dan por reproducidos". Modificación que se rechaza, pues, aparte de ser irrelevante, en la redacción de su primer párrafo no se contradice con lo que al efecto se recoge en el ordinal segundo de la sentencia y, en cuanto a su redacción final, contiene valoraciones o calificaciones jurídicas, más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato fáctico de hechos probados.

SEGUNDO.- Como segundo motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, denuncia infracción, por interpretación errónea, de los artículos 26.2, 6, 69 y 123 del Convenio Colectivo de empresa, en relación con el 151 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando, en esencia, que debía seguirse el procedimiento de Conflicto Colectivo, desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento, por cuanto la modificación unilateral introducida por la empresa en los calendarios anuales vulneraba el pacto colectivo suscrito con el Comité de empresa, infringiendo, además, el artículo 26 del Convenio, afectando directamente a todos los trabajadores de la empresa, ya que en el futuro podrá modificar a cualquiera de ellos su horario o jornada sin acuerdo del Comité, vaciando de contenido el artículo 26 del Convenio Colectivo.

Como trámite previo y por ser materia de orden público –apreciable, incluso, de oficio- procede entrar en el análisis de la excepción alegada (estimada en la sentencia), de inadecuación de procedimiento, por cuanto la estimación de la misma haría innecesario entrar en el análisis del resto de los motivos formulados, si -como se entendió por el Magistrado de instancia- el procedimiento seguido no ha sido el correcto, sino que debió seguirse un procedimiento individual o plural de modificación de las condiciones de trabajo, al entender que lo que define al Conflicto Colectivo no es el número de trabajadores afectados, sino el origen o fuente de la cuestión debatida, y, en este caso, y si bien, efectivamente, el artículo 26 del Convenio establece un procedimiento para la determinación anual de los calendarios y cuadros horarios, que exigen el acuerdo de la representación de los trabajadores, no era esta la situación contemplada, el horario anual ya ha sido fijado por acuerdo con la representación de los trabajadores y, posteriormente, un trabajador, dentro del colectivo, que ostentaba cargo de responsabilidad, es cesado en el mismo, dentro de la facultad que a tal efecto se atribuye a la empresa por el artículo 13 del Convenio, debiendo de forma obligada ser acoplado en su nuevo puesto de trabajo, fijándosele una jornada y horario, incluyéndolo dentro del grupo de Operarios de planta y sin que suponga variación o modificación alguna de la asignada al resto de la plantilla, entendiendo que no ha habido modificación de las condiciones de trabajo pactadas con el grupo y sí las concretas de un miembro del mismo, sin afectar a los restantes, supuesto regulado específicamente en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y que, curiosamente, ha seguido el propio trabajador afectado; o si, por el contrario –como se sostiene por los recurrentes-, estamos ante un procedimiento de Conflicto Colectivo del artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, al existir un interés general y afectar a un grupo genérico de trabajadores, pues, entendía que se habían modificado los calendarios o cuadros horarios suscritos entre la empresa y el Comité, modificándose las condiciones laborales y de categoría recogidas en los mismos.

Para una más acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta que el art. 151.1 de la L.P.L. fija los límites del procedimiento de Conflicto Colectivo, cuando establece que habrán de tramitarse mediante el mismo: "las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa". A tal fin el Tribunal Supremo en sentencias de 25 de junio de 1992, 22 de mayo de 1995, 27 de mayo de 1996 y 7 y 19 de mayo de 1997, 13 de octubre de 1997 y 22 de mayo de 1998, señala que las trascendencia colectiva del conflicto colectivo viene dada por dos elementos: "el subjetivo", vinculado a la afectación de un "grupo genérico de trabajadores", entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y el "objetivo", que consiste en la presencia de un "interés general" que es el que actúa a través del conflicto. Respecto del interés general se ha de entender como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto, y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, y como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que ha de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general". Añadiendo la última de las sentencias citadas que "el contenido de la pretensión, como resulta de los propios términos del citado artículo 151.1 L.P.L. es propio del conflicto jurídico, no de intereses, en cuanto ha de versar sobre la aplicación o interpretación de una norma (estatal o paccionada) o de una decisión o práctica de empresa".

Como antecedentes de la cuestión litigiosa, y así se desprende del relato fáctico de hechos probados, deben destacarse los siguientes: a) A finales del año 2002 la empresa demandada y el Comité negociaron y firmaron los horarios y el calendario laboral para el año 2003. Para la aplicación y comprobación de la jornada y horarios cuatrisemanalmente se elabora un cuadrante que es sometido a la aprobación de los representantes del personal. b) En el correspondiente al período 21 de abril a 18 de mayo de 2003 existe una variación en relación al trabajador don J.A.C.C., al que se excluye del cuadrante de Jefe de Turno y se le incluye en el de Operadores de Planta, por lo que el Comité no da el visto bueno al citado cuadrante. c) El Sr. don J.A.C.C. ostenta la categoría profesional de Técnico Auxiliar, habiendo sido designado por la empresa Jefe de Turno en la instalación de Bens en fecha 31 de enero de 1991. Con fecha 28 de marzo

la empresa acuerda cesarle en el cargo de responsabilidad citado, por lo que con efectos de 1 de abril le incluye en el cuadrante de Operadores de planta como Operario, adicionando al resto de los trabajadores el turno del citado, sin que tal añadido suponga la más mínima modificación o variación en el resto de horario, jornada, turnos y descanso del resto de trabajadores. d) El Sr. don J.A.C.C. formuló demanda en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por la llevada a cabo individualmente con él por la empresa, turnada al Juzgado de lo Social número 4 de esta ciudad, autos 371/03, estando señalada para el día 7 de julio.

Partiendo de la doctrina expuesta y a la vista del relato fáctico de hechos probados, esta Sala llega a las siguientes conclusiones: a) El litigio no afecta a un grupo genérico de trabajadores, sino a uno concreto y determinado, don J.A.C.C., trabajador que ostentaba la categoría de Técnico auxiliar, habiendo sido designado por la empresa Jefe de turno en la instalación de Bens en fecha 31.01.91 y cesado con fecha 28.03 en el cargo de responsabilidad citado, por lo que, con efectos de 01.04, se le incluye en el cuadrante de Operadores de planta, como Operario, adicionando al resto de los trabajadores el turno del citado, sin que tal añadido suponga la más mínima modificación o variación en el resto de horario, jornada, turnos y descansos del resto de lo trabajadores, lo que dio lugar a que por el mismo se formulara demanda en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo; es decir, la situación de hecho del presente procedimiento, no es en ningún caso que se haya producido cambio o modificación alguna en los cuadros horarios y cuadrantes del personal de la factoría de A Coruña, ya que para todo el colectivo de trabajadores continúa siendo el mismo que el firmado a principios de año con el Comité de empresa, hasta el punto de que en la propia demanda el Comité de empresa no cita a ningún otro trabajador afectado por el cuadrante asignado al Sr. don J.A.C.C.. En consecuencia, no concurre la nota de "generalidad", al no haberse modificado las condiciones de trabajo pactadas con el grupo y sí únicamente las concretas de un miembro del mismo, por lo que no se puede mantener la afectación al "interés general" en la actuación de la empresa, sino al particular de un trabajador concreto, no siendo asumible la actuación a través del procedimiento de Conflicto Colectivo, sino que deberá seguirse el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y que, curiosamente, ha seguido el propio trabajador afectado (ordinal cuarto de los hechos declarados probados). En base a lo qué, al ser conforme a derecho la sentencia recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por don J.L.N., son J.A.C.C., don L.C.G., don M.A.T., don M.F.M. y don E.L.R. contra la sentencia de fecha 24 de junio del presente año, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Tres de los de A Coruña en autos instados por los recurrentes frente a la "C.L.H., S.A.", sobre CONFLICTO COLECTIVO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3726 **Recurso núm. 201/2001**

S.S. PENSIÓN DE XUBILACIÓN. APLICABILIDADE DO CONVENIO HISPANO-HOLANDÉS CON PREFERENZA AO REGULAMENTO COMUNITARIO NA SÚA CONDICIÓN DE NORMA MÁIS FAVORABLE. TESE DAS BASES MEDIAS DOS ANOS INMEDIATAMENTE ANTERIORES AO FEITO CAUSANTE. INAPLICABILIDADE DAS BONIFICACIÓNS POR IDADE PARA O CÁLCULO DA PRORRATA ESPAÑOLA EN APLICACIÓN DO DITO CONVENIO. DATA DE EFECTOS DO RECOÑECEMENTO DA NOVA CONTÍA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 201/2001 interpuesto por don A.S.R. y ISM

contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 236/2000 se presentó demanda por don A.S.R. en reclamación de jubilación siendo demandado el ISM en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 2 de noviembre de 2000 por el Juzgado de referencia que estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- El actor, nacido el 3 de agosto de 1933, afiliado al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, solicitó ante el ISM la pensión de jubilación con arreglo a los Reglamentos Comunitarios, que le fue otorgada mediante Resolución del ISM de fecha 13 de abril de 1992 en los siguientes términos: el porcentaje final resultante era del 100% sobre la Base Reguladora de cuarenta y cuatro mil ciento noventa y tres pesetas (44.193 ptas.), con una prorrata temporis con cargo a España del 10% y efectos económicos desde el 29 de enero de 1991. A instancia del propio beneficiario de la prestación, mediante Resolución de 28 de agosto de 1992, la Base Reguladora fue fijada en cincuenta y ocho mil ochocientas noventa y tres pesetas (58.893 ptas.) tomando APRA su cálculo la base de cotización por desempleo percibida durante el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 1988 y el 14 de mayo de 1990 (a razón de cuatro mil quinientas noventa y siete (4.597 ptas.) diarias). 2º.- el demandante cotizó en España un total de 850 días en diversos periodos de tiempo comprendidos entre el 23 de marzo de 1959 y el 14 de mayo de 1990; mientras que en Holanda lo hizo un total de 7.748 días en los periodos de tiempo comprendidos desde el 22 de junio de 1965 al 19 de diciembre de 1987. 3º.- La Base Reguladora mensual de la prestación soclicitada asciende a noventa y cuatro mil doscientas diez pesetas (94.210 ptas.) si se calcula tomando las bases medias de cotización desde 5/82 a 4/90, y la calculada por la Entidad Gestora demandada en el mismo periodo de tiempo alcanza las precitadas cincuenta y ocho mil ochocientas noventa y tres pesetas (58.893 ptas.) mensuales. 4º.- Mediante Resolución de 9 de diciembre de 1999 se fijó la pensión del actor en los siguientes términos: Desde 1 agosto de 1998, pensión inicial de ochenta y dos mil seiscientas cincuenta y dos pesetas (82.652 ptas.), final de veintiuna mil novecientas cincuenta y cinco pesetas (21.955 ptas.); desde 1 de enero de 1999, pensión inicial de ochenta y cuatro mil ciento cuarenta pesetas (84.140 ptas.), final de veintidós mil novecientas ochenta y cuatro pesetas (22.984 ptas.). Instada la revisión de la pensión el 29 de septiembre de 1999, le fue denegada mediante Resolución de 28 de junio de 2000, reiterándose el importe y forma de cálculo de la B.R. y asimismo el porcentaje de prorrata temporis con cargo a España (850 días sobre un total de 8.598 días). Planteada reclamación previa en vía administrativa, ha sido desestimada mediante Resolución de 28 junio de 2000".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando como estimo, parcialmente, la demanda interpuesta por don A.S.R. contra el Instituto Social de la Marina, debo declarar y declaro que el actor tiene derecho a una pensión de jubilación con cargo a la Seguridad Social española en un porcentaje del 100% sobre la Base Reguladora de noventa y cuatro mil doscientas diez pesetas (94.210 ptas.), prorrata temporis del 48,7% con cargo a España y efectos económicos desde el 29 de junio de 1999, condenando a dicho Instituto Gestor a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la misma sin perjuicio de los complementos, mejoras y revalorizaciones correspondientes".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda, declara el derecho del actor a percibir pensión de jubilación con cargo a la Seguridad Social española en un porcentaje del 100% sobre una Base Reguladora de 94.210 ptas., y efectos económicos desde el 29 de junio de 1.999, condenando a dicho Instituto Gestor a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la misma sin perjuicio de las mejoras y revalorizaciones correspondientes.

Y contra este pronunciamiento recurren ambas partes litigantes. El demandante formula cuatro motivos de Suplicación, el primero por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, con el objeto de revisar hechos probados y los tres restantes con amparo en el apartado c) del

artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia aplicadas en la sentencia recurrida, pretendiendo, en esencia, que se modifique la base reguladora calculada para la pensión de jubilación reconocida y que la fecha de efectos de la misma se retrotraiga a la fecha de reconocimiento de la misma (29 de enero de 1991). Por su parte el demandado INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, formula dos motivos de suplicación por el cauce procesal del artículo 191.c) de la LPL, solicitando que se desestime íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- Comenzando con el examen del recurso del actor, la revisión de hechos que pretende se ciñe a la modificación del hecho probado tercero para que quede redactado del modo siguiente: "TERCERO.- La suma de las bases de cotización del período en que el actor ha percibido Prestación por Desempleo en España, computables para el cálculo de la base reguladora (10/88 a 4/90), asciende a un total de 2.620.290". Modificación que no se acoge, sobre la base de una doble consideración: de una parte, porque los documentos en que se sustenta la misma, ya fueron valorados por el juzgador de instancia, según se desprende del hecho probado primero, inciso final, en el que se hace referencia a la base que cita el actor, si bien referenciada al cálculo diario de 4.597 pts; y, por otro lado, dicha revisión resulta irrelevante para la decisión del litigio, teniendo declarado la jusrisprudencia que el éxito de las modificaciones o adiciones propuestas tiene que ser esencial a los fines del recurso, y la interesada por el actor no lo es, por lo que más adelante se razonará.

TERCERO.- En el motivo inicial de censura jurídica, el recurso del actor alega infracción, por interpretación errónea, de los apartados 1.g) y 4 del artículo 47 del Reglamento CEE 1.408/71, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad, en relación con los artículos 162. 1 y 140. 1 de la LGSS y artículo 24.1.b) del Convenio y Protocolo Anejo de 5 de febrero de 1974 sobre Seguridad Social suscrito entre España y Holanda.

Sostiene el recurrente que se halla en desacuerdo con el cálculo de la base reguladora de su pensión de jubilación en una doble vertiente: Por una parte, con el período computable y, por otra, con el importe de las bases de cotización tomadas en cuenta durante dicho período. Señala dicho recurrente, en síntesis, que al amparo en lo dispuesto en el artículo 47.1.g y 4 del Reglamento 1.408/71, el período que debe tomarse para calcular la base reguladora es el comprendido entre el 01.10.88 y el 30.04.90, mientras fue perceptor de desempleo, obviándose las restantes mensualidades no cumplidas en España. Y de no aceptarse este tesis, se añade que entonces había que tomar las 96 mensualidades inmediatamente anteriores al hecho causante, y al amparo del artículo 24.1.b) del Convenio Bilateral Hispano-Holandés, calcular la base reguladora en función de los salarios percibidos por el trabajador en el otro Estado, señalando el recurrente que el citado precepto faculta para computar los salarios percibidos por el trabajador en el otro Estado, y por los que ha cotizado al correspondiente Sistema de Seguridad Social, trasladando los mismos a España parra el cálculo de la base reguladora, aplicando los topes mínimos y máximos para la obtención de las bases de cotización computables.

Y este motivo del recurso del actor, debe ser examinado conjuntamente con el primer motivo del recurso del INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, en el que también se denuncia infracción del citado artículo 47.1.g) del Reglamento 118/97 del Consejo de la Unión Europea de Seguridad Social, así como el Anexo VI de la Parte I, letra D) del mismo Reglamento, en cuanto a las bases de cotización a tener en cuenta para construir la base reguladora de la pensión, así como la jurisprudencia contenida en la Sentencia del TJCE de 17.12.98 y del TS de 09.03.99, relativas a la no aplicación de la teoría de las bases medias. Considera el ISM que el cálculo de la base reguladora del actor lo fue en función de las bases de cotización referidas a las actividades desempeñadas por el mismo en los diez años inmediatamente anteriores a la última actividad desarrollada en España, y que esa es la base correcta y no la de las bases medias que aplica la sentencia recurrida.

Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el inalterado relato histórico de la Sentencia recurrida, y en lo que aquí interesa pueden resumirse así: A).- El actor, nacido el 3 de agosto de 1933, cotizó a la Seguridad Social española un total de 850 días en diversos periodos de tiempo comprendidos entre el 23 de marzo de 1959 y el 14 de mayo de 1990. B).- El demandante emigró a Holanda, en cuyo país trabajó y cotizó como trabajador por cuenta ajena, y acredi-

ta 7.748 días de cotización a la Seguridad Social del indicado Estado en el período comprendido entre el 22 de junio de 1965 al 19 de diciembre de 1987. C) Formuló el actor solicitud de pensión de jubilación con arreglo a los Reglamentos Comunitarios, dictándose resolución estimatoria por el I.S.M. el 13 de abril de 1992, reconociendo la pensión con efectos iniciales de 29 de enero de 1991, en la que se establecía una pensión equivalente al 100% de una be reguladora mensual de 44.193 pesetas mensuales, de las que corresponden a España por "prorrata temporis" un 10%. Posteriormente, a instancia del propio beneficiario de la prestación, por resolución de 28 de agosto de 1992, la Base Reguladora fue fijada en 58.893 pesetas, tomando para su cálculo las bases de cotización al desempleo percibido durante el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 1988 y el 14 de mayo de 1990. D).- Formulada por el actor nueva reclamación para proceder a la revisión del cálculo de su pensión de jubilación al amparo de los Reglamentos Comunitarios, se fijó nueva pensión en los términos que se describen en el incombatido hecho probado cuarto de la resolución recurrida: Desde 1 de agosto de 1998, pensión inicial de ochenta y dos mil seiscientas cincuenta y dos pesetas (82.652 ptas.), final de veintiuna mil novecientas cincuenta y cinco pesetas (21.955 ptas.); desde 1 de enero de 1999, pensión inicial de ochenta y cuatro mil ciento cuarenta pesetas (84.140 ptas.), final de veintidós mil novecientas ochenta y cuatro pesetas (22.984 ptas.). Instada la revisión de la pensión el 29 de septiembre de 1999, le fue denegada mediante Resolución de 28 de junio de 2000, reiterándose el importe y forma de cálculo de la B.R. y asimismo el porcentaje de prorrata temporis con cargo a España (850 días sobre un total de 8.598 días). Planteada reclamación previa en vía administrativa, ha sido desestimada mediante Resolución de 28 junio de 2000".

A la vista de las circunstancias fácticas que anteceden, la cuestión litigiosa consiste en determinar si para el cálculo de la base reguladora de la pensión del actor han de tenerse en cuenta las bases de cotizaciones tomadas por el ISM, consistentes en las bases mínimas, actualizadas, correspondientes a los diez años anteriores al último trabajo en España, (salvo el periodo en que percibió prestación por desempleo comprendido entre 20.09.88 al 14.05.90 en que se tomaron las bases del desempleo de 4.597 pts/día, tras la reclamación del actor, variando la base reguladora de la pensión, pasando de 44.193 ptas. a 58.893 ptas.); o si, por el contrario, han de tenerse en cuenta las bases referidas al último período trabajado en Holanda y aplicar las bases medias españolas establecidas en dicho período de los ocho años inmediatamente anteriores al hecho causante, para un trabajador de su categoría, que es el criterio que el juzgador de instancia siguió.

La Sala rechaza la censura jurídica de ambos recurrentes, y comparte el criterio del juzgador "a quo", tal como ha establecido en diversas Sentencias resolviendo casos similares al aquí enjuiciado. Consiguientemente, no se acepta que el período que deba tomarse para el cálculo de la base reguladora sea exclusivamente el correspondiente a los períodos de desempleo –como sostiene el actor-, sino que por aplicación de la normativa interna y por razones de derecho temporal deben tenerse en cuenta 96 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, artículos 140.1 y 162.1 de la LGSS, siendo correcto y acertado el criterio de la sentencia recurrida, de aplicación la doctrina jurisprudencial de las "bases medias" para calcular la pensión de jubilación del actor. A esta conclusión se llega aplicando el Convenio Hispano-Holandés de Seguridad Social, cuyo artículo 24.1.b) se denuncia como expresamente infringido, en vez de los Reglamentos Comunitarios.

La aplicación de una u otra norma (Convenios bilaterales de Seguridad Social –en este caso Hispano-Holandés- o el Reglamento Comunitario), no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En una primera etapa, el citado Tribunal proclamó la imperatividad del Reglamento de la CEE 1.408/71, en aplicación de lo dispuesto en su artículo 6.a), al declarar que los preceptos que el citado Reglamento se recogen sustituyen a cualquier Convenio de Seguridad Social que vincule a dos o más Estados miembros; y dicho precepto del Reglamento fue interpretado por el TJCE en su Sentencia de 7 de junio de 1973 (asunto "Walder") en el sentido de que "el principio de sustitución de las disposiciones de los Convenios de Seguridad Social concluidos entre Estados miembros tiene un alcance imperativo que no admite excepciones fuera de los casos expresamente estipulados". De este modo, el citado Tribunal estableció claramente la prioridad de los Reglamentos Comunitarios sobre los Convenios bilaterales. Consecuentemente, en el cálculo de la base reguladora de las correspondientes prestaciones debía de aplicarse el artículo 47.1.e) del Reglamento, tal como

había quedado redactado por el Acta de Adhesión del Reino de España (RCL 1986, 2/05).

En una segunda etapa, el Tribuna de Justicia de la Comunidad Europea, abandona la anterior doctrina en su sentencia de 7 de febrero de 1991 (caso Rönfeldt), y viene a establecer una preferencia por la aplicación del Convenio de Seguridad Social Hispano-Alemán, por entender que era norma más favorable, no admitiendo la sustitución de los Convenios o Tratados precedentes a la integración de los Estados miembros en la Comunidad cuando éstos sean más favorables para los trabajadores, y siempre que la aplicación de los citados Convenios suponga "...ventajas superiores a las que derivan de la normativa comunitaria". De este modo el Tribunal se inclina plenamente por la aplicación de la norma más favorable, con independencia de su origen y rango, proclamando que "el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivarían para los trabajadores interesados, de la inaplicabilidad como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1.408/71, de los Convenios vigentes entre dos o más Estados miembros y que estén integrados en el Derecho nacional". Ahora bien, esta vigencia excepcional de los Convenios derogados, frente al Reglamento Comunitario 1.408/71, se limita a los trabajadores que hayan ejercido su derecho de libre circulación y hayan iniciado su actividad por cuenta ajena en Alemania (en este caso sería en Holanda) antes de la entrada en vigor en España del citado Reglamento, lo que ocurrió el 1 de enero de 1986.

En el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 30 de abril de 1992, se publicó el Reglamento 1.248/92, que entró en vigor el 1 de junio de 1992, y vino a incidir de nuevo en la cuestión que se examina, modificando el Anexo VI del Reglamento 1.408/71, incluyendo en la letra D, apartado 4, relativo a España las siguientes estipulaciones: a).- En aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española; b) La cuantía de la pensión así calculada se incrementará con arreglo a los importes de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza.

El Instituto Social de la Marina, no aplica en este caso, las reglas de la indicada reforma, acudiendo a las bases remotas, sino que el período que toma para el cálculo de la base reguladora es el de los ocho años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, si bien –salvo el periodo en el actor fue perceptor de desempleo- integra ese período con los bases mínimas de cotización, actualizadas.

Este criterio, como ya se dijo, no se comparte por la Sala, porque tras la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en "asunto Grajera Rodríguez",(que había trabajado en España hasta 1969 y, posteriormente, en Alemania hasta 1993) y que dio lugar a la Sentencia del TSJCE de 17 de diciembre de 1.998 (TJE 1998, 319), la doctrina del citada Tribunal puede resumirse en dos puntos sustanciales siguientes: 1º.- El Tribunal sigue admitiendo como método de cálculo el de las bases remotas, según el cual la cuantía teórica de la prestación se actualizará y revalorizará adecuadamente como si el interesado hubiera seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en España, esto es, como si el trabajador no hubiese ejercido su derecho a la libre circulación. 2º.- El Tribunal admite la posibilidad de poder acudir al Convenio Hispano-Alemán, (en este caso sería al Convenio Hispano-Holandés) dado que el Sr. Grajera ejercía su actividad por cuenta ajena en Alemania, antes de la entra en vigor en España el 1º de enero de 1986 del Reglamento, cuyas disposiciones sustituyeron al Convenio, salvo excepciones. En dicha Sentencia se señala que correspondería al Tribunal Supremo apreciar si la aplicación del Convenio era efectivamente más o menos favorable para el interesado.

Con posterioridad a esta Sentencia del TJCE, el Tribunal Supremo ha dictado varias Sentencias aplicando la citada doctrina, entre otras, la de 12 de marzo de 1.999 (Ar. 3.750), dictada en Sala General, la de 1º de junio de 1999 (Ar. 5.061); la de 7 de junio de 1999 (Ar. 5.203), de estas Sentencias se obtienen las siguientes conclusiones: 1ª.- Si el interesado trabajó y cotizó en Alemania (Holanda en este caso) antes de que España ingresase en la Comunidad Europea, la prestación deberá calcularse conforme a lo establecido en el Convenio Hispano-Alemán, siempre que la aplicación del mismo resulte más favorable para los trabajadores que lo dispuesto en el Reglamento de la CEE. 2ª.- Y aplicando el criterio fijado en la Sentencia de 15 de octubre de 1993, el Tribunal Supremo interpreta el artículo 25.1.b) del Convenio citado calculando la base reguladora de la prestación sobre las bases medias

de cotización vigentes en nuestro país en los últimos años en que el interesado prestó servicios en Alemania. En el presente supuesto, el precepto que resulta de aplicación es el artículo 24.1.b) del Convenio Hispano-Holandés, que admite la totalización de los períodos de seguro cumplidos en los Países Bajos y España, estableciendo que "...la institución fijará la cuantía debida, a prorrata de la duración de los períodos cumplidos baja dicha legislación, antes de producirse el hecho causante..."

Así, en la Sentencia citada del Alto Tribunal dictada en Sala General , señala que "...siendo lo combatido...si debe aplicarse lo dispuesto en el Anexo VI D-4 del Reglamento 1.408/71 en la versión actualizada del Reglamento 1.248/92, o lo previsto en el Convenio Hispano-Alemán de ser más favorable tal y como permite la Sentencia Grajera, un análisis comparativo de ambas normativas, a la luz de la nueva situación creada por la actualización en 1992 del Reglamento de 1971, nos lleva a la conclusión de que el Reglamento de 1992 es menos favorable para el trabajador que la del Convenio ya que éste en su artículo 25.1.b) determina: "que cuando todo o parte del período de cotización elegido por el solicitante para el cálculo de su base reguladora de prestaciones se hubiese cumplido en la República Federal, el Organismo competente español determinará dicha base reguladora sobre las bases de cotización vigentes en España, durante dicho período o fracción, para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada", expresiones que reconducen a las bases medias, mientras que si se aplicase el reglamento de 1992 y su Anexo VI.D.4, las bases a aplicar serían las mínimas o remotas...". Y a esta misma conclusión se llega aplicando los artículos 23 y 24 del Convenio de Seguridad Social suscrito por España y los Países Bajos.

Y en la sentencia de 7 de junio de 1999 (RJ 1.999, Ar. 5.203), en relación con un trabajador en la misma situación que el del caso enjuiciado, y referido también a un supuesto de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, el Tribunal Supremo declara que "...la base reguladora de la prestación de jubilación ha de calcularse sobre las bases medias, sin que a tal efecto pueda entenderse que la modificación del Reglamento 1.408/71 por el Reglamento 1.248/92 deba conducir a solución contraria, pues no son los principios de primacía y efecto directo informante del derecho comunitario los que deciden la cuestión, sino el de norma más favorable a los intereses de los trabajadores, en virtud de lo que se viene diciendo y la de la jurisprudencia comunitaria que da prevalencia al Convenio Hispano-Alemán sobre las normas reglamentarias de la Unión Europea".

CUARTO.- En el caso enjuiciado, se trata de un trabajador, que cotizó a la seguridad social española 850 días a partir del año 1.959, incluido el periodo de desempleo (septiembre/88 a mayo/90), posteriormente emigró a Holanda y trabajó por cuenta ajena en dicho país desde junio de 1965 hasta el 19 de diciembre de 1987. Posteriormente retornó a España y fue perceptor de prestaciones por desempleo entre el 20 de septiembre de 1988 al 14 de mayo de 1990. Es decir, que el demandante cotizó y ejerció una actividad por cuenta ajena en Holanda antes de la integración de España en la CEE, y por tanto antes de que entrase en vigor el España el Reglamento Comunitario, lo que sucedió el 1º de enero de 1986. Consecuentemente, no es de aplicación para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación del actor el artículo 47 del Reglamento 1.408/71, con la modificación operada por el Reglamento 1.248/92, Anexo VI.D.4, sino el Convenio vigente antes de la integración, de modo que la base reguladora de la pensión del actor habrá de calcularse de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.1 del Convenio entre el Estado Español y el Reino de los Países Bajos sobre Seguridad Social, con vigencia desde el 1º de diciembre de 1974 y publicado en el BOE de 20 de marzo de 1975, es decir, se aplican las bases de cotización vigentes en España para los trabajadores de su misma categoría durante todo el período computable que hubiese transcurrido en Holanda. Dichas bases, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de computarse como bases medias. Y ello es así, en la medida en que resulta más favorable para el beneficiario el cálculo sobre las bases medias del período anterior al hecho causante, que las bases antiguas o remotas, aunque se actualicen y revaloricen, o las mínimas aplicadas por el ISM. Si bien en este concreto caso, como dentro de los ocho años inmediatamente anteriores al hecho causante de la prestación, el actor tiene cotizaciones en España entre el 20 de septiembre de 1988 y el 14 de mayo de 1999, (bases de cotización del período de desempleo) para el cálculo de la base reguladora deben tomarse las bases correspondientes al indicado período.

QUINTO.- En el segundo motivo de censura jurídica, el actor denuncia infracción, por interpretación errónea, del párrafo 1 del

artículo 45 y de la letra b) del párrafo 2 del artículo 45, en relación con el artículo 47.1.a) del Reglamento C.E. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, señalando que por aplicación de la anterior normativa (que transcribe), habrán de totalizarse las cotizaciones tomando todos los periodos se seguro en España y posteriormente los holandeses, hasta completar los 35 años de cotización, que dan derecho al 100% de la pensión en España, calculando sobre esta proporción la prorrata temporis a cargo de España, por lo que en ese caso se tomarán de España 7.346 días y de Holanda 5.429 días necesarios hasta completar los 12.775 días que se exigen para tener derecho al máximo del 100% de la pensión, resultando una prorrata a cargo de España del 57.5%, proponiendo en caso de duda plantear ante el TJCE cuestión prejudicial.

Esta cuestión que el actor plantea en este motivo de su recurso, viene a coincidir con la sostenida en el motivo SEGUNDO del recurso del INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, de ahí que proceda también el examen conjunto de ambos motivos. El ISM denuncia en este segundo motivo de su recurso infracción, por aplicación indebida, del artículo 46.b del Reglamento 1.248/92, en relación con el artículo 1.R del Reglamento 1.408/71 de 14 de junio, en relación con la Disposición Transitoria 2ª-3ª de la Orden de 18.01.67 y la D.T. 3ª del Decreto 1.867/70 de 9 de julio, así como infracción de la doctrina jurisprudencial, citando varias Sentencias de este mismo Tribunal –que no constituyen doctrina jurisprudencial-. Se argumenta por el Instituto recurrente, que no deben computarse todos los "períodos de seguro" y asimilados a los efectos de la prorrata, la cual debe calcularse exclusivamente en función de los días de cotización efectiva a la Seguridad Social española. Y que las "cotizaciones ficticias por edad" y las cotizaciones por "bonificación de edad" no son "períodos de seguro" asimilados reconocidos como tales por la legislación española, y que por ello no pueden computarse –como hace el Magistrado de instancia-, a efectos del cálculo de la de la cuantía teórica de la prestación "prorrata temporis", pues de este modo el actor se beneficiaria dos veces de tales cotizaciones ficticias, al haber sido tenidas éstas ya en cuenta para el cálculo del porcentaje de pensión teórica.

La Sala según lo resuelto en casos precedente, entre otros, Sentencia de 19 de diciembre de 2001 (Rec. 4.574/98), acoge la censura del ISM y rechaza la formulada por el demandante, y ello sobre la base de la normativa aplicable que es la legislación interna en unión del Convenio Hispano Holandés de Seguridad Social de 1º de diciembre de 1974 (BOE de 20 de marzo de 1975), por estimarse éste mas favorable de acuerdo con lo razonado en el fundamente anterior, resolviendo el recurso del actor. Consecuentemente, no cabe aplicar los Reglamentos comunitarios que el actor cita para la apreciación de las cuotas ficticias como períodos de seguro y, por otra parte, aplicar el Convenio Bilateral de Seguridad Social para el cálculo de las bases medias, ya que de ser ello así resultaría que el demandante percibiría una pensión de jubilación distinta y configurada en base a lo extraído de dos normativas diferentes, esto es, aplicar el Convenio Bilateral cuando resulta más beneficioso, y desechar su aplicación y acudir a los Reglamentos Comunitarios para la fijación del porcentaje de pensión.

Consecuentemente, y sobre la base de lo expuesto, en este concreto caso, las cotizaciones y bonificación por edad no resultan aplicables para la prorrata temporis, por cuanto los artículos 23 y 24 del Convenio Bilateral de Seguridad Social con los Países Bajos (que sería la norma aplicable) se refieren, para el cálculo de dicha prorrata, a la totalidad de los períodos de seguro cumplidos por dicha persona antes del hecho determinante de la prestación, pero no a los asimilados. Sin que ello implique desconocer la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/6.834), en la que se establece que las cotizaciones reconocidas por aplicación de la escala de abono de años de cotización por edad a 1º de agosto de 1970, son cotizaciones asimiladas a las efectivamente realizadas, como si se tratase de períodos de seguro y, por tanto, computables a los efectos del cálculo de la prestación española, conforme a las reglas del artículo 46.2 del Reglamento 1.408/71, pero ya se dijo más arriba, que la pensión de jubilación del actor, no se puede configurar sobre la base de una doble normativa (Reglamentos y Convenio), de modo que, al resultar de aplicación en este caso el Convenio Bilateral y la normativa interna, esas cotizaciones ficticias no resultan asimiladas a periodos de seguro a los efectos de la prorrata, por lo que, la Seguridad Social española únicamente debe responder de una prorrata del 10%, en función de los 850 días cotizados en España, correspondientes a una base reguladora que ha de calcularse del modo descrito en el Tercero de los Fundamentos de Derecho de la presente resolución. Consiguientemente, la cuestión litigiosa, a la vista de las Sentencias que se dejan citadas, es una

cuestión que no precisa de planteamiento de cuestión prejudicial alguna, tal como interesa el actor recurrente, por lo que su petición se rechaza expresamente.

SEXTO.- Para concluir con el recurso del actor, resta por examinar el último e los motivos destinados a censura jurídica, en el que denuncia infracción del artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la jurisprudencia derivada de la Sentencia de 8 de marzo de 1999 del Tribunal Supremo. A través de este motivo del recurso, el actor discrepa de la fecha de efectos de la nueva cuantía de la pensión de jubilación que el Magistrado de instancia ha fijado en el 29 de junio de 1999, señalando el recurrente que a la vista de la doctrina sentada por el T.S. en la referida Sentencia y en otra posterior de fecha 18 de marzo de 1999, los efectos de la revisión de la nueva pensión de jubilación, deben retrotraerse a la fecha de reconocimiento de la pensión, el 20 de enero de 1991, subsidiariamente solicita como fecha de efectos la de 1 de mayo de 1998

Esta censura jurídica debe ser acogida por la Sala a la vista de la doctrina unificada sobre dicha cuestión, pudiendo citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995 y también las SSTS 4ª de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993/2.207) y 7 de julio de 1993 (RJ 1993/5.967), que en la primera de ellas se citan. Con arreglo a esta doctrina, reproducida en las Sentencias más recientes de 8 de marzo de 1999 (RJ 1999/2.751) y en la de 18 de marzo del mismo años, se establece que "...el art. 54.1 de la LGSS de 30 de mayo de 1974 (aplicable en el supuesto que aquí nos ocupa, dada la fecha de acaecimiento del hecho causante) establecía de forma general que los efectos económicos del reconocimiento de las prestaciones se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha en la que se presente la correspondiente solicitud, sin que puedan confundirse dos conceptos diferentes, referente uno de ellos al reconocimiento de la prestación en sí mismo y el otro a la ulterior rectificación de su cuantía. Cuando ya se ha reconocido la procedencia, en sí, de la prestación, sus efectos iniciales ya han quedado fijados, de tal suerte que si después se pretende y se consigue un aumento de la cuantía, los efectos de este aumento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, sin que deba deducirse de una norma que consagra la imprescriptibilidad del derecho y su retroacción máxima a tres meses (en el caso aquí enjuiciado el art. 165 de la LGSS de 1974) la misma limitación en cuanto al contenido económico del derecho ya reconocido anteriormente en cuantía inferior".

La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al caso de autos, lleva a considerar que la fecha a partir de la cual debe ser abonada al actor la cuantía de la nueva pensión rectificada, ha de ser la peticionada en la demanda como pretensión principal, fecha en que le fue reconocida la pensión de jubilación al demandante, por cuanto, como señala el Alto Tribunal, los efectos del aumento deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, y el actor el 29.01.91 ya tenía reconocida la pensión de jubilación, aunque en cuantía inferior a la que realmente le correspondía.

Por todo cuanto se deja expuesto, procede acoger en parte tanto el recurso del actor, como el planteado por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, debiendo revocarse parcialmente el fallo combatido. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por el actor don A.S.R., y el formulado por el demandado Instituto Social de la Marina, contra la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, en los presentes autos sobre jubilación, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, y declaramos que la nueva pensión que declara la sentencia recurrida (aplicando las bases medias) ha de abonarse desde la fecha de reconocimiento inicial de la misma 29 de enero de 1991. Condenando al Instituto Social de la Marina a estar y pasar por la citada declaración, y al abono de la pensión en la cuantía que proceda, todo ello, sin variar el porcentaje "prorrata temporis" a cargo de España, fijado en el 10%.

3727 Recurso núm. 1.903/02

S.S. ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL. COMPETENZA DA ORDE XURISDICIONAL SOCIAL, MAILOS SEUS EFECTOS NA RECADACIÓN DE COTAS. EXISTENCIA DE ACCIÓN FRONTE Á BAIXA NO RXSS. DEREITO Á PERMANENCIA E Á COTIZACIÓN NO DITO RÉXIME. NON CONCORRE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ALTA SIMULTÁNEA NO RXSS E NO RÉXIME

ESPECIAL DE FUNCIONARIOS CIVÍS DO ESTADO. PRACTICANTE APD E AO SERVIZO DO SERGAS, TRANSFERIDO DA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a veintiocho de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.903/02, interpuesto por SERVICIO GALEGO DE SAUDE y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña L.A.M. en reclamación de COTIZACION ALTA BAJA, siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAUDE Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 694/01 sentencia con fecha 09.02.02, 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, mayor de edad y con D.N.I. núm. Nº …, viene prestando servicios desde el año 1983 como ATS de Cupo y Zona y como ATS en Asistencia Pública Domiciliaria. SEGUNDO.- El SERGAS, en aplicación de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, remitió escrito a la actora en orden al ejercicio del derecho de opción previsto en dicha norma. Con fecha 29.06.01 la actora opta por mantener sus cotizaciones en el régimen especial de la Sala de lo Social de los Funcionarios Civiles del Estado, con reserva de los derechos y acciones que le pudieran corresponder. TERCERO.- La TGSS procedió a dar de baja a la actora en el régimen general de la seguridad social, como consecuencia de la referida opción. Presentada reclamación previa el 26.09.01, se dictó resolución desestimatoria el 02.10.01, presentando demanda el 12.11.01. Igualmente se presentó reclamación previa ante el SERGAS el 26.09.01, la cual fue desestimada por resolución de 20.12.01. CUARTO.-. Desde el traspaso de competencias a la Xunta de Galicia en materia de sanidad, la actora viene percibiendo en nómina única, percibiendo del SERGAS todas las retribuciones que venía percibiendo como APD y ATS de cupo. QUINTO.- La actora no se integró de forma voluntaria en los equipos de atención primaria."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña L.A.M. contra el SERVICIO GALEGO DE SAUDE y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, se deja sin efecto la baja de la actora en el régimen general de la seguridad social, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración, y a que se proceda a dar de alta en dicho régimen a la actora, efectuándose las correspondientes cotizaciones."

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Galego de Saúde, vencidos en instancia, anuncian ambos sendos recursos de suplicación y los interponen después solicitando, la Tesorería General de la Seguridad Social, al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y, el Servicio Galego de Saúde, al amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, motivos susceptibles de análisis conjunto, pudiendo reconducirse a (1) la infracción del artículo 3.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, con alegación adicional del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, motivo canalizador de la excepción de incompetencia de jurisdicción, (2) la infracción del artículo 17, en relación con el 80, de la referida Ley, motivo canalizador de la excepción de falta de acción, (3) la infracción del artículo 80, en relación con el 81, de la referida Ley, con alegación del artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 24 de la Constitu-

ción, motivo canalizador de la excepción de defecto litisconsorcial pasivo, y (4) la infracción del artículo 28 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, motivo canalizador de la cuestión litigiosa de fondo.

A la vista de los incombatidos hechos declarados probados –recogidos en los Antecedentes de Hecho de esta Sentencia- y de las pretensiones procesales de las partes litigantes, delimitadas las pretensiones de las codemandadas a través de los expuestos motivos de suplicación y las de la demandante a través del suplico de la demanda rectora de actuaciones, donde se reclama "el derecho del demandante a mantener, por la prestación de sus servicios, una doble cotización en el Régimen General de la Seguridad Social y en el Régimen Especial de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, procediendo, como consecuencia de ello, a dejar sin efecto la baja en el Régimen General de la Seguridad Social efectuada al demandante, sin que sufran detrimento o merma alguna los derechos que se derivan de la situación de alta, especialmente las cotizaciones", nos encontramos ante una situación fáctica y ante unas pretensiones de las partes litigantes sustancialmente idénticas a las contempladas en la Sentencia de 17 de octubre de 2003 de esta Sala de lo Social, dictada en Sala General, Recurso 1568/2002, lo cual nos lleva a reproducir su fundamentación jurídica, con la consiguiente desestimación de los recursos de suplicación y confirmación íntegra de la sentencia de instancia:

(I) En cuanto a la excepción de incompetencia de jurisdicción. "Se rechaza la incompetencia jurisdiccional alegada, porque los términos de la pretensión –nos remitimos al Suplico arriba reproducido– nos llevan a declarar que el conocimiento del tema a debate –alta en la Seguridad Social y correlativos efectos cotizatorios– corresponde a este Orden jurisdiccional social. 1.- En tal sentido se manifiesta la doctrina unificada, siquiera se hubiesen dictado pronunciamientos anteriores divergentes. Son de citar al efecto como exponentes del criterio que esta Sala ha de seguir, las SSTS 30.04.93 Ar. 3.385, 27.07.93 Ar. 5.991, 09.12.93 Ar. 9.768, 15.07.97 Ar. 5.705, 12.07.99 Ar. 7.163, 29.10.99 Ar. 8.511, 01.12.99 Ar. 9.347; y más recientemente, –replanteada la cuestión en Sala General y manteniendo doctrina– las SSTS 29.04.02 Ar. 5.681, 29.04.02 Ar. 5.684, 29.04.92 Ar. 5.687, 30.04.02 Ar. 5.689, 30.04.02 Ar. 6.159 y 03.05.02 Ar. 7.529, 03.05.02 Ar. 6.349, 03.05.02 Ar. 9.821, 03.05.02 Ar. 7.530, 03.05.02 Ar. 6.350, 06.05.02 Ar. 6.351, 06.05.02 Ar. 7.534, 08.05.02 Ar. 7.539, 14.05.02 Ar. 7.551, 14.05.02 Ar. 7.555, 17.05.02 Ar. 6.749, 17.05.02 Ar. 6.751, 19.05.02 Ar. 6.752, 06.06.02 Ar. 7.579, 06.06.02 Ar. 7.581, 07.06.02 Ar. 8.134, 07.06.02 Ar. 7.584, 10.06.02 Ar. 7.586, 10.06.02 Ar. 7.588, 10.06.02 Ar. 8.137, 10.06.02 Ar. 8.138, 10.06.02 Ar. 8.139, 10.06.02 Ar. 8.140, 10.06.02 Ar. 8.141, 11.06.02 Ar. 7.193, 11.06.02 Ar. 7.194 ... y una interminable serie de resoluciones, absolutamente coincidentes todas ellas, la última de las cuales –de la que este Tribunal tenga noticia– es la de 16.09.02 Ar. 10.647. 2.- Aunque la reiteración del pronunciamiento excusa de toda argumentación y hace suficiente con remitirse a los prolijos argumentos de la doctrina unificada que citamos, la Sala considera oportuno –a efectos de la más correcta motivación– reproducir parcialmente una de aquellas sentencias –en concreto, la STS 30.04.02 Ar. 6.159–, conforme a la cual: "El artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los juzgados y tribunales del Orden Jurisdiccional Social, el conocimiento y fallo de los litigios que se promuevan, entre otras, en «materia de Seguridad Social», mandato que se reproduce en el artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral al declarar, en similares términos la competencia de estos órganos respecto a la misma materia, «incluida la protección por desempleo». Mas en el artículo 3 b) se excluyó de este conocimiento «las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria, o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta». Es regla, por mandato legal, la atribución al Orden Social el conocimiento de la materia de Seguridad Social y, la excepción, la revisión de los actos de recaudación, en los que se hace prevalecer el elemento de ejercicio de autoridad, para deferir su revisión al Orden Contencioso-Administrativo. Debe por tanto delimitarse qué haya de entenderse por «materia de gestión recaudatoria», términos lo suficientemente ambiguos para ser susceptibles de interpretaciones contradictorias. Las decisiones jurisprudenciales no han seguido a este respecto una doctrina unívoca. En el orden reglamentario, aporta luz el Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre que aprobó el Reglamento de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social que, en su artículo 1, bajo el epígrafe «Con-

cepto» establece que «la gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social consiste en el ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social cuyo objeto esté constituido por los recursos de la misma que se especifican en el art. 4 del presente Reglamento». Cierto es que existen actos en los que es posible apreciar una doble vertiente, declarativa de derechos y obligaciones de Entidades Gestoras y beneficiarios de una parte y, de otra, e indirectamente, de obtención de los recursos. Mas la propia regulación reglamentaria parece restringir el concepto de «gestión recaudatoria» a aquellos actos cuya única finalidad sea la realización de tales créditos. En lo que al tema de las altas y bajas se refiere, no cabe duda de que las resoluciones que las acuerdan tienen un indudable efecto sobre la recaudación de cuotas. Pero tal efecto es indirecto, pues el fundamental es la serie de consecuencias en orden a las prestaciones que tiene el hecho de hallarse en una u otra situación, aunque dichos efectos no sean inmediatos, o hayan de producirse en el futuro»".

(II) En cuanto a la excepción de falta de acción. "1.- Tampoco aceptamos acoger la denunciada falta de acción –apreciable de oficio: STS 08.10.97 Ar. 8.611; y SSTSJ Galicia de 01.03.01 R. 4.716/97, 27.10.01 R. 1.754/98, 29.10.01 R. 1.634/98, 25.01.02 R. 3.447/98, 31.01.02 R. 4.646/98, 31.01.02 R. 5.230/98, 08.02.02 R. 5.583/00, 30.05.02 R. 3.228/99, 09.05.03 R. 3.038/00 y 13.9.03 R. 168/01–, por considerar que la pretensión de autos no es calificable como acción declarativa de inadecuado planteamiento, al menos en los exactos términos en que se ha acogido en la instancia. En este punto reproducimos expuesto en SSTS Galicia 28.09.98 R. 2.862/98, 01.03.01 R. 4.716/97, 27.10.01 R. 1.754/98, 29.10.01 R. 1.634/98, 22.12.01 R. 2.991/98, 25.01.02 Ar. 3.447/98, 08.02.02 Ar. 5.583/00, 31.01.02 R. 4.646/98, 31.01.02 R. 5.230/98 y 09.05.03 R. 3.038/00. 2.- Tal como en estas resoluciones indicábamos, para el Tribunal Supremo –SSTS de 12.06.02 Ar. 7.199, 04.04.02 Ar. 6.005, 17.01.02 Ar. 5.096, 17.01.02 Ar. 3.754, 23.05.01 R. 5.482, 18.07.00 Ar. 7.637, 10.07.00 Ar. 7.174, 04.07.00 Ar. 6.623, 03.03.00 Ar. 2.595, 23.11.99 Ar. 9.509, 31.05.99 Ar. 7.157, 23.09.98 Ar. 7.300, 06.05.96 Ar. 4.375, 20.06.92 Ar. 4.602, 27.03.92 Ar. 1.881 y 08.10.91 Ar. 7.204– "La doctrina de esta Sala recogida, entre otras en la sentencia de 23 de noviembre de 1999 [Ar. 9.509], enseña que las acciones declarativas tienen encaje legal claro en la normativa de trabajo una vez que entró en vigor el Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, concretamente en los artículos 17.2 y 80.c). No obstante, como recuerda la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1995 [Ar. 3.737], «no son admisibles en el área del proceso laboral, aquellas acciones declarativas en las que no existe conflicto o controversia jurídicos que les sirvan de base, pues es entonces cuando no existe una verdadera acción». Esta doctrina se contiene también en las sentencias de esta Sala de 27 de marzo [Ar. 1.881], 6 de mayo [Ar. 3.516] y 20 de junio de 1992 [Ar. 4.602], 6 de octubre de 1994, 6 de mayo de 1996 [Ar. 4.375], 8 de octubre de 1997 [Ar. 8.611] y 31 de mayo de 1999 [Ar. 7.157], entre otras. En todos los casos, la solución que se adopta pasa siempre por el análisis detenido del supuesto concreto planteado para determinar si realmente, como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 71/1991, existe un interés directo e inmediato tutelable. Así se dice en la referida sentencia que « ... Es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden plantearse al Juez por ello cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor: se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera "litis", pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo» (En el mismo sentido las SSTC 210/1992, 20/1993)". 3.- Más concretamente, en materia de Seguridad Social el Alto Tribunal ha declarado –SSTS 06.10.94 Ar. 8.523, 13.02.95 Ar. 1.151 y 26.07.95 Ar. 6.341– que el empresario no tiene acción para obtener una declaración general de validez de las cotizaciones sociales en «prevención de una eventual responsabilidad futura», y que la EG tampoco debe hacer declaraciones genéricas, al margen de un procedimiento de reconocimiento de prestaciones, sobre la no validez de cotizaciones sociales ingresadas fuera de plazo. Que un asegurado –STS de 06.05.96 Ar. 4.375– no tiene acción declarativa para solicitar la consideración de alta a todos los efectos de un período de servicios previos reconocido para la percepción de trienios en la Administración pública. Que tampoco procede acción –STS de 23.05.01 Ar. 5.482– para solicitar la declaración de la naturaleza laboral de un determinado periodo de

prestación de servicios. Que igualmente no cabe –STS 18.07.00 Ar. 7.637– consulta o declaración con carácter general sobre la validez de cuotas a la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo. Y que se carece de acción –SSTS 10.07.00 Ar. 7.174, 04.07.00 Ar. 6.623 y 03.03.00 Ar. 2.595– para obtener una declaración con carácter general sobre la validez de cuotas a la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo. 4.- En resumen –STS 18.07.02 Ar. 9.341–, «para el ejercicio de acciones declarativas resulta necesario que el titular acredite una lesión actual de su propio interés, lo que presupone la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden pues plantearse al Juez cuestiones futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses de la parte demandante, ni cabe solicitarle una mera opinión o consejo [...] Es cierto, y así lo ha dicho esta Sala, que «la presentación de la demanda produce los efectos conocidos como perpetuatio iurisdictionis, perpetuatio legitimationis, e inmodificabilidad del objeto del proceso (...) ya que la relación jurídico-procesal quedó fijada en los términos expuestos en aquélla» (S. de 16.06.97 [RJ 1997\4.752], rec. 1.484/1996). Pero también lo es que la localización o determinación de la actualidad del interés pasa por parámetros distintos. Así lo ha destacado el Tribunal Constitucional en su sentencia 210/1992, de 30.11.92 (RTC 1992\210), recaída ciertamente en caso muy distinto al presente, pero con doctrina aplicable sin duda al que ahora examinamos. Dijo entonces el Alto Tribunal que «cualquiera que sea la incidencia que otros hechos sobrevenidos puedan tener sobre el proceso, el momento determinante del interés relevante para el ejercicio de la acción meramente declarativa era el de la presentación de la papeleta de conciliación, pues con dicho intento de conciliación se fijaba ya para el recurrente el objeto posible de la eventual litis posterior». 5.- Y en el supuesto que es objeto de debate, en que el actor –tras opción impuesta– ha sido ha sido dado de baja en el RGSS, es claro que existe «una lesión actual de su propio interés» y no se plantean «cuestiones futuras o hipotéticas» cuando se pretende sea reconocido el derecho a permanecer y cotizar por su trabajo en el indicado Régimen, existiendo al respecto –utilizando palabras de la jurisprudencia anteriormente invocada– «lesión actual del interés propio» y a la par «conflicto o controversia jurídicos» que integran «una verdadera litis»".

(III) En cuanto a la excepción de defecto litisconsorcial pasivo."1.- No mejor suerte corresponde a la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal que se denuncia, siendo así que tal como recordábamos en STSJ Galicia 09.06.03 Demanda 1/03, para la doctrina unificada –SSTS 11.04.02 Ar. 6.008 y 17.02.00 Ar. 2.050–, «el denominado litisconsorcio pasivo necesario no viene impuesto por una norma legal expresa, sino que en la mayoría de los casos se hace precisa la relación litisconsorcial por reglas de formación jurisprudencial. A cuyo tenor es necesario extender la demanda a todas aquellas personas o entidades a las que pueda afectar lo debatido en el proceso [...] y a esto es precisamente a lo que tiende el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa, y en este caso concreto no hay disposición legal que otra cosa establezca». 2.- Y esta misma doctrina sostiene que no ofrece dudas la posibilidad de estimar el litisconsorcio pasivo, aún para el supuesto de que no se hubiera opuesto formalmente la excepción, pues se trata de un presupuesto procesal que afecta de un modo directo a las garantías del proceso y que implica el derecho a la tutela judicial proclamado en el art. 24 CE y, por tanto, atañe al orden público del proceso y debe ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional (SSTC 16/1999, de 22 de febrero y 25/1991, de 11 de febrero). 3.- Pero en el caso objeto de examen, toda la pretensión de autos –en su doble aspecto de derecho y condena– va exclusivamente referida a la TGSS y la tutela instada (alta y cotización en el RGSS) lo es tan sólo frente a la referida EG y en razón a la actividad del actor como ATS de Cupo, sin que en forma alguna se cuestione –antes al contrario– el alta y cotización al REFCE por los cometidos de Practicante de APD, por lo que sobre aquel cuestionado extremo –alta y cotización por diversas unciones– nada pueda argüir legítimamente MUFACE, respondiendo la excepción formulada a censurables propósitos dilatorios".

(IV) En cuanto a la cuestión litigiosa de fondo. "Finalmente rechazamos la escasamente argumentada violación del art. 28 de la Ley 14/2000, de 20 de diciembre). 1.- Tal precepto dispone que «Uno. Los funcionarios de los Cuerpos a que se refiere la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los Sanitarios Locales, que, por haber simultaneado legalmente las propias funciones de sus Cuerpos con los servicios correspondientes a

plazas de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, estuvieran respectivamente incluidos obligatoriamente en el Régimen especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en el Régimen general de la Seguridad Social, y en los que se dé la circunstancia de que, antes de la entrada en vigor de esta Ley, dicho doble desempeño de funciones se haya transformado en una única prestación de servicios, deberán optar, por una sola vez, antes del 30 de junio del año 2001 y con fecha de efectos de 1 de julio del mismo año, por quedar incluidos exclusivamente en el Régimen general de la Seguridad Social o encuadrados en el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. Dos. Igualmente los funcionarios de los Cuerpos mencionados cuando, en los mismos supuestos, pasen, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de desempeñar dos prestaciones a una única, deberán ejercitar la misma opción en el plazo de seis meses desde que se produzca dicha circunstancia, a cuyo fin se tomará la fecha de ésta como la de efectos de la opción. Tres. Si transcurridos los respectivos plazos indicados no se ejercitara expresamente la opción a que se refieren los dos párrafos anteriores, el citado personal quedará obligatoriamente incluido en el Régimen general de la Seguridad Social, causando la consiguiente baja en el Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado». 2.- Y si se ponen en relación los mandatos de tal precepto con los HDP –más en concreto, con el dato de que el actor no está integrado en los EAP y continúa realizando los cometidos de APD y de ATS de Cupo, recibiendo instrucciones de la Consellería de Sanidades y del SERGAS, cobra por nómina expedida por el SERGAS, pero con especificación de emolumentos correspondientes a APD y ATS, y sus bajas y licencias debe cursarlas doblemente ante MUFACE y el SERGAS–, la conclusión que claramente se impone es la de que en el caso sometido a examen no concurre el presupuesto legal –art. 28 de la Ley 14/2000– que justifica e impone la opción por uno de los dos Regímenes de Seguridad Social –el General y el de Funcionarios Civiles–, procediendo a sensu contrario la afiliación, alta y cotización del demandante en ambos, al menos mientras se mantenga la actual legislación y en tanto se ejerciten los dos cometidos –APD y SERGAS– que están declarados probados".

Por todo lo expuesto y como se ha avanzado, se desestimará totalmente el recurso de suplicación y se confirmará íntegramente la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando los recursos de suplicación interpuestos por la Tesorería General de la Seguridad Social y por el Servicio Galego de Saúde contra la Sentencia de 6 de febrero de 2002 del Juzgado de lo Social número 4 de Vigo, dictada en juicio seguido a instancia de doña L.A.M. contra las recurrentes, la Sala la confirma íntegramente.

3728 Recurso núm. 4.636/03

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, POR TRANSGRESIÓN INEXISTENTE DA BOA FE CONTRACTUAL, DURANTE SITUACIÓN DE EXCEDENCIA VOLUNTARIA DO TRABALLADOR.

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

A Coruña, a veintiocho de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.636/03, interpuesto por el Letrado don F.J.C.M., en nombre y representación de "A.E., S.A.", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 967/02 se presentó demanda por don J.F.D.S., sobre DESPIDO, frente a "A.E., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de febrero del presente año por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Don J.F.D.S., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, venía prestando sus servicios para la empresa "A.E., S.A.", dedicada a la actividad de siderometalúrgica desde el 11.09.84, con la categoría profesional de Analista y salario de

2.193,13 euros/mes, incluida la prorrata de pagas extras.= La prestación de servicios vino interrumpida por situación de excedencia voluntaria con efectos de 22.11.01. 2.- El actor no ostenta ni ostentó la representación de los trabajadores. 3.- Con fecha 19.11.01 el actor solicita se le conceda excedencia voluntaria ante una posible privación de libertad. 4.- El 20.11.01 la empresa comunica que le ha sido concedida una excedencia voluntaria por el plazo de un año con efectos del día 21.11.01. 5.- El 21.10.02 el actor solicita la incorporación a su puesto de trabajo. 6.- En fecha 18.11.02 la empresa demandada procede a la apertura de expediente disciplinario por haberse dictado sentencia en la que se condena en firme por un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Se da traslado de los cargos y plazo para formular alegaciones y aportar pruebas. El actor formula alegaciones el 25.11.02. 7.- Con fecha 18.11.02 la empresa demandada remite carta al actor con el siguiente tenor literal: "La dirección de esta empresa ha tenido conocimiento de la comisión por su parte de los siguientes hechos: Que se ha dictado sentencia por la que se le condena en firme por un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Dado que los referidos hechos pueden ser constitutivos de falta laboral grave, esta empresa ha acordado proceder a la apertura de expediente disciplinario para la averiguación y, en su caso, sanción de dicha falta, lo que se le comunica por este medio y a los efectos legales oportunos. Al propio tiempo, se le da traslado de los cargos que anteceden, significándole que, dentro de los cinco días siguientes a su recepción puede formular las alegaciones y aportar las pruebas que estime convenientes en su descargo". 8.- Se presentó papeleta de Conciliación el 11.12.02, celebrándose acto de Conciliación el 27.12.02, 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 presentada por don J.F.D.S. contra la empresa "A.E., S.A.", debo declarar y declaro que el cese del actor, producido el 01.12.02, constituye un despido nulo y, en consecuencia, condeno a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y a abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia y que hasta la presente resolución se elevan a CINCO MIL SETECIENTOS DOS euros (5.702 €). Notifíquese... etc.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, declara la nulidad de su despido y condena a la empresa demandada "A.E., S.A.", a la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones que tenían antes del despido, con abono de los salarios dejados desde la fecha del despido y hasta la notificación de dicha sentencia. Decisión ésta contra la que recurre la entidad demandada articulando los un primer motivo de suplicación, dividido en cuatro apartados, en el que - al amparo del art. 191. b) de la LPL- interesa la revisión de los hechos probados tercero y quinto, y la adición de otros dos hechos nuevos -el octavo y noveno- con los contenidos siguientes:

* El hecho tercero, para que se redacte haciendo constar que: "Con fecha 19.11.01 el actor solicita se le conceda la excedencia voluntaria ante una posible privación de libertad, al amparo de lo establecido en el art. 16. 6 del Convenio Colectivo, y haciendo referencia a la posibilidad de que la sentencia fuera sobreseída."

* El hecho quinto, para que quede redactado haciendo constar que: "El 21.10.02 el actor solicita la incorporación a su puesto de trabajo, y al no acceder la empresa a dicha solicitud formuló demanda sobre reconocimiento de su derecho al reingreso, habiéndose celebrado con fecha 13.12.02 conciliación ante el SMAC, con el resultado de sin avenencia".

* El nuevo hecho octavo, para que se redacte con el siguiente contenido: "Con fecha 28.11.02 la empresa demandada remitió al actor carta en la que le notificaba su despido con efectos del día 01.12.02, en los siguientes términos: Examinadas las alegaciones presentadas por Ud. en relación con el expediente disciplinario que le fue abierto el pasado 18 de noviembre de 2002, damos por probados los siguientes hechos:

Que se ha dictado sentencia por la que se le condena en firme por un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Consideramos que estas actuaciones son constitutivas de una falta laboral MUY

GRAVE que sancionamos con DESPIDO el cual se hará efectivo el día 01.12.02".

* El hecho noveno, para que se redacte haciendo constar que: "Con fecha 29.12.00 la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia por la que confirmó la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Lugo, en la que se condenaba al aquí demandante como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos".

La modificación interesada del hecho tercero no resulta admisible, por cuanto la recurrente no transcribe la solicitud de excedencia voluntaria presentada por el actor (folio 59 de las actuaciones), sino que la interpreta según su particular criterio, extrayendo un párrafo de contexto y haciendo referencia a la posibilidad de que la sentencia fuera sobreseída, cuando la comunicación dirigida por el actor a la empresa no dice exactamente eso.

Si procede acoger la modificación que se interesa del hecho quinto, por resultar así de la documental que se cita obrante a los folios 17 a 21 de las actuaciones, en los que se especifican datos relevantes que no constan en el hecho impugnado.

Respecto al nuevo hecho octavo, procede su adición al relato fáctico, por resultar su contenido de la carta de despido obrante el folio 55 de las actuaciones.

Por último, procede también acoger la introducción del hecho noveno en el sentido que se interesa por resultar así de los folios 23, 24, 25, 26 y 58 de las actuaciones.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191. c) de la LPL denuncia la recurrente infracción de lo dispuesto en el artículo 54.1 y 54.2.d) del ET, en relación con los artículos 5.a) y 20.2 del mismo Cuerpo Legal. El citado art. 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, faculta al empresario a extinguir el contrato de trabajo por despido, sobre la base de un incumplimiento grave y culpable del trabajador, considerando el art. 54.2.d) de la misma Ley incumplimiento contractual la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, debiendo el trabajador cumplir con sus obligaciones de conformidad con las reglas de la buena fe de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que cita. Y en el presente caso, a su juicio, la actuación del demandante no sólo es ética, moral y legalmente reprobable en el ámbito extralaboral, sino también en el ámbito estrictamente laboral, desde el momento en que solicita una excedencia haciendo referencia a un hecho cierto, su ingreso en prisión, pero ocultando no sólo la causa y el hecho motivador de tal ingreso, sino también su verdadera situación procesal, puesto que solicita y obtiene una excedencia prevista para los supuestos de prisión provisional, como claramente resulta del art. 15 del Convenio (folios 36 y 37), que regula la reincorporación una vez producido el sobreseimiento de la causa, y aun hace falsa referencia a dicho posible sobreseimiento, ocultando la existencia de una sentencia firme y definitiva dictada casi un año antes, con condena a pena privativa de libertad, cuyo cumplimiento era el que motivaba el ingreso en prisión, el cual no sólo no genera derecho alguno a excedencia, sino que faculta al empresario para considerar las ausencias al trabajo como injustificadas, y proceder al despido. Es decir, se actúa desleal y fraudulentamente no sólo al ocultar la realidad, sino al hacerlo con la patente finalidad de ocultar un hecho que era causa de despido, por lo que la decisión empresarial ha de ser la considerarlo procedente, declarando extinguida la relación laboral sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

El motivo es claro que no puede prosperar, pues lo que la recurrente pretende en la fundamentación de su recurso es la introducción en este trámite de suplicación de una serie de hechos nuevos que en absoluto figuran en la carta de despido que fue notificada al trabajador y que, de admitirse ahora, supondrían una clara indefensión para la contraparte prohibida por el art. 24 de la CE. En efecto, la decisión extintiva empresarial comunicada al trabajador se limita a afirmar textualmente que: "Se ha dictado sentencia por la que se le condena en firme por un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Consideramos que estas actuaciones son constitutivas de una falta laboral muy grave que sancionamos con despido el cual se hará efectivo el día 01.12.02".

Es decir, la causa de despido invocada por la empresa se concretó en el hecho de "haberse dictado sentencia condenatoria contra el trabajador por un delito de descubrimiento y revelación de secretos". Pero ningún otro hecho se atribuyó al ahora demandante relativo a la forma en que éste solicitó la excedencia voluntaria que le fue concedida, y que según la recurrente pudiera suponer una transgresión de la buena fe por deslealtad o abuso de confianza. Por ello, el intento de introducir

ahora esos nuevos hechos para fundamentar la procedencia del despido por transgresión de la buena fe contractual, constituye no sólo una alteración substancial de los términos en los que el debate ha sido planteado, sino también una inadmisible cuestión nueva que ha de ser rechazada en este trámite de suplicación.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal, denuncia la recurrente infracción de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en las sentencias de 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8.346), 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352), 2 de mayo de 1996 (RJ 1996\4.612), 30 de diciembre de 1997 (RJ 1998\447) y 29 de enero de 2001 (RJ 2001\2.069), por entender que en el supuesto de que no se considerara procedente el despido del actor, el mismo podría no ser calificado como nulo, pues tras la reforma de la LPL y ET por Ley 11/1994, de 19 de mayo, la calificación del despido nulo sólo procede en los supuestos de discriminación o cuando se produzca con notación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En el caso de autos, no aparece ni se ha alegado discriminación por causa o motivo alguno, y sólo se ha pretendido fundamentar la supuesta violación de derechos fundamentales en la relativa al derecho a la reinserción social, que la propia sentencia recurrida rechazada, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la sentencia de 1/04/98. No obstante el rechazo a la única supuesta vulneración de derechos fundamentales alegada y debatida en la instancia, y partir de que el hecho imputado en la carta de despido es cierto y se halla probada, la sentencia recurrida declara la nulidad del despido, por entender que dicho hecho, cierto y acreditado, tiene naturaleza extralaboral, se trata de una conducta privada, invocando una sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de fecha 07/06/01 (El Derecho 2001/38.821), en la que, sorprendentemente, el argumento que textualmente se transcribe en la recurrida no lleva al Tribunal a declarar la nulidad, sino la improcedencia del despido, e invocando asimismo, a través de la transcripción de un párrafo de dicha sentencia, la doctrina jurisprudencial del despido radicalmente nulo, lo que supone palmario desconocimiento de la jurisprudencia pacífica elaborada a partir de la sentencia de 2 de febrero de 1993, de la que son muestra las ya citadas. Además, el cálculo de la indemnización debe descontarse el tiempo pasado en excedencia voluntaria.

Partiendo de los hechos que se declaran probados, la censura jurídica que se denuncia debe prosperar en función de las siguientes consideraciones:

1.- En demanda se fundamenta la nulidad del despido invocando genéricamente que la decisión extintiva empresarial atenta contra las libertades públicas y derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la reinserción social consagrado en la CE. Y tal afirmación de demanda es rechazada correctamente por la sentencia de instancia, pues como señala, entre otras, la STC 88/1998, de 21 de abril, FJ 2: "..... la reinserción no constituye un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a esos objetivos sin que éstos sean su única finalidad [SSTC 2/1987 (RTC 1987, 2); 28/1988 (RTC 1988, 28), y 112/1996 (RTC 1996, 112)], o como se acaba de precisar en la Sentencia de esta misma Sala de 31 de marzo de 1998 (RTC 1998, 75), "aunque tal regla pueda servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente, en si misma, de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional"."

2.- No obstante lo anterior, la sentencia de instancia declara la nulidad del despido del actor por entender, en su fundamento jurídico segundo, que "las conductas que son componente de la vida privada del trabajador no tienen por qué trascender a nivel laboral, siempre que supongan una repercusión negativa, y así, la propia CE, protege la intimidad personal y familiar. Ni el poder de dirección, ni las facultades disciplinarias del empresario pueden expropiar al trabajador de sus derechos fundamentales..". Sin embargo, en el presente caso, no cabe hablar de infracción del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, pues de acuerdo con una reiterada doctrina del TC (por todas, la STC 186/2000, de 10 de julio), ".... el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona

implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (SSTC 170/1987, de 30 de octubre [RTC 1987, 1701 IF. 4]: 142/1993, de 22 de abril [RTC 1993. 142] [F. 7], y 202/1999, de 8 de noviembre [F. 21). En resumen, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo".

Y en caso enjuiciado ninguna injerencia intrusiva, atentatoria contra la intimidad personal o familiar del trabajador, o contra su libertad y dignidad, cabe apreciar en la conducta de la empresa al tomar la decisión de despedirle por haber sido condenado por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, en base a unos hechos ajenos por completo a la relación laboral que les unía y que se encontraba suspendida en virtud de la excedencia voluntaria concedida al trabajador con efectos de 21.11.01. La condena impuesta al actor por la jurisdicción penal lo fue en virtud de un proceso público (arts. 120. 1 y 24.1 CE, 649.2 LECr. y art. 232.1 LOPJ) y por una sentencia que ha sido publicada sin restricción alguna del principio de publicidad. Tampoco la empresa demandada realizó ningún acto que pudiera reputarse lesivo para la intimidad o dignidad del trabajador, ni su conducta supuso una discriminación o un acto atentatorio contra algún otro derecho fundamental, ya que -tras el oportuno expediente disciplinario en 18.11.02- se limitó a despedir al actor por haber sido condenado por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, y su decisión extintiva ha de ser calificada de improcedente (art. 55.4 ET) al no concurrir ilícito laboral alguno que permita apreciar la existencia de un incumplimiento contractual grave y culpable, subsumible en alguna de las causas de despido disciplinario previstas en el art. 54.2 del ET, pues de conformidad con reiterada doctrina de la Sala IV del TS (STS de 23 de mayo de 1996, Ar. 4.612; 30 enero y 2 junio 1995, Ar. 527 y 4.749), la calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando se cumplen los requisitos formales y no se está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2, apartados d) y e) de la Ley de Procedimiento Laboral. Y el denominado despido fraudulento de creación jurisprudencial no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido en la LPL (Sentencia de 2 de noviembre de 1993, Ar. 8.346).

CUARTO.- El último motivo de recurso denuncia (de forma subsidiaria) infracción del art. 55.6 del ET, por entender que en el presente caso no existen salarios de tramitación al tratarse de un trabajador en excedencia, y que la indemnización habría de calcularse -según ya se expuso- descontando ese periodo de excedencia.

El motivo ha de tener también favorable acogida. De un lado, consta probado que al actor le fue concedida una excedencia voluntaria por el plazo de un año con efectos de 21.11.01, y si bien en 21.10.02 había solicitado el reingreso y la reincorporación a su puesto de trabajo, ésta en ningún momento llegó a producirse encontrándose pendiente otro proceso de reconocimiento de derecho (al reingreso) ante la jurisdicción laboral. Consecuentemente, en el momento de producirse la decisión extintiva empresarial el trabajador no había reanudado la prestación de servicios y el contrato continuaba suspendido (art. 46.5 ET); suspensión que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45.2 del ET, exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, por lo que al declararse la improcedencia del despido, en tal situación no cabe fijar salarios de tramitación, concretándose los efectos de dicha improcedencia (art. 56 ET) en la opción por parte de la empresa entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que existían antes del despido, o bien en el abono de la indemnización prevista en el art. 56.1 a) del ET (45 días de salario por año de servicio), computándose como antigüedad del actor sólo el tiempo de servicios efectivamente prestados, dado que la excedencia voluntaria comporta la interrupción del cómputo de la antigüedad durante el tiempo pasado en la misma, salvo que por mandato expreso de la Ley o por Convenio se determine lo contrario, lo que en el presente caso no se da (STS de 10/7/1989, Ar. 5.442; 8/3/1993, Ar. 1.712; y STSJ de Valencia de 08.06.00, AS 4.425). La conclusión, por tanto, ha de ser la estimación parcial del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y la declaración de improcedencia del despido del

actor con la consiguiente condena de la demandada, a que en el plazo de los cinco días siguientes a esta resolución, opte entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes del despido, o bien a indemnizarle en la cantidad de 56.609,77 euros (9.419.074 ptas.). En razón a lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "A.E., S.A.", debemos revocar revocamos la sentencia de fecha 14 de febrero de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, y con estimación parcial de la demanda interpuesta por el actor don J.F.D.S., declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes del despido, o bien a indemnizarle en la cantidad de 56.609,77 euros (9.419.074 ptas.), con apercibimiento de que en caso de no optar por la readmisión o la indemnización se entiende que procede la primera.

3729 Recurso núm. 1.346/03

S.S. ASEMBLEA DE REVOGACIÓN DE REPRESENTANTE UNITARIO DOS TRABALLADORES. DEBE PRESIDIRESE POLOS REPRESENTANTES DOS TRABALLADORES, AÍNDA QUE SE INSTE A SÚA REVOGACIÓN. CELEBRACIÓN FORA DO CENTRO DE TRABALLO. NULIDADE DA ASEMBLEA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a treinta de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.346/03 interpuesto por COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña Mª.C.L.P., Delegada Sindical de U.G.T. en reclamación de NULIDAD DE LA ASAMBLEA DE REVOCACION siendo demandado la Empresa CLECE, S.A., COMISIONES OBRERAS, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) y las PROMOTORAS DE LA ASAMBLEA DE REVOCACION DE LA DELEGADA SINDICAL DE U.G.T. en las personas de M.F.L., M.T.A.L., M.C.A.M., M.C.M.P., M.A.S., J.I.F., T.P.N., A.R.F., M.C.R., M.R.R., M.E.S.A., M.E.L.P., M.D.L.M., L.C.P., C.P.S., A.C.R., M.C.S.G. y C.P.B., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 295/02 sentencia con fecha veinticinco de octubre de dos mil dos 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 Mª.C.L.P. viene prestando servicios pro cuenta y urden de la empresa CLECE, S.A., con una antigüedad de 03.05.99, ocupando la categoría profesional de auxiliar de asistencia domiciliaria, percibiendo un salario mensual bruto de 457,40 euros, incluida prorrata de pagas extras.- SEGUNDO.- En fecha 02.02.00 se celebraron Elecciones Sindicales en la empresa CLECE, S.A., que cuenta con una plantilla de 29 trabajadores en la actividad de asistencia domiciliaria concertada con el Excmo. Concello de Ferrol, resultando elegida la citada demandante, en la lista presentada, por la Unión General de Trabajadores (UGT).- TERCERO.- En fecha 07.03.02 la demandante presentó escrito a la Dirección de CLECE, S.A., del tenor literal siguiente: "que a medio del presente escrito SOLICITA, se fije fecha, día y hora, para proceder a la constitución de la mesa negociadora, y fijar un calendario de reuniones, para negociar las condiciones económicas y laborales de los trabajadores de esta empresa para el año 2002. Por lo expuesto, SUPLICA que, habiendo por presentado el presente escrito a la Dirección de la Empresa, se digne admitirlo, y en su virtud, proceda la conformidad con lo solicitado".- CUARTO.- En fecha 7 de marzo de 2002, las promotoras de la Asamblea de recocción codemandadas presentaron escrito a la empresa del tenor literal

siguiente: "Que las abajo firmantes, todo ellos trabajadores y trabajadoras de esta empresa, por medio del presente escrito viene a CONVOCAR: Asamblea General de Trabajadores y Trabajadoras de la empresa, acogiéndose para ello al Estatuto de los Trabajadores (Artículo 77 y 79). El orden del día de la Asamblea será el siguiente: 1.- Propuesta de revocación de la Delegada de Personal doña Mª.C.L.P. El lugar de la Asamblea será: el propio centro de trabajo, Calle …, a las 18 horas, del día 22 de marzo de 2002. Los promotores de la Asamblea anunciarán la misma en los tablones de anuncios de la empresa. En la propia asamblea, se expondrán por medio de un Portavoz las razones que motivan los asuntos del Orden del día y argumentarán la propuesta, pudiendo, en su caso, abrirse un turno de palabras en el que puedan expresarse de forma paritaria, opiniones a favor y en contra de las propuestas que constituyen el Orden del Día, después se someterán a votación las mismas tal y como establece la legislación vigente. La Asamblea estará presidida por el Representante Sindical. Sin o concurriese a la Asamblea el Representante Sindical o este asumiera una conducta parcial o contraria al normal desenvolvimiento de la asamblea, y para evitar cualquier vacío legal o formal, el Portavoz de los Convocantes propondrá la Asamblea con carácter previo de formación de una Presidencia, integrada por las siguientes personas, integrantes del Colectivo promotor de la Asamblea: PRESIDENTA: C.P.B. SECRETARIA: M.C.M.P. En la Asamblea se observará lo dispuesto en el propio artículo 77 y siguientes del E.T. sobre procedimiento y toma de decisiones".- QUINTO.- En fecha 10 de abril de 2002 se expidió certificación por la Jefe de Servicio de CLECE, S.A., M.S.F., del tenor literal siguiente: "Que la oficina de la empresa CLECE S.A. sita en la C/ … de Ferrol, el día 22 de marzo de 2002 permaneció cerrada, como todos los viernes, desde las 14:00 horas".- SEXTO.- En fecha 22.03.02, y siendo las 18:00 horas de la tarde se personaron en los locales de la empresa situados en la C/ … de Ferrol las promotoras de la Asamblea de Revocación y un representante de la CIGA, don J.A.L.P. y otro de CC.OO., don J.J.L.S., y al encontrarse cerrado el local que debía haber sido proporcionado por la empresa, se celebró la Asamblea de Revocación en la calle, a la puerta del local de trabajo, llevando el representante de la CIGA la urna y las papeletas, celebrándose la misma fuera del local de trabajo, levantándose acta y firmando los comparecientes, en que compareciera la delegada revocada de la UGT.- SÉPTIMO.- En fecha 01.04.02 se presentó en la Sección de Elecciones Sindicales de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia, acta de la Asamblea de Revocación del tenor literal siguiente: DATOS DE LA EMPRESA Y CENTRO DE TRABAJO: Nombre de la Empresa: CLECE S.A., CIF O NIF ... Nombre Comercial: CLECE, S.A. , Dirección: C/ ... Ayuntamiento: Ferrol. Provincia: A Coruña: Nº de Trabajadores 29. Nª de inscripción S. Social: 15104455535. En la ciudad de Ferrol, siendo las 18 horas del día 22 de marzo de 2002, se reúne la Asamblea General de las trabajadoras de la empresa más arriba reseñada, según convocatoria cuya copia se adjunta y que cumple los requisitos legales establecidos en le E.T. artículos 77 a 79. A la Asamblea concurren 18 trabajadoras. Sometido a debate y posterior votación por la Presidencia el único punto del Orden del Día: "Propuesta de revocación de la Delegada de Personal doña Mª.C.L.P., el resultado de dicha votación es el siguiente: Votos emitidos 18. Votos válidos 18. Votos SI: 18. Votos NO: 0. Votos en blanco: 0. Votos nulos: 0. Como quiera que de las votaciones resulta la decisión de revocar a la Delegada de Personal en nuestro Centro de Trabajo, la Asamblea, a propuesta de la Presidencia, decide asimismo delegar en la persona de doña C.M.P., para que, en nombre de este colectivo, tramite ante la Empresa y la Oficina Pública competente las correspondientes modificaciones. Lo que, como Presidencia de Asamblea, firmamos en el lugar y fecha arriba indicados:

	NOMBRE	D.N.I. nº	FIRMA
Presid.	C.P.B.	…	
Secret.	M.C.M.P.	…	

Dicha acta fue firmada por las citadas Presidenta y Secretaria y las 16 promotoras de al Asamblea de Revocación.- OCTAVO.- En fecha 25.03.02 la Delegada de UGT presentó escrito dirigido a la Presidenta y Secretaria convocante de la Asamblea de Trabajadores de Clece, Ayuda a Domicilio, en le cual se hace constar lo siguiente: "1º.- Con fecha 12.03.02, se me entrega una carta donde se me comunica que el día 22 de marzo de 2002 se va a proceder a una Asamblea General de trabajadores en los locales de la empresa, sitos en Ferrol, C/ …, a las 18:00 horas, para proponer mi revocación como Delegada de Perso-

nal, donde se me informa que asumiré la Presidencia de la misma. Aún conociendo tanto por parte de las trabajadores y por supuesto por parte de la empresa, que me encuentro de vacaciones desde el 18.03.02 hasta el 02.04.02.- 2º.- Aún así, haciendo un gran esfuerzo y perdiendo tiempo de mis vacaciones, debido a la importancia de la asamblea, me persono en el día y la hora señalada en los locales de la empresa, encontrándome el centro de trabajo cerrado, por lo que he de suponer que la asamblea no se ha celebrado, lo que demuestra una actitud inequívoca de mala fe.- 3º.- Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 67, Promoción de Elecciones y Mandato Electoral, del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, apartado 3, donde dice textualmente "esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos, por lo menos, seis meses". Con fecha 07.03.02, he presentado escrito (que se adjunta), solicitando a la empresa la constitución de una mesa negociadora, por lo que no procede la revocación, ya que se han iniciado los trámites para la negociación de un convenio.- 4º.- Como lo demuestran los hechos, hay una clara connivencia entre la empresa y los trabajadores para proceder a mi recocción, siendo el motivo principal que la UGT y yo como su representante participe en las negociaciones, no hemos negado a firmar el Convenio Gallego de Ayuda a Domicilio, firmado por la CIG, CCOO y la Asociación Empresarial entre las cuales se encuentra CLECE S.A.- 5º.- Mi más firme intención siempre ha sido mejora las condiciones económicas y laborales de todas las trabajadoras, defendiendo el convenio firmado en su día de Ayuda a Domicilio a nivel nacional, donde nuestros salarios se verían incrementados en más de 120,20 euros (20.000 ptas.), mensuales.- 6º.- Lo que es incomprensible, es que tanto CIG, como CCOO, firmen un Convenio de Ayuda a Domicilio donde las retribuciones salariales son inferiores a las que actualmente hemos conseguido en el pacto de egresa negociado por mi en el año 2001.- 7º.- Por otra parte, lo que no me extraña es la actitud de la empresa, ya que con la firma del Convenio Gallego se ve totalmente favorecida por unos salarios muy inferiores al Convenio Nacional".- NOVENO.- La demandante ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores, al resultar elegida en fecha 02.02.00.- DECIMO.- La empresa demandada se dedicada a al actividad de Asistencia Domiciliaria concertada con el Excmo. Concello de Ferrol.- UNDÉCIMO.- En fecha 12.06.02, se celebró ante el SMAC el acta de conciliación administrativa previa con el resultado de intentada sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que con estimación de la demanda deducida por doña Mª.C.L.P. contra la empresa CLECE,S.A., las Centrales Sindicales CC.OO. y CIG y las promotoras de la Asamblea de Recocción, M.F.L. y diecisiete más, que figuran relacionadas en el escrito de demanda, en reclamación sobre OTROS EXTREMOS (Nulidad Asamblea Revocación) debo declarar y declaro que la Asamblea celebrada en fecha 22.03.02, fuera del centro de trabajo, es nula, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, reponiendo a la Delegada Sindical cesada en su situación anterior".

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, declara la nulidad de la Asamblea celebrada el 22 de marzo de 2002 y acuerda reponer a la Delegada Sindical cesada en su situación anterior a la revocación, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración. Frente a este pronunciamiento interpone recurso, a través de su representante procesal, el Sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.), y sin cuestionar la declaración de hechos probados, formula dos motivos de Suplicación por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, destinados ambos al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida. En el primero de ellos se denuncia infracción de los arts. 67.3 párrafo 2º y 77 del Estatuto de los Trabajadores, por considerar, sustancialmente, que en la celebración de la asamblea de trabajadores, celebrada el 22 de marzo de 2002, en que se acordó la revocación del cargo de delegado de personal que venia ostentando doña Mª.C.L.P., no se ha producido irregularidad alguna, y se ajustó a la legalidad contenida en los preceptos legales que, como infringidos invoca, señalando que la asamblea de revocación estaba convocada en tiempo y forma y avisada tanto la empresa como la delegada que se pretendía

revocar, y si ésta no concurre a la asamblea para presidirla, es porque no quiere, pero ello no puede impedir que se celebre válidamente la asamblea sin su presencia, de lo contrario sería totalmente imposible revocar a un delegado sindical o a un Comité de Empresa.

En el segundo de los motivos se denuncia infracción de lo establecido en el artículo 78 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo establecido en el artículo 67.3, párrafo segundo del mismo texto legal, argumentando que el hecho de haberse celebrado la asamblea fuera del centro de trabajo no puede acarrear las consecuencias proclamadas por la sentencia recurrida, porque la empresa estaba avisada del día y hora de celebración de la asamblea de revocación, pues lo importante es que todos los trabajadores estaban avisados del lugar para poder emitir su opinión, y si la asamblea se realiza puertas afuera o puertas adentro del local no tiene transcendencia a estos efectos.

SEGUNDO.- Partiendo del incombatido relato fáctico, interesa destacar a los fines del presente recurso, lo siguiente: A).- La actora, doña Mª.C.L.P., presta servicios en la empresa "CLECE, S.A." desde el día 3 de mayo de 1999, con la categoría profesional de auxiliar de asistencia domiciliaria, percibiendo un salario bruto mensual de 457,40 euros, incluida prorrata de pagas extras. B).- Con fecha 2 de febrero de 2002, se llevó a cabo la votación del proceso electoral en la empresa indicada que cuenta con un total de 29 trabajadores, resultando elegida la citada demandante en la lista presentada por el Sindicato Unión General de Trabajadores. C).- Con fecha 7 de marzo de 2002, la actora presentó escrito ante la Dirección de la empresa "CLECE, S.A." solicitando la constitución de una mesa negociadora y fijar un calendario de reuniones para negociar nuevas condiciones económicas y laborales para el año 2002. D).- En esa misma fecha, las codemandadas presentaron escrito ante la empresa, con el fin de convocar una asamblea de revocación, con el contenido que figura en el hecho probado cuarto. E).- En la fecha y hora fijada para la celebración de la Asamblea (un viernes a las 18,00 horas), la empresa permanece cerrada, como todos los viernes, desde las 14,00 horas. F).- En la fecha de la convocatoria señalada (día 22.03.02, a las 18:00 horas), se personaron las promotoras de la asamblea de revocación en los locales de la empresa, así como un representante del Sindicato CIG y otro de CC.OO., y al encontrarse cerrado el local de la empresa, se celebró la asamblea de revocación en la calle, a las puertas del local de trabajo, llevando el representante de la CIG la urna y las papeletas celebrándose la misma fuera del local de trabajo, levantándose acta y firmando los comparecientes, no compareciendo la delegada revocada, la actora, que había sido elegida por el Sindicato UGT. G).- Con fecha 1º de abril de 2002, se presentó en la Sección de Elecciones Sindicales de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones laborales de la Xunta de Galicia, acta levantada con motivo de la asamblea de revocación, cuyo contenido obra al hecho probado séptimo, y se tiene aquí por reproducido. H).- En la fecha de convocatoria de la asamblea de revocación, la delegada de personal electa (la demandante) se hallaba disfrutando vacaciones, no obstante tuvo conocimiento de la convocatoria de remoción, remitiendo escrito a la Presidenta y Secretaria convocantes de la asamblea, cuyo contenido consta en el hecho probado octavo.

Atendiendo a los datos fácticos expuestos, la situación litigiosa consiste en determinar si la revocación del mandato de delegado de personal que ostentaba la actora, doña Mª.C.L.P., es nula de pleno derecho, como se postula en la demanda y se proclama en la sentencia; o si por el contrario, dicha revocación es plenamente válida y eficaz en derecho, como pretende el Sindicato recurrente. La controversia debe resolverse en favor de la tesis que mantiene el juzgador de instancia, por las siguientes consideraciones.

a) En el proceso de revocación del mandato, en la litis impugnado, no se ha dado cumplimiento a lo normado en el art. 1.1.e) del Real Decreto 1.844/94 de 9 de septiembre, al no haberse comunicado a la Oficina Pública por los promotores de la revocación, su voluntad de proceder a la misma, con una antelación mínima de diez días, acompañando a dicha comunicación los nombres y apellidos, documento nacional de identidad y firmas de los trabajadores que convoquen la asamblea, requisito ineludible, entre otras razonas, para constatar el número de los trabajadores de la empresa, y poder determinar si se cumple el requisito exigido por el art. 67.3 del Estatuto de los Trabajadores. Tan sólo se remitió acta con posterioridad a la celebración de la Asamblea.

b).- En la convocatoria de la repetida asamblea, se ha inobservado, asimismo, el mandato contenido en el art. 77.1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

Dicho precepto atribuye a la representación unitaria (comité de empresa o delegados de personal) la presidencia, dirección y control de todas las asambleas que celebre el personal, sin excluir expresamente a las que tengan por objeto remover en sus cargos a todos o parte de los representantes electos. Así se desprende de una interpretación conjunta de los arts. 67.3 y 77.1 del ET, disponiendo este último precepto que «la asamblea será presidida, en todo caso, por el Comité de Empresa o por los delegados de personal mancomunadamente, que serán responsables del normal desarrollo de la misma...». La presidencia por los representantes de los trabajadores como requisito de validez de la asamblea revocatoria es criterio mantenido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en S. 27.01.87 (RJ 1987/294), reiterando doctrina establecida con anterioridad por la STCT 4 de diciembre de 1986 (RTCT 1986/13.166). Ahora bien, tratamiento distinto habría de recibir el tema si los representantes de los trabajadores se hubieran negado a presidir la asamblea precisamente con la finalidad de impedir su destitución, pues si se diera amparo jurídico a tal negativa y la reunión no pudiera celebrarse por causas imputables al comité o a los Delegados de Personal, se estaría dejando en manos de este órgano representativo la posibilidad de revocar el mandato de uno o varios de sus miembros, -tal como se afirma en el recurso- lo que evidentemente no ha sido el propósito del legislador, como lo demuestra el art. 4.1, f) del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual el ejercicio del derecho de reunión pertenece a los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, no a los representantes unitarios. Así lo ha reconocido específicamente la propia Jurisprudencia, y esta misma Sala en su Sentencia de 16 de abril de 1990 (AS 1990/104), País Vasco de 3 de mayo de 1994 (AS 1994/2.276), y Madrid 26 de enero de 1993 (AS 1993/331), Murcia 22 de junio de 1998 (AS 1998/2.629) y Valencia 24 de julio de 1998 (AS 1998/3.613). Por tanto, si bien es cierto que la asamblea, incluso la revocatoria, debe estar presidida por los representantes de los trabajadores, tal y como requiere el artículo 77 del Estatuto de los Trabajadores, también es cierto que no sería admisible la conducta obstruccionista de los representantes cuestionados en el proceso revocatorio, por lo que se hace preciso admitir la validez de la asamblea celebrada con ausencia de éstos cuando son ellos los que renuncian a presidirla. En el presente caso, la Delegada de Personal conocía de la celebración de dicha asamblea, y no obstante rehusó presidirla, declarándose probado en el hecho séptimo "sin que compareciera la delegada revocada de la UGT", ahora bien, el caso enjuiciado genera ciertas dudas para la Sala, dado que la Delegada de Personal fue convocada en el centro de trabajo, y éste se encontraba cerrado, resultando sospechoso que la Asamblea se convocase en un día y hora (un viernes por la tarde), en que los locales de la empresa permanecen cerrados, circunstancia de sobras conocida por las promotoras de la Asamblea, celebrándose la misma en la calle, a las puertas del centro de trabajo.

c).- En la celebración de la Asamblea, también se ha inobservado lo dispuesto en el artículo 78 del Estatuto de los Trabajadores sobre el lugar de reunión, señalando este precepto legal que "el lugar de reunión será el centro de trabajo, si las condiciones del mismo lo permiten...". Lo normal y habitual es que las reuniones se celebren al finalizar la jornada laboral, o antes de iniciar la misma, en este caso –y como antes se dijo-, la reunión se fijó para las 18:00 horas de un viernes, cuando la jornada de trabajo de los viernes finaliza a las 14:00 horas, y el centro de trabajo permanece cerrado desde esa hora. En consecuencia, al no haberse celebrado la asamblea en el lugar designado en la convocatoria, no se han cumplido el requisito exigido por el artículo 78 del Estatuto de los Trabajadores, y tampoco se ha cumplido el requisito de contar con la presencia de la Delegada Sindical electa, y la causa de su ausencia pudo venir motivada por encontrarse cerrado el local designado por las promotoras para la reunión, porque según se afirma en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia recurrida, la actora manifiesta que acudió al centro de trabajo. En cualquier caso, debe dejarse sin efecto lo acordado en el Fallo de la sentencia recurrida sobre la deducción de testimonio con el fin de comprobar si la actora pudiera haber incurrido en un delito de falso testimonio, por tratarse de conducta impune, por cuanto el citado delito conforme el artículo 460 del Código Penal puede ser cometido por testigo, perito o intérprete, y la actora no actúa en calidad de tales en el proceso, sino como parte demandante, por lo que sus manifestaciones las efectúa como confesante y no como testigo.

En resumen, las infracciones legales que anteceden, habrán de conducir, ineludiblemente, a la conclusión de que la asamblea celebrada el 22 de marzo de 2002, así como lo en ella acordado, por las razones que se dejan expuestas, carece de eficacia jurídica alguna y, por tanto, habrán de provocar su nulidad radi-

cal, lo que implica la desestimación del recurso del Sindicato CC.OO y la confirmación del fallo impugnado. En consecuencia:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del Sindicado COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), contra la sentencia de fecha veinticinco de octubre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso sobre revocación de mandato de delegado de personal, promovido por doña Mª.C.L.P., frente a la Empresa CLECE, S.A., COMISIONES OBRERAS, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) y las PROMOTORAS DE LA ASAMBLEA DE REVOCACION DE LA DELEGADA SINDICAL DE U.G.T. en las personas de M.F.L., M.T.A.L., M.C.A.M., M.C.M.P., M.A.S., J.I.F., T.P.N., A.R.F., M.C.R., M.R.R., M.E.S.A., M.E.L.P., M.D.L.M., L.C.P., C.P.S., A.C.R., M.C.S.G. y C.P.B. debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Déjese sin efecto lo acordado en el Fallo de la Sentencia recurrida sobre deducción de testimonio frente a la actora por presunto delito de falso testimonio.

3730 **Recurso núm. 4.127/03**

S.S. FALLA DE CUMPRIMENTACIÓN DOS REQUISITOS DE FORMA PARA PROCEDER A DESPEDIMENTO OBXECTIVO, DECRETADO POR GRUPO DE EMPRESAS.

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

A Coruña, a treinta de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.127/03 interpuesto por ambas partes 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 A.M.L.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "O., S.L.", "L.R., S.A." y la Cía Mercantil "O., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 3/03 sentencia con fecha trece de marzo de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

"PRIMERO.- La actora doña A.M.L.G. vino prestando servicios para la empresa demandada "O., S.L.", con una antigüedad del 1 de mayo de 1974, con la categoría profesional de Auxiliar Administrativo y percibiendo un salario mensual de 1.204'78 euros incluida prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- En fecha 28 de noviembre de 2002 recibió Carta de despido por causas objetivas del siguiente tenor literal: "…Sra doña A.M.L.G.- Muy Sra. Nuestra: la Dirección de esta empresa le comunica, por medio del presente escrito que, al amparo del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su Contrato de Trabajo por causas objetivas, por existir la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas que son, fundamentalmente, de carácter económico, y también, en alguna medida, de carácter técnico y de producción.- En efecto, la situación actual de empresa se puede expresar en los siguientes términos: Los fondos propios presentan un saldo negativo de 1.490.361'91 euros, y ha podido continuar su actividad gracias al apoyo financiero de terceras empresas, puesto que su pérdidas acumuladas ascienden a 2.602.234'36 euros netas de Impuesto de Sociedades (crédito fiscal) que asciende a 1.348.465'99 euros, lo que daría una nueva pérdida bruta acumulada antes de impuesto sobre sociedades de 3.950.700'34 euros, siendo en los 3 últimos años de 1.688.488'43 euros.- Con los datos anteriores la Sociedad ha podido sobrevivir gracias al apoyo financiero prestado por el resto de Empresas del Grupo, que no sólo no han sobrado servicios prestados, sino que han aportado importantes cantidades de dinero, y cuya situación económica también puede calificarse de negativa.- Estas cifras, que año a año se incrementan, pueden llegar a dañar

seriamente la propia estructura del Grupo Empresarial, lo que, en caso de no actuar con contundencia, pudiera ocasionar daños de mayores proporciones.- parece evidente que las alternativas para lograr la viabilidad de esta empresa pasan, tanto por recomponer el equilibrio financiero, como para mejorar la cuenta de Resultados.- En cuanto al primer aspecto, se están tomando medidas para convertir en Deuda Financiera la derivada de relaciones comerciales entre las Empresas del Grupo, entre otras medidas, como puede ser la negociación de un préstamo participativo.- En cuanto a las medidas de gestión, se actuará sobre los ingresos y gastos, aunque la mayor incidencia se ha de efectuar en el apartado de gastos, puesto que son elementos que la empresa puede controlar, ya que las medidas en cuanto a ingresos son "voluntarios", y su consecución depende de factores exógenos a la Empresa.- En cuanto a ingresos, se trata de actuar en dos sentidos: a).- Incrementos de ingresos.- b).- Aumento del margen comercial, gravemente deteriorado por la permanente mala situación financiera de la Sociedad, previéndose las siguientes magnitudes para los próximos 5 años: -Un incremento de ventas de un 10% el primer año, hasta un 20% el 5º año, -Un margen bruto de un 25% el primer año, hasta un 40% el 5º año.- En cuanto a los gastos de explotación, se prevé incidir, tanto en arrendamientos y servicios de dirección, como en amortizaciones y otros gastos, reduciendo, substancialmente, sus importes, y en cuanto a los gastos de personal, que es la partida más importante sobre la que hay que incidir, supone en este momento la eliminación, o amortización, de su puesto de trabajo, que estuvo vinculado al Despacho Central de RENFE suprimido por no tener contenido, al presentar pérdidas continuadas por bajísima facturación, y sin que la gestión que se le encomendó, desde la supresión de este servicio, justifique un puesto de trabajo como el que Vd. Ostenta.- También se toma la decisión de amortización juntamente con la de su puesto de trabajo, de la de dos personas más de esta empresa.- A tal fin, y en cumplimiento del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, le comunicamos la extinción de su contrato de trabajo, haciéndole entrega simultáneamente de la indemnización legal que le corresponde, en la cuantía de CATORCE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (14.457'36 euros), mediante cheque bancario.- en cuanto a la fecha de efectos de la decisión extintiva lo será a partir del día de hoy, por lo que le corresponde la cantidad de MIL DOSCIENTOS CUATRO EUROS CON SETENTA Y OCHO CÉNTIMOS (1.204'78 euros), que asimismo se le entrega en otro cheque bancario, equivalente a otro mes de salarios, en razón a la no concesión del preaviso.- Tiene a su disposición en las Oficinas de la Empresa la liquidación que reglamentariamente le corresponde.- Esta medida que se adopta, junto con las ya referidas, pretenden superar la situación económica negativa de la empresa, cuya Dirección entiende razonablemente que van a contribuir a conseguir la viabilidad futura de la misma, y a evitar tomar decisiones mucho más traumáticas.- Créanos que nos hemos visto obligados a tomar esta decisión al haberse agotado las probabilidades de otro tipo de opciones, agradeciéndole los servicios prestados durante todos estos años, aprovechamos la ocasión para saludarle atentamente.- En Ourense, a 28 de noviembre de 2002.- Por la empresa "O., S.L.- Fdo. O.O.V.- Recibí, La trabajadora.- Fdo. doña A.M.L.G.…". TERCERO.- A 31 de diciembre de 2001 los fondos propios de la empresa "O., S.L.", presentaban un saldo negativo de 1.490.361'79 euros, siendo el importe de sus deudas acumuladas de 2.602.234'36 euros netas antes de impuesto de sociedades que ascienden a 1.348.465'99 euros, lo que daría una pérdida bruta acumulada antes de impuestos de sociedades de 3.950.700'35 euros. Las pérdidas de los tres últimos ejercicios han sido de 1.688.448'43 euros según el siguiente desglose:

Pérdidas antes Impuesto Sociedades:

Año 1999: 571.923'36 euros

Año 2000: 572.902'72 euros

Año 2001: 543.622'35 euros

Total: 1.688.448'43 euros

La citada empresa mantiene un saldo acreedor con las demás empresas del grupo de 3.515.025'36 euros, según el siguiente desglose:

	SALDO ACREEDOR
"L.R., S.A."	814.169'67 euros
"O., S.A."	794.970'79 euros
"B.P., S.A."	1.905.884'94 euros
Total:	3.515.025'36 euros

CUARTO.- Las cuotas de Seguridad Social de los trabajadores de la empresa "O.,

S.L." son abonadas por "L.R., S.A.", según autorización concedida por la Tesorería General de la Seguridad Social en fecha 30 de abril de 2001. QUINTO.- A la actora a finales del año 2001 se le ofreció por el Gerente de la Empresa "O., S.L.", don A.F.M. la posibilidad de acceder a un plan de prejubilación, dada la situación de la empresa, no aceptando la actora el mismo, la cual pidió que esperasen un año, saliendo muy disgustada de dicha reunión y estando unos días de baja a continuación. En octubre de año 2002, nuevamente por la demandada se le volvió a ofrecer el plan de prejubilación, saliendo la actora nuevamente muy disgustada de dicha reunión, y estando nuevamente de baja unos días desde el 22 de octubre de 2003, por síndrome depresivo. SEXTO.- La sociedad "O., S.L.", se constituyó por medio de escritura pública notarial de fecha 9 de diciembre de 1993, siendo sus socios "L.R., S.A." que aportó:

-Instalaciones Centro Comercial	57'2 millones pts
-Mobiliario	21'0 millones pts
-Maquinaria	11'3 millones pts
-Fondo de Comercio	36'5 millones pts
-Existencias	54 millones pts
-Total	180 millones pts
-Desembolso	5 millones pts
	185 millones pts

Y "O., S.A.", que aportó 5 millones de pesetas. Con posterioridad "O., S.A.", adquirió la totalidad de las participaciones sociales, siendo la única propietaria de la sociedad, siendo administradora de la misma desde su inicio don J.L.O.R.. La vida registral de esta Sociedad por constar en autos se da por reproducido. Dicha empresa tiene su domicilio en la Rua … y su objeto es: La actividad y comercio al por menor y mayor de todo tipo de libros, periódicos, revistas, fascículos, objetos de escritorio, papelería y regalos, discos, casetes, compact disk, laser disk, videos, electrodomésticos, ropa, perfumería, alimentación y, en general, todo tipo de productos y objetos que lícitamente se puedan expedir en un Centro comercial. SÉPTIMO.- "L.R., S.A.", es una sociedad, constituida por miembros de la familia O., parte de cuya viga registral por constar en autos se da por reproducida, cuyo Consejero-Delegado es don A.O.R.. El Consejo de Administración de "L.R., S.A.", estaba constituido hasta el 7 de noviembre de 2001, por don J.L.O.R. (Presidente), Secretaria doña A.M.O.R., Vocales: doña M.I.O.R., doña M.B.O.R., don A.O.V., don O.O.V. y don J.L..V.. Siendo Consejero-Delegado don J.L.O.R., a partir de esa fecha en Junta General Extraordinaria de accionistas, fue nombrado como Vicepresidente y Consejero don A.S.I., Director del periódico, permaneciendo los demás cargos iguales. Su domicilio social se encuentra en el Polígono Industrial de … y su objeto social es: la creación, sostenimiento y explotación de periódicos, la publicación de folletos, libros o revistas y la creación de empresas editoriales, b) La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto, para el desarrollo del propio de esta sociedad, mediante suscripción de acciones o participaciones de la fundación o aumento de capital en las mismas o la adquisición de ellas por cualquier título. OCTAVO.- La empresa "O., S.A.", parte de cuya vida registral por constar en autos se da pro reproducida, tiene como Consejero-Delegado a don J.L.O.R., siendo Presidente de la misma este señor, Secretario del Consejo de Administración doña M.I.O.R. y vocales: doña M.B.O.R. y doña A.M.O.R.. Su domicilio social está en Ourense, c/ … y su objeto es "Todo tipo de actividades relacionadas con la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, compraventa de fincas, solares, locales y arrendamiento de los mismos, la participación en otras sociedades de idéntica u análogo objeto, para el desarrollo del propio de esta sociedad, mediante suscripción de venga de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas o la adquisición de ellas por cualquier título". NOVENO.- La actora desde el 1 de mayo de 1974 al 1 de febrero de 1994 prestó servicios para la empresa "L.R., S.A.", pasando a restar servicios desde esta fecha para "O., S.L.", según subrogación operada y comunicada a la trabajadora por medio de Carta de fecha 3 de febrero de 1994. DÉCIMO.- Al mismo tiempo que se procedió al despido de la actora se procedió al despido de otros dos trabajadores por causas objetivas. A consecuencia de las mismas causas, 2 trabajadores que prestaban servicios para "O., S.L.", pasaron a prestar servicios para "L.R., S.A.", concretamente don A.M.C. que el día 4 de julio de 2002 se incorporó a "L.R., S.A.", pasando de Jefe Administrativo a cobrar facturas en la calle y doña C.F. que era Administrativa. UNDÉCIMO.- La actora vino dedicándose entre otras funciones a atender el despacho de RENFE que fue cerrado por no tener suficientes ventas, en el año 2002, continuando con posterioridad realizando funciones de Caja, hacer escaparates y de dependienta, funciones que ya realizaba antes. DUODÉCIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo

representativo de los trabajadores. DECIMOTERCERO.- La actora se encuentra de baja por incapacidad desde el 15 de noviembre de 2002. DECIMOCUARTO.- En fecha 27 de diciembre de 2002 se celebró acto de conciliación ante el SMAC, con resultado "Sin Avenencia", presentando demanda la actora ante el Juzgado de lo Social Decano el 3 de enero de 2003".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por doña A.M.L.G. contra las empresas "O., S.L.", "L.R., S.A." y "CIA MERCANTIL "O., S.A.", debo declarar y declaro NULO el despido de la actora, condenando a las empresas demandadas conjunta y solidariamente a que la readmitan en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido, y le abonen en caso de que sea dada de alta antes de la notificación de la presente sentencia, los salarios dejados de percibir desde esa fecha".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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.- Frente a la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda formulada por doña A.M.L.G. contra las empresas "O., S.L.", "L.R., S.A.", y "Cia Mercantil "O., S.A." y declaro nulo el despido de la actora, condenando a las empresas demandadas conjunta y solidariamente a que la readmitan en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido, y le abone en caso de que sea dada de alta antes de la notificación de la presente sentencia, los salarios dejados de percibir desde esa fecha.

Se alzan en suplicación la representación de las empresas condenadas, "O., S.L.", "L.R., S.A." y "O., S.A.", y la representación de la parte actora, interponiendo las primeras recurso en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del articulo 191 de la LPL, pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas, e interponiendo la actora recurso en base a un único motivo en el que denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Las empresas recurrentes en el primer motivo del recurso, amparado en el apartado b) del artículo 191 de la LPL, pretenden la Modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretenden las siguientes modificaciones:

1.- En primer lugar pretende la revisión del HDP 4 a fin de que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor literal: "La empresa "O., S.L." realiza las cotizaciones a la seguridad social por sus trabajadores, de conformidad con el artículo 2 de la Orden de 3 de abril de 1995, utilizando la autorización concedida por la tesorería general de la seguridad social con fecha 30 de abril de 2001 a "L.R., S.A.", para la remisión electrónica de datos (RED)a las Empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos obligados, de conformidad con el artículo 3 de la mencionada orden. Para ello utiliza su propio código de empresario y código de cuenta de cotización."

2.- En segundo lugar se pretende la modificación/adición de un nuevo párrafo al HDP 6 con el siguiente tenor: "La entidad mercantil "O., S.L." ha depositado en el registro mercantil sus cuentas anuales, desde el año 1994 hasta el año 2001, cuentas separadas y distintas a las de "L.R., S.A." y "O., S.A.".

3.- En tercer lugar se pretende la modificación/adición de un nuevo párrafo al HDP 7, con la siguiente redacción "La entidad mercantil "L.R., S.A." ha depositado sus cuentas anuales correspondientes desde el año 1993 al 2001 en el registro mercantil de Ourense, cuentas que en los tres últimos ejercicios han sido auditadas, son separadas y distintas a las de "O., S.L." y "O., S.A.".

4.- En cuarto lugar, se pretende la modificación/adición de un nuevo párrafo al HDP 8 con el siguiente texto: "la entidad mercantil "O., S.A." ha depositado sus cuentas anuales desde el año 1992 hasta el año 2001 en el registro mercantil de Ourense, cuentas que, al menos en los tres últimos ejercicios, están perfectamente separadas, y son distintas a las de "O., S.A." y "L.R., S.A.".

5.- En quinto y ultimo lugar se pretende la modificación del HDP decimocuarto,a fin de que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor literal: " En el acto de conciliación ante el SMAC celebrado el día 27 de diciembre de 2002, la demandada "O., S.L." atendió el requerimiento que le efectuó la actora en el hecho 5º de la papeleta de conciliación, fijando lugar, día, y hora para que la

actora pudiese examinar los libros contables de la empresa, examen que tuvo lugar el día 8 de enero de 2003 valiéndose del economista-auditor de cuentas don E.I.I."

En cuanto a la modificación interesada en primer lugar y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 97 a 102 y 154 al 156 de los autos, la misma estima la sala que no puede prosperar al apoyarse en documentos que ya han sido valorados por el juzgador "a quo" y no es licito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador por la subjetiva e interesada que efectúa la parte recurrente.

En cuanto a las adiciones interesadas en segundo, tercer y cuarto lugar, y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante en autos, a los folios 117 al 127 y 269 al 306 así como al folio 128 a 139 389 al 476 y 390, 391, 424, 425, 449, 450 y 451 y 140, 141, 142 de los autos, las mismas estima la sala que pueden prosperar, aun cuando constan en la vida registral de las sociedades que el juzgador en el relato fáctico da por reproducido y obviamente tiene en cuenta al razonar en la fundamentación jurídica, y ello por apoyarse en documentos hábiles al efecto y resultar las adiciones del contenido de los citados documentos.

En cuanto a la modificación interesada en ultimo lugar y que tiene su apoyatura en la documental obrante a los folios 1 al 8 16, 71, 72 y 73 de los autos, la misma estima la sala que ha de prosperar al apoyarse en documentos hábiles al efecto y desprenderse el texto que se propone del contenido de los citados documentos.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la LPL, las empresas recurrentes denuncian infracciones jurídicas, en el primer motivo, denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 53.1ª) del ETT, en relación con el articulo 54.4 del mismo cuerpo legal y con el artículo 122.2ª) de la LPL; y en el segundo motivo de denuncia jurídica, las recurrentes denuncian infracción por interpretación errónea del articulo 1.2 del ETT y del articulo 2.a) de la LPL en relación con los artículos 6.4 y 7 del Código Civil, en relación con la responsabilidad solidaria de los empresas codemandadas.

Pues bien por razones de lógica jurídica procede entrar a examinar en primer lugar este segundo motivo, por cuanto que,como acertadamente razona el juzgador "a quo" para resolver la cuestión relativa a la posible nulidad del despido por infracción de lo dispuesto en el articulo 53.4 del ETT, es necesario resolver y examinar, con carácter previo si concurren o no los requisitos necesarios para atribuir a dichas empresas responsabilidad solidaria, que en cualquier caso les obligaría a la hora de despedir, a contemplar no solo la situación económica de una de ellas, sino la de grupo en su conjunto.

Respecto del grupo de empresas, a efectos laborales, cabe decir, si bien es cierto que no es suficiente el 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» –por todas, la sentencia del TS de fecha 26.01.98 (RJ 1998\1.062), recurso 2.365/1997, y todas las que en ella se citan–, no lo es menos que concurre el mencionado plus si se da la conjunción de alguno de los siguientes elementos: funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas; creación de empresas aparentes, sin sustento real; y confusión de plantillas, de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, tal como así se recoge en la sentencia citada, dictada en unificación de doctrina. Pues bien, y en el supuesto enjuiciado en autos, la aplicación de los anteriores criterios sobre los inmodificados presupuestos de hecho que lo conforman debe comportar la desestimación del motivo, pues,la sala estima,como correctamente resolvió el juzgador "a quo" que, concurren todos los elementos necesarios para poder apreciarse la responsabilidad solidaria, a saber: -apariencia externa de unidad empresarial, de hecho en la propia carta de despido entregada a la trabajadora aparece el logotipo "L.R., S.A." pese a ser otro "O., S.L." la empresa que despide– unidad de dirección, don A.O. ocupa el puesto de administrador –bien único o consejero delegado en todas las empresas demandadas que tiene un carácter claramente familiar – Confusión de patrimonios. La propia carta de despido es relevante a la hora de determinar la concurrencia de este requisito cuando en la misma se dice que "con los datos anteriores la sociedad ha podido sobrevivir gracias al apoyo financiero prestado por las empresas del grupo, que

no solamente no han cobrado servicios prestados sino que han aportado importantes cantidades de dinero ;siendo asimismo relevante que los principales acreedores de la demandada son las propias empresas del grupo,y existe asimismo confusión de plantillas, por cuanto que la actora ha prestado servicios sucesivamente para "L.R., S.A." hasta el 1 de febrero de 1994, y desde esa fecha para "O., S.L.", dos trabajadores de "O., S.L."como consecuencia de la mala situación de esta empresa y del plan de viabilidad efectuado por la demandada pasaron a prestar en "L.R., S.A." en el año 2002; y tales presupuestos fácticos, por lo ya razonado, conforman un supuesto de responsabilidad empresarial solidaria; por todo ello el motivo debe ser desestimado.

Que con el mismo amparo procesal en el apartado c) denuncian las empresas recurrentes infracción por interpretación errónea del articulo 53.1ª) del ETT, en relación con el articulo 54.4 del mismo cuerpo legal y con el articulo 122.2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando en esencia que la primera cuestión que cabe plantearse es si la existencia, sin mas, de un grupo de empresas determina que para que pueda darse por cumplido el requisito exigido por el articulo 53.1ª) del ETT, la comunicación escrita ha de referirse no solo a la situación negativa de la empresa para la que la actora presta sus servicios, sino también al grupo en su conjunto y al respecto las recurrentes estiman que el análisis ha de limitarse a la empresa en la que presten servicios los trabajadores afectados, sin que sea admisible computar la economía de todas las restantes empresas y las recurrentes estiman que la sentencia de instancia vulnera los preceptos cuya infracción en este motivo se denuncia, sobre todo si se tiene en cuenta que, tal y como ha quedado acreditado la alegación de insuficiencia de la comunicación escrita no fue alegada inicialmente en demanda y a la actora le fue facilitada toda la información que solicito en acto de conciliación, y además la comunicación extintiva del contrato de la actora reunía el requisito de suficiencia de la causa, y además se limitó al examen de la contabilidad de la empresa para la que prestaba servicios y de considerarla insuficiente pudo solicitar la del grupo empresarial al que hacia referencia la comunicación extintiva.

Como establece el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, la adopción del acuerdo de extinción del contrato de trabajo por los motivos contemplados en el art. 52 exige «comunicación escrita al trabajador expresando la causa». El incumplimiento de este requisito determina la declaración de nulidad de la decisión empresarial, «ex» art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Como esta Sala ya ha tenido ocasión de destacar, la obligación que recae sobre la empresa en dicho trámite de comunicación escrita, de «expresar la causa» de su decisión; tan sólo se cumple mediante especificación de los «hechos» que conforman la causa extintiva, condición necesaria para que el trabajador pueda ejercer con garantías el derecho a reclamar contra la decisión empresarial. La «ratio» del precepto es semejante a la información que, también con suficiente plenitud, debe facilitarse al trabajador en caso de despido disciplinario; información que si cabe ha de ser aún más plena, pues en este último tipo de despidos, el trabajador ya conoce las imputaciones, en cuanto supuesto autor de los hechos, lo que no acaece en la extinción por causas objetivas, en principio, desconocidas por el trabajador en cuanto insitas en el ámbito funcional de la empresa y ajenas a su quehacer, por lo que esta exigencia de comunicación escrita al trabajador que contenga expresión suficiente de las causas que justifican la decisión empresarial, debe ser cumplida por el empleador incluyendo en dicha notificación los datos y elementos fácticos necesarios para que el despedido conozca suficientemente las razones esgrimidas para la amortización de su puesto de trabajo y pueda preparar adecuadamente su defensa y oposición a los argumentos de la empresa, no bastando para ello la mera repetición del tenor literal del art. 51.1º del Estatuto de los Trabajadores, o la simple y genérica alusión a las dificultades económicas que pudiere atravesar la empresa.

Señala a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1982 (RJ 1982\6.482), y se ratifica en las de 10 de marzo de 1986 (análoga a RJ 1986\3.961) y 10 de marzo de 1987 (RJ 1987\1.371), que la expresión «causa» utilizada en este precepto (no se olvide que mantiene la redacción anterior [RCL 1980\607 y ApNDL 3.006] a la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo [RCL 1994\1.422 y 1.563]) «es equivalente a "hechos", a los que se refiere el art. 55, una y otra determinantes, en definitiva, de la garantía que la ley otorga al trabajador para que, si impugna el despido, lo haga con conocimiento de los "hechos" que se le imputan, a fin de preparar su defensa, como reiteradamente ha mantenido esta Sala, lo que obliga a

exigir que el contenido de la carta o comunicación sea inequívoco, es decir, lo suficientemente claro y expresivo para evitar toda duda o incertidumbre».

En el supuesto enjuiciado, la comunicación remitida por la empresa a la actora se han omitido todos los datos económicos, relativos a las demás empresas del grupo que permitan evaluar la situación económica de éste, y por ello estima la sala que se produce infracción de lo dispuesto en el articulo 53.1.a) del ETT lo que lleva por aplicación de lo dispuesto en el articulo 53.4 del mismo texto legal a apreciar y declarar la nulidad del despido de la actora con la condena solidaria de todas las empresas del grupo, y al haberlo entendido así la sentencia impugnada, no infringió los preceptos que se denuncian infringidos, sino que aplico correctamente los mismos, por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto por la empresa y la confirmación de la sentencia.

QUINTO.- Que por la representación de la parte actora, se interpone recurso de suplicación en base a un único motivo, correctamente amparado en el apartado c) del articulo 191 d la Ley de Procedimiento Laboral en el que denuncia infracción por inaplicación de lo dispuesto en el articulo 14 de la Constitución española y articulo 17.1 del ETT; alegando en esencia que en el supuesto de autos ha quedado acreditado, como consta en el relato fáctico, que el grupo empresarial decide unilateralmente dar soluciones contrapuestas, pues a dos trabajadores los integra en la empresa principal, "L.R., S.A." y a otros tres, les extingue el contrato por causas objetivas, lo cual estima que conculca los preceptos denunciados.

Pues bien respecto de ello decir, -de conformidad con lo establecido en el párrafo 3 del art. 108 de la L.P.L.-, si se acreditase que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se pronunciaría sobre ello, con independencia de cual haya sido la forma del mismo, pero es que además el recurso interpuesto por la actora no debe merecer favorable acogida y ello por cuanto que como acertadamente razona el juzgador "a quo" la conducta de la empresa al despedir a unos trabajadores por causas objetivas, mientras que a otros no se les despido o incluso a alguno se le traslado a otra empresa del grupo pero ello estima la sala que no puede en modo alguno considerarse discriminatorio, al no constar que el motivo del trato desigual sea alguna de las circunstancias o condiciones que se relatan en el articulo 14 de la Constitución, y si bien existe un trato desigual, el empresario esta facultado para poder dispensarlo, mientras no tenga su causa en alguna de las circunstancia mencionadas, lo cual no consta ni se alega en el supuesto litigioso todo lo cual conducen a la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Ourense, de fecha trece de marzo de dos mil tres, dictada en autos núm. 3/03 seguidos a instancia de doña A.M.L.G. contra "O., S.L.", "L.R., S.A." y la Cía Mercantil "O., S.A." sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3731 Recurso núm. 4.741/03

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. ACOSO MORAL. DOUTRINA XERAL. INEXISTENZA DE ACOSO. NON SE ACREDITA PERSECUCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a treinta de octubre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.741/03 interpuesto por don J.M.G.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.G.P. en reclamación de DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAUDE, doña A.M.S.F., don J.A.F.N., don J.V.A. Y MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 334/03 sentencia con fecha nueve de

junio de dos mil tres 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 J.M.G.P., mayor de edad y con D.N.I. número …, viene prestando servicios para el Servicio Galego de Saúde como médico especialista en la Unidad de Inmunología con plaza en propiedad en el Hospital del Meixoeiro desde el 29 de julio de 1991, percibiendo un salario mensual prorrateado de 2.994,34 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- Presenta demanda el actor por tutela de derechos fundamentales con base en las alegaciones que se contienen en los hechos segundo a vigésimo quinto de la demanda y que se resumen en: privación de trabajo efectito al impedirle realizar las técnicas de histocompatibilidad y biología molecular, marginarlo y aislarlo en el laboratorio manteniéndolo desinformado y apartado de las decisiones sobre asuntos de su Unidad, consentir y fomentar la pérdida de autoridad respecto a sus subordinados, impedirle trabajar en determinadas técnicas e imponerle el uso de protocolos incorrectos, disciplinarlo en la concesión de vacaciones, realización de guardias, perseguirlo abriéndole un expediente disciplinario y realizándole un control exagerado de su situación de incapacidad temporal. Solicitando que se ordene a los demandados que cesen en su conducta y le abonen en concepto de daños la cantidad de 150.000 euros.- TERCERO.- Desde su incorporación al Hospital del Meixoeiro, el actor compartió la dirección y organización de la Unidad de Inmunología con el también médico especialista don F.G.D., organizando ambos dicha Unidad sin superior jerárquico específico hasta que el 16 de marzo de 2000 en que la Gerencia del Hospital asignó dicha Unidad a la jefatura de Servicio de Análisis Clínicos, ostentada por el demandado don J.A.F.N. Hasta 1999 dichos facultativos organizaban la Unidad como compartimentos estancos, encargándose don F.G.D. de las áreas de autoinmunidad y citometría y el demandante de las de histocompatibilidad, biología molecular e inmunoquímica, siendo las relaciones entre ambos facultativos prácticamente inexistentes, asignándose cada uno un técnico especialista de laboratorio de los dos asignados a su Unida y sin intervenir uno en las técnicas y áreas del otro salvo por necesidades de sustitución en su ausencia.- CUARTO.- Designada en julio de 1999 la demandada doña A.M.S.F. Directora Médico de dicho Hospital, constató que por el actor, no así por su compañero, se realizaban pruebas de histocompatibilidad y biología nuclear para pacientes asignados a otros centros hospitalarios de la provincia de Pontevedra, sin que conste que nadie lo hubiese autorizado, y acordó: que dichas pruebas se realizasen sólo a pacientes adscritos a dicho Hospital, solicitando explicación de los gastos de dicha Unidad que le parecían exagerados y suprimiendo una técnico especialista de laboratorio asignada por el anterior Director Médico desde marzo de 1999, ante lo cual el actor le remitió escrito el 27 de julio indicando que con dos técnicos en la Unidad llegadaza pero que se mantuviesen dos e indicando que el tercer técnico había permitido realizar ciertas pruebas, entre ellas la de HLA, con menor coste del que supondría enviarlos a las Fundaciones Médicas de Santiago. El día 9 de septiembre la Directora Médico comunicó a Inmunología que el Centro de Referencia para las pruebas HLA era el Centro de Transfusión de Galicia en la Comunidad Autónoma y que el Meixoeiro no tenía desarrollada una actividad de trasplantes que justificase las pruebas de tiraje HLA, por lo que dejaría de realizarlas dicha Unidad, a lo que contestó el actor el 17 de septiembre mostrando su sorpresa por dejan de realizarse dichas pruebas ya que consideraba de hecho el Meixoeiro un centro de referencia que durante 8 años las había realizado, incluso para el Hospital Xeral de Vigo y el Montéeselo de Pontevedra y que enviarlas a Santiago era un despilfarro económico, a lo que la Gerencia le contestó el día 7 de octubre que no se le impedía realizar HLA a solicitud de los facultativos del Meixoeiro y que tales decisiones no eran de los facultativos sino de la Dirección Sanitaria, a lo que el acto contestó el 14 de octubre que necesitaba medios técnicos adecuados y personal altamente cualificado. A partir de ahí, el actor empezó a quejarse a la Dirección Médica y al Jefe de la Unidad, don J.A.F.N., de incidentes con técnicos, falta de medios, que no podía realizar pruebas de histocompatibilidad al no hacerlas para otros Hospitales, etc.- QUINTO.- Mediante escrito del 10 de abril de 2000 el actor, tras considerar un gran adelanto la integración de la Unidad de Inmunología en el Servicio de Análisis Clínicos, indicaba su solicitud, ya manifestada al Jefe de dicho Servicio, de que ambos facultativos, él y el Dr. F.G.D., rotase cada 6 meses en las técnicas de inmunología, haciendo para ello 2 grupos de técnicas y denunciando que se le negaba responsabilizarse de la Citometría de Flujo, por lo que no estaba preparado para dicha téc-

nica. Con motivo de su pretensión de rotar se cruzaron múltiples escritos hasta el año 2003 entre el actor y dicho Jefe y la Dirección Médica, denunciando falta de medios, imposibilidad de realizar pruebas por ello y por falta de conocimientos, de inadecuación de los protocolos y reactivos utilizados por su compañero y de sustituir eficazmente a éste durante sus vacaciones por no disponer de de los protocolos de éste; ante tales quejas, la Dirección Médica y el citado Jefe insistieron varias veces en que ambos facultativos se pusiesen de acuerdo en las rotaciones para que ambos dominasen todas las técnicas pero sin períodos de exclusión de uno al otro, sin imponer criterio alguno, indicando su compañero, don F.G.D., en escrito dirigido a Gerencia, Dirección Médica y jefe de Servicio de Análisis Clínicos el día 27 de junio de 2002, siendo ya Gerente don J.V.A., que el actor tenía a su disposición el personal y las técnicas que se realizaban en el laboratorio para preparar la sustitución de vacaciones y se ofrecía a explicarle lo que quisiese y que él se sentía acosado por el actor, y el Jefe de Servicio el 2 de julio a ambos facultativos que le remitiesen sus protocolos, que le indicase reactivos a los que pretendía sustituir, consumo anual, valoración económica, etc., que los que recomendaba no estaban avalados y no constaban que fuesen mejores que los usados en el Hospital y que disponía del mes de julio para ponerse en contacto el actor con su compañero para conocer las técnicas de éste y sustituirle en vacaciones, remitiéndoles a ambos el 19 de julio de 2002 sus protocolos oficializados con la firma del jefe de Servicio. El actor insistió en sus quejas varias veces: inadecuación de técnicas y reactivos, falta de medios, de preparación, en las rotaciones, en no realizar pruebas por dichos motivos durante las vacaciones de su compañero pretendiendo enviarlas a otros centros, etc., siéndole ordenada la realización por sus jefes, en una ocasión delante de la técnico, que se quejó a Dirección Médica de que no quería hacerlas y que existían, según ella medios para realizarlas. Su compañero remitió sus protocolos al Jefe de Servicios y el actor, que cambió los nombres de los reactivos por número, sin que conste el motivo, con el consiguiente despiste y desorientación de las técnicas de la Unidad, también los remitió e indicó los reactivos cuando fue requerido para ello.- SEXTO.- Adquirido un citómetro por el Hospital, el actor realizó un curso sobre el manejo del mismo en la primera semana de agosto de 2001, impartido por especialista de la casa comercial; no consta que el actor lo utilizase y el 19 de agosto, cambiado el software de dicho aparato, solicitó que se le instruyese en su manejo, a lo que se le indicó el 26 de mayo que se pusiese en contacto con la Casa vendedora y que se lo diesen, lo que ocurrió en mayo de 2003 tras reiterar él la solicitud en mayo de este año. SÉPTIMO.- En fechas 5 de febrero, 7 de agosto y 7 de noviembre el actor presentó reclamaciones previas ante el Servicio Galego de Saúde para que se le permitiese rotar por meses en las técnicas de la Unidad de Inmunología, no constando otra contestación que la remitida el 19 de julio por el entonces Gerente del Hospital, don J.V.A., que le manifestó que le reiteraba que podía acceder a cualquiera de las técnicas que realizaba su compañero el Dr. F.G.D., como ya se le había indicado en ocasiones anteriores, pero no de forma exclúyete sino compartiendo ambos facultativos todas las técnicas.- OCTAVO.- El 30 de junio de 2000 el actor solicitó del Gerente del Hospital la realización de guardias en el Servicio de Análisis Clínicos, contestándole el Gerente, a la sazón don R.S.C., que no estaba integrado en dicho Servicio ya que el 16 de marzo sólo se les había adscrito al mismo a efectos jerárquicos y que no tenía especialidad para realizar las guardias, aportando el actor certificado de que entre el 29 de abril de 1985 y el 31 de marzo de 1989 había realizado 205 guardias en el Hospital Universitario de Granada en el laboratorio de Urgencias de Bioquímica y declaración escrito de dos médicos especialistas en Inmunología de dicho Hospital que decían hacer guardias. Presentada demanda el día 12 de enero de 2001 solicitando ese derecho, le fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº CINCO de Vigo mediante sentencia de fecha 5 de marzo de 2001 que fue recurrida por el actor y pende ante el T.S.J. de Galicia. El día 28 de diciembre de 2001 presentó demanda nuevamente su incorporación a los turnos de guardia y el abono de las cantidades que entendía debería haber percibido por las no realizadas desde el 30 de junio de 2000, siendo desestimada su demanda por el Juzgado de lo Social nº 4 que apreció la excepción de litispendencia. Los facultativos de Farmacia e Inmunología del Hospital del Meixoeiro no realizan guardias del Servicio de Análisis Clínicos, no realizándolas el Dr. F.G.D..- NOVENO.- El 2 de junio de 2000 el actor solicitó sus vacaciones APRA los períodos del 26 de junio al 19 de julio y del 24 al 31 de julio que, informadas favorablemente por su jefe de Servicio, le fueron denegadas por la Dirección del Centro en base a Acuerdo suscrito con los sindicatos que dispone el disfrute general de forma ininterrumpida salvo casos excepcionales en que podrán fraccionarse en dos periodos pero preferentemente por quince-

nas naturales; presentó demanda y le fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº DOS de Vigo mediante sentencia de fecha 23 de junio de 2000. En el 2001 las disfrutó del 1 al 30 de julio. En le 2002 disfrutó, que conste, del 1 al 15 de agosto, en cuyo periodo su compañero, estando él de baja por enfermedad desde el 21 de agosto de 2002 al 5 de mayo de 2003 y teniendo vacaciones del 21 al 27 de octubre y del 25 de noviembre al 1 de diciembre porque, estando solo, tomarse una quincena seguida provocaría problemas de asistencia, se comprometió a resolver cualquier urgencia desde su casa acudiendo al Hospital si fuese preciso y la segunda que se pondría en contacto con el Hospital para que lo cubriesen si fuese necesario. En el año 2003 don F.G.D. las tiene concedidas del 11 de agosto al 5 de septiembre y el actor las solicitó el 6 de mayo indicándosele que faltaba la firma del jefe de Servicio y las reiteró el 28, pero ya el 26 el jefe de Servicio las informó favorablemente porque el compañero lo cubría, solicitando a éste igual compromiso, presentando éste escrito el día 28 de mayo solicitando que se les comunicase por escrito a él y a su compañero que durante las vacaciones de éste él se haría cargo de la citometría de flujo, teniendo vacaciones concedidas, como solicitó, para el mes de julio completo.- DÉCIMO.- Desde la creación de la Unidad de Inmunología el actor tuvo asignada a la técnico especialista de laboratorio doña M.I.V.P. que se fue en 1994 por concurso interno dentro del Hospital al acceder otra a la plaza, la reclamó de nuevo y se accedió a su petición reincorporando a dicha técnico en fecha que no consta, yéndose de nuevo por el mismo motivo y regresando de nuevo a petición del actor para irse por su voluntad en 1999 manifestando que no volvería más debido a que el demandante le imponía su período vacacional fuera del que él cogía. Otra técnico de dicha Unidad tiene reconocida una invalidez permanente absoluta por depresión, no constando el origen de dicha dolencia. Con la técnico actual tiene problemas por diferencias en el modo de trabajar, llegando en una ocasión en que el actor no quería hacer una prueba de médula porque alegaba falta de medios materiales y quería que la técnico así lo hiciese constar en los datos informáticos a acudir ella a la Directora Médico, la demandada, exponiendo el problema y la Directora, en presencia de la técnico, le ordenó al actor que la realizase; el actor denunció problemas con dicha técnico sin que conste actuación alguna de la Dirección del Centro. Hasta 1999 el actor validó sin problema alguno pruebas realizadas por sus técnicos aunque no hubiese estado presente cuando se hacían o se hubiesen realizado bajo la supervisión de su compañero de Unidad, pero a partir del año 2000 empezó a negarse so pretexto de que no era ético.- DECIMOPRIMERO.- Por haberse negado a realizar pruebas los días 20, 21 y 22 de julio y en el mes de agosto de 2001, al actor se le inició expediente disciplinario el 25 de febrero de 2002 nombrándose instructora y secretaria a una Inspectora Médico y a una funcionaria de la Inspección Médica de Santiago. Dicho expediente se inició a propuesta elevada por la Dirección-General del Meixoeiro a la Dirección Provincial del Servicio Galego de Saúde, realizando la información previa la Inspectora doña A.M.T.Q., dando traslado la Directora Provincial del Servicio Galego de Saúde a la Subdirección General de Inspección Sanitaria que nombró a las citadas instructora y secretaria. El día 21 de mayo de 2002 el Secretario Xeral da Consellería de Sanidade le impone al actor una sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo por incumplimiento de los deberes específicos con perjuicio sensible para el servicio, sanción confirmada por el Conselleiro el 26 de julio de 2002 ante el recurso de alzada presentado por el actor. Este acudió a la vía contencioso-administrativa y el Juzgado de dicho Orden de Vigo dictó auto el día 10 de marzo de este año 2003 suspendiendo dicha resolución sin perjuicio de lo que en su día se resolviese en la sentencia definitiva. DECIMOSEGUNDO.- El demandante permaneció en situación de incapacidad temporal por depresión del 17 de diciembre de 2001 al 4 de febrero de 2002 y del 21 de agosto de 2002 al 5 de mayo de 2003. En la segunda baja fue citado 4 veces para reconocimiento y control por al Inspección Médica.- DECIMOTERCERO.- El actor participó en concurso de traslados convocado el 27 de noviembre de 2001, siéndole concedida plaza en Murcia el 24 de octubre de 2002, estando pendiente de traslado".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando las excepciones de incongruencia entre reclamaciones previas y demanda y falta de acción alegadas por los demandados y desestimando asimismo la demanda interpuesta por don J.M.G.P. contre el Servicio Galego de Saúde, doña A.M.S.F., don J.A.F.N. y don J.V.A., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, todo ello con la intervención procesal del Ministerio Fiscal.

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, desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda, de que se declare la existencia de vulneración de los derechos fundamentales del accionante a su integridad física y moral y consideración debida a su dignidad por parte de los demandados, ordenando, el cese inmediato de las actuaciones lesivas de sus derechos, así como condenando solidariamente a los mismos a abonarle la cantidad de 150.000 euros, en reparación de los perjuicios causados con la vulneración de sus derechos fundamentales, se interpone recurso de Suplicación por la parte actora, pretendiendo como primer motivo del recurso y con adecuado amparo procesal la revisión de los hechos declarados probados y en concreto los siguientes:

* Interesa la modificación del ordinal tercero, a fin de que se suprima la afirmación de que ambos facultativos venían organizando la unidad de inmunología "sin superior jerárquico específico". Supresión que se rechaza, pues, a parte de ser intranscendente, la jurisprudencia tiene declarado que no es vía adecuada para obtener la revisión la denomina prueba negativa, consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente, (sentencia del T.S. 10.11.86) por lo que sería necesario que de la resultancia probatoria fluyese directamente la ausencia total de soporte para los datos consignados, o bien una realidad contraria. No se puede desconocer que es doctrina reiterada que para que proceda la revisión de hechos se precisa documento o pericia que de modo evidente demuestre la equivocación del juzgador, sin necesidad de deducciones o conjeturas, lo que no acontece en el supuesto de autos en que trata de hacer una nueva valoración de la prueba practicada y ya valorada por el Magistrado de instancia, máxime cuando en el hecho segundo de la demanda viene a reconocer que no tenía un superior jerárquico específico cuando afirma "….dirigió conjuntamente con otro facultativo especialista la unidad de forma autónoma con respecto al servicio de análisis clínicos a que pertenece…".

* Interesa la supresión del último párrafo del mismo ordinal "Hasta 1999…dichos facultativos organizaban la unidad como compartimentos estanco, encargándose don F.G.D. de las áreas de autoinmunidad y citometría y el demandante de las de histocompatibilidad, biología molecular e inmunoquímica, siendo las relaciones entre ambos facultativos prácticamente inexistentes, asignándose cada uno un técnico especialista de laboratorio de los dos asignados a su unidad y sin intervenir uno en las técnicas diarias del otro salvo por necesidades de sustitución en su ausencia". Supresión que se rechaza, en base a las mismas consideraciones a que se ha hecho referencia en el supuesto anterior, y toda vez que es irrelevante a los efectos de la resolución de la litis.

* Se interesa la supresión del ordinal cuarto, en la afirmación referida a la realización de las pruebas de histocompatibilidad y biología molecular en lo que hace referencia "…. Sin que conste que nadie lo hubiese autorizado y acordó: que dichas pruebas se realizasen sólo a pacientes adscritos a dicho hospital". Supresión que igualmente se rechaza por lo razonado anteriormente y porque los documentos que se citan en apoyo de la misma constituyen en realidad simples manifestaciones que tendrán valor como prueba testifical, pero no como documental apta para revisar.

* Interesa que en el ordinal quinto, se sustituya la expresión: "tras considerar un gran adelanto la integración de la unidad de inmunología en el servicio de análisis clínicos" por la de: "tras considerar una decisión acertada y un paso importante en el proceso de normalización del trabajo en la unidad la incorporación de la unidad al servicio de análisis clínicos". Modificación que se rechaza, al contener manifestaciones o valoraciones, sin la menor trascendencia a efectos de la resolución de la litis, ya que no afecta al tema debatido de acoso laboral, y lo mismo cabe decir, del resto de modificaciones que se interesan respecto al ordinal quinto, que se contienen en el escrito de recurso obrantes al folio 14 y que se tienen por reproducidas.

* Interesa la modificación del ordinal sexto, a fin de que se corrijan lo que el recurrente estima como errores en las fechas y sustanciales omisiones en lo que se refiere a la instrucción del accionante en el manejo del nuevo instrumental. Así se interesa la sustitución del párrafo entre "….y el 19 de agosto, cambiando el software de dicho aparato…"

hasta el final del ordinal "….la solicitud en mayo de ese año", con base en los documentos de fecha 19.08.02, 21.08.02, 08.05.03 y 12.05.03, que entiende debe ser sustituido por cuanto refleja los documentos citados, debiendo quedar redactados del siguiente tenor: "... y el 19 de agosto del 2002, tras incorporarse de un período de vacaciones constata que el software del citómetro ha sido cambiado sin que le hayan informado de ello, ni impartido el correspondiente cursillo, por lo que en nota de 19 de agosto del 2002, solicita que se le imparta dicho cursillo de forma urgente para poder trabajar con él, siendo la única respuesta que obtiene el actor, la de la subdirectora médica de fecha 21.08.02, en la que se limita a recordarle que será de nuevo expedientado sino atiende todas las peticiones que llegan a la unidad. El actor estuvo de baja laboral desde el 21.08.02 al 05.05.03, reclamando de nuevo en nota de fecha 08.05.03 y 12.05.03 que se le impartiesen cursillos del manejo de software del citómetro y de un analizador automático, a lo que se le indicó el 26.05, que se pusiese en contacto con la casa vendedora y que se lo diesen, no habiendo constancia de que se lo hubiesen impartido hasta la fecha". Adición que se acepta por resultar así de la documental que se cita, aun cuando sea irrelevante para la decisión final de conformidad con lo que se razonará en la fundamentación jurídica.

* Interesa igualmente que se complete el ordinal séptimo, a fin de que se adicione un texto del siguiente tenor: "sin que conste contestación alguna por parte de dicho organismo. En relación a la autorización para que el actor pueda realizar rotaciones con su compañero por las diferentes técnicas, y dada la falta de respuesta de la Dirección Médica y la Jefatura de Servicios, tanto el actor, como el representante Legal de la CIG, informan y solicitan del Director Gerente don J.V.A. que intervenga para garantizar los derechos del actor, dada la pasividad e inoperancia de la Dirección Médica y el Jefe de Servicio, no constando otra contestación que la remitida el 19.07.02 en respuesta a nota de 12.07, del representante legal de CIG, don C.P., en la que manifestó que le reiteraba que el actor podía acceder a cualquiera de las técnicas que realizaba su compañero el Dr. F.G.D., como ya se le había indicado en ocasiones anteriores, pero no de forma exclusiva, sino compartiendo ambos facultativos todas las técnicas, a lo cual el representante sindical en nota de fecha 29.08.02, contestó que el actor no podía hacerse cargo de las técnicas de su compañero ya que el Jefe de Servicio no había autorizado ni establecido por escrito el calendario de dichas rotaciones, habiendo manifestado que no lo haría hasta que hubiera consenso entre los dos facultativos en fechas 01.03.02 y 26.05.03". Adición que no resulta admisible, por cuanto en el hecho impugnado consta lo esencial que ha sido plasmado por el Juzgador "a quo", en concreto la respuesta del Gerente del Hospital, sin que resulte admisible sustituir la objetiva e imparcial valoración realizada por el Magistrado de instancia, por la subjetiva propuesta de la parte recurrente, máxime, cuando lo que pretende añadirse, son simples modificaciones accesorias o de matiz, que no resultan admisibles en un recurso extraordinario como el de suplicación.

* Interesa igualmente la modificación del ordinal octavo, a fin de que se sustituya la afirmación "solicitando ese derecho" por la de "solicitando su derecho a la adscripción de análisis clínicos, lo cual estaba reconocido por certificación de la directora médica y por comunicación del Director Gerente de fecha 08.08.02, le fue desestimada". Revisión que no prospera, por cuanto se trata de una simpe modificación accesoria o de matiz que no añade nada especial al hecho impugnado.

* Interesa igualmente se sustituya la expresión: "presentó demanda solicitando nuevamente su incorporación a los turnos de guardia por la de: "presentó demanda nuevamente, esta vez solicitando la incorporación a los turnos de guardia y el abono de las cantidades que al día debería haber percibido por la no recibidas desde el 30.06.00, basándose en que su adscripción al servicio era admitida por el propio hospital y que poseía la documentación más arriba comentada que indicaba que estaba capacitado para realizar dichas guardias..", así como añadirse al final del ordinal; "no constando que este último lo haya solicitado, pero si las hacen el resto de miembros del servicio". Modificación que igualmente se rechaza, al resultar por completo intranscendente para la decisión final y carecer de relación con el objeto del proceso.

* En cuanto al ordinal noveno, y respecto de las vacaciones del año 2000 y después del párrafo "el 2 de junio… mediante sentencia de fecha 23.06.00" se interesa la adición de que: "si bien a su compañero si le admitió la dirección médica disfrutarlas fraccionadas en ese año en dos períodos que no coincidan con quincenas naturales". Se intere-

sa asimismo la adición con respecto a la comunicación del actor de fecha 28.05.03, a que hace referencia el ordinal, de que: "con fecha 28.05.03 el actor denuncia ante la Dirección Médica el incumplimiento por parte del Jefe de Servicio, el codemandado don J.A.F.N., de la normativa vigente en materia de vacaciones, y permisos retribuidos desde que se hizo cargo efectivo de la jefatura de la unidad en marzo del 2000, utilizándolo contra el actor como medio de acoso psicológico, sin que conste respuesta alguna por parte de la Dirección a dicha denuncia". Adición que se rechaza, pues a parte de contener calificaciones o valoraciones más propias de la fundamentación jurídica que del relato de hechos probados, no aporta documental que de modo directo y evidente demuestre el error del juzgador sin necesidad de deducciones presunciones o conjeturas. En todo caso, consta acreditado que el jefe de servicio informó favorablemente las dos solicitudes, no existiendo posibilidad de comparación entre uno y otro trabajador cuando se constata como las disfruta el compañero: la primera semana desde su casa resuelve problemas y se compromete a ir a trabajar si es necesario, y la segunda semana se pondría en contacto (telefónico) para solucionar los problemas que pudiesen surgir.

* En lo que se refiere al ordinal décimo, se pretende se sustituya la afirmación "el actor tuvo asignada a la técnico especialista de laboratorio doña M.I.V.P." por la de "prestó servicios en la unidad…" esta persona, y la supresión de la afirmación relativa a que: "otra técnico de dicha unidad tiene reconocida una I.P. Absoluta por depresión", así como la sustitución del párrafo que dice: "con la técnico actual tiene problemas" por la de "con una de las técnicos actuales tiene problemas", así como que se sustituya el párrafo: "el actor denunció problemas con dicha técnico sin que conste actuación alguna de la Dirección del Centro", por la de: "el actor denunció problemas con dicha técnico en notas de fecha 17.12.99 y 13.08.01, con relación a falta de respecto a su persona, menosprecio a sus métodos de trabajo, desobediencia de órdenes recibidas y usurpación de funciones que corresponden al facultativo especialista, llegando el actor a verse obligado a entregarle por escrito las órdenes en el mes de agosto del 2001, sin que conste actuación alguna de la Dirección del Centro. No consta que el actor tuviese problema con la otra técnico ahora adscrita a la unidad de inmunología". Interesa también que se sustituya el párrafo "hasta 1999 el actor validó sin problema alguno… pero a partir del año 2000 empezó a negarse so pretexto de que no era ético" por la de "no existe constancia documental de que el actor firmase pruebas realizadas por sus técnicos aunque no hubiese estado presente, cuando se hubiesen realizado bajo la supervisión de su compañero de unidad, de manera que con fecha 03.08.00, el actor denuncia que para evitar retrasos en la entrega de resultados se ve obligado a firmar unos informes de unas pruebas que no ha realizado, pero que será la última vez que lo haga". Modificaciones que se rechazan, al no aportarse documental apta para revisar, de la que de modo directo y evidente se demuestre el error del juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas.

* Propone también el recurrente la sustitución en el ordinal decimoprimero de los hechos probados, de la afirmación relativa a que: "dicho expediente se inició a propuesta elevada por la Dirección-Gerencia del Meixoeiro" y asi la comunicación e fecha 7 de agosto del 2001 e informe de la instructora de la información previa, debe decir: "dicho expediente se inició a propuesta elevada por la codemandada doña A.M.S.F., que en aquel momento desempeñaba el cargo de Director Gerente en funciones del Meixoeiro, a la Dirección Provincial"… "realizando la información previa la Inspectora doña A.M.T.Q.", así como la siguiente adición a partir de aquí "quien en sus conclusiones finales hace corresponsales de los acontecimientos ocurridos y junio y agosto del 2002 a los codemandados doña A.M.S.F. y don J.A.F.N., Directora Médico y Jefe de Servicio respectivamente, por su incapacidad para resolver una problemática que el actor había explicado con claridad y suficiente antelación. A pesar de esto, y aunque dicha información previa fue instruida en septiembre y primeros de octubre del 2001, la Directora Provincial del Sergas da traslado a la Subdirección General de Inspección Sanitaria la propuesta de apertura de expediente nombrándose una instructora y una secretaria. El día 21 de mayo (tal como señala la sentencia hasta el final…), se resolviese en la sentencia definitiva". Revisión que se rechaza, por cuanto lo que el recurrente pretende es introducir en el relato fáctico un conjunto de valoraciones jurídicas emitidas por la Inspectora del expediente, cuya constancia en los hechos probados no resulta admisible. Ello aparte de que la decisión final de dicho expediente, fue objeto de recurso en vía contencioso administrativa.

* Se interesa la modificación del ordinal duodécimo, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "desde que el actor

comenzó a trabajar en la unidad de inmunolgía del hospital del Meixoeiro no consta en su expediente, ninguna baja laboral por depresión hasta el período comprendido entre el 17.12.01 y 04.02.02, en que el actor permanece en situación de incapacidad temporal por un cuadro ansioso-depresivo debido a conflictos en el trabajo según informe psiquiátrico, e informe pericial que diagnostica un síndrome depresivo en grado severo, de origen reactivo a su situación laboral. Posteriormente el actor vuelve a permanecer en situación de baja laboral desde el 21.08.02 al 05.05.03 por una agudización grave de su cuadro ansioso-depresivo, señalando los informes psiquiátricos que el cuadro guarda una estrecha relación con su situación laboral y profesional. En la segunda baja médica fue citado cuatro veces para reconocimiento control por la Inspección Médica, mientras que la primera cita, tercera y cuarta, se realizaron en un intervalo de tiempo aproximadamente de tres meses con respecto al anterior, y fue realizada la citación por la misma Inspectora Médica (doña I.D.J.) la segunda cita les es realizada al actor por otro Inspector Médico (don A.L.G.), con fecha 15.11.02, habiendo comparecido el actor a la primera cita con doña I.D.J., con fecha de 07.11.02, presentando el actor con fecha 02.12.02 y ante la Dirección Provincial del Sergas una denuncia contra el citado inspector por trato vejatorio y coacciones, para que se incorporase a su puesto de trabajo. La Inspección da de alta al actor con fecha 05.05.03, en contra del informe psiquiátrico de fecha 29.04.03 en el que se dice que se ha aumentado la medicación al actor y que este no está en condiciones de reincorporarse a la actividad laboral". Modificación que tampoco resulta acogible, por cuanto los periodos en que el actor permaneció en situación de IT ya constan en el hecho impugnado, así como las veces que fue citado para control por la Inspección médica, respondiendo las denuncias por él presentadas y el alta de la Inspección (cuya impugnación no consta) a valoraciones personales y subjetivas que no deben constar en los hechos probados, máxime cuando estos son el resultado de la apreciación conjunta de las pruebas realizadas por el Juzgador "a quo" en uso de sus facultades y con pleno respeto a los principios de oralidad, inmediación, concentración y contradicción (art. 97. 2 LPL).

* Interesa la adición de nuevos ordinales y en concreto los ordinales decimocuarto, decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, decimoctavo y decimonoveno, a fin que de que se haga constar:

Décimocuarto: "En escrito de fecha 08.02.01 (obrante al folio 183) el Dr. R. facultativo especialista en hematología, denuncia ante la Dirección Médica y la Gerencia del Hospital la situación de inoperancia total a que fue relegado el actor, a pesar de su cualificación profesional reclamándola una negociación seria de las condiciones de trabajo con el objeto de que se puedan volver a realizar una serie de pruebas diagnósticas en beneficio de los enfermos Hematológicos, de los hematólogos clínicos y del prestigio del hospital en general, en escritos de fecha 23.11 y 21.12.01 el Dr. R. vuelve a insistir en la necesidad de que una serie de pruebas de biología molecular se vuelvan a realizar en la unidad de inmunología, denunciando el mal servicio que se realizan de los centros externos a los que se están enviando actualmente para su realización, sin que conste respuesta alguna de la entonces Directora Médica, la codemandada doña A.M.S.F., ni del Director Gerente codemandado don J.V.A.". Adición que no resulta admisible, por cuanto se trata de incorporar al relato de hechos probados las opiniones de un facultativo vertidas en un escrito que no constituye documento hábil a los efectos revisorios, por cuanto se trata en realidad de una prueba testifical encubierta como documental.

Décimoquinto: "el codemandado don J.A.F.N. encarga a las técnicos de la Unidad de Inmunología que exijan por escrito al actor cualquier orden que consideren que contradice la orden dada a éste de realizar todas las técnicas para las que unidad disponga de los recursos técnicos y humanos".

Décimosexto: "El actor con fecha 11 de junio del 2002 sometió a consulta de la Comisión de Ética y Deontología del Colegio Médico cual debía ser su actuación profesional ante la exigencia por parte de la Dirección Médica y Jefatura de Servicio de que realizase los estudios de Inmunofenotipaje de Leucemias y Linfomas sin tener el control práctico adecuado de todos los elementos que intervienen en el proceso analítico, señalando que se le impedía rotar con su compañero en su supervisión, y sin disponer además de los reactivos necesarios para realizar dichos estudios correctamente de acuerdo con el consenso científico internacional sobre el tema reflejado en la bibliografía. Remitida por el Colegio de Médicos de Pontevedra a la Comisión Deontológico del Consejo General de Colegios Médicos

(CGCOM) con fecha 30 de septiembre del 2002, para el informe preceptivo, y reclamado dicho informe con fecha 27 de febrero del 2003, se recibe respuesta del Secretario General del CGCOM, en la que se indica que dicho informe no obra aún en su poder desconocido en qué trámite de estudio se encuentra".

Decimoséptimo.- "Los Especialistas en Inmunología en hospitales donde no existen Servicios de Inmunología, se encuentran adscritos al Servicio de Análisis Clínicos en todos los hospitales, y que están capacitados para hacer guardias en el laboratorio de urgencias, como él mismo y sus compañeros lo hacen en su hospital. –Que si un Facultativo solicita rotar por cualquier técnica para mantener su pericia profesional no se le puede negar. –El protocolo aplicado en el Hospital do Meixoeiro para realizar el estudio de leucemias y linfomas es incorrecto, a juicio del perito y por tanto, las probabilidades de dar resultados erróneos serian a su juicio muy altas. –Que en los protocolos de autoinmunidad se adjudican tareas al personal técnico que son propios de los Facultativos Especialistas. –Los protocolos de laboratorio deben ser consensuados por los Facultativos que forman parte de los mismos y en ningún caso se puede obligar a un Facultativo a utilizar un protocolo con el que no está de acuerdo por razones de ciencia o conciencia. –Las determinaciones de Inmunoglobulinas, IgE específica y componentes del Sistema del Complemento, deben de ser realizados por los Especialistas en Inmunología si el Hospital cuenta con ellos. –En el laboratorio de un Hospital la actividad asistencia tiene prioridad sobre la investigadora".

Decimoctavo.- "La sintomatología que presenta el demandante encaja en el diagnóstico de síndrome depresivo de origen reactivo en grado severo (CIE-10, DSM IV F32.2) que es la consecuencia psicológica de la exposición continuada a un fenómeno estresante, cuyo nexo causal infiere la Perito de los resultados obtenidos estaría relacionado con la situación que viene padeciendo, concretada a que en caso de someterse a las órdenes de sus superiores y el miedo que ello le reporta. Informa la Perito, sosteniendo su veracidad contrastada por las pruebas realizadas, que desde la llegada de la Dirección Médica en julio de 1999 comienza el actor a tener problemas en el desarrollo de su actividad, se le obliga a dejar una serie de técnicas que se llevaban haciendo en su Unidad desde hacía varios años, mediante la prohibición de realizarlas para otros hospitales, la retirada de personal técnico que tenía como objeto realizar esta labor, alentando la insubordinación del personal técnico que el actor tenía a su cargo. Posteriormente la Directora médica alega que había el demandante dejado esas técnicas porque no quería trabajar, desprestigiándole frente a sus compañeros. Se le somete a un agravio comparativo en el sistema de vacaciones en relación con su compañero de servicio. Se le niega la posibilidad de realizar guardias en el laboratorio de urgencias, no se le autoriza a trabajar en una serie de técnicas de forma rotatoria con su compañero, lo que necesita por no sentirse capacitado para realizarlas adecuadamente cuando su compañero falta. Se le abren diligencias disciplinarias por no llevar a cabo lo que para el constituiría negligencia contraria al código de información y no se le avisa del cambio de reactivos, técnicas y sistemas informáticos del aparataje. Los técnicos a su cargo reciben órdenes contrarias a las que él les da de sus superiores. Recibe constantes insultos de la Directora Médica diciéndole que es un vago y amenazas de nuevos expedientes. Esta situación determinan su baja laboral por trastorno adaptativo entre la 17.12.01 y el mes de febrero de 2002, agravándose su estado tras la incorporación al comunicársele entonces la apertura de expediente, hasta que el 16.08.02 pasa nuevamente a la incapacidad temporal por síndrome mixto ansioso depresivo, a tratamiento medicamentoso desde entonces y afectado de insomnio secundario, sensación de angustia, ansiedad, miedo generalizado, apatía, falta de ilusión, irritabilidad, pesadillas y terrores nocturnos, sentimientos de evitación ante estímulos que le recuerdan la situación, cansancio crónico, inapetencia, dificultades de concentración y problemas graves de memoria a corto plazo. En el entorno familiar se muestra irritable e impaciente y pierde los nervios con facilidad".

Decimonoveno: "El día 16 de mayo del 2003, tras la reincorporación del actor a su puesto de trabajo tras la baja médica, alguien no identificado vertió un producto tóxico -2 mercaptoetanol- en el despacho del actor, siendo comunicado por este a la Dirección y por el delegado sindical de CIG a la Unidad Básica de Prevención de Riesgos Laborales (UBPRL), siendo necesario por parte del personal de mantenimiento clausurar un ala del laboratorio y proceder a su evacuación con un extractor".

Las adiciones transcritas han de ser desestimadas, con excepción del hecho décimo octavo que se propone, el cual se acepta

únicamente en el particular siguiente: "La sintomatología que presenta el demandante encaja en el diagnóstico de síndrome depresivo de origen reactivo en grado severo (CIE-10, DSM IV F32.2), que es consecuencia de la exposición continuada a un fenómeno estresante". Se rechaza la restante redacción propuesta por cuanto la misma responde a un conjunto de valoraciones y juicios que no son susceptibles de figurar en el relato de hechos probados.

Respecto a las restantes adiciones interesadas, han de ser rechazadas, por cuanto se trata de un conjunto de valoraciones o manifestaciones, ya de parte, ya realizadas por otras personas que, aunque facultativos, emiten opiniones y juicios de valor (dignos del mayor respeto) sobre cuestiones organizativas competencia de Dirección Médica del Hospital; siendo consolidada doctrina la que ha venido señalando que el recurso de suplicación no es una segunda instancia que permita valorar toda la prueba aportada a los autos (cual sucede en la apelación), sino un recurso extraordinario en el que únicamente cabe revisar los hechos probados en base a pruebas documentales y periciales que evidencien de forma clara y patente la equivocación del juzgador, sin necesidad de suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, por no ser admisible que la parte sustituya por su personal e interesado juicio, el que en forma objetiva llevó a cabo el Magistrado de instancia, en legítimo ejercicio de la facultad que le confiere el art. 97.2 de la L.P.L.

SEGUNDO.- Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, denuncia infracción, por no aplicación de los arts. 14 y 15 de la C.E. y 4.2 e) del E.T., 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207 de 9 de febrero, alegando en esencia que en el supuesto de autos se daba un acoso laboral del trabajador por parte de los demandados, quienes con su hostigamiento psicológico, violaron sus derechos fundamentales, en particular, su derecho a la integridad moral y consideración debida a su dignidad, así como la correspondiente interdicción de tratos degradantes, conculcándose también su derecho a la igualdad de trato.

El problema que se suscita en la presente "litis" consiste en determinar si en el supuesto de autos se ha producido la situación de acoso laboral o moral del trabajador -"Mobbing"- atribuida a los demandados, que la parte actora concreta en la supuesta privación de trabajo efectivo al impedirle realizar las técnicas de histocompatiblidad y biología molecular, en su marginación y aislamiento en el laboratorio manteniéndole desinformado y apartado de las decisiones sobre asuntos de su unidad, así como en consentir y fomentar la pérdida de autoridad respecto a sus subordinados, impedirle trabajar en determinadas técnicas e imponerle el uso de protocolos incorrectos, discriminarlo en la concesión de vacaciones y en la realización de guardias, perseguirlo abriéndole expediente disciplinario y realizándole un control exagerado de su Incapacidad Temporal.

En función de lo anterior se ha de tener en cuenta que aunque no existe una definición legal de acoso moral, se puede destacar, de acuerdo con los estudios doctrinales más solventes, los siguientes elementos básicos de esa conducta: a) la intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo; b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático. La situación fáctica de acoso moral se manifiesta a través de conductas hostiles contra la dignidad personal de la víctima –injurias, burlas, mofas, críticas o cualesquiera otros actos de escarnio- o contra su profesionalidad –encargos monótonos, innecesarios, desproporcionados, abusivos o impropios de su categoría profesional-. Tales manifestaciones externas del acoso moral, sean directas o sean indirectas mediante manipulación de la información –creación de situaciones de ambigüedad de roles o acentuación de errores y minimización de logros- determinan un conflicto, aunque ese conflicto puede ser más o menos explícito o más o menos larvado. No obstante, el conflicto y el acoso moral no son realidades correlativas. Por un lado, todo conflicto no es manifestación de un acoso moral, de donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto. Por otro lado, la ausencia de un conflicto explícito no elimina la existencia de acoso moral, al resultar factible su manifestación externa en un conflicto larvado, aunque, unido a otros indicios; la existencia de conflicto explícito puede ser un indicio –ciertamente no determinante a la vista de la posibilidad de conflicto sin acoso moral- de la existencia de un acoso moral." El acoso moral o mobbing se ha venido definiendo como: la conducta abusiva que se ejerce de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, mani-

festada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionan su dignidad o integridad psíquica y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas y determinado en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Y que en todo caso es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los arts. 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207, de 7 de febrero, vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes, que consagra el art. 15 de la C.E., y –en el ámbito normativo laboral- desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el art. 4.2 e) E.T., para que se le respete su intimidad y la consideración debida a su dignidad.

En el presente caso, consta probado y así se desprende del relato fáctico lo siguiente: A) El demandante don J.M.G.P., mayor de edad y con D.N.I. número …, viene prestando servicios para el Servicio Galego de Saúde como médico especialista en la Unidad de Inmunología con plaza en propiedad en el Hospital del Meixoeiro desde el 29 de julio de 1991, percibiendo un salario mensual prorrateado de 2.994,34 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.- B) Presenta demanda por tutela de derechos fundamentales con base en las alegaciones que se contienen en los hechos segundo a vigésimo quinto de la demanda y que se resumen en: privación de trabajo efectito al impedirle realizar las técnicas de histocompatibilidad y biología molecular, marginarlo y aislarlo en el laboratorio manteniéndolo desinformado y apartado de las decisiones sobre asuntos de su Unidad, consentir y fomentar la pérdida de autoridad respecto a sus subordinados, impedirle trabajar en determinadas técnicas e imponerle el uso de protocolos incorrectos, discriminarlo en la concesión de vacaciones, realización de guardias, perseguirlo abriéndole un expediente disciplinario y realizándole un control exagerado de su situación de incapacidad temporal. Solicitando que se ordene a los demandados que cesen en su conducta y le abonen en concepto de daños la cantidad de 150.000 euros.- C) Desde su incorporación al Hospital del Meixoeiro, el actor compartió la dirección y organización de la Unidad de Inmunología con el también médico especialista don F.G.D., organizando ambos dicha Unidad sin superior jerárquico específico hasta que el 16 de marzo de 2000 en que la Gerencia del Hospital asignó dicha Unidad a la jefatura de Servicio de Análisis Clínicos, ostentada por el demandado don J.A.F.N. Hasta 1999 dichos facultativos organizaban la Unidad como compartimentos estancos, encargándose don F.G.D. de las áreas de autoinmunidad y citometría y el demandante de las de histocompatibilidad, biología molecular e inmunoquímica, siendo las relaciones entre ambos facultativos prácticamente inexistentes, asignándose cada uno un técnico especialista de laboratorio de los dos asignados a su Unidad y sin intervenir uno en las técnicas y áreas del otro salvo por necesidades de sustitución en su ausencia.- D) Designada en julio de 1999 la demandada doña A.M.S.F. Directora Médico de dicho Hospital, constató que por el actor, no así por su compañero, se realizaban pruebas de histocompatibilidad y biología nuclear para pacientes asignados a otros centros hospitalarios de la provincia de Pontevedra, sin que conste que nadie lo hubiese autorizado, y acordó: que dichas pruebas se realizasen sólo a pacientes adscritos a dicho Hospital, solicitando explicación de los gastos de dicha Unidad que le parecían exagerados y suprimiendo una técnico especialista de laboratorio asignada por el anterior Director Médico desde marzo de 1999, ante lo cual el actor le remitió escrito el 27 de julio indicando que con dos técnicos en la Unidad llegaba pero que se mantuviesen dos e indicando que el tercer técnico había permitido realizar ciertas pruebas, entre ellas la de HLA, con menor coste del que supondría enviarlos a las Fundaciones Médicas de Santiago. El día 9 de septiembre la Directora Médico comunicó a Inmunología que el Centro de Referencia para las pruebas HLA era el Centro de Transfusión de Galicia en la Comunidad Autónoma y que el Meixoeiro no tenía desarrollada una actividad de trasplantes que justificase las pruebas de tiraje HLA, por lo que dejaría de realizarlas dicha Unidad, a lo que contestó el actor el 17 de septiembre mostrando su sorpresa por dejan de realizarse dichas pruebas ya que consideraba de hecho el Meixoeiro un centro de referencia que durante 8 años las había realizado, incluso para el Hospital Xeral de Vigo y el Montecelo de Pontevedra y que enviarlas a Santiago era un despilfarro económico, a lo que la Gerencia le contestó el día 7 de octubre que no se le impedía realizar HLA a solicitud de los facultativos del Meixoeiro y que tales decisiones no eran de los facultativos sino de la Dirección Sanitaria, a lo que el actor contestó el 14 de octubre que necesitaba medios técnicos adecuados y per-

sonal altamente cualificado. A partir de ahí, empezó a quejarse a la Dirección Médica y al Jefe de la Unidad, don J.A.F.N., de incidentes con técnicos, falta de medios, que no podía realizar pruebas de histocompatibilidad al no hacerlas para otros Hospitales, etc.- e) Mediante escrito del 10 de abril de 2000, tras considerar un gran adelanto la integración de la Unidad de Inmunología en el Servicio de Análisis Clínicos, indicaba su solicitud, ya manifestada al Jefe de dicho Servicio, de que ambos facultativos, él y el Dr. F.G.D., rotase cada 6 meses en las técnicas de inmunología, haciendo para ello 2 grupos de técnicas y denunciando que se le negaba responsabilizarse de la Citometría de Flujo, por lo que no estaba preparado para dicha técnica. Con motivo de su pretensión de rotar se cruzaron múltiples escritos hasta el año 2003 entre el actor y dicho Jefe y la Dirección Médica, denunciando falta de medios, imposibilidad de realizar pruebas por ello y por falta de conocimientos, de inadecuación de los protocolos y reactivos utilizados por su compañero y de sustituir eficazmente a éste durante sus vacaciones por no disponer de de los protocolos de éste; ante tales quejas, la Dirección Médica y el citado Jefe insistieron varias veces en que ambos facultativos se pusiesen de acuerdo en las rotaciones para que ambos dominasen todas las técnicas pero sin períodos de exclusión de uno al otro, sin imponer criterio alguno, indicando su compañero, el Dr. F.G.D., en escrito dirigido a Gerencia, Dirección Médica y jefe de Servicio de Análisis Clínicos el día 27 de junio de 2002, siendo ya Gerente don J.V.A., que el actor tenía a su disposición el personal y las técnicas que se realizaban en el laboratorio para preparar la sustitución de vacaciones y se ofrecía a explicarle lo que quisiese y que él se sentía acosado por el actor, y el Jefe de Servicio el 2 de julio a ambos facultativos que le remitiesen sus protocolos, que le indicase reactivos a los que pretendía sustituir, consumo anual, valoración económica, etc., que los que recomendaba no estaban avalados y no constaban que fuesen mejores que los usados en el Hospital y que disponía del mes de julio para ponerse en contacto el actor con su compañero para conocer las técnicas de éste y sustituirle en vacaciones, remitiéndoles a ambos el 19 de julio de 2002 sus protocolos oficializados con la firma del jefe de Servicio. El actor insistió en sus quejas varias veces: inadecuación de técnicas y reactivos, falta de medios, de preparación, en las rotaciones, en no realizar pruebas por dichos motivos durante las vacaciones de su compañero pretendiendo enviarlas a otros centros, etc., siéndole ordenada la realización por sus jefes, en una ocasión delante de la técnico, que se quejó a Dirección Médica de que no quería hacerlas y que existían, según ella medios para realizarlas. Su compañero remitió sus protocolos al Jefe de Servicios y el actor, que cambió los nombres de los reactivos por número, sin que conste el motivo, con el consiguiente despiste y desorientación de las técnicas de la Unidad, también los remitió e indicó los reactivos cuando fue requerido para ello.- F) Adquirido un citómetro por el Hospital, el actor realizó un curso sobre el manejo del mismo en la primera semana de agosto de 2001, impartido por especialista de la casa comercial; no consta que el actor lo utilizase y el 19 de agosto, cambiado el software de dicho aparato, solicitó que se le instruyese en su manejo, a lo que se le indicó el 26 de mayo que se pusiese en contacto con la Casa vendedora y que se lo diesen, lo que ocurrió en mayo de 2003 tras reiterar él la solicitud en mayo de este año. G) En fechas 5 de febrero, 7 de agosto y 7 de noviembre presentó reclamaciones previas ante el Servicio Galego de Saúde para que se le permitiese rotar por meses en las técnicas de la Unidad de Inmunología, no constando otra contestación que la remitida el 19 de julio por el entonces Gerente del Hospital, don J.V.A., que le manifestó que le reiteraba que podía acceder a cualquiera de las técnicas que realizaba su compañero el Dr. G., como ya se le había indicado en ocasiones anteriores, pero no de forma exclúyete sino compartiendo ambos facultativos todas las técnicas.- H) El 30 de junio de 2000 solicitó del Gerente del Hospital la realización de guardias en el Servicio de Análisis Clínicos, contestándole el Gerente, a la sazón don R.S.C., que no estaba integrado en dicho Servicio ya que el 16 de marzo sólo se les había adscrito al mismo a efectos jerárquicos y que no tenía especialidad para realizar las guardias, aportando certificado de que entre el 29 de abril de 1985 y el 31 de marzo de 1989 había realizado 205 guardias en el Hospital Universitario de Granada en el laboratorio de Urgencias de Bioquímica y declaración escrito de dos médicos especialistas en Inmunología de dicho Hospital que decían hacer guardias. Presentada demanda el día 12 de enero de 2001 solicitando ese derecho, le fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº CINCO de Vigo mediante sentencia de fecha 5 de marzo de 2001 que fue recurrida por el actor y pende ante el T.S.J. de Galicia. El día 28 de diciembre de 2001 presentó demanda nuevamente pidiendo su incorporación a los turnos de guardia y el abono de las cantidades que entendía debería haber percibi-

do por las no realizadas desde el 30 de junio de 2000, siendo desestimada su demanda por el Juzgado de lo Social nº 4 que apreció la excepción de litispendencia. Los facultativos de Farmacia e Inmunología del Hospital del Meixoeiro no realizan guardias del Servicio de Análisis Clínicos, no realizándolas el Dr. G.- I) El 2 de junio de 2000 el actor solicitó sus vacaciones para los períodos del 26 de junio al 19 de julio y del 24 al 31 de julio que, informadas favorablemente por su jefe de Servicio, le fueron denegadas por la Dirección del Centro en base a Acuerdo suscrito con los sindicatos que dispone el disfrute general de forma ininterrumpida salvo casos excepcionales en que podrán fraccionarse en dos periodos pero preferentemente por quincenas naturales; presentó demanda y le fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº DOS de Vigo mediante sentencia de fecha 23 de junio de 2000. En el 2001 las disfrutó del 1 al 30 de julio. En el 2002 disfrutó, que conste, del 1 al 15 de agosto, en cuyo periodo su compañero, estando él de baja por enfermedad desde el 21 de agosto de 2002 al 5 de mayo de 2003 y teniendo vacaciones del 21 al 27 de octubre y del 25 de noviembre al 1 de diciembre porque, estando solo, tomarse una quincena seguida provocaría problemas de asistencia, se comprometió a resolver cualquier urgencia desde su casa acudiendo al Hospital si fuese preciso y la segunda que se pondría en contacto con el Hospital para que lo cubriesen si fuese necesario. En el año 2003 el Sr. F.G.D. las tiene concedidas del 11 de agosto al 5 de septiembre y el actor las solicitó el 6 de mayo indicándosele que faltaba la firma del jefe de Servicio y las reiteró el 28, pero ya el 26 el jefe de Servicio las informó favorablemente porque el compañero lo cubría, solicitando a éste igual compromiso, presentando éste escrito el día 28 de mayo solicitando que se les comunicase por escrito a él y a su compañero que durante las vacaciones de éste él se haría cargo de la citometría de flujo, teniendo vacaciones concedidas, como solicitó, para el mes de julio completo.- J) Desde la creación de la Unidad de Inmunología el actor tuvo asignada a la técnico especialista de laboratorio doña M.I.V.P. que se fue en 1994 por concurso interno dentro del Hospital al acceder otra a la plaza, la reclamó de nuevo y se accedió a su petición reincorporando a dicha técnico en fecha que no consta, yéndose de nuevo por el mismo motivo y regresando de nuevo a petición del actor para irse por su voluntad en 1999 manifestando que no volvería más debido a que el demandante le imponía su período vacacional fuera del que él cogía. Otra técnico de dicha Unidad tiene reconocida una invalidez permanente absoluta por depresión, no constando el origen de dicha dolencia. Con la técnico actual tiene problemas por diferencias en el modo de trabajar, llegando en una ocasión en que el actor no quería hacer una prueba de médula porque alegaba falta de medios materiales y quería que la técnico así lo hiciese constar en los datos informáticos a acudir ella a la Directora Médico, la demandada, exponiendo el problema y la Directora, en presencia de la técnico, le ordenó al actor que la realizase; el actor denunció problemas con dicha técnico sin que conste actuación alguna de la Dirección del Centro. Hasta 1999 el actor validó sin problema alguno pruebas realizadas por sus técnicos aunque no hubiese estado presente cuando se hacían o se hubiesen realizado bajo la supervisión de su compañero de Unidad, pero a partir del año 2000 empezó a negarse so pretexto de que no era ético.- K) Por haberse negado a realizar pruebas los días 20, 21 y 22 de julio y en el mes de agosto de 2001, al actor se le inició expediente disciplinario el 25 de febrero de 2002 nombrándose instructora y secretaria a una Inspectora Médico y a una funcionaria de la Inspección Médica de Santiago. Dicho expediente se inició a propuesta elevada por la Dirección-General del Meixoeiro a la Dirección Provincial del Servicio Galego de Saúde, realizando la información previa la Inspectora doña A.M.T.Q., dando traslado la Directora Provincial del Servicio Galego de Saúde a la Subdirección General de Inspección Sanitaria que nombró a las citadas instructora y secretaria. El día 21 de mayo de 2002 el Secretario Xeral da Consellería de Sanidade le impuso una sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo por incumplimiento de los deberes específicos con perjuicio sensible para el servicio, sanción confirmada por el Conselleiro el 26 de julio de 2002 ante el recurso de alzada presentado por el actor. Este acudió a la vía contencioso-administrativa y el Juzgado de dicho Orden de Vigo dictó auto el día 10 de marzo de este año 2003 suspendiendo dicha resolución sin perjuicio de lo que en su día se resolviese en la sentencia definitiva. L) El demandante permaneció en situación de incapacidad temporal por depresión del 17 de diciembre de 2001 al 4 de febrero de 2002 y del 21 de agosto de 2002 al 5 de mayo de 2003. en la segunda baja fue citado 4 veces para reconocimiento y control por al Inspección Médica. M) El actor participó en concurso de traslados convocado el 27 de noviembre de 2001, siéndole concedida plaza en Murcia el 24 de octubre de 2002, estando pendiente de traslado". N) La sintomatología

que presenta el demandante encaja en el diagnóstico de síndrome depresivo de origen reactivo en grado severo (CIE-10, DSM IV F32.2), que es consecuencia de la exposición continuada a un fenómeno estresante".

De lo expuesto, la Sala llega a la conclusión de que no ha existido acoso laboral al no probarse ese supuesto hostigamiento mencionado anteriormente. Tanto del relato fáctico a que se ha hecho referencia, como de la fundamentación jurídica (aunque con valor de hecho probado) de la sentencia recurrida, se desprende que desde el 29 de julio de 1991 en que el actor empezó a trabajar en la unidad de inmunología del Hospital Meixoeiro, haciéndolo con su actual compañero (otro médico especialista como él), no consta que hubiese tenido problema alguno ni con sus superiores, ni con sus compañeros, de tal modo que la unidad de inmunología en la que prestaba sus servicios constaba -al igual que desde 1999- de las mismas personas que hoy, mas dos técnicos (hubo un tercero durante unos meses de marzo a junio del 99), y funcionaba igual que ahora en compartimentos estancos: cada médico se encargaba de unas técnicas y tenía adscrito un técnico; se sustituían en vacaciones sin problemas; validaban unos las pruebas realizadas en su ausencia cuando estaba el otro; no constaban quejas de falta de medios ni incorrección de protocolos, ni reactivos, ni falta de conocimientos, sin que tampoco existiera problemas de guardias, ni de concesión de vacaciones. Es precisamente a partir de junio del 99 cuando la nueva Directora Médica –también codemandada- verifica que por el actor (no así por su compañero), se realizaban pruebas de histocompatibilidad y biología nuclear para pacientes asignados a otros centros hospitalarios de la provincia de Pontevedra, sin que nadie lo hubiese autorizado, acordándose entonces que dichas pruebas se realizasen sólo a pacientes adscritos a dicho hospital, suprimiéndose una plaza de Técnico Especialista de Laboratorio asignada por la anterior Director Médico desde marzo de 1999 (fundamentación jurídica con valor de hecho probado). Y a partir de ahí fue cuando surgieron los problemas, pues, hasta entonces el actor-recurrente, no se había quejado por la supresión de un técnico, indicando que con dos bastaba; incluso que andaban desahogadas de trabajo. Es a partir de ese momento cuando comenzaron sus reclamaciones, manifestando: que la unidad funcionaba mal, que los dos facultativos se llevaban mal, que desconocía los protocolos de su compañero, que los protocolos y reactivos empleados eran inadecuados, que no podían sustituirle en vacaciones porque desconocían sus técnicas, se niega a validar pruebas si no las ha supervisado personalmente, reclama guardias que nunca reclamó, las vacaciones se las conceden tarde y no como desea, se lleva mal con sus subordinados y se empeña en rotar cada uno seis meses y de forma excluyente en las técnicas de su compañero.

Sin embargo está acreditado igualmente, (así consta en la fundamentación jurídica con valor de hecho probado), que respecto a las guardias los de inmunología nunca las hicieron, ni él, ni su compañero; que las vacaciones en el año 2000 se le denegaron por pedirlas en forma distinta a la pactada con los sindicatos; que los problemas con su compañero parece que eran viejos; que respecto a las rotaciones nadie se las negó, exigiéndosele simplemente un acuerdo con su compañero, habiéndoselas denegado por negarse a compartir dichas técnicas intentando rotar uno cada seis meses, constando probado que sus superiores le reiteraron en diversos escritos que podría usar los medios materiales y humanos de laboratorio como desease, lo que no consta que haya hecho. Igualmente, respecto a protocolos y reactivos, es cuestión de criterio médico valorar unos mas que otros y si se venían utilizando unos sin problema, siendo cuestión de organización médica que la Dirección del Centro accediese o no a cambiarlos, sin que su negativa pueda reputarse como injustificada al no existir pruebas que avalasen las ventajas del cambio que propugnaba el actor en contra del criterio de su compañero.

Y en cuanto al expediente disciplinario, que a su juicio fue tramitado de forma parcial, sólo cabe decir que en su tramitación intervinieron múltiples personas, algunas ajenas a la Dirección del Meixoeiro; que se le oyó, pudo proponer y practicar prueba, y con independencia de lo que finalmente se resuelva, el expediente tuvo su fundamento en la negativa del demandante a realizar unas pruebas, perdiéndose muestras en ausencia de su compañero, algo que hasta 1999 no le había supuesto problema alguno. Por otro lado, tampoco aparece debidamente acreditado que hubiese sido objeto de la persecución que denuncia durante el periodo quer permaneció de baja laboral, pues los controles son un derecho de la inspección médica y no consta se hayan ejercido de forma arbitraria, máxime cuando estuvo ocho meses de baja y sólo aporta cuatro citas para el reconocimiento y no siempre fue el mismo Inspector Médico. Consecuentemente, ha de concluirse que la resolución recurrida valoró correctamente las pruebas practicadas y también de forma correcta y

ajustada a derecho desestimó la demanda al no concurrir el supuesto de acoso laboral ni infracción alguna de los derechos fundamentales que se citan. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.M.G.P., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 DE VIGO, de fecha nueve de junio de dos mil tres, dictada en autos núm. 334/03 seguidos a instancia de don J.M.G.P. contra SERVICIO GALEGO DE SAUDE, doña A.M.S.F., don J.A.F.N., don J.V.A. Y MINISTERIO FISCAL sobre DERECHOS FUNDAMENTALES, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3732 Recurso núm. 3.159/03

S.S. INCAPACIDADE TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABALLO. INEXISTENCIA DE VARIACIÓN SUBSTANCIAL NA DEMANDA. ACOSO MORAL. ENTORNO LABORAL HOSTIL E INTIMIDANTE NA EMPRESA QUE DERIVA EN TRASTORNO PSICOLÓXICO. INEXISTENCIA DE RECLAMACIÓN PREVIA: NON A PODE ALEGAR UNHA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABALLO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a tres de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Rollo nº 3.159/03, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por los Letrados don F.B.S., en nombre y representación de "R.C., S.A.", y por don L.G.D., en nombre y representación de la Mutua de Accidentes de Trabajo "A.", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 344/02 se presentó demanda por doña A.M.J.C., sobre MODIFICACIÓN de CONTINGENCIA de INCAPACIDAD TEMPORAL, frente al "SERVICIO GALEGO DE SAÚDE", a la empresa "R.C., S.A.", a la Mutua de Accidentes de Trabajo "A.", al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de septiembre de 2002 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La demandante, doña A.M.J.C., ha venido prestando servicios para la empresa "R.C., S.A.", con la categoría profesional de Jefe de Sección Administrativo, desde el 28 de diciembre de 1982. 2.- Desde el día 13 de septiembre de 2001 la actora se encuentra de baja por incapacidad temporal con el diagnóstico de "depresión". 3.- Una vez emitido el parte de baja médica, doña A.M.J.C. inició seguimiento en la Unidad de Salud Mental I de Ferrol, siendo tratada desde el día 22.11.01 por la Médico-Psiquiatra de dicho centro, doña N.O.L., quien diagnosticó una "reacción mixta de ansiedad y depresión" (CIE-10 F43.22), en relación con situación estresante en medio laboral, instaurando tratamiento psicofarmacológico de tipo antidepresivo y ansiolítico. Dicha especialista apreció en la demandante sintomatología de carácter ansioso, con sensación de tensión, nerviosismo, ansiedad somatizada, síntomas de carácter fóbico y conductas de evitación respecto a factores relacionados con su situación laboral. 4.- No consta que la actora con anterioridad hubiese presentado períodos de incapacidad laboral por ansiedad o depresión, si bien estuvo a tratamiento psicofarmacológico de tipo ansiolítico hace 25-26 años en relación con el hecho de tener diabetes. 5.- En el expediente sobre incapacidad permanente, el equipo de valoración de incapacidades emite dictamen-propuesta en fecha 21.06.02 en el que considera que las dolencias que sufre la demandante y que se concretan en una "reacción mixta ansioso-depresiva en relación con situación estresante en medio laboral", son susceptibles de mejoría bajo tratamiento médico, señalando como contingencia determinante la de "enfermedad común". 6.- El día 7 de septiembre de 2001, varios trabajadores de la empresa codemandada, entre

los que se encontraba la actora, entregaron una carta a don J.R.C., gerente de dicha entidad, con el siguiente contenido: "El motivo de la presente, es comunicar a don J.R.C., como gerente de la empresa "R.C., S.A.", la tensión que se está viviendo últimamente dentro de la misma (provocada por algunos mandos intermedios), debida sin duda a los importantes cambios producidos en un corto período de tiempo. Dicha tensión no debería, en ningún caso, traducirse en faltas de respeto o incluso, en amenazas de despido por causas injustificadas a algunos trabajadores. Estos hechos pueden dar lugar a que el personal baje en su rendimiento, y de esta manera perjudicar el buen funcionamiento de la empresa como venía siendo habitual hasta que comenzó esta situación. Esperamos sepa comprender la necesidad de esta queja, que en modo alguno nos resulta agradable, estando muy lejos de nuestro ánimo crear ningún tipo de problema, ya que todos sabemos que en un ambiente relajado y cumpliendo cada uno con su cometido, conseguiremos que la empresa prospere por el bien de todos nosotros, que es a lo que aspiramos. Los abajo firmantes nos reiteramos en lo expuesto en la presente, en Ferrol, a 7 de agosto de 2001". 7.- El día 3 de julio de 2002, doña A.M.J.C, acude sin previa cita a la consulta de la Psiquiatra, con importante ansiedad, ante el temor de tener que reincorporarse a su trabajo, una vez conocida la resolución del I.N.S.S. que le niega el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente. Ese mismo día, la Dra. O. elabora un informe para el médico de cabecera en el que señala que la paciente "presenta en la actualidad nuevo empeoramiento de la sintomatología, con importante ansiedad al conocer la resolución del Tribunal de Incapacidades, con la consecuente posibilidad de incorporación laboral. Considero que en dicho estado la paciente no está capacitada para trabajar". 6.- La empresa "R.C., S.A." tiene concertado el riesgo de accidente de trabajo con la Mutua "A.". 7.- La demandante formuló reclamación previa ante el SERGAS el 15 de marzo de 2002, solicitando "modificación de contingencia de incapacidad temporal".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña A.M.J.C. contra el SERGAS, la empresa "R.C., S.A.", la Mutua de Accidentes "A.", el I.N.S.S. y la T.G.S.S., debo declarar y declaro que el proceso de incapacidad temporal iniciado por la demandante el 13 de septiembre de 2001, deriva de accidente de trabajo, condenando a la Mutua, al I.N.S.S., a la T.G.S.S. y a la empresa codemandada a estar y pasar por esta resolución y, en particular, a la Mutua "A." al abono del subsidio económico correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria que pudiera derivarse del I.N.S.S. y la T.G.S.S, absolviendo al SERGAS de las pretensiones deducidas en su contra. Notifíquese... etc.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la empresa y por la Mutua codemandada, que, a su vez, se adhirieron a sus recursos respectivos, 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 formulada por la actora doña A.M.J.C. contra el SERGAS, la empresa "R.C., S.A.", la Mutua A.,el INSS y la TGSS, y declaro que el proceso de incapacidad temporal iniciado por la demandante el 13 de septiembre de 2001 deriva de accidente de trabajo, y condena a la Mutua, al INSS a la TGSS, y a la empresa a estar y pasar por esta declaración, y en particular a la mutua A. al abono del subsidio correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria que pudiera derivarse del INSS y la TGSS, absolviendo al SERGAS de las pretensiones contenidas en su contra.

Frente a dicha sentencia se alzan en suplicación la representación de la empresa demandada y la mutua A.,la primera interponiendo recurso, en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del articulo 191 d la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas, y la Mutua interpone el recurso, en base a un único motivo, amparado en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- La empresa recurrente interpone recurso, en base a dos motivos, amparados en los apartados b) y c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas; en el primer motivo pretende la revisión de los HDP y en concreto pretende la Modifi-

cación del HDP 5 a fin de que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor literal: "desde el día 13 de septiembre de 2001 la actora se encuentra de baja por incapacidad temporal con el diagnostico de depresión por enfermedad común". Modificación que tiene su apoyatura en la documental obrante a los folios 102 y 103 de los autos; y la misma, estima la sala que 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; y además ya consta en el HDP 5 que la contingencia es por enfermedad común, y lo que se pretende es precisamente el cambio o modificación de la contingencia de enfermedad común a accidente laboral, en las prestaciones de Incapacidad temporal.

TERCERO.- La empresa recurrente, en el segundo motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia infracciones jurídicas, en primer lugar infracción del articulo 72.1 y 80.1c) de la Ley de Procedimiento Laboral por modificación sustancial de los términos de la demanda, alegando en síntesis que en el supuesto de autos en la ampliación de la demanda se han alegado hechos que no fueron alegados ni en la reclamación previa, ni en el escrito de demanda inicial y ello alega que causa indefensión a la empresa recurrente.

No puede acogerse el motivo, ya que ante todo el demandante no formuló protesta alguna en el acto del juicio contra esa alegada variación, como se comprueba con la lectura del acta del juicio, siendo requisito imprescindible, según reiterada jurisprudencia, que en el primer momento procesal posible, se efectúe protesta contra las infracciones procedimentales, para dar lugar a su corrección en el acto, si procediera, ya que de otra forma se daría lugar a dilaciones indebidas, más indeseables, si cabe, en el proceso laboral que se rige por el principio de celeridad (art. 74.1 LPL). En cualquier caso, lo cierto es que no se ha producido variación sustancial, pues si bien se alega que en la ampliación de la demanda se han alegado hechos que no fueron alegados en la reclamación previa ni en el escrito de la demanda inicial, pues en el hecho octavo del escrito de ampliación a la demanda alega que resulta totalmente novedoso respecto tanto del escrito de la reclamación previa al SERGAS, como del escrito de demanda inicial; lo cierto es que en la demanda ya se alegan los hechos por los que estima que la contingencia debe ser como derivada de accidente laboral y no enfermedad común, aunque luego en el escrito de ampliación concrete un poco mas los hechos pero se estima que en el supuesto de autos no se ha producido indefensión alguna al la demandada, pues ya conoce que se va a alegar que la causa de la baja tiene su origen en el acoso moral que sufre en el trabajo la actora, lo cual se concreta mas en el escrito de ampliación con carácter previo al juicio y por ello debe ir al juicio preparado, para desvirtuar dichas afirmaciones, por cuanto que en definitiva los hechos en los que basaba la reclamación previa son los mismos en los que fundamenta la demanda, a saber, el acoso moral que supuestamente sufre la actora en la empresa para la que trabaja, sin que las posteriores aclaraciones realizadas sobre este hecho básico alteren ni la pretensión, ni la causa de pedir ni entrañan variación sustancial que coloque a los demandados en situación de indefensión, por lo que se impone la desestimación del motivo.

CUARTO.- Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia infracción del articulo 115 de la Ley General de la Seguridad Social por la no acreditación de la modificación de contingencia, alegando en definitiva que no ha quedado acreditado que la ejecución del trabajo o la situación laboral, y ello a la vista de las pruebas documental y pericial, sea el origen o la causa exclusiva de la enfermedad de la actora, como establece la ley para situarnos en la categoría de accidente de trabajo, ni mucho menos que esta haya sido victima de algo de entidad tan grave como es el acoso morral denunciando asimismo infracción de la doctrina jurisprudencial, concretamente de la sentencia del TSJ Castilla y león de 20.12.01, sentencia del TSJ de Navarra de 30.04.01 y sentencia del TS de fecha 23.08.01,alegando en definitiva que se ha infringido en el presente caso la citada línea jurisprudencial, ya que no ha quedado acreditado que las dolencias de la actora tengan su causa en la ejecución de su trabajo, es decir no se ha probado la relación causa –efecto, la conexión; y en consecuencia no ha quedado probado en el proceso la pro-

cedencia de la modificación de contingencia, pues la categoría de accidente de trabajo exige la prueba de la relación de causalidad, y la propia jurisprudencia establece las circunstancias que definen el acoso moral, circunstancias que ni son las de este caso ni se han probado. Y dado que en el segundo motivo de recurso alegado por la mutua de accidentes de trabajo, se denuncia asimismo infracción por interpretación errónea del articulo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando asimismo que la presunción que establece l articulo 115 de la Ley General de la Seguridad Social y que la actora pretende hacer extensiva a dolencias psíquicas esta ampliamente destruida, pues de existir algún tipo de enfermedad mental, no guarda relación alguna con el trabajo ni menos aun deviene de un supuesto acoso moral; y estima la sala que procede por su interconexión examinar conjuntamente los dos motivos de suplicación alegados por la empresa recurrente y por la mutua patronal.

Pues bien, respecto de ello decir que para la adecuada resolución de las cuestiones planteadas ha de partirse de los hechos que constan en el inmodificado relato fáctico de la sentencia impugnada, así como de los que figuran en la fundamentación jurídica de la sentencia aunque con valor de hechos probados, a saber: 1.- Que la demandante doña A.M.J.C. ha venido prestando servicios para la empresa "R.C., S.A." con la categoría de jefe de sección administrativo, desde el 28 de diciembre de 1982. 2.-Una vez emitido el parte medico de baja, la actora inició seguimiento en la unidad de salud mental I de Ferrol, siendo tratada desde el día 22.11.01 por la medico psiquiatra de dicho centro doña N.O.L.,quien diagnostico una "reacción mixta de ansiedad y depresión", en relación con situación estresante medio laboral, instaurando tratamiento psicofarmacólogico de tipo antidepresivo y ansiolítico. dicha especialista apreció en la demandante sintomatología de carácter ansioso, con sensación de tensión, nerviosismo, ansiedad, somatizada, síntomas de carácter fóbico conductas de evitación respecto a factores relacionados con su situación laboral..-3.-Desde el día 13 de septiembre de 2001 la actora se encuentra de baja por incapacidad temporal con el diagnostico de depresión.3.- no consta que la actora con anterioridad hubiese presentado periodos de incapacidad temporal por ansiedad o depresión, si bien estuvo a tratamiento psicofármaco lógico de tipo ansiolítico hace 25 ó 26 años en relación con el hecho de tener diabetes.4.- En el expediente sobre incapacidad permanente, el equipo de valoración de incapacidades emite dictamen –propuesta en fecha 21.06.02,en el que considera que las dolencias que sufre la demandante y que se concreten en una reacción mixta ansioso depresiva en relación con situación estresante en medio laboral, son susceptibles de mejoría bajo tratamiento medico, señalando como contingencia determinante la de enfermedad común.6.- El día 7 de septiembre de 2001,varios trabajadores de la empresa demandada, entre los que se encontraba la actora, entregaron una carta a don J.R.C.,como gerente de la empresa "R.C., S.A.", comunicando la tensión que se esta viviendo últimamente dentro de la misma (provocaba por los mandos intermedios) debido sin duda a los importantes cambios producidos en un corto periodo de tiempo, tensión que no debería, en ningún caso traducirse en faltas de respeto o incluso, en amenazas de despido por causas injustificadas a algunos trabajadores....." 7.- El día 3 de julio de 2002 doña A.M.J.C. acude sin previa cita a la consulta de un psiquiatra, con importante ansiedad, ante el temor de tener que reincorporarse al trabajo, una vez conocida la resolución de el INSS que le niega el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente, ese mismo día la doctora O. elabora un informe para el medico de cabecera en el que señala que la paciente "presenta en la actualidad nuevo empeoramiento de la sintomatología, con importante ansiedad al conocer la resolución del tribunal de incapacidades, con la consecuente posibilidad de incorporación laboral. Considero que en dicho estado la paciente no esta capacitada para trabajar.8.- que la empresa tenia concertado el riesgo de accidente de trabajo con la mutua A...pues partiendo de estos hechos, así como de las afirmaciones con valor fáctico, contenidas en la fundamentación jurídica, la cuestión a resolver en el presente motivo estriba en determinar si en el supuesto de autos, ha quedado o no demostrado que el trastorno que sufre la actora tiene su causa en una determinada situación en el trabajo que se define en la demanda como acoso moral, manteniendo la actora la tesis afirmativa, tesis acogida en la sentencia de instancia, mientras que la empresa demandada y la mutua patronal A. estiman, por el contrario que no han resultado acreditado la relación entre el trabajo y la enfermedad que sufre actora y mucho menos que esta provenga de un supuesto acoso moral.

Puede resultar útil traer a colación la doctrina que sobre el concepto legal del acci-

dente de trabajo se ha venido manteniendo por esta Sala en sentencias varias, en aplicación del artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo cuya redacción fue íntegramente reproducida en el artículo 115 del actual Texto Refundido de la misma Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, cuya infracción denuncian los recurrentes.

El concepto legal del accidente de trabajo se expresa como "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" (artículo 115.1).

Se configura así el accidente laboral a través de tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena y relación entre lesión y trabajo, elementos generosamente interpretados desde antiguo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, en aras a la máxima protección del trabajador.

Así, el concepto de lesión, que sugiere la idea de acción o irrupción súbita o violenta de agente exterior, fue evolucionado y ampliándose a las lesiones de evolución insidiosa o lenta, y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa notoria y el trastorno fisiológico y funcional.

Igualmente, el elemento objetivo del trabajo vio ampliado su ámbito de aplicación, por lo que concierne a la calificación laboral del accidente, mediante las figuras del accidente de trabajo "in itinere" y el accidente de trabajo "en misión":

Por su parte, el nexo causal entre los otros dos elementos, expresado en la frase "con ocasión o por consecuencia", continúa siendo una exigencia ineludible para la calificación como legal del accidente, marcando con claridad que la responsabilidad por éste deriva del riesgo profesional. Sin embargo, tradicionalmente la exigencia resulta debilitada en un doble aspecto, el primero porque la "ocasionalidad" proporciona al concepto de accidente de trabajo una gran fuerza expansiva, y el segundo por la presunción legal "iuris tantum" de la existencia de tal nexo cuando las lesiones las sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

En definitiva, el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social define en su número 1 el accidente de trabajo, entendiendo por tal "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena", de manera que si la lesión no aparece vinculada a la "ocasión" o la "consecuencia" laboral no existe accidente de trabajo, salvo que concurran determinadas circunstancias que el propio artículo (en su número 2) declara por vía ampliatoria como generadoras del accidente de trabajo, o que éste se presume, salvo prueba en contrario, por el hecho de haberse producido la lesión "durante el tiempo y en el lugar del trabajo" (artículo 115.3), excluyendo, en todo caso, de tal calificación, a los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, o a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador (artículo 115.4), pero sin que impida esa calificación de accidente de trabajo la mera imprudencia profesional del trabajador o la concurrencia de determinados supuestos de culpabilidad civil o criminal del empresario, compañero de trabajo o un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo (artículo 115.5).

Y en efecto, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9.846), decía en su fundamento jurídico tercero lo siguiente: "Son numerosas las sentencias que han afirmado la aplicación de la presunción de laboralidad del artículo 84.3 de la Ley General de la Seguridad Social 1974 (RCL 1974\1.482 y NDL 27.361) no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos.

Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trata de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal".

Así la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1997 (RJ 1997\4.762) expresaba en su fundamento jurídico tercero lo siguiente: "En primer lugar hay que partir del presupuesto de que el concepto de lesión constitutiva del accidente de trabajo al que se refiere el artículo 84.1 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (RCL

1974\1.482 y NDL 27.361), aplicable al presente caso –precepto reproducido en el artículo 115 del vigente Texto Refundido de 1994 (RCL 1994\1.825)–, comprende no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias como se infiere de lo prevenido en los apartados e) y g) del número 2 del citado precepto.

En segundo lugar reiterada jurisprudencia de esta Sala dictada en unificación de doctrina (Sentencias de 27 de octubre de 1992 [RJ 1992\7.844], 27 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9.846], 15 de febrero de 1996 [RJ 1996\1.022] y 27 de febrero de 1997 [RJ 1997\1.605] y las dictadas en casación ordinaria que en ellas se citan) ha declarado que la presunción contenida en el artículo 84.3 de la Ley General de la Seguridad Social, por virtud de la que se estimará, salvo prueba en contrario, que son accidente laboral las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en lugar del trabajo, alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo en las circunstancias antes descritas; y que tal presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro; lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario.

Cuando se trata de enfermedades surgidas en el tiempo y lugar de trabajo, no se destruye la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social por el simple hecho de haber padecido molestias en momentos o fechas anteriores al infarto, o porque el trabajador tuviera antecedentes de tipo cardíaco o coronario (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1998 [RJ 1998\1.008], 12 [RJ 1999\5.790] y 23 de julio de 1999 [RJ 1999\6.841], o de tabaquismo o hiperlipemia Sentencia de 18 de marzo de 1999 [RJ 1999\3.006], debiendo extenderse tal doctrina a otras enfermedades cardíacas y análogas Sentencia de 18 de junio de 1997 [RJ 1997\4.762], referente a un supuesto de cardiopatía isquémica derivada de angina de pecho con angor de esfuerzo; de 11 de diciembre de 1997 [RJ 1997\9.475], a parada cardiorrespiratoria de origen central provocada por hipoxia cerebral, o de 4 de mayo de 1998 [RJ 1998\4.091], referida a accidente cardiovascular activo con hemiparexia derecha).

SEXTO.- Proyectada la doctrina de que se ha hecho mérito sobre el supuesto sometido a la consideración de la Sala, ha de concluirse que la sentencia recurrida no ha incurrido en las infracciones legales que se le atribuyen.

Así, la prueba practicada en el proceso, valorada según las reglas de la sana crítica, y conforme consta en el fundamento jurídico tercero de la resolución recurrida queda acreditado(lo cual además no ha sido combatido de contrario pues no ha solicitado la empresa revisión fáctica de los extremos acreditados, tanto en el relato de hechos como en la fundamentación jurídica con valor fáctico) que las pruebas practicadas acreditan la existencia de un entorno laboral hostil e intimidante en la empresa codemandada, que influyo de forma decisiva en la aparición del trastorno psicológico que motivo la baja de la trabajadora, en primer lugar valora la juzgador de instancia, el relato ofrecido por la actora, que narró con espontaneidad el acoso a que era sometida por su superior el Sr. R.H., cuya conducta se manifestaba en insultos, amenazas injustificadas de despido, desposeimiento de funciones, criticas hacia su trabajo y trato discriminatorio con respecto a sus compañeros, comportamiento que se remonta al año 1998,cuando el Sr. R.H. comenzó a asumir responsabilidades en la empresa, si bien la situación se agravó en el año 2001, por lo que varios trabajadores se decidieron a expresar su descontento, mediante una carta dirigida al dueño de la empresa, hechos que la juzgadora estima probados en la sentencia, como razona en la fundamentación jurídica valorando la prueba según las reglas de la sana critica y además valora especialmente la prueba pericial, el testimonio de la psiquiatra, que en su informe atribuye el inicio del cuadro de ansiedad y depresión que sufre la actora a una situación estresante en medio laboral (lo cual pone de relieve la existencia de vejaciones en un cierto periodo de tiempo). Y así llega la juzgadora a la conclusión que pese a los sólidos indicio sobre la existencia de un entorno laboral hostil, la empresa demandada no ha desvirtuado las alegaciones realizadas de contrario; en definitiva de las pruebas practicadas estima la juzgadora a quo que resulta acreditado el origen laboral del síndrome ansioso depresivo determinante de la baja medica de la actora, pues consta que se había generado un clima hostil y tenso en el trabajo; por todo ello

y estimando que esta acreditado el nexo causal entre el cuadro depresivo ansioso que padece la actora y la situación vivida en su trabajo, por lo que procede declarar que la baja sufrida por la actora deriva de accidente laboral; por ello y dado que en definitiva resulta que esta acreditado que la depresión reactiva que padece la actora tiene su origen en el trabajo, por ello y al entenderlo así la sentencia recurrida no ha incurrido en la infracciones denunciadas en el motivo, sino que ha aplicado correctamente los preceptos denunciados como infringidos, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO.- Que por la representación de la Mutua de accidentes de trabajo A.,se interpone recurso de suplicación, en base a varios motivos amparados todos ellos en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia infracciones jurídicas, en el primero denuncia infracción por inaplicación del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y de la jurisprudencia que lo interpreta,,alegando que según dicho articulo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral para formular demanda en materia de seguridad social, es requisito necesario el haber formulado reclamación previa ante la entidad gestora, y en el supuesto de autos no se ha cumplido con dicho requisito, y así ha sido puesto de manifiesto por esta representación en el acto de juicio, sin que la juzgadora de instancia suspendiese el juicio para que se pudiese subsanar el defecto, evitando así que ahora, en suplicación, exista la posibilidad de anular la sentencia la sentencia, para cumplir con aquel tramite previo, hoy por hoy, absolutamente necesario.

Pues bien, respecto de ello cabe decir que no todo demandado puede esgrimir con éxito la falta de reclamación administrativa previa; y es que supuesta la existencia, por lo demás tan habitual, de un litis consorcio pasivo, la concreta persona demandada que puede esgrimir la excepción es justamente una entidad gestora o servicio común de la seguridad social, nunca una persona o entidad privada, típicamente una mutua patronal, personas o entidades contra las que no hay que formular reclamación previa y respecto de las que tampoco hay que agotar tramite alguno de conciliación previa. En este sentido, sentencias del TSJ de Cataluña de 09.01.98 y TSJ de Murcia de 13.07.98,la primera contempla un supuesto de una mutua que esgrime sin éxito la falta de reclamación previa de un beneficiario. Por todo lo cual procede desestimar el motivo alegado por la mutua.

Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del articulo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la mutua recurrente denuncia infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del articulo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando en esencia que en modo alguno puede hablarse de numerosas vejaciones en un periodo de tiempo prolongado, que tampoco cabe hablar de vejaciones, sino de órdenes emanadas del poder de dirección del empresario, justas y equitativas, que incluso no esta en forma alguna acreditado que la depresión reactiva de la actora tenga su exclusivo origen en el trabajo,,pues la pericial medica carece de relevancia para dictaminar la relación trabajo-enfermedad, por lo que considera que la presunción que establece el articulo 115 de la Ley General de la Seguridad Social y que la actora pretende hacer extensiva a secuelas psíquicas esta ampliamente destruida, pues de existir algún tipo de enfermedad mental, ni guarda relación alguna con el trabajo ni menos aún deviene de un supuesto acoso moral, absoluta huérfano de toda probanza, y al no entenderlo así la sentencia de instancia solicita su revocación. Y respecto de ello cabe remitirse en definitiva a las afirmaciones vertidas en el fundamento de derecho anterior al examinar el recurso interpuesto por la empresa y que en sede de denuncia jurídica, en el segundo motivo denuncia infracción de los mismos preceptos cuya infracción por aplicación indebida e interpretación errónea también denuncia la mutua en el recurso y formulaba las mismas alegaciones, por lo que procede su resolución conjunta, como se ha efectuado en el fundamento anterior.

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación respectivamente formulados por la empresa "R.C., S.A." y por la Mutua de Accidentes de Trabajo "A.", contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Ferrol en autos instados por doña A.M.J.C. frente al "SERVICIO GALEGO DE SAÚDE", a la empresa "R.C., S.A.", a la Mutua de Accidentes de Trabajo "A.", al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre MODIFICACIÓN de CONTINGENCIA de INCAPACIDAD TEMPORAL, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3733 **Recurso núm. 4.491/03**

S.S. SUFICIENCIA DOS FEITOS DESCRITOS NA CARTA DE DESPEDIMENTO, AOS EFECTOS DE DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a tres de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.491/03, interpuesto por don M.V.D., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.V.D. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado "V., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 795/02 sentencia con fecha 11 de junio de 2003, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Don M.V.D., con DNI número. …, ha venido prestando servicios para la Empresa "V., S.L.", con domicilio social y centro de trabajo en Vigo, dedicada a la Distribución y Venta de productos Químicos y Farmacéuticos, desde el 18.02.74, con la categoría de Jefe de Almacén y un salario de 1.420,66 Euros mensuales, incluido prorrateo de pagas extras. La actividad que venía desarrollando era de vendedor o viajante. 2º.- En fecha 15.10.02, le fue comunicada por burofax carta de despido en la que se le atribuía efectos del mismo desde el día 10.10.02, carta del siguiente tenor literal: "En Vigo, a 9 de octubre de 2002. Muy Sr. Nuestro. Nos dirigimos a Vd. a fin de comunicarle que la Dirección de esta empresa para la cual presta servicios, ha decidido en virtud de los incumplimientos graves y culposos que le relatamos a continuación, rescindir la relación laboral por causa de despido disciplinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. La Dirección fundamenta su decisión en los siguientes hechos. La empresa le concedió vacaciones durante el mes de agosto de este año, y Vd. disfruto de los primeros diez días, y cambiando de criterio le comunicó a la empresa que quería trabajar la segunda quincena a lo cual accedió a la empresa. Prestó servicios la semana del 12 al 18 de agosto de 2002, y no volvió por la empresa, sin aviso ni consentimiento alguno. Ante su incomparecencia, la empresa le llamó el lunes día 19 de agosto y Vd. manifestó estar de vacaciones y que no iba a ir a trabajar. A principios de septiembre llamó telefónicamente a la empresa diciendo que estaba en Tenerife. Posteriormente, dejó en la Cafetería M. un parte de baja por Incapacidad Laboral de fecha 13 de septiembre de 2002. Durante todo el periodo comprendido entre el día 19 de agosto hasta la fecha, la empresa ha intentado ponerse en contacto con Vd. en repetidas ocasiones, siendo imposible, ya que o no contestaba a las llamadas que se le efectuaban a su móvil desde los teléfonos de la empresa, o bien colgaba al oír la voz de los superiores de la empresa. Por tanto, Vd. no ha comparecido a su puesto de trabajo sin consentimiento ni autorización alguna por parte de la Dirección de la empresa durante más fe veinte días, evitando hablar con la Dirección en las numerosas ocasiones que se ha intentado localizarle. Además de lo anterior, Vd. ha dispuesto durante este período del vehículo propiedad de la empresa, marca OPEL, modelo CORSA, matrícula …, vehículo que no ha entregado hasta el día 8 de octubre de 2002. La empresa ante la imposibilidad de comunicarse con Vd. y desconociendo el paradero del vehículo presentó denuncia en la Comisaría de Vigo en fecha 24 de septiembre de 2002 y con posterioridad a dicha fecha, a finales de septiembre de 2002 y a través de una llamada realizada desde una cabina telefónica, consiguió reclamarle personalmente que entregara el mismo, sin que Vd. lo hiciera hasta el día 8 de octubre. Asimismo, la empresa ha tenido conocimiento a finales del mes de agosto y durante todo el mes de septiembre de este año, que Vd. ha estado cobrando diversas facturas de la empresa a clientes de la misma, sin que haya entregado dicho dinero en septiembre correspondiente a las mismas. A título de ejemplo, podemos indicarle que a una parafarmacia de Pontevedra le cobró en

metálico 214,15 euros, a otra parafarmacia de Milladoiro 259,80 euros en julio, otros 428,54 euros en julio también, concretamente el día 5, otros 115,70 euros en agosto de este año, así como 298,43 euros, 250,16 euros y 267,71 euros en fechas desconocidas. A una farmacia de Santiago de Compostela le cobró las cantidades de 297,28 euros y 271,38, desconociendo esta parte la fecha de pago ya que no lo reflejó Vd. en los justificantes correspondientes; el día 20.09.2002 cobró 88,075 euros a un cliente de Arbo; el día 00.07.2002, cobró 471,74 euros a un cliente de Lalín y en agosto de 2002 las sumas de 575,23 euros, 577,92 euros y 1.274,72 euros a otro cliente de la empresa. La relación de cobros que nos constan es mayor y todavía a día de hoy estamos intentando averiguar que clientes y que cantidades puede haber cobrado Vd. Ya en mayo de 2002, se le indicó por la Dirección de la empresa que no cobrara personalmente cantidad alguna a los clientes de la empresa, ya que esto creaba problemas a la hora de la contabilidad de la empresa. Entre finales de agosto y septiembre de 2002, y aún todavía a día de hoy, la Dirección a la vista de que existían muchas facturas remitidas a clientes que estaban muy atrasadas en el pago, decidió llamarlas para recordarles el pago, encontrándose con la sorpresa de que muchos de los clientes que figuraban con facturas impagadas nos manifestaban haberle pagado a Vd. en efectivo. Es más, alguno de los clientes de la empresa, nos ha indicado que incluso Vd. les manifestó que tenía que hacer el pago inmediatamente porque la empresa "V., S.L." iba a cambiar de nombre, quejándose alguno de los clientes de haber recibido amenazas por su parte. Muchos clientes nos han manifestado asimismo que durante el mes de septiembre y estos primeros días de octubre, Vd. los ha llamado o incluso visitado personalmente diciéndoles que no compraran mercancía alguna a "V., S.L." y que todos los papeles que tuvieran relativos a dicha empresa los rompieran porque iba a denunciar a la empresa y dichos papeles podían comprometerlos. Asimismo, y a pesar de que Vd. rehuye las llamadas que le efectúa la Dirección la empresa, Vd. sí que ha llamado a la empresa en distintas ocasiones poniéndose en contacto con sus compañeros de trabajo, a los que les indica que comuniquen a la Gerente de la empresa que "la va a hundir" o llamándola loca. En la última llamada efectuada a la empresa el día 7 de octubre de 2002, le indicó a una compañera de trabajo que no quería que la empresa volviera a intentar contactar con Vd. y asimismo reconoció haber estado hablando con muchos clientes de la misma para que no volvieran a comprar mercancía. Asimismo ha llamado en varias ocasiones a la Gerente de la empresa a su domicilio particular en septiembre de este año, diciéndole "no saber quien soy yo, te voy a hundir" y cortando posteriormente la conversación. Estos hechos ya de por sí graves, se ven agravados todavía más por la circunstancia de que Vd., dada su antigüedad en la empresa, siempre tuvo la total confianza de la misma. Por todo lo expuesto, consideramos que estamos ante incumplimiento grave y culposo de sus obligaciones laborales, y que los hechos relatados constituyen una transgresión de la buena fe contractual, y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, susceptibles de ser sancionados con el despido, según establece el artículo 54.2 D) y A) del Estatuto de los Trabajadores. Por ello le comunicamos que la Dirección de esta empresa ha decidido despedirle con efectos del día de 10 de octubre de 2002, teniendo a su disposición en las oficinas de la misma la liquidación correspondiente". 3º.- El trabajador demandante no entraba en el cuadro de vacaciones de la empresa, como los demás trabajadores, sino que las negociaba con doña M.C., representante legal de la empresa; y siempre pedía trabajar algunos días del mes de agosto cuanto estaba de vacaciones. En este año acordó empezar las vacaciones el 5 de agosto. Los días 12, 13 y 14 de agosto trabajó en el Almacén. El 19 de agosto hizo dos llamadas a la empresa, por el teléfono móvil ... a las 12:06:47 y a las 12:09:44 (folio 233).- 4º.- El actor realizó en el mes de agosto de 2002 abonos a la empresa, en los día 7, 13 y 19 (folios 20 y 21). 5º.- Durante los días 26 de agosto y siguientes, 27 y 28, así como en septiembre los días 2, 10, 11, 12, 16, 18, 19 y 20, se realizaron llamadas por la empresa al móvil del trabajador. 6º.- El demandante cobraba facturas a la empresa que visitaba, haciendo entrega de cantidades, que se anotaban. Él recogía las facturas que quería y cobraba a los suministrados papeles de color rosa. Luego se anotaban y computaba en papeles de color blanco, en los que se hacía anotaciones. A los folios 94 a 184 constan facturas abonadas o cobradas por el actor, sin que conste su entrega a la empresa. En varias facturas consta la firma del trabajador, y como pagado a él. 7º1.- En la Cafetería Maracaibo dejó parte de baja, de fecha 13 de septiembre. 8º.- El día 24 de septiembre, la representante de la empresa presentó denuncia ante la Comisaría de Policía de Vigo-Centro. El día 9 de octubre, compareció en dicha

Comisaría el hermano de la representante de la empresa, don F.C., manifestando que el vehículo había sido entregado el día 8, por una persona que no se identificó (folios 27 y 28). 91.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, que resultó sin avenencia. El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical o laboral alguno. 10º.- La empresa y la enlace sindical de la empresa, doña R.A., compañera del actor, solicitan la intermediación de la CIG, cuya representante doña C. habló con el trabajador".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando las excepciones de prescripción, y falta de precisión de hechos en la carta de despido, con supuesta indefensión y desestimando la demanda interpuesta por don M.V.D., contra la empresa "V., S.L.", debo declarar y declaro procedente el despido realizado por la misma al trabajador demandante, absolviendo a dicha empresa de las pretensiones de la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando las excepciones de prescripción y falta de precisión de hechos en la carta de despido con supuesta indefensión y desestimando la demanda interpuesta por don M.V.D. contra la empresa "V., S.L.", declaró procedente el despido realizado por la misma al trabajador demandante, absolviendo a dicha empresa de las pretensiones de la demanda.

Frente a dicha resolución, se alza en suplicación la parte actora, articulando su recurso en atención a cinco 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 probados de la sentencia de instancia y en los cuatro restantes, con apoyo en el párrafo c) del propio artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita el examen de la normativa aplicada en la sentencia que impugna.

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso se contienen a su vez, tres solicitudes de revisión que se refieren, en primer lugar, a la modificación del hecho cuarto a fin de que se adicione al texto original de dicho ordinal, el párrafo siguiente: "por importe de 2.000, 1.000 y 2.300 Euros, respectivamente"; en segundo lugar, interesa la supresión del párrafo segundo del hecho probado sexto, en el que se establece que: "a los folios 94 a 184 constan facturas abonadas o cobradas por el actor, sin que conste su entrega a la empresa" y, por último, solicita la inclusión de un nuevo hecho probado con la siguiente redacción: "El actor se encuentra en situación de Incapacidad Temporal con efectos y desde el 13.09.02, permaneciendo en dicha situación al menos hasta la fecha del despido".

TERCERO.- Conviene no olvidar que, como se desprende de inveterada doctrina Jurisprudencial, de ociosa cita, "...en recta aplicación de lo prevenido por el invocado apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, cualquier modificación o alteración en el relato de hechos consignados como acreditados por el juzgador "a quo", no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en los autos, patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a argumentaciones lógicas, naturales o razonables el error de aquel juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba - aportados a los autos, le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones directas de parte interesada,..".

CUARTO.- Así las cosas, en relación con la modificación a que se contrae el apartado primero del motivo primero del recurso, antes referida, invocando, la parte actora, la documental de los folios 20 y 21 del ramo de prueba de la parte actora, cabe expresar que la aplicación de la antedicha doctrina, relativa a las exigencias que, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, han de concurrir para que haya lugar a la revisión del relato histórico de la resolución de instancia, determina la inviabilidad de la pretensión de revisión auspiciada por la parte actora y es que, tal revisión, no solo ha de ofrecerse con trascendencia o relevancia para la sustanciación del litigio, sino que ha de poner de manifiesto el error de valoración del Juez "a quo"

de forma clara, evidente, inconcusa y directa, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o interpretaciones, por lógicas que estas se ofreciesen, pues no es dado a la parte sustituir por su propio criterio, el objetivo e imparcial parecer del Juzgador de instancia, siendo así que, en el supuesto que nos ocupa, la propia parte actora recurrente hace mención a que "...teniendo en cuenta las fechas y cuantías de las cantidades que se le imputan haber cobrado, no cabe otra alternativa lógica y coherente que atribuir los ingresos constatados a los cobros imputados en la carta de despido..". Debe, pues, permanecer inalterado el hecho probado cuarto de los que integran el relato histórico de la resolución "a quo".

QUINTO.- En el apartado segundo del motivo primero, interesa el demandante que se suprima el párrafo, contenido en el ordinal sexto de la resultancia fáctica, en el que se expresa que "a los folios 94 a 184 constan facturas abonadas o cobradas por el actor, sin que conste su entrega a la empresa", postulando dicha supresión en atención a que, según el actor, la redacción del mismo supone la predeterminación del fallo y, además, añade, "del análisis pormenorizado de todos los documentos obrantes a los folios 94 a 184 se concluyen, cuando menos, los extremos a que se refirió, aseverando, en síntesis, que no solo por la invocada predeterminación del fallo, sino porque "en la carta de despido se le imputan los hechos que en los documentos analizados resulta poco menos que imposible identificar o aproximar una mínima correspondencia".

Por más que no se pone de manifiesto la concurrencia de la predeterminación del fallo, a que alude el recurrente, en referencia a la frase antes reseñada, pues el texto en cuestión no es sino la consecuencia o conclusión a la que llega el Juzgador de instancia después de valorar y analizar, en uso de las facultades que le son propias a tenor de lo establecido en la normativa al efecto, singularmente el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, los diversos elementos de prueba llevados a cabo en autos, plasmando en el relato histórico las consecuencias de la valoración, por él efectuada, de la meritada prueba, refiriendo expresamente en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada que "los hechos declarados probados resultan así, de lo alegado y admitido por las partes y de la prueba propuesta y practicada en el acto del juicio, interrogatorio de las partes y de testigos y documental..", 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 invocación que, en tal sentido, lleva a cabo el actor en el propio apartado segundo del motivo primero, pues los hechos que se describen en la carta de despido, sino en grado exhaustivo, sí se ofrecen claros y concretos, en grado asaz, para que el trabajador articulase los medios y alegatos de defensa que a bien tuvo, en tanto que, las consecuencias que pretende extraer del análisis de la, profusa y abundante, documental a que se refiere, no constituyen, en esencia, sino elucubraciones, conjeturas o razonamientos que el propio actor extrae de dicha documental, siendo de recordar que no le asiste la facultad de sustituir por sus personales y, sin duda, subjetivos criterios o conclusiones, los ecuánimes y objetivos razonamientos y conclusiones del Juez de instancia, por lo que, no habiendo puesto de manifiesto, la parte actora, la concurrencia de error en la apreciación y valoración de la prueba por parte del Juzgador "a quo", deviene procedente el rechazo de las pretensiones de modificación, por supresión, del párrafo segundo del ordinal sexto, que habrá de permanecer inalterado en su redacción original.

SEXTO.- Constituyendo el apartado tercero del motivo primero del recurso, postula la parte actora la inclusión de un nuevo hecho probado, del tenor literal siguiente: "El actor se encuentra en situación de Incapacidad Temporal con efectos y desde el 13.09.02, permaneciendo en dicha situación al menos hasta la fecha de despido".

Invoca, a tal efecto, la documental obrante a los folios 23 y 24, en donde se recogen sendos recibos de entrega de partes de baja, fechados, los recibos, en 04.10.02 y 30.09.02, respectivamente, al folio 35, en el que se plasma la nómina correspondiente al mes de octubre de 2002 y al folio 27, donde se contiene el atestado instruido por la Fuerza Pública con motivo de la denuncia interpuesta por la representante de la empresa, con fecha 24.09.02, todos ellos de su ramo de prueba, siendo así que, por más que el hecho probado séptimo ("En la cafetería Maracaibo dejó parte de baja de fecha 13 de septiembre") ya se refiere a la fecha de inicio de la baja, no es menos cierto que la documental invocada, antes referida, no se ofrece como base, con el rigor y concreción que se requiere a los efectos de la modificación fáctica interesada, en relación con las demás circunstancias a que alude el texto ofrecido por el recurrente, siendo de recordar, a mayor abundamiento, que el

atestado no constituye medio de prueba hábil para la revisión, pues, en todo caso, constituye una mera denuncia, susceptible de convertirse en prueba, con valor de testifical, que no devendría hábil para la revisión.

SÉPTIMO.- En sede jurídica, dedica cuatro motivos al examen de la normativa aplicada en la resolución de instancia, de manera que, en el motivo segundo del recurso, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la vulneración, por aplicación indebida, de los artículos 49.1.k) y 55.1.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 24.1 de la Constitución Española; asimismo, denuncia, en el motivo tercero del recurso, la vulneración, por aplicación indebida, de los artículos 38.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores; artículo 40.2 de la Constitución Española; artículo 45.1.c) y 2 del Estatuto de los Trabajadores; en el motivo cuarto, denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y 55.1.3 y 4 del mismo Cuerpo Legal y por último, en el motivo quinto, el demandante denuncia la vulneración, por aplicación indebida, de los artículos 54.1 y 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Ha de decaer la censura jurídica a que se contrae los referidos motivos del recurso, pues la resultancia fáctica que se contiene en el relato histórico de la resolución "a quo", pone de manifiesto que la actuación del demandante es incardinable en el ámbito del despido procedente al evidenciarse la concurrencia de una situación de transgresión de la buena fe y abuso de confianza, siendo así que el Juzgador a quo, a tenor de los hechos declarados probados y de los medios de prueba practicados en autos, haciendo uso de las facultades que le otorga la normativa vigente, entiende que ha quedado debidamente probada la existencia de la causa antedicha y la autoría del demandante en los hechos, refiriendo en el fundamento jurídico único, con valor fáctico, entre otras consideraciones, que "se ha acreditado la falta de abono de determinadas cantidades o facturas cobradas por el actor", "que (el actor) después de iniciar sus vacaciones el 5 de agosto, vuelve al trabajo, porque así le interesa, y después de unos días... vuelve a sus vacaciones, cuando es llamado por la empresa no aparece, alguna vez se le localiza por teléfono. Cuando ha de incorporarse a su trabajo, en vez de presentar el parte de baja, lo deja en una cafetería", así como que, "(aún cuando) desde hace tiempo se le dijo que lo realizase (el cobro de facturas) a través de bancos y o de abonos y giros, lo cierto y acreditado es que el trabajador, por ese exceso de confianza, hacía lo que quería respecto al cobro de cantidades, sin que acreditase de manera fehaciente el pago total de ellos (sic)", y que "también consta demostrado que al requerir de pago a algunos clientes, estos confirman el pago al trabajador de tales cantidades", así como que "cuando se le llamaba para que acudiese a comprobar la factura y cobros, dio largas al asunto, e incluso hubo de denunciar la no devolución del vehículo de la empresa que usaba para su trabajo y también para su uso particular", sin que el recurrente haya logrado desvirtuar tales consideraciones efectuando en los distintos apartados del recurso, una serie de disquisiciones y conjeturas en orden a lo que, para dicha parte, debe extraerse del resultado de la prueba, sin que en este trámite procesal 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 artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el artículo 5 a), en relación con el artículo 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 1258 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 - artículo 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", lo que deviene aplicable al presente supuesto y corrobora los razonamientos contenidos en la sentencia que se impugna, pues, además de lo hasta ahora expuesto, cabe expresar que no se evidencia la vulneración de derecho fundamental de tutela judicial ni se ha puesto de manifiesto una situación de indefensión que conculcase la misma, habida cuenta de que la carta de despido, sino exhaustivamente, sí en términos de suficiencia, contiene los elementos, datos y descripciones precisos para surtir el efecto, siendo inveterada la doctrina jurisprudencial, sentencias, entre otras de 27.02.86; 26.03.86, 01.12.86, al establecer que basta con que se precise al trabajador la conducta imputada con los detalles que resulten indispensables para su cabal identificación; y la de 13.3.86, que mantiene que la omisión de algún aspecto sólo acarrea la invalidez de la carta de despido si genera indefensión del trabajador, lo que no ha acaecido en el presente supuesto, pues la carta de despido refiere, con suficiente rigor, los datos y circunstancias concurrentes para conocimiento por el actor a los efectos de articular sus medios y estrategias de defensa, habiendo, en consecuencia, alegado y hecho uso de cuantas elementos probatorios tuvo a bien proponer y fueron aceptados por el Órgano jurisdiccional, así como tampoco le ha impedido alegar, aunque sin éxito, la prescripción de las faltas, alegando que transcurrieron mas de 60 días que la empresa tiene para sancionar, lo que, a tenor de lo actuado, no es acogible pues, desde que la empresa tuvo conocimiento de los hechos e incluso, desde la comisión de los mismos, dadas las fechas en que acaecieron y la de la carta de despido, no ha transcurrido el lapso temporal reseñado, con independencia de que, implícitamente, pudiera entenderse como la admisión de haberlas cometido, sin que, en lo tocante a los días en que el actor no se personó a trabajar, arguyendo que se trataba del período de tiempo de disfrute de sus vacaciones, tampoco haya de tener acogida los razonamientos del actor pues, aún siendo innegable el derecho a las mismas por parte de cualquier trabajador, ex artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 40 de la Constitución Española, ello no comporta que el trabajador pueda decidir, de manera unilateral, cual haya de ser el período concreto de disfrute y mucho menos, llevar a cabo, como hizo el actor, una distribución de los días que, a priori, le corresponderían, sin contar con la anuencia de la empresa a tal efecto, a lo que cabe añadir, que como determina el relato fáctico de la resolución de instancia, en determinados días de los meses de agosto y septiembre, la empresa efectuó llamadas al teléfono móvil del actor que no fueron contestadas, sin que quepa soslayar que la actuación del propio demandante, al entregar el parte de baja, el día 13.09.02, en un establecimiento de cafetería denominado "M.", en lugar de hacer la entrega directamente en la empresa en la que venía trabajando, se evidencia, no solo como poco ortodoxa desde la óptica de la normalidad de relaciones que debería presidir la relación laboral entre las partes, sino que pone de relieve la voluntad renuente del actor a contactar con la patronal, quizá para no verse obligado a dar explicaciones acerca de su comportamiento, y se incardina en el ámbito de una actuación susceptible de ser incardinada el ámbito de la conculcación del deber de buena fe y abuso de la confianza a que hace referencia la resolución impugnada, en tanto que, en lo que atañe a las cantidades entregadas por el actor a la empresa en el mes de agosto, a los que se refiere el inalterado ordinal cuarto de la sentencia "a quo", cabe señalar que no empece a la consideración que efectúa dicha resolución, en orden a la falta de abono de determinadas cantidades o facturas cobradas por el actor, el hecho de que hubiese entregado las aludidas en el referido ordinal, sin que haya logrado el actor, en esta alzada, desvirtuar tales argumentos y consideraciones de la resolución de instancia a los que llega el Juez después de analizar la prueba en uso de las facultades que le son propias, en tanto que, por último, la pasividad o, incluso, tolerancia de que hizo gala la patronal, al menos durante un tiempo, con determinados hábitos del actor, singularmente en lo atinente a la forma de cobro y entrega de lo cobrado, no puede constituir ni ofrecerse como cortapisa de las consideraciones vertidas, al efecto, en la sentencia aquí combatida y es que, como ya se establece, con valor fáctico, en la fundamentación jurídica de aquella, al trabajador se le advirtió, desde hace tiempo, que el cobro lo realizase a través de bancos o abonos y giros, a lo cual, hizo caso omiso, todo lo cual, sin soslayar que la renuente actitud de entrega del vehículo de que disponía el actor, propiedad de la empresa y que hubo de serle reclamado a medio de una denuncia interpuesta por la patronal, configura una situación susceptible de constituir un incumplimiento grave y cul-

pable de los contemplados en el artículo 54.2.a) y d) del Estatuto de los Trabajadores, sin que, por lo expuesto, la sanción de despido aplicada por la empresa se revele desproporcionada en relación con lo acaecido,

OCTAVO.- En consecuencia con lo hasta ahora expuesto, deviene procedente la desestimación del recurso articulado por don M.V.D. y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por don M.V.D. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, de fecha 11 de junio de 2003, en autos nº 795/02, sobre despido, instados por aquel frente a la empresa "V., S.L.", confirmamos la resolución de instancia.

3734 Recurso núm. 4.510/03

S.S. DESPEDIMENTO INXUSTIFICADO DECRETADO DURANTE A SITUACIÓN DE BAIXA POR MATERNIDADE DA TRABALLADORA, QUE OBRIGA Á DECLARACIÓN DE NULIDADE DESTE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a cuatro de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.510/03 interpuesto por doña M.J.M.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.J.M.R. en reclamación de DESPIDO (VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES) siendo demandado "A., S.L." y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. sentencia con fecha veintitrés de junio de dos mil tres 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.J.M.R., ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "A., S.L." desde el 08.10.02, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, ostentando la categoría profesional de auxiliar de biblioteca y percibiendo un salario mensual a efectos de indemnización de 526,50 € prestando sus servicios en el centro de trabajo sito en la biblioteca del barrio … de esta Ciudad. El contrato suscrito entre las partes, figura incorporado a autos, teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido.- SEGUNDO.- En fecha 07.04.03, la actora recibió comunicación escrita de la empresa demandada del siguiente tenor literal: "Al Director/a Provincial del INEM de LA CORUÑA que la relación laboral pactada en el contrato de trabajo núm. 234.628 registrado en la Oficina de empleo de SANTIAGO DE COMPOSTELA-CENTRO de una duración inicial de TRES mes (es) y una (s) prórroga (s) de TRES mes (es), desde el 08.10.02 hasta el 07.04.03, ha sido extinguida en fecha 07.04.03".- TERCERO.- La actora inició la situación de baja por maternidad el 22.02.03.- CUARTO.- A la actora le fue comunicado que su contrato terminaba el 04.04.03, que no iba a serles prorrogado, comunicación que se le hizo verbalmente endecha 17.03.03.- QUINTO.- En fecha 02.04.03, la actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, alegando el carácter fraudulento del contrato y la realización de tareas de superior categoría, solicitando que la empresa se aviniera a reconocer la condición de trabajadora indefinida. El acto de conciliación se celebró el 11.04.03, con el resultado de sin avenencia.- SEXTO.- La empresa demandada, suscribió en fecha 07.10.02, contrato de servicios con el Ayuntamiento de Ourense, por medio del cual, el Ayuntamiento adjudica a la citada empresa la contratación del servicio de gestión de las bibliotecas municipales de los barrios de San Francisco, La Carballeira y El Puente, en cuanto a su actividad profesión, conforme al pliego de cláusulas administrativas. Dicho contrato al igual que el pliego de condiciones administrativos figura incorporado a autos, teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido.- SÉPTIMO.- En fecha 09.04.03, presentó papeleta de

conciliación en reclamación por despido celebrándose el acto sin avenencia, el 29.04.03.- OCTAVO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña M.J.M.R., contra "A., S.L." debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y en consecuencia absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas".

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 contra la empresa "A., S.L." y declaro no haber lugar a la misma absolviendo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas.

Se alza en suplicación la representación procesal de la parte actora, interponiendo recurso, en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la LPL pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con amparo procesal ene al apartado b) del artículo 191 de la LPL, la parte recurrente pretende la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar pretende la Adición al HDP 1 de un nuevo párrafo con el siguiente texto: "En la cláusula tercera de dicho contrato expresamente y por escrito, se establece que: "La duración del presente contrato se extenderá desde el 08.10.02 hasta el 07.01.03, con una duración de tres meses".

2.- En segundo lugar se interesa la modificación del HDP 4 a fin de que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor literal: "la actora recibió el 07.04.03, vía correo certificado urgente y con aviso de recibo comunicación de extinción de su contrato de trabajo con efectos del 07.04.03".

3.- En tercer lugar se pretende la revisión del HDP 5 a fin de que se sustituya su texto por otro con el siguiente texto:"En fecha 26.03.03, la actora presento papeleta de conciliación ante el SMAC alegando el carácter fraudulento del contrato y la realización de tareas de superior categoría, solicitando que la empresa se aviniere a reconocer la condición de trabajador indefinido. El acto de conciliación se celebro el 11.04.03 con el resultado de sin avenencia".

4.- En último lugar se pretende la Adición al HDP 6 de un nuevo párrafo con el siguiente texto: "Estos contratos de servicios de gestión de las bibliotecas municipales (San Francisco, la Carballeira y el Puente) tiene una duración de dos años, a contar de la fecha del acta de inicio de la prestación de servicios … que podrán prorrogarse por periodos anuales".

En cuanto a la modificación /Adición interesada en primer lugar la misma estima la sala que debe prosperar al apoyarse en documento hábil al efecto y resultar el texto propuesto del contenido del citado documento; por lo que se refiere a la modificación interesada en segundo lugar, y tercer lugar las mismas estima la sala que no pueden prosperar al apoyarse en documentos que ya han sido valorados por la juzgadora "a quo", no siendo licito sustituir la valoración objetiva e imparcial efectuada por al juzgadora de instancia por la valoración siempre subjetiva e interesada de la parte recurrente; y por ultimo por lo que respecta a la modificación interesada en ultimo lugar la misma ha de prosperar, al apoyarse en documentos hábil al efecto y resultar el texto propuesto del contenido del citado documento.

TERCERO.- La parte recurrente en el segundo motivo del recurso, amparado en el apartado c) del artículo 191 de la LPL denuncia infracciones jurídicas, en primer lugar denuncia infracción del artículo 24.1 de la CE y artículo 4.2b) y 55.5 del ET, en relación con la jurisprudencia casacional que se cita, en concreto sentencias del TS de 14.10.85, 21.12.87 y 17.06.88 entre otras), alegando en síntesis que en el supuesto de litis procede declarar el despido de la actora nulo por vulneración del derecho de indemnidad, puesto que fue castigada y represaliada con la extinción unilateral contractual, por el solo hecho de defender sus derechos, tal y como queda acreditado en el factum probatorio (HDP5, tal y como debería que dar redactado tras la revisión pretendida en el primer motivo de recurso), estimando que este despido es la sanción

que a modo de castigo, represalia y venganza, hace la empresa de una trabajadora díscola por el solo hecho de no plegarse a sus exigencias.

Censura jurídica que no ha de alcanzar éxito, toda vez que el art. 179.2 en relación con el art. 181 de la L.P.L. establece una inversión de la carga de la prueba de modo que "una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, o en su caso el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", esto es, para que se produzca dicha inversión de la carga de la prueba y consiguientemente la empresa se vea precisada a probar que su conducta obedece simplemente al desempeño de facultades empresariales desprovistas de los móviles denunciados, el actor ha de haber aportado algún indicio racional, que fundamente su alegación.

En este sentido, la sentencia impugnada no ha incurrido en la infracción denunciada, por cuanto que para poder sustentar minimamente dicho razonamiento, la recurrente parte de unos hechos que no han podido demostrase, y aun así no podrían sostenerse, pues no consta en modo alguno ningún tipo de represalia o castigo, pues lo único que consta en autos es que a los pocos días de comunicarle el fin de contrato, la actora presenta una papeleta de conciliación contra la empresa en demanda de derechos, y denunciando un presunto fraude en la contratación. Todo ello, nos lleva a señalar que en el presente supuesto no se ha conculcado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Art. 24.2 de la Constitución) que afecta a la llamada "garantía de indemnidad", detallada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1995, y que consiste en no ser objeto de represalia de clase alguna por el mero hecho de instar el ejercicio de acciones judiciales o de presentar denuncias de cualquier clase.

Que con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia violación del artículo 10 de la CE sobre el derecho a la indemnidad, en relación con el artículo 14 de la CE sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo, en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y en relación con el artículo 4.2 del ETT, alegando en esencia que el despido es nulo por hacerse por motivo y con ocasión de la baja maternal de la trabajadora, por lo que de acuerdo con el artículo 55 será nulo al tener por móvil causas de discriminación prohibidas en la CE y en la ley, y al haberse producido con violación de los derechos fundamentales de la trabajadora y es nulo el despido porque se produce en esta trabajadora embarazada y con el contrato en suspensión por maternidad y entiende que la decisión de cese encubre en realidad un despido discriminatorio, y ello por estimar que esta correlación temporal entre el embarazo y su baja maternal, y la decisión empresarial de cese permite apreciar, al menos indiciariamente, la existencia de una relación de causa a efecto entre ambos hechos, la empresa despidió a la trabajadora porque quedo embarazada y esta de baja maternal, lo que revela un comportamiento discriminatorio por razón de sexo, contrario al artículo 14 de la CE, que debe ser corregido por el tribunal "ad quem".

Que la jurisprudencia invocada por la recurrente señala que : " ...en los casos de que un despido formalmente disciplinario encubra en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional (sentencia del TC 136/1996). Ahora bien para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, lo que no ocurre en el supuesto de autos, en base a las siguientes consideraciones, en primer lugar por cuanto que la trabajadora ya estaba embarazada cuando se le contrata en octubre de 2002, y la empresa ya conoce su estado en esa fecha, y sigue embarazada en enero de 2003 cuando se le prorroga el contrato, y así la propia actora reconoce que su embarazo es conocido por la empresa desde el inicio de la relación laboral, por tanto y dado que el embarazo no fue impedimento para su contratación, ni consta que fuese motivo del cese, al no acreditarse indicios de discriminación, la denuncia de infracciones jurídicas ha de decaer, si bien la cuestión relativa a la nulidad del despido al encontrarse el contrato suspendido por estar la actora de baja por maternidad, se examinar a continuación, al entrar en el estudio del ultimo motivo de denuncia jurídica, que alega fraude en la contratación y por tanto relación laboral indefinida, y ello por cuanto que si se estima-

se que no existió despido sino cese por fin de contrato temporal; presunción que si operaria si se considerase el contrato nulo por celebrarse fraudulentamente, pues entonces la relación laboral devendría indefinida y el cese constituirá un despido, y que al operar la prohibición de despedir al encontrarse al actora disfrutando de permiso de maternidad, daría lugar a la declaración de nulidad de despido por este motivo, lo que en todo caso se examinara a continuación.

Y por último y con carácter subsidiario la recurrente denuncia que la sentencia de instancia incurre en infracción del artículo 24 de la CE, pues se deja imprejuzgada una pretensión, en relación con el artículo 15.3 y 56 y 57 del ETT, motivo que articula en base a que ya la actora en demanda y en juicio se demandaba la calificación de improcedencia del despido, calificación que fue tenida por no hecha por la sentencia de instancia, pues no fue examinada por la juzgadora; y además estima que la contratación temporal es abusiva y fraudulenta, no existiendo causa, motivo o razón alguna para su extinción, de ahí que el contrato devenga indefinido, insistiendo asimismo en la realización por la actora de función permanentes de la empresa, lo que provoca que, por este motivo, el contrato se convierte en indefinido; insistiendo en que subsidiariamente, de no estimarse el despido nulo, ha de calificarse el mismo como improcedente conforme a los artículos 56 y 57 del ETT en relación con el artículo 15 por cuanto que el contrato temporal suscrito es abusivo, pues se utiliza una modalidad contractual temporal par una prestación de servicios propia de una relación laboral indefinida, no respetándose siquiera el plazo de 2 años de contrato de prestación de servicios entre el Concello y la empresa demandada, el contrato eventual es fraudulento, pues no existen esas circunstancias de mercado, ni esa acumulación de tareas ni ese exceso de pedidos, ya que la trabajadora fue contratada para prestar servicios dentro del contrato para la gestión de las bibliotecas municipales entre el Concello de Ourense y la empresa demandada, que no ha tocado a su fin dada la duración de dos años de dichos contratos.

Pues bien, respecto de ello decir,en primer lugar, que no puede hablarse de que la juzgadora de instancia deje imprejuzgada una pretensión y vulnere el art. 24 de la CE y ello por cuanto que al estimar como consta en la fundamentación jurídica de la sentencia que el contrato suscrito es plenamente valido y ajustado a la normativa que lo regula, sin que se aprecie fraude, y no acreditado el fraude, estima que el cese por finalización ha de considerarse ajustado lo dispuesto en el artículo 49.1 c) del ETT, por lo que estima que no constituye la decisión de cese despido, con lo cual esta examinando la alegación de la parte actora al respecto del posible despido improcedente basado el la existencia de fraude que convertiría la relación en indefinida y el cese en despido, que no admite; por lo que no se aprecia la citada infracción que se denuncia; Ahora bien respecto de la denunciada infracción de los artículos 56 y 57 en relación con el artículo 15 del ET decir que el contrato eventual por circunstancias de la producción, regulado en el RD 2.720/1998 es aquel que se concierta para atender exigencias circunstanciales de mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, contrato que se destina a satisfacer un incremento temporal o excepcional del volumen de trabajo que no pude ser cubierto por la plantilla fija de la empresa, pero que por su transitoriedad no justifica tampoco una permanente ampliación de la misma, lo significativo es el aspecto cuantitativo del trabajo, no el cualitativo, o sea no impide la norma que transitoriamente se realicen tareas distintas de las habituales, siempre que estas no lleguen a alcanzar la autonomía y sustantividad propia que caracteriza el contrato de obra o servicio determinado; además la causa de la eventualidad debe constar con precisión y claridad, pudiendo aplicarse en otro caso la teoría del fraude de ley; Pues bien en el presente caso se hizo constar como causa de la contratación de la actora “pedidos para las bibliotecas de Orense con las tareas concretas que constan en las cláusulas adicionales y para ello se utilizó la modalidad de contrato eventual, no la de la obra o servicio determinado que hubiera implicado la necesidad de analizar si el servicio tenía sustantividad propia y si el cese coincidió con la finalización de dicho servicio. En el caso del contrato eventual se debía haber acreditado que la empresa atravesaba por una situación de exceso de trabajo sobre su volumen habitual, no bastando con aducir que se trataba de que estuviesen conectadas online con la Xunta, o la implantación de un programa de gestión de fondos y usuarios (Meiga) y un proceso técnico referido a los fondos bibliográficos (como alega el letrado en la impugnación del recurso interpuesto por

la actora), pues en ese caso se trataría de un servicio determinado.

De otro lado, esa actividad no consta que supusiera una acumulación de tareas, sin que se haya justificado en qué medida hubo una situación excepcional durante el lapso de tiempo que dura el contrato de la demandante además no consta ni la finalización del servicio u obra para la que se contrato a la actora, ni la finalización de la contrata de gestión de bibliotecas de 2 años de duración, todo lo cual convierte la relación laboral en indefinida.

Lo hasta ahora expuesto comporta la consideración de que la decisión unilateral de la empresa de poner fin a una relación laboral indefinida constituye un despido que, al encontrase la trabajadora con el contrato suspendido por baja por maternidad y dada la prohibición de despedir en este supuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.5ª) del ETT que establece que: "será nulo el despido de los trabajadores a) el de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad ...etc.... ( ) Procede declarar nulo el despido con las consecuencias previstas legalmente.

Todo ello nos lleva a disentir de la sentencia del Juzgado y a estimar el recurso de la trabajadora, revocando dicha resolución judicial y declarando nulo el despido de 17.03.03 con las consecuencias previstas legalmente, con la inmediata readmisión del ala trabajadora y sin que proceda el abono de los salarios dejados de percibir al encontrarse la actora en situación de baja por maternidad y percibiendo las prestaciones correspondientes.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.J.M.R. contra la sentencia de fecha veintitrés de junio de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Ourense, en proceso promovido por la demandante frente a "A., S.L." y el MINISTERIO FISCAL, sobre DESPIDO (VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES) debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, y estimamos la demanda interpuesta. Decladiciones que regían antes de producirse el despido, y sin que proceda el abono de los salarios dejados de percibir mientras la actora se encuentre en situación de baja por maternidad y percibiendo las correspondiente prestaciones.

3735 Recurso núm. 4.742/03

S.S. CONCORRENCIA DOS REQUISITOS ESIXIBLES PARA APRECIAR A CONCORRENCIA DE «MOBBING», PARA OS EFECTOS DE RESCISIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a cuatro de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.742-03 interpuesto por CC.OO. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 406/03 se presentó demanda por don J.L.P.C. en reclamación de RESOLUCIÓN DE CONTRATO siendo demandados CC.OO. y el MINISTERIO FISCAL que no compareció en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diez de junio de dos mil tres 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.P.C., mayor de edad y en posesión de DNI número …, viene prestando servicios para la empresa Sindicato Nacional Comisiones Obreras Obreras de Galicia, desde el día 15 de septiembre de 1991, con la categoría profesional de Técnico Medio nivel 3 (Graduado Social) y un salario mensual de 1.874,86 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. El centro de trabajo está en la Comarca de … (Lugo), en concreto presta servicios en la asesoría jurídica y pasa consulta en …; también se traslada a la ciudad de Lugo donde acudía a los Juzgados de lo Social y órganos administrativos por motivos profesionales. SEGUNDO.- Las Asesorías Jurídica del Sindicato Nacional CCOO dependen Orgánicamente de la Secretaría General de Política y Servicios y funcionalmente de la Unión Comarcal en la que estén ubicadas. Las pautas

de funcionamiento generales las fija el Sindicato Nacional y la puesta en práctica la hacen los responsables comarcales. Los recursos humanos y materiales los establece el Sindicato Nacional con participación de la Unión Comarcal. Desde 1997 ha bajado el nivel de ingresos de las asesorías por el cambio en el tipo de conflictividad y ahora todas tienen déficit. Se están introduciendo las nuevas tecnologías para reducir la carga administrativa. El número de asuntos va en aumento. Las estadísticas sobre asuntos tramitados por cada asesoría de Galicia no se elaboran con arreglo a criterios unificados. En algunas no se contabilizan los asuntos iguales mientras que en otras sí. En … no se hacía. TERCERO.- El demandante estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 4 de abril de 2002 hasta el 9 de diciembre del mismo año; en el parte consta el diagnóstico de "distimia"; en el parte de alta se hace constar como diagnóstico "cuadro depresivo". En el informe clínico emitido por la psiquiatra de la Unidad de Salud Mental del SERGAS se hace constar que el demandante está a tratamiento en esa Unidad desde el 21 de marzo de 2002 por sintomatología ansioso-depresiva de intensidad moderada de un año de evolución en relación con conflicto laboral. El día 26 de mayo de 2003 el demandante ha causado nueva baja laboral por recaída. CUARTO.- El día 27 de marzo de 2001 el demandante dirigió una carta a la Comisión Ejecutiva del Sindicato Nacional de CC.OO. de … (Lugo) solicitando la adopción de medidas para que se procediera al abono de una cantidad en concepto de seguro de coche y ayudas de desplazamiento. Asimismo ponía en conocimiento la existencia de una "mal ambiente laboral, enrarecido e negativo". El demandante dirigió al Delegado de Personal, para la Comisión de Personal, un escrito el día 28 de mayo de 2001 en el que manifestaba una serie de quejas sobre una supuesta "actitud de beligerancia e desconfianza" de la Secretaría de la Unión Comarcal así como sobre falta de abono de kilometraje y compensación de seguro coche. Consta copia del escrito en el ramo de prueba de la parte actora por lo que se tienen por reproducido. En relación con los gastos de kilometraje el Secretario de Servicios de Política Institucional del Sindicato Nacional de CCOO remitió al demandante una carta el día 25 de septiembre de 2001 de la que figura unida copia al ramo de prueba de la parte demandada por lo que se da por reproducida. QUINTO.- La Secretaria de la Unión Comarcal de … es doña C.V.A.; esta Sra. tiene poder para representar a la empresa y en tal calidad compareció al acto de conciliación ante el SMAC por despido de la trabajadora doña A.H.A.L. el día 6 de febrero de 2001. El demandante fue propuesto como testigo de la parte actora en el proceso seguido por la trabajadora doña M.J.P.V. por despido en el Juzgado de lo Social número Tres de Lugo (Autos 42/2002). La trabajadora citada en el párrafo anterior sufrió un mal ambiente durante el año 2000 respecto de sus relaciones con al Sra. V.; no había comunicación entre ellas. Se le anunció su despido con dos meses de antelación pero, a los quince días, la trabajadora causó baja laboral. El demandante apoyó a la trabajadora, incluso en contra de la opinión de ella misma. Desde ese momento se incrementaron por parte de la Sra. V. los comentarios despreciativos hacia el demandante que ya existían con anterioridad. SEXTO.- El día 16 de noviembre de 2001 la Secretaría General de Unión Comarcal de CCOO de ., Sra. V., envió al demandante una carta en la que comunicaba la necesidad de hacer un planning del trabajo por semanas. En el ramo de prueba de la parte actora consta la carta que se tiene, por tanto, por reproducida. Las personas a las que afectaba la obligatoriedad de hacer el planning de trabajo eran el demandante, como trabajador de la empresa, y, como sindicalistas, la Sra. V. y doña A.R.B. Doña A. es cuñada del demandante. La administrativa no debía cubrir el planning porque siempre estaba en la sede de la Unión Comarcal. En este planning el demandante debía hacer constar donde estaba, si iba a juicios cuando y a qué hora eran, cuales etc. El planning se impuso después de junio de 2001. Hasta ese momento el demandante había tenido libertad de horario y flexibilidad. SÉPTIMO.- En la Asesoría Jurídica de … se instaló un ordenador para uso del demandante en fecha que no consta. En la Unión Comarcal de Ourense no hay equipo informático. En Coruña hubo un tiempo en que no hubo apoyo administrativo pero ahora sí lo vuelve a haber. El apoyo administrativo al demandante en su trabajo lo hacían la administrativa, contratada a media jornada, y la Sra. V. El apoyo consistía en escribir los escritos, atender al teléfono, citas, facturación atención al público etc. La Sra. V. reconoció en el acto del juicio haber hecho al demandante "miles" de escritos con anterioridad al conflicto surgido entre ellos. En un momento que no consta con exactitud pero que se pueda fijar entre los meses de mayo y junio del año 2000, se decidió retirar el apoyo administrativo al demandante de forma que se dijo a la administrativa, doña A., que no le hiciera fotocopias al demandante y que con el tiempo debería dejar de hacerle sus escritos. No se le dio ninguna explicación. La Sra. V. dejó de apoyar administrativamente al demandante. El trabajo no

había bajado, se atendían consultas cada diez minutos. A menudo, en los años 1999 y 2000 se prolongaba la jornada e incluso el demandante se quedaba trabajando cuando la administrativa se iba. Las Asesorías Jurídicas de las Comarcas tienen gran autonomía en general, hay unas exigencias horarias para las consultas pero no suele haber problemas con el horario, los problemas suelen ser de medios materiales y personales. No existe control diario del trabajo de los técnicos que prestan servicio en las Asesorías. En la mayoría de las comarcas la administrativa está compartida y ayuda a los letrados. OCTAVO.- La Sra. V. hizo comentarios a doña A. e contra del demandante tales como que no se sabía adonde iba, que se iba con su padre, incluso que el actor aceptaba regalos, que tenía consulta aparte y que no iba al Juzgado cuando debía. En los años 1999 y 2000 el demandante y doña A. hacían la limpieza de la oficina, el baño etc. NOVENO.- En noviembre de 2000 comenzó a trabajar en la Unión Comarcal una nueva administrativa, doña M.J.P.L.. Sus funciones eran pasar escritos de la asesoría, llevar las actualizaciones del Convenio, atender a los clientes, apoyar al demandante para documentación, cobros y otras funciones. A los cinco o seis meses del inicio de su prestación de servicios se le dijo que los escritos fáciles los haría J.L. (el demandante) y que ella sólo hiciera los complejos, también que sólo le hiciera fotocopias cuando hubiera público y en caso contrario, que las hiciera él. Se le pidió por parte de la Sra. V. que cada vez que hiciera un escrito para el actor debería hacer un informe sobre ello y presentárselo. Cuando llegó un nuevo ordenador para el demandante se le ordenó por la Sra. V. que ya no hiciera nada para J.L. Hasta ese momento sólo había un ordenador compartido. La Sra. P. envió un escrito a … con una pretensión acerca de su categoría profesional. Cuando apareció la carta en … la llamaron tres miembros de la ejecutiva, la Sra. V., E. y P., los dos primeros le pidieron explicaciones y ella se sintió humillada por lo que lloró. Hicieron alusión a que fue el demandante quien le había hecho la carta, lo que no era cierto. La trabajadora comentó el problema, dentro de la sede de la Unión Comarcal, con una compañera llamada C. que pidió explicaciones a los de la ejecutiva. El demandante bajaba por allí y preguntó qué pasaba; entonces la Sra. V. le llamó "chulo e incompetente". En el periodo de trabajo de la Sra. P. la Sra. V. hacía a veces consultas a los afiliados. Cuando J.L. no estaba en el despacho ella entraba, revisaba los expedientes y miraba todo lo que hacía el demandante. Los días de consulta en …, martes y jueves, la Sra. P. y el demandante raramente salían a las 20,00 horas, que era la hora de fin de jornada. A partir de esa hora se recibían llamadas en el despacho; el número del teléfono desde el que se hacían las llamadas quedaba reflejado en la pantalla del teléfono que las recibía; la llamada entrante correspondía al teléfono móvil de la Sra. V., que la Sra. P. conocía de memoria; cuando contestaban al teléfono, el llamante colgaba. DÉCIMO.- El demandante llevó un asunto referido a un seguro, sobre el que le iba informando, al Sr. R.V.E., quien fue miembro de la Ejecutiva hasta el año 1999 y sigue siendo afiliado. Hace unos tres meses fue a consultar por el asunto cuando el demandante estaba de baja. La Sra. V. le dijo que la asesoría funcionaba mal y que ya le llamarían, cosa que no hicieron. Cuando el demandante se reincorporó tras su baja comunicó al Sr. V. que el expediente había caducado a pesar de que él había dejado una nota sobre el plazo en el expediente. El Sr. C., miembro de la ejecutiva manifestó al Sr. V. que había cogido el cargo porque había problemas entre la Sra. V. y el demandante. Hace un año y medio aproximadamente, el Sr. V. vio a la Sra. V. en el interior de un coche aparcado en … a escasos metros de la sede donde el demandante pasaba consulta un día a la semana, en concreto los miércoles. Seguidamente se encontró con el demandante quien le dijo que no podía entrar porque el local se hallaba cerrado; el demandante dijo al Sr. V. que había llamado a la Sra. V. y que ésta le había dicho que "se buscase la vida". En febrero de este año el Sr. V. acompañó a un señor llamado E. al Sindicato. Allí vieron la demanda del Sr. E. que había sido presentada con un garabato que no era la firma de este señor. Hubo que desistir y presentar una demanda nueva. UNDÉCIMO.- En un juicio en el que participaba el demandante asistiendo a la parte actora y, por la parte contraria, el Letrado Sr. Don F.P.G., el cliente del demandante manifestó que alguien del sindicato en ... le había dicho que el demandante y el testigo eran amigos por lo que el actor se iba a dejar ganar en el juicio y que tuviera cuidado; fue un comentario muy serio. El Letrado Sr. P. presenció como funcionarios de los Juzgados de Lugo le daban recado al actor de que habían llamado preguntando por él de …, del sindicato, así como que, al devolver la llamada el demandante, le decían en el sindicato que nadie le había llamado. DUODÉCIMO.- El Sr. O.E.M., que es afiliado desde hace unos treinta años. En una ocasión acompañó a una persona por un asunto de jubilación y, al reclamar por cómo se había llevado el asunto estando el demandante de baja, les dijeron en el Sindicato que iba a haber un ase-

sor de verdad porque hasta ese momento no lo había habido. El Sr. E. llamó al Sr. G., Coordinador de Política Sindical y Servicios, para quejarse de la forma en que estaban tratando al actor. En una ocasión en que este Sr. fue a consultar una cosa, se encontró a la Sra. V. en el despacho del actor, ésta le dijo al demandante que podía empezar a trabajar a lo que éste contestó que lo haría cuando le dejase libre el despacho; ella tardó un poco en salir del despacho; hubo un momento de tensión. DECIMOTERCERO.- En la sede del sindicato en …, donde el demandante pasaba consulta los lunes, se empezaron a recibir llamadas extrañas a las horas de consulta durante algunos meses; sonaba el teléfono y luego colgaban. La persona que está como liberada en la sede de …, doña A.B.C, comentó estos hechos en una reunión en … porque se sentía controlada y la Sra. V. le dijo a la Sra. B. que ella a veces hacía llamadas y que, en ese momento, alguien entraba y se veía obligada a colgar; el comentario de la Sra. V. lo hizo por su propia iniciativa, al darse por aludida, porque la Sra. B. no se lo reprochó a ella directamente. DECIMOCUARTO.- doña A.R.B. es sindicalista liberada y formó parte de la ejecutiva de la Unión Comarcal de … hasta mayo de 2001. Es cuñada del demandante. Abandonó el cargo porque no estaba de acuerdo con la forma en que la Sra. V. trataba a la administrativa, y considera que la vigilaba, la acosaba, la revisaba su trabajo, sus cajones etc.. La Sra. R. participó en el despido de doña A. pero luego consideró que el problema estaba en la Sra. V. al ver que los problemas se reproducían con la nueva administrativa Sra. P. Cuando el demandante no estaba en la sede, la Sra. V. miraba todos los papeles y el trabajo que hacía el actor, cogía los expedientes y los miraba. DECIMOQUINTO.- La Sra. V. manifestó a don E.D.V., a raíz de que él manifestó que iba a pagar al demandante un pleito, tras otros tres que le había pagado antes, que no le diera ningún dinero, que ni se le ocurriera. DECIMOSEXTO.- El demandante se quejó al Sr. C.P., miembro de la ejecutiva desde abril de 2002, de que se acumulaba el trabajo y que le tenían que echar una mano. En una reunión en la que participó el Sr. C. así como el demandante, el Letrado de la parte demandada ahora actuante, Sr. E. y la representante de los trabajadores, el actor planteó que tenía mucho trabajo y que para atender a todo se veía saturado y que necesitaba una secretaria unas horas a lo que el Sindicato le contestó que lo hiciera él. Algunos afiliados se quejaban de que tenían que esperar mucho para ser atendidos. DECIMOSÉPTIMO.- Durante la situación de baja del demandante, ha sido sustituido por el Letrado Sr. B.P. que presta servicios en los tres locales de la Unión Comarcal de … salvo los jueves y viernes, que no pasa consulta. Los escritos los hace él y otras personas más o menos a medias. Él pasa las notas y alguien redacta los escritos. No tiene que hacer planning escritos de su trabajo día a día. DECIMOCTAVO.- En los últimos años el trabajo en las asesorías del sindicato ha ido cambiando por el soporte informático. Los Letrados preparan sus trabajos; en algunas asesorías se ayuda a los Letrados, por ejemplo en Vigo y en La Coruña, en otras el administrativo es compartido con la Unión Comarcal. A veces los sindicalistas ayudan en el trabajo administrativo, a veces hacen vías previas. En alguna ocasión doña A.C.S., Delegada de Personal de la empresa y que presta sus servicios como administrativa en la Asesoría del Sindicato Nacional en Santiago, hizo escritos al demandante, como favor a un compañero; en esos momentos la administrativa de … estaba de baja. En la reunión en la que se trató de las quejas del demandante a la que se ha hecho referencia en el Fundamento Decimosexto se habló de que el demandante tenía que hacer la labor informática; la Sra. V. asumió, en esa reunión, hacer el apoyo administrativo al demandante porque la compañera estaba muy ocupada; también se trató el tema de que el demandante no tuviera que llevar trabajo a casa. El demandante se quejó, en esa reunión, de que se firmaban escritos con su nombre y su firma cuando él estaba de baja y se comentó que era una práctica habitual entre compañeros y que el nuevo abogado tenía que seguir lo ya iniciado. En la región el demandante manifestó que se sentía presionado. DECIMONOVENO.- El día 17 de octubre de 2002, mientras el demandante estaba de baja, se presentó un escrito ante el Juzgado de lo Social Tres de Lugo en el procedimiento número 32/2002; el demandante niega su firma. De la misma forma, niega su firma en los documentos presentados en este Juzgado siguientes: escrito de 16 de abril de 2002, en los autos 169/02, solicitando la suspensión de los actos de conciliación y juicio. Escrito de 12 de noviembre de 2002, en los autos 566/02, ejecución 120/01, solicitando la insolvencia definitiva de la demandada. Y escrito de 12 de noviembre de 2002, autos 44/02, impugnando un recurso de reposición. El demandante no realizó esos escritos ni los firmó. VIGÉSIMO.- Consta en los autos copia del Convenio Colectivo de aplicación que se tiene por reproducido. VIGÉSIMOPRIMERO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores en la empresa. VIGÉSIMOSEGUNDO.- El acto de conciliación tuvo lugar el día 4

de abril de 2003, con el resultado de "SEN AVINZA". En el acto del juicio compareció, como representante de la empresa don J.C.R.G. con poder notarial que se relaciona en el acta.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don J.L.P.C. contra la empresa SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA, y el MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro rescindida con esta fecha la relación laboral que unía a las partes, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar al demandante una indemnización de TREINTA Y TRES MIL SIETE EUROS CON SETENTA Y CÉNTIMOS (33.0007,81 euros), por la rescisión de su contrato de trabajo, más una indemnización adicional de DIEZ MIL NOVECIENOS NOVENTA Y TRES EUROS CON DOCE CÉNTIMOS (10.993,12 euros) en concepto de resarcimiento de los daños morales causados".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara haber lugar a la rescisión del contrato a instancias del demandante condenando a la empresa demandada al abono de la indemnización de 33.007,81 € por la rescisión del contrato y a la de 10.993,12 € adicional por los daños morales causados.

Frente a ella el demandado-condenado interpone recurso de suplicación y al amparo de Art. 191a) de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la infracción de normas o garantías del procedimiento que le han producido indefensión como son los Art. 147 y 187 de la Ley 1/200 de Enjuiciamiento Civil, toda vez que no consta que las actuaciones orales se hayan registrado mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido que debe efectuase bajo la fe del Secretario Judicial. Y si no pudieran utilizarse por cualquier causa, el Art. 187.2 de la LEC prevé que en tales casos la vista se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial.

La sala entiende que la denuncia no puede prosperar porque al folio 45 de autos aparece documentada el acta del juicio oral donde se hace constar la asistencia del secretario y todo su contenido y al folio 266 el nuevo acta que se documentó para la practica de las diligencias pedidas para mejor proveer y que consistieron en la prueba testifical y en ella se hace constar que comparece el oficial habilitado, haciendo y dando fe como el secretario, ya que el artículo 282 de la LOPJ establece:

1. No obstante lo establecido en el artículo anterior, los Secretarios podrán habilitar a uno o más Oficiales para que autoricen, las actas que hayan de realizarse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y de comunicación.

2. Estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas; la responsabilidad de la autenticidad de los hechos o actos acreditados recaerá sobre el Oficial autorizante.

Por lo que no se ha producido irregularidad alguna en el procedimiento que le haya provocado indefensión al recurrente-condenado.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del Recurso y al amparo del Art. 191 b) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto se interesa:

A) la supresión del párrafo primero del HDP cuarto de la sentencia que dice: «El día 27 de marzo de 2001, el demandante dirigió una carta a la Comisión Ejecutiva del Sindicato Nacional de CC.OO. de … (Lugo) solicitando la adopción de medidas para que se procediera al abono de una cantidad en concepto de seguro de coche y ayudas de desplazamiento, asimismo, ponía en conocimiento la existencia de un "mal ambiente laboral, enrarecido e negativo".»

La supresión que se postula viene amparada en que el soporte probatorio utilizado por la Juez "a quo" no resulta suficiente para establecer tal HDP, ya que el documento obrante al folio 85 de autos, si bien es una carta encabezada por el demandante, es lo cierto que la misma carece de firma y registro de entrada en el Sindicato al que va dirigido, lo cual no prueba que dicho escrito hubiese sido recibido por la citada comisión ejecutiva.

B).- Se solicita también la supresión del párrafo segundo del mismo HDP cuarto que señala: «El demandante dirigió al Delegado de Personal, para la Comisión de Personal, un escrito el día 28 de mayo de 2001 en el que manifestaba una serie de quejas sobre una

supuesta "actitud de beligerancia e desconfianza" de la Secretaria general de la Unión Comarcal, así como sobre la falta de abono de kilometraje y compensación de seguro de coche. Consta copia del escrito en el ramo de prueba de la parte actora por lo que se tienen por reproducido.»

El escrito que avala este HDP obra al folio 87 de autos y pese a que en este caso en el mismo aparece estampada la firma del actor, no consta ningún acuse de recibo.

No procede suprimir ninguno de los hechos ya que el juez de instancia tiene por enviados y recibidos los documentos y además a una de las quejas que hace el actor en ellos le dan contestación, como señala el párrafo tercero de HDP 4º.

C).- Respecto al HDP quinto se interesa su modificación en los términos siguientes

Intercalar, tras "La Secretaria de la Unión Comarcal de …", la frase "a quien se imputa las acciones de acoso moral".

No procede por no ser necesario, ni alegar base para ello, aunque sea cierto.

D).- Suprimir en el HDP quinto la referencia a los "comentarios despreciativos" que se realizan en el último párrafo. Se admite ya que es un concepto valorativo de unos datos y hechos objetivos que la sentencia de instancia recoge luego en la fundamentación jurídica y en otros hechos, como lo de chulo, incompetente, que la asesoría funcionaba mal, que no iba al juzgado cuando debía, etc.

E).- En el HDP noveno se pretende la supresión del inciso final de párrafo cuarto, que dice «Cuando J.L. no estaba en el despacho ella entraba, revisaba los expedientes y miraba todo lo que hacía el demandante.»

No procede, por que tal afirmación se refiere a que se revisaban y comprobaban los expedientes y trabajos del actor y a dicha conclusión se llega por el juez de instancia a través de la prueba testifical y esta es inhábil a los efectos revisorios en virtud de lo dispuesto en el art. 191 b) LPL que solo se refiere a la documental y pericial.

F).- Se interesa la adición de un nuevo párrafo al HDP decimoprimero, del siguiente tenor literal:

«Dicho Letrado, Sr. P.G., recogió notificaciones dirigidas al actor.»

La modificación pedida viene avalada por el contenido del folio 263 de autos, según el cual dicha persona que compareció como testigo de la parte actora, se halla estrechamente vinculada al mismo, lo que queda acreditado al recoger en nombre del actor la notificación relativa al Auto por el que acuerdan como diligencias finales la práctica de la prueba testifical anteriormente denegada.

Esta adición no es trascendente para el fallo, por cuanto en la prueba testifical y a través de las preguntas generales se determina la relación y se pone de manifiesto el interés del mismo en el pleito, circunstancias que el juez de instancia valora a la hora de tener en cuenta esos testimonios.

G).- Respecto al HDP decimonoveno se postula su supresión, porque el contenido de este hecho, está totalmente desvinculado de núcleo decisorio, sin que aporte nada a favor o en contra de las pretensiones del demandante.

La supresión no prospera porque la sentencia de instancia basa sus conclusiones y accede a la rescisión entre otros motivos por la presentación de escritos a nombre del actor y de los que el niega las firmas.

TERCERO.- En sede jurídica y al amparo de de lo establecido en el art. 191.c) de la L.P.L., denuncia infracción, por aplicación indebida, de los arts. 4.2.d) y e) ET. y 15 de la C.E., en relación con los arts. 49.1. y 50.1.c) del E.T por entender que ni de los hechos de la demanda, ni de los consignados en la sentencia como hechos declarados probados -por mas que se pretenda dar elasticidad al principio pro operario-, se infiere la presencia de patología denominada acoso moral o "mobbing".

El art. 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores establece:"Serán causas justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los art. 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente".

El T.S. en sentencias de 22.05.95 y 02.11.96, señala que los incumplimientos empresariales "no deben contraerse a las obligaciones pactadas en el contrato, sino que

deben extenderse a todas aquellas que, cualquiera que sea su origen, hayan sido asumidas por el empresario frente y en provecho del trabajador en virtud de la suscripción del contrato, siempre que reúna las notas de gravedad e imputabilidad, en la medida en que quedan excluidos los supuestos de fuerza mayor".

Y la Sentencia de 26.10.92 declara que son dos los requisitos exigidos por el ap. c) del estatutario art. 50.1 para la apreciación de la justa causa extintiva regulada en el mismo: A) Un incumplimiento contractual grave por parte del empresario, no comprendido en los aps. a) y b).

B) Que este incumplimiento sea voluntario, es decir, atribuible a dolo o culpa del propio empleador, pues así se colige de la exclusión de los casos de fuerza mayor.

Alega el demandante como causa de la rescisión el acoso moral o "mobbing", fenómeno que ha sido objeto de estudio por la psicología que lo ha definido en el ámbito del trabajo como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo, al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido.

El acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de la implantación de medidas organizativas —no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.- medidas de aislamiento social —impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.-, medidas de ataque a la persona de la víctima —críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc.-, medidas de violencia física, agresiones verbales —insultos, amenazas, rumores sobre la víctima, etc.

Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio –abusivo o arbitrario– de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona –básicamente su dignidad e integridad moral–, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés –mal entendido– empresarial. (STSJ Galicia de 12.09.02 AS 2.603)

También la sentencia del TSJ del País Vasco alegada por el recurrente de 26.02.02 (AS 2.932), al definir y estudiar el acoso dice: los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima. Y esta diferencia será la que permita distinguir los dos planos diferenciados de protección legal frente a estas conductas. Así frente al ejercicio arbitrario del poder empresarial, no estando comprometidos otros posibles y distintos derechos fundamentales, cabrán las respuestas que proporciona la legalidad ordinaria, mientras que frente al acoso la respuesta la obtendremos del art. 15.1 Constitución Española por constituir como antes se indicó un atentado al derecho a la integridad moral.

Pero también ejercicio arbitrario del poder empresarial y acoso moral se diferencian por el perjuicio causado. En el primer caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo, en el segundo su integridad psíquica, su salud mental.

Esta diferencia exige por tanto la práctica de medios de prueba distintos y así quien invoque padecer acoso moral no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso demuestre: «Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido. Y que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología...».

Pues bien, examinados los hechos probados, entendemos que existen datos suficientes para que prospere la acción ejercitada y por lo mismo la confirmación de la sentencia de instancia. Así, los daños psíquicos se han acreditado a través del informe médico emitido por especialista en psiquiatría que recoge la sintomatología del demandante ansioso depresivo y que relaciona y fija como su causa, en un conflicto laboral.

Por otro lado la integridad moral ha sido atacada de modo reiterado y de forma sistemática y recurrente a través de los comentarios de la Sra. V. que no solo le insultó en

alguna ocasión llamándole chulo e incompetente, sino que además duda de sus capacidades o las pone en entredicho al afirmar que la asesoría funcionaba mal o que iba a haber un asesor de verdad porque hasta el momento no lo había habido.

Desde otro aspecto y como recoge la sentencia de instancia se controla su trabajo no solo a través del planning que se le obliga a llevar, que en si mismo no parece arbitrario, sino a través de formas inquisitoriales como llamadas de teléfono que se interrumpen para controlar si estaba o no, del examen de sus papeles y expedientes en su ausencia y todo ello sin motivo, ni justificación, al no haber ni quejas de su trabajo ni necesidad del control, sino que se hacen solo para poner en evidencia la falta de confianza en su trabajo y desprestigiarle ante sus compañeros.

Se trata por otro lado de influir negativamente en su trabajo suprimiéndole el apoyo y la colaboración administrativa de forma improcedente es decir, prohibición de que se le hicieran fotocopias salvo que hubiera publico, hacer solo los trabajos complicados y que los fáciles los hiciera él o exigir a la administrativa que elaborase un informe cada vez que le hiciera un trabajo al actor; es evidente que se trata de una orden caprichosa y no justificada que le provoca no solo un malestar innecesario en su trabajo sino que le impide desarrollarlo correctamente, al privarle de los medios necesarios para ello y menoscabar si dignidad profesional y personal, que se pone en manos de la que debería ser la auxiliar de su trabajo (Sra. P.). Por último es evidente que la utilización de su firma y los comentarios hacia su trabajo en presencia de terceros perjudican su reputación personal y laboral lo que desemboca en que en que el demandante abandone su trabajo por motivos psicológicos con su baja por IT y por último demande la rescisión de la relación laboral con el ejercicio de esta acción y es por ello que entendemos que la conducta de la demandada es constitutiva de acoso laboral al ser denigrante y vejatoria para aquél y que justifica la extinción del contrato conforme al artículo 50.c) del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Por último y con el mismo amparo procesal, se denuncia infracción por aplicación indebida de los arts. 180.2 y 279.2.b) de la LPL, y de la doctrina jurisprudencial, contenida entre otras en STS de 02.07.01, en cuanto a la indemnización adicional; dado que el proceso se tramitó por las reglas del procedimiento ordinario, no es atinente traer a colación un precepto específico del proceso de tutela de los derecho fundamentales a los efectos de posibilitar la percepción de una indemnización complementaria a la legalmente prevista en el art. 50 ET para los supuestos de extinción de contrato por voluntad del trabajador.

La más reciente jurisprudencia, permite la acumulación de pretensiones de despido o rescisión e indemnización por violación de derechos fundamentales, siempre que se acredite el daño realmente producido. Así, en la Sentencia del Alto Tribunal de 12 de junio de 2001 (RJ 2001\5.931)), se señala que «El artículo 53.2 de la Constitución Española dispone que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". Para dar cumplimiento al mandato constitucional, en el ámbito laboral, se incluyó en los Textos de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 (RCL 1990\922, 1.049) y en el vigente de 7 de abril de 1995 el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, Capítulo XI, del Título 11 del Libro 11, modalidad procesal aplicable a las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales (art. 181). Este proceso satisface las exigencias constitucionales de preferencia y sumariedad, entendido este término en su significación vulgar de proceso sustancialmente rápido y abreviado. Pero en los supuestos de despido, el art. 182 remite, "inexcusablemente, a la modalidad procesal correspondiente". Y siendo así que los derechos fundamentales y libertades a que nos estamos refiriendo no pueden quedar sin un procedimiento "preferente y sumario" para su tutela, ha de concluirse que el proceso por despido es el idóneo para decidir sobre estos extremos, debiendo entenderse desplazado el mandato del art. 27.2 de la Ley Procesal por el del art. 182. Entenderlo de otro modo obligaría al trabajador afectado a emprender un proceso distinto, que –no siendo el de despido– habría de ser el ordinario, que no reúne los requisitos constitucionalmente exigidos. Esa interpretación, por otra parte, violentaría el mandato legal que remite, en estos casos, al proceso de despido. Tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite».

Dicha doctrina jurisprudencial, tiene su fundamento en las elaboraciones de la denominada «tesis integrativa», propugnada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 10/2001, de 29 de enero (RTC 2001\10), y que tiene por objeto no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Así mismo el TS en unificación de doctrina considera que, declarada la violación del derecho fundamental, se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización del mismo, cuya cuantía debe cifrarse ponderando las circunstancias concurrentes en el caso, naturaleza de la lesión y período de tiempo que duró el comportamiento (SSTS 09.06.93 [RJ 1993\4.553] y 08.05.95 [RJ 1995\3.752]).

Y según las Sentencias del TS (22.07.96 [RJ 1996\6.381] puntualizando las anteriores de 09.06.93 [RJ 1993\4.553], y 08.05.95 [RJ 1995\3.752]), no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, o la vulneración de un derecho fundamental, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización, pues es obligado que el demandante alegue, en su demanda, las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate y las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión.

Es cierto que, en la medida en que no existen normas expresas para la fijación de la cantidad indemnizatoria, dicha facultad compete a los Tribunales de instancia discrecionalmente, sin que las mismas deban revisarse por el Tribunal «ad quem» cuando se ajusten a los parámetros previstos en cada caso concreto. Ahora bien, con respecto a este margen, ese mismo factor de discrecionalidad puede ser corregido si se constata la evidente desproporción entre el daño realmente inferido y la satisfacción acordada en la sentencia (STS 20.04.92 [RJ 1992\2.662]).

Así las cosas y teniendo en cuenta que el demandante lleva desde el año 2000 sufriendo el acoso y las consecuencias que de ello derivaron como la baja laboral con recidiva procede la indemnización de perjuicios morales, como reconoce la sentencia de instancia. No existiendo datos objetivos que permitan su minoración dado el fundamento del cálculo art. 279.2.b) de la L.P.L.

Por lo expuesto procede, dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia contra la sentencia de fecha 10.06.03, dictada por el juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, en el Procedimiento nº 406-03 sobre rescisión, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3736 Recurso núm. 4.930/03

S.S. DESPEDIMENTO. INEXISTENCIA DE VARIACIÓN SUBSTANCIAL NA DEMANDA: DADOS NON TIDOS EN CONTA NA SENTENZA. NON CONCORRE INDEFENSIÓN. NON PROSPERA A EXCEPCIÓN DE CADUCIDADE: DATA DE CONSTATACIÓN INEQUÍVOCA DA BAIXA NUN DESPEDIMENTO TÁCITO. GRUPO DE EMPRESAS. SUBROGACIÓN NO SECTOR DE VIXIANCIA DE SEGURIDADE: REQUISITOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a cinco de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.930-2003, interpuesto por las EMPRESAS "C.P.V.C., S.A.", "P.I., S.L.", "C.P.VI., S.A." y "P.C.I., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 219-03 se presentó demanda por don A.P.B., don J.G.G., don F.J.C.P., don A.P.L., doña I.L.A., doña F.F.S. y don D.G.L. en reclamación de Despido siendo demandados, EMPRESAS "C.P.V.C., S.A." Y "P.I., S.L.",

"C.P.VI., S.A." y "P.C.I., S.L.", don M.H.R., don A.H.R., EMPRESA "A.S., S.L." y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de abril de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Para la empresa "C.P.V.C., S.A.", dedicada a la actividad de seguridad, vienen prestando servicios los actores con las siguientes antigüedades, categorías y salarios mensuales prorrateados: don A.P.B. desde el 01.09.95 como vigilante de explosivos con un salario mensual prorrateado de 1.187,87 euros, don J.G.G. desde el 11.01.95 como vigilante de seguridad y un salario de 1.183,15 euros, don F.J.C.P. desde el 05.07.98 como vigilante de seguridad y un salario de 1.028,80 euros, don A.P.L. desde el 05.09.95 como vigilante de seguridad y un salario de 1.028,80 euros, doña I.L.A. desde el 17.04.98 como administrativa y un salario de 1.294,56 euros, doña F.F.S. desde el 07.03.98 como jefe de personal y un salario de 1.461,51 euros y don D.G.L. desde el 20.03.01 como vigilante de seguridad y un salario de 1.028,80 euros.. Segundo.. Con fecha de efectos 12.12.02 se dio de baja a los mismos en la TGSS, excepto a don F.J.C.P. que lo fue en fecha 09.12.02. Dichas bajas fueron tramitadas por F.S.L., Jefe de seguridad de "C.P.V.C., S.A." y apoderado.- Tercero.- Los actores prestaron servicios para las empresas que se mencionarán en los siguientes períodos: don A.P.B. prestó servicios para "C.P.V.C., S.A." desde el 01.09.95 a medio de diversos contratos hasta el 12.12.02. Don J.G.G. prestó servicios para "C.P.V.C., S.A." en diversos periodos desde el 11.01.95 al 12.12.02, para "P.C.I., S.L." desde el 12.11.02 AL 23.12.02 y para "C.P.VI., S.A." desde el 24.12.02 figurando de alta en la actualidad. Don F.J.C.P. prestó servicios para "C.P.V.C., S.A." desde el 09.07.98 al 24.09.98, del 21.06.06.99 al 31.01.00, del 01.02.00 al 31.10.02 y del 01.11.02 al 09.12.02, para "P.I., S.L." desde el 01.10.98 al 28.11.98, del 29.11.98 al 31.03.99 y del 07.04.99 al 20.06.99; para "P.C.I., S.L." desde el 12.11.02 al 31.01.03 y para "C.P.VI., S.A." desde el 01.02.03 figurando de alta en la actualidad. Don A.P.L. prestó servicios para "C.P.V.C., S.A." desde el 05.09.95 al 31.01.00, del 01.02.00 al 31.10.02 y del 01.11.02 al 12.12.02 y para "P.C.I., S.L." desde el 13.11.02 al 11.12.02. Doña I.L.A. prestó servicios para "C.P.V.C., S.A." desde el 17.04.98 al 31.01.00, desde el 01.02.00 al 31.10.02 y del 01.11.02 al 12.12.02; para "C.P.VI., S.A." desde el 09.10.98 a 30.04.00 y para "P.C.I., S.L." desde el 23.11.00 al 30.11.00 y del 01.02.01 al 24.02.01. Doña F.F.S. prestó servicios para "C.P.V.C., S.A." desde el 07.03.98 al 31.01.00, del 01.02.00 al 31.10.02 y del 01.11.02 al 12.12.02 y don D.G.L.: para "C.P.V.C., S.A.": del 20.03.01 al 19.09.01 del 20.09.01 al 31.10.02 y del 01.11.02 al 12.12.02, para "P.C.I., S.L." desde el 12.11.02 a 31.01.03, para "C.P.VI., S.A." del 01.02.03 figurando de alta en la actualidad.- Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 08.01.03, la misma tuvo lugar en fecha 22.01.03 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda los actores el día 23.01.03. A dicho acto acudió la Sra. Ugarte Alonso según autorización obrante en las papeletas.- Quinto.- "C.P.V.C., S.A." se constituyó a medio de escritura de 11.12.84, siendo administrador único el Sr. S.A., con domicilio de la sede principal en Barcelona, y con domicilio en la provincia de Pontevedra en …-Vigo. El objeto social esta configurando por la vigilancia y protección de bienes establecimientos etc. instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad. La mercantil "P.I., S.L." se constituyó a medio de escritura de 22.10.87 transformándose en S.L. en fecha 02.04.92, siendo administrador único el Sr. S.A., con los mismos domicilios que la anterior y como objeto social el mantenimiento de cualquier tipo de bienes muebles e inmuebles, así como servicios de limpieza, conserjes porteros etc.- Sexto.- "P.C.I., S.L." fue constituida a medio de escritura de 17.03.98, si bien con otra denominación que se modificó a la actual en fecha 10.06.02. Son socios de la misma al 50% A.J. y don M.H.R., siendo administrador único el primero de los mencionados. Su domicilio social es …-Vigo y el objeto social el control de entradas y documentos en instalaciones e inmuebles, servicios de guarda y aparcacoches, telefonista, ordenanzas hujieres, celadores etc, estando expresamente excluida de su objeto social las actividades de seguridad privada. 25 trabajadores de "C.P.V.C., S.A." pasaron a prestar servicios para "P.C.I., S.L.", la mayoría el 30.10.02. 89 de los 143 trabajadores que ha tenido esta última mercantíl has prestado servicios para "P.I., S.L.", "C.P.VI., S.A." se constituyó el 28.02.96, siendo su objeto social la vigilancia y protección de bienes etc., así como el depósito, custodia y vigilancia de explosivos. Los socios fundadores fueron los hermanos H.R., ostentando M. el cargo de administrador único, hasta el 05.07.02 en que se nombró a E.R. El domicilio social era …,

ampliándose el objeto social el 19.07.02 a la instalación de aparatos y sistemas de vigilancia y seguridad, explotación de centrales de alarmas, depósito, recuento y custodia de monedas, billetes, títulos valores etc.- Séptimo.- A.J.H.R. prestaba servicios para "C.P.V.C., S.A.", siendo apoderado de la misma con amplias facultades en virtud de poder de fecha 05.11.99, que fue revocado el 20.05.02. De igual forma M.H.R. tenía conferido poder de dicha mercantil con fecha 29.06.01 que fue revocado el 20.05.02. Damos aquí por reproducidos el contenido de dichos poderes.- Octavo.- "C.P.VI., S.A." remite a la mercantil "L., S.L." en fecha 01.11.02 escrito en el que se hace constar que con motivo de la reestructuración del grupo, todos los contratos que mantienen pasaran a la denominada "C.P.VI., S.A." quien pasará a efectuar la facturación correspondiente con fecha de efectos 01.11.02. Igual escrito se remitió a "D.V., S.A." Asimismo "C.P.VI., S.A." ha sucedido en los servicios de vigilancia que con anterioridad prestaba "C.P.V.C., S.A." en diversas empresas tales como: "C.N.P.F., S.A.", "U.E.E., S.A." etc.- Noveno.- La delegación en Vigo de "C.P.V.C., S.A." se cerró en fecha 03.12.02, según comunicación de la Unidad Central de Seguridad Privada. En fecha 19.11.02 la Intervención de armas de guardia Civil procede a levantar acta de depósito de las armas de "C.P.V.C., S.A." a instancias de F.S.L. En fecha 21.11.02 el actor don A.P.B. procede a depositar en la intervención de armas dos pertenecientes a la anterior mercantil, haciéndose constar en el acta como motivo del depósito "cierre de delegación".- Décimo "C.P.VI., S.A." solicitó la inscripción el registro de empresas de seguridad, remitiendo la Unidad Central de Seguridad Privada escrito con fecha 11.09.02 al grupo de seguridad Privada de Vigo para que se proceda a inspeccionar las instalaciones sociales, sitas en ... "C.P.VI., S.A." fue autorizada como empresa de seguridad en fecha 19.12.02.-Undécimo.- Doña I.L.A. fue elegida representante de los trabajadores en las elecciones celebradas el 05.07.99."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por los actores, debo declarar y declaro improcedente el despido de que fueron objeto los mismos con fecha 12.12.02 por parte de la empresa "C.P.V.C., S.A." a la que condeno solidariamente con las mercantiles "P.I., S.L.", "P.C.I., S.L.", y "C.P.VI., S.A." a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de los trabajadores a abonarles las siguientes indemnizaciones: don A.P.B. 12.987 euros, don J.G.G. 14.065 euros, don F.J.C.P. 6.842 euros, don A.P.L. 11.232 euros, doña I.L.A. 9.053 euros, doña F.F.S. 10.466 euros y don D.G.L. 2.677 euros, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión; absolviendo de las pretensiones en su contra deducidas a "A.S., S.L.", A.J. y M.H.R., teniendo por desistida a la parte actora de su demanda frente a doña F.S.M. y don J.S.A., todo ello con intervención del FOGASA."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, EMPRESAS "C.P.V.C., S.A.", "P.I., S.L.", "C.P.VI., S.A." y "P.C.I., S.L." siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por los actores y declara la improcedencia del despido de que fueron objeto los mismos con fecha 12.12.02 por parte de la empresa "C.P.V.C., S.A." a la que condena solidariamente con las mercantiles "P.I., S.L.", "P.C.I., S.L." y "C.P.VI., S.A.", a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de los trabajadores o a abonarles las indemnizaciones que en la misma se designan. Contra dicha resolución interponen recurso de suplicación los representantes legales de las citadas empresas. Por razones de orden práctico y de sistemática procesal hemos de comenzar analizando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de "C.P.V.C., S.A." y de "P.I., S.L.", al plantear una serie de excepciones previas a la revisión fáctica y la cuestión de fondo.

Así en el primer motivo del recurso de suplicación se postula, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., la nulidad de todo lo actuado y se decrete la inadmisión a trámite de la demanda porque, a su juicio, se infringió lo dispuesto en el artículo 66.2 de la L.P.L., en relación con lo dispuesto en el artículo 4, 9 y 11 del R.D. 2.756/79 de 23 de noviembre, regulador del Instituto de la Mediación, arbitraje y conciliación y del artículo 18 de la L.P.L. por considerar que no se cumplió el trámite de la conciliación previa exigido, dado que el día señalado para la celebración del acto de conciliación, compareció

la letrada Sra. U. quien no acreditaba representación suficiente de los actores.

Ha de venir desestimada la alegación formulada por cuanto hay constancia de la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 08.01.03, que tuvo lugar el 22 del mismo mes con el resultado de sin avenencia, como así se recoge en el ordinal cuarto de la resolución recurrida y, contrariamente a los postulado, en la misma papeleta de conciliación y a medio de otrosí digo consta que los trabajadores demandantes autorizaron a la letrada Sra. U. a los efectos de comparecer al acto de juicio, autorización ratificada por la firma de los propio actores. Y el artículo 9.2 del invocado Decreto 2.756/79 establece que también puede admitirse la representación mediante la aportación de escrito del interesado designando específicamente al que comparece como representante.

En segundo lugar, bajo el mismo amparo procesal del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., se alega la infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 80 c) y 18 de la L.P.L. en relación con el 24 de la CE y 1.137 de la L.E.C., solicitando la nulidad de todo lo actuado al momento de ser admitida a trámite la demanda, al considerar que se han modificado los hechos alegados en la papeleta de conciliación, ya que en ella nada se indicaba de que los Sres. H.R., doña F.F.S. y doña I.L.A., eran representantes sindicales de la empresa, como se indica en el apartado 3º de la demanda. Al respecto señalar que tal consideración es, en este concreto caso totalmente irrelevante, habida cuenta que la resolución recurrida no la tienen en cuenta ya que otorga la opción de readmisión a las empresas codemandadas.

Con idéntico amparo procesal se alega que ha habido defecto formal en la forma de proponer la demanda con subsanación que debió ser exigida de oficio, porque siendo ampliada la demanda, según diligencia de ordenación de fecha 24 de marzo de 2003, no existe documento de ampliación en las presentes actuaciones. El motivo decae pues el documento en cuestión consta unido a las presentes actuaciones en los folios 1 bis y 2 del designado primer tomo.

También se denuncia la infracción de los artículos 273 y siguientes de la L.E.C., 90 y 94.1 de la L.P.L. y 24 de la CE, al considerar que toda la prueba documental debió ser comunicada a las partes a la recepción de la misma y que la falta de conocimiento de la recepción de documentos supone una vulneración del principio de tutela judicial efectivo y provoca a esta parte la más absoluta de las indefensiones, por lo que pide la nulidad de todo lo actuado hasta el momento procesal anterior a la celebración del juicio. También sustenta esta petición de nulidad en la circunstancia de que no constan a los autos los documentos a que se refiere el escrito presentado por D.F. de fecha 15 de abril de 2003, obrante al folio 260 del primer tomo.

En primer lugar señalar que contrariamente a lo postulado por la recurrente ni se le ha privado de su derecho a la tutela judicial efectiva ni ha existido indefensión, cuando dicha parte ni siquiera ha hecho constar en el acta de juicio expresa y formal protesta; pues a las partes intervinientes compete actuar con la debida diligencia "sin que puedan alegar indefensión quien se coloca a si mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible" (por todas, STC 172/2000 de 26 de junio). Pues solo son susceptibles de causar indefensión los errores imputables al órgano judicial, pero no aquellos otros que se deban única y exclusivamente a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia del recurrente o de los profesionales que lo representan o defienden (SSTC 112/1993 de 29 de marzo, 18/1996 de 12 de febrero y 78/1999 de 26 de abril). Así pues la nulidad pretendida, por supuesta indefensión, ha de venir rechazada de plano. Pero es que además los motivos aducidos merecen el más absoluto rechazo. Pues respecto a la primera alegación, dicha prueba documental, solicitada por las partes y admitida por la Juzgadora "a quo", obra unida a los autos y a disposición de las partes, a las que se les dio traslado tal y como consta en acto de juicio y buena prueba de ello es que la parte recurrente "C.P.V.C., S.A.", ha impugnado los tres primeros documentos de las codemandadas y de la actora se han impugnado los documentos tres al nueve. Por lo que atañe a los documentos que se dicen desaparecidos, decir que no se produjo tal desaparición ya que los documentos remitidos por Froid se encuentran unidos a los autos a los folios 360 a 365 del tomo primero.

También se denuncia por esta parte recurrente incongruencia omisiva al no efectuar la sentencia de instancia pronunciamiento alguno respecto a la baja no voluntaria de fecha 31.10.02, así como que la resolución carece de toda motivación que sustente el fallo.

Contrariamente a lo alegado la cuestión ha sido abordada en la sentencia de instancia al analizar y rechazar las excepciones invocadas

por la parte demandada, llegando la Juzgadora a la conclusión razonada de que "...aunque con anterioridad a diciembre de 2002 "C.P.V.C., S.A." hubiese realizado actos tendentes a extinguir el vínculo laboral de los actores....es lo que cierto que de forma inequívoca se constata la extinción de los contratos cuando los actores conocen su baja, y esto ocurre el 07.01.03".

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. denuncia la misma parte recurrente la revisión de los hechos primero y segundo de la sentencia para los que postula el siguiente texto alternativo: 1º) Los actores han permanecido adscritos como trabajadores de la empresa "C.P.V.C., S.A.", dedicada a la actividad de Seguridad, conforme a las siguientes antigüedades, categorías, y salarios mensuales prorrateados: don A.P.B.. Antigüedad 5 de julio de 1995. Categoría profesional Guarda de Seguridad. Habiendo prestado sus servicios a tiempo parcial para el período comprendido entre el día 1 de septiembre de 1995 hasta el 18 de enero de 1999. Percibiendo un salario conforme al Convenio Colectivo de 800,81 Euros (…)". "(…) Don J.G.G. Quien acredita una situación de Alta para "C.P.V.C., S.A." de fecha 11 de noviembre de 1995, habiendo prestado sus servicios a tiempo parcial para el periodo comprendido entre el día 11 de enero de 1995 hasta el 31 de agosto de 1995, a razón de un 46% de la jornada; y para el periodo de 9 de septiembre de 1995 a 28 de julio de 1995, a razón del 28,8% de la jornada; y del 1 de agosto de 1997 a 30 de marzo de 1998, a razón de un 50% de la jornada. Con categoría profesional de Vigilante de Seguridad, y un salario de 888,42 Euros. Asimismo inició la prestación de sus servicios para "P.C.I., S.L." para el período de 12 de noviembre de 2002 a 23 de diciembre de 2002 a tiempo completo, y para el periodo de 24 de diciembre de 2002, hasta cuando menos el día de juicio, para la empresa "C.P.VI., S.A." para dichas mercantiles el contrato fue suscrito a tiempo completo (…)". "(…) Don J.C.P., acredita una situación de Alta para "C.P.V.C., S.A." de 21 de junio de 1999. Categoría profesional Vigilante de Seguridad, y un salario a efectos de indemnización de 865,85 euros. Asimismo, inició la prestación de sus servicios para "P.C.I., S.L." a partir del 12 de noviembre de 2002, a tiempo completo sin constar baja en la prestación de sus servicios para dicha mercantil (…)". "(…) Don A.P.L., acredita una situación de Alta para "C.P.V.C., S.A." con una antigüedad del 5 de septiembre de 1995, habiendo prestado sus servicios para el periodo 11 de noviembre de 2002 al 11 de diciembre de 2002 parra la empresa "P.C.I., S.L." Categoría profesional de Vigilante de Seguridad, un salario mensual con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias de 826,12 Euros (…)". "(…) Doña I.L.A., acredita una situación de Alta para "C.P.V.C., S.A." de 1 de febrero de 2002, con categoría profesional de auxiliar Administrativa, y un salario conforme a Convenio, de 741,59 Euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. Asimismo la trabajadora permaneció inscrita para la empresa "C.P.VI., S.A." para el período comprendido entre el día 9 de octubre de 1998 a 30 de abril de 2000; para la empresa "P.C.I., S.L." para el período de 23 de noviembre de 2000 a 30 de noviembre de 2000; y 21 de febrero de 2001 a 24 de febrero de 2001. Habiendo prestado sus servicios a tiempo parcial para el período 23 de noviembre de 2000 a 30 de noviembre de 2000 a razón de un 12% de la jornada para "P.C.I., S.L." (…)". "(…Doña F.F.S., acredita una situación de Alta para "C.P.V.C., S.A." de fecha 7 de marzo de 1998, una categoría profesional de Jefe de Personal, y un salario de 1.295,93 Euros, conforme al Convenio Colectivo (…)". "(…) Don D.G.L., acredita una situación de Alta para "C.P.V.C., S.A." de fecha 20 de marzo de 2001, habiendo prestado sus servicios para el período comprendido entre el día 12 de noviembre de 2002 al 31 de enero de 2003, a tiempo completo, para la empresa "P.C.I., S.L."; y para el período comprendido entre el día 1 de febrero de 2003 hasta la actualidad, para la empresa "C.P.VI., S.A." Categoría profesional de Vigilante de Seguridad, y un salario de 826,12 Euros a los efectos de indemnización, conforme al resto de sus compañeros con idéntica categoría profesional." Y para el hecho 2º propone el siguiente texto: "Don A.P.B. fue dado de baja en la Seguridad Social, en el número de cuenta de cotización … en fecha 31 de octubre de 2002, número de cuenta de cotización cuyo epígrafe corresponde a la provincia de Pontevedra. Fue cursada Alta en fecha 1 de noviembre de 2002 al 12 de diciembre de 2002 en el número de cuenta de cotización de "C.P.V.C., S.A.", nº …, correspondiente al número de cuenta de cotización de La Coruña. Correspondiendo el epígrafe 15 a la referida provincia, en ningún el momento dicho trabajador prestó sus servicios en la provincia de La Coruña. Don J.G.G. fue cursada Alta de cotización en "C.P.V.C., S.A.", núm. … en fecha 1 de noviembre de 1995, y baja en dicha cuenta de cotización en fecha 31 de octubre de 2002, pasando a ser cursada Alta en el número de cuenta … para "P.C.I., S.L." en fecha 12 de noviembre de 2002, y baja en fecha 23 de diciembre de 2002. Pasando a ser nueva Alta en el Código de Cuneta de Cotización … para la empresa "C.P.VI., S.A." en fecha 24 de octubre

de 2002 hasta la actualidad, habiéndose cursado nueva Alta para el referido trabajador en el número de cuenta de cotización … para el período 1 de noviembre de 2002 al 12 de diciembre de 2002, correspondiendo al número de cuenta de cotización … al código de cuenta de cotización de Pontevedra, y el núm. … al código de cuenta de cotización de Pontevedra, y el núm. … a la Provincia de La Coruña. Dicho trabajador en ningún momento prestó sus servicios en la provincia de La Coruña. Don F.J.C.P., fue dado de Alta en el número de cuenta de cotización … en fecha 21 de junio de 1999, adscrito a la empresa "C.P.V.C., S.A.", fue dado de baja en dicho número de cuenta de cotización el día 31 de octubre de 2002, para pasar a cursar nueva Alta en fecha 1 de noviembre de 2002 a 9 de diciembre de 2002 al número de cuenta …ue la empresa "C.P.V.C., S.A." mantenía en La Coruña, para ser nuevamente dado de Alta al número de cuenta …ra la empresa "P.C.I., S.L." en fecha 12 de noviembre de 2002 hasta la actualidad. Dicho trabajador en ningún momento prestó sus servicios en la provincia de La Coruña. Don J.G.G. fue dado de Alta en la Seguridad Social en fecha 11 de noviembre de 1995 al número de cuenta de cotización …ra "C.P.V., S.A." hasta el día 28 de julio de 1997, pasando al código de cuenta de cotización …ra el periodo de 1 de agosto de 1997 hasta el 31 de enero de 2000, adscrito a la empresa "C.P.V., S.A.", siendo dado de alta en fecha 1 de febrero de 2000 hasta el día 31 de octubre de 2000 al número de cuenta …icho número de cuenta de cotización correspondía a los que tenía la empresa "C.P.V., S.A." (ahora "C.P.V.C., S.A.") en la provincia de Pontevedra, pasando en fecha 1 de noviembre de 2000 a 12 de diciembre de 2002 a aparecer adscrito en el número de cuenta de cotización correspondiente a la provincia de La Coruña, en el número de cuenta ..Y nueva Alta en la Seguridad Social para el periodo 12 de diciembre de 2002 al 23 de diciembre de 2002 en el número de cuenta de cotización … para la empresa "P.C.I., S.L.". Pasando a ser nueva Alta en la Seguridad Social al número de cuenta de cotización … para la empresa "C.P.VI., S.A." para el período de 24 de diciembre de 2002 hasta la actualidad. Dicho trabajador en ningún momento prestó sus servicios en la provincia de La Coruña para "C.P.V., S.A." (ahora "C.P.V.C., S.A."). Don F.J.C.P., fue dado de alta en la Seguridad Social para "C.P.V., S.A.", al número de cuenta de cotización correspondiente a la provincia de Pontevedra, al número …, para el período 26 de junio de 1999 a 31 de enero de 2000; y en el número de cuenta de cotización … para "C.P.V.C., S.A." para el período 1 de febrero de 2000 a 31 de octubre de 2000. Habiendo sido cursado Alta en la Seguridad Social al número de cuenta de cotización …, correspondiente al código de cotización de La Coruña, para el período 1 de noviembre de 2002 a 9 de diciembre de 2002; y nueva alta en la Seguridad Social para el número de cuenta de cotización … para el período de noviembre de 2002 hasta la actualidad, para la empresa "P.C.I., S.L.". Dicho trabajador no prestó sus servicios en ningún momento para la empresa "C.P.V.C., S.A." en la provincia de La Coruña. Don A.P.L., fue dado de alta en la Seguridad Social en el número de cuenta de cotización … para al empresa "C.P.V., S.A." (hoy "C.P.V.C., S.A.") para el período 9 de septiembre de 1995 al 31 de enero de 2000; al número de cuenta de cotización … para "C.P.V.C., S.A." en fecha 1 de febrero de 2000 al 31 octubre de 2000. Siendo dado de Alta en fecha 30 de noviembre de 2002 a 11 de diciembre de 2002 al número de cuenta de cotización … para la empresa "P.C.I., S.L.", correspondiente al código de cuenta de cotización de la provincia de Pontevedra. Pasando en fecha 1 de noviembre de 2002 a 12 de diciembre de 2002 a ser dado de Alta en el número de cuenta de cotización … en la empresa "C.P.V., S.A." con el código correspondiente a la provincia de La Coruña. Dicho trabajador en ningún momento prestó sus servicios en la provincia de La Coruña. Doña I.L.A., fue dada de Alta en la Seguridad Social en el número de cuenta de cotización … para la empresa "C.P.V.C., S.A." para el período 1 de febrero de 2000 al 31 de octubre de 2002. Siendo dada de Alta en el número de cuenta de cotización … en el código de cotización de "C.P.V., S.A." para el periodo 1 de noviembre de 2002 al 12 de diciembre de 2002, correspondiendo el código de cotización de La Coruña. Dicha trabajadora en ningún momento prestó sus servicios en la referida provincia. Asimismo, fue dada de Alta para "P.C.I., S.L." en fecha 13 de diciembre de 2002. Don D.M.G.A., fue dado de Alta en el número de cuenta de cotización … para la empresa "C.P.V.C., S.A." en fecha 20 de marzo de 2003 al 31 de octubre de 2002; pasando a ser dado de alta en el número de cuenta de cotización … para la empresa "C.P.V., S.A." para el periodo 1 de noviembre de 2002 al 12 de diciembre de 2002; y parra el número de cuenta de cotización … para la empresa "P.C.I., S.L." para el periodo 12 de noviembre de 2002 al 31 de enero de 2003; y para el número de cuenta de cotización … para la empresa "C.P.VI., S.A." para el periodo 1 de febrero de 2002 hasta la actualidad. Dicho trabajador no prestó en ningún momento sus servicios en la provincia de La Coruña para las recurrentes. Doña F.F.S., fue dada de Alta en la Segu-

ridad Social al número de cuenta de cotización … para la empresa "C.P.V.C., S.A." para el periodo 1 de febrero de 2000 al 31 de octubre de 2000; pasando a ser dada de Alta en el número de cuenta de cotización … para "C.P.V., S.A." para el periodo de 1 de noviembre de 2000 al 12 de diciembre de 2002. Dicho trabajador no prestó en ningún momento sus servicios en la provincia de La Coruña para las recurrentes."

La modificación pretendida respecto a la antigüedad, categoría y salario percibido, no puede encontrar favorable acogida ya que dichas cuestiones fueron hechos incontrovertidos en el pleito en tanto que ni han sido discutidas ni han sido objeto de oposición por la parte demandada en el momento procesal oportuno. Por otro lado resulta totalmente irrelevante señalar en la resultancia fáctica el número de cuenta de cotización, así como que existiese una baja a fecha 31.10.02, por cuanto existe una nueva alta y posterior y definitiva baja en fecha 12.12.02 para todos los actores, salvo para don F.J.C.P. que lo fue en fecha 09.12.02.

Bajo el mismo amparo procesal postula la revisión del hecho cuarto y la adición de un nuevo hecho probado, para los que ofrece el siguiente texto alternativo: 4º) "Fue presentada Papeleta de Conciliación ante el Servicio de Conciliaciones Individuales, el día 08 de enero de 2003, teniendo lugar el acto de conciliación el día 22 de enero de 2003 con el resultado de sin avenencia. Siendo efectuada por la representación de la empresa, impugnación de la representación otorgada por los actores a la letrada compareciente. Levantándose el Acta con el resultado de sin avenencia. Los actores presentaron ante el Juzgado de lo Social el día 23 de enero de 2003. Al acto de conciliación acudió la letrada doña B.U.A., según representación decía ostentar en base al Otrosí de la Papeleta de Conciliación en la cual se indicaba literalmente: "Que para el acto de conciliación se confiere Poder a la letrada doña B.U.A.". En dicha Papeleta no existía facultad expresa de representación, ni facultad para obligarse, contratarse, o transaccionar. La representación procesal de "C.P.V.C., S.A." formuló Recurso de Reposición contra la Providencia de fecha 5 de febrero de 2003, por la cual se admite a trámite la demanda, al entender no concurría en el escrito el haber evacuado el trámite de conciliación previa ante el servicio de conciliaciones". 12.- "La empresa "C.P.V.C., S.A." cursó baja en la Seguridad Social para los actores, con fecha de efectos el día 31 de octubre de 2002, indicando como causa de la baja: BAJA NO VOLUNTARIA (doc. Nº 793). Consecuencia de que la empresa "C.P.VI., S.A." y "P.C.I., S.L." se instalaron en las oficinas de "C.P.V.C., S.A." en …Vigo, se hicieron propios los clientes de "C.P.V.C., S.A." y los trabajadores que eran de éstas, cesó en su actividad mercantil en la provincia de Pontevedra en fecha 31 de octubre de 2003. No dando ocupación, ni pagó salario alguno a sus trabajadores, cuando menos a partir de dicha fecha. Los actores pasaron sin solución de continuidad, a prestar sus servicios adscritos a "P.C.I., S.L." inicialmente, para pasar con posterioridad a "C.P.VI., S.A.", apareciendo inscritos en la Seguridad Social como trabajadores en idénticos momentos para "P.C.I., S.L.", "C.P.VI., S.A.", o para "C.P.V.C., S.A.""

Tampoco puede prosperar la revisión instada, en el caso del ordinal cuarto porque las fechas de la conciliación y de la presentación de las papeletas de conciliación y demanda, al igual que el nombre de la letrada ya vienen recogidas en el ordinal cuarto, y la redacción que se pretende incorporar incluye valoraciones jurídicas que no pueden tener cabida en la relación de hechos probados. Y en el otro caso (nuevo hecho probado) porque es un claro intento de sustituir el objetivo e imparcial criterio alcanzado por la Juzgadora de instancia, después de valorar los distintos medios de prueba (incluida también la testifical), por la parcial y presumiblemente interesada opinión de la recurrente; y porque el carácter extraordinario del recurso de suplicación solo permite la revisión de la declaración de hechos probados cuando el documento en que se apoya acredita de manera clara y rotunda la existencia de error en la valoración de la prueba, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas o deducciones más o menos lógicas.

TERCERO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado denuncia la recurrente la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 103.1 de la L.P.L., en relación con lo dispuesto en el artículo 65.1 del mismo texto legal y del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores alegando la caducidad de la acción planteada al haberse presentado la demanda fuera de plazo y por no haberse tenido por evacuado el trámite de conciliación previa.

Por lo que respecta a esta última cuestión nos remitimos a lo anteriormente expuesto al analizar las excepciones, en concreto la primera de inadmisión a trámite de la demanda; y en cuanto a la caducidad señalar, tal como de relieve la sentencia de instancia, que el "dies a quo" a partir del cual comienza a contar el plazo es el día 07.01.03 cuando, tras

oír comentarios, solicitan los actores el informe de vida laboral y es cuando constatan de forma inequívoca que su baja en la empresa es de fecha 12.12.02. Como la papeleta de conciliación la presentan ante el SMAC el día 08.01.03, teniendo lugar la misma el día 22.01.03 con el resultado de sin avenencia y, presentada la demanda el día 23.01.03, es evidente que la acción no ha caducado.

En el siguiente motivo (octavo del recurso) se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, en relación con lo dispuesto en el artículo 49.a del Estatuto de los Trabajadores y con lo dispuesto en el artículo 44, apartados 1 y 2 del precitado texto legal alegando, en esencia, que no se acreditó de forma alguna la existencia de dicha decisión unilateral extintiva y al no haber existido ruptura alguna de la relación laboral, nos encontramos – dice – que existe una manifiesta falta de acción y derecho para reclamar por despido.

Al respecto solo cabe añadir a lo arriba expuesto que indiscutida la existencia de la relación laboral con la codemandada recurrente y permaneciendo inalterado el ordinal segundo hemos de convenir que estamos ante un despido tácito, como pone de relieve la sentencia de instancia, pues ha quedado debidamente probado la extinción de los contratos, hecho que constatan los trabajadores el 07.01.03.

El siguiente motivo (noveno del recurso) denuncia la infracción del artículo 1 del E.T. al entender que existe una falta de legitimación activa para ser demandada "P.I., S.L." al no existir vínculo contractual con los actores en el momento del inexistente despido, por lo que ningún tipo de responsabilidad corresponde a la misma.

El inalterado hecho probado quinto de la resolución recurrida declara probado que "C.P.V.C., S.A." se constituyó a medio de escritura de 11.12.84, siendo administrador único el Sr. Serrano Arévalo, con domicilio de la sede principal en Barcelona, y con domicilio en la provincia de Pontevedra en …Vigo. El objeto social esta configurando por la vigilancia y protección de bienes establecimientos etc. instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad. La mercantil "P.I., S.L." se constituyó a medio de escritura de 22.10.87 transformándose en S.L. en fecha 02.04.92, siendo administrador único el Sr. S.A., con los mismos domicilios que la anterior y como objeto social el mantenimiento de cualquier tipo de bienes muebles e inmuebles, así como servicios de limpieza, conserjes porteros etc.". Es decir ambas sociedades comparten domicilio social y administrador único. Y según se pone de relieve en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con valor de hecho probado, entre ambas se han trasvasado personal, en concreto uno de los actores. Así las cosas ha de estimarse acertada la conclusión de que ambas sociedades conforman un grupo unitario de empresas.

En el último motivo la representación procesal de "C.P.V.C., S.A." y de "P.I., S.L.", denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 26.2 y 56.1 del E.T. en relación con lo dispuesto en el artículo 110.1 de la Ley Rituaria Laboral, alegando que esta parte ha solicitado redacción alternativa en cuanto a la antigüedad de los actores y de los salarios y contratos que les han vinculado con las demandadas, por ello se interesa que se dicte sentencia por la cual se cuantifiquen las indemnizaciones correspondientes.

Es conveniente recordar que no se ha accedido a la revisión solicitada ya que dichas cuestiones fueron hechos incontrovertidos en el pleito en tanto que ni han sido discutidas ni han sido objeto de oposición por la parte demandada en el momento procesal oportuno.

CUARTO.- La representación legal de "C.P.VI., S.A." también interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declara la condena solidaria y en el primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. postula la modificación de los hechos probados sexto y octavo, proponiendo además la adición de dos nuevos hechos, todos ellos del siguiente tenor literal: Para añadir al 4º hecho el siguiente texto: "Tras la vigilancia del objeto social de la empresa "C.P.VI., S.A.", se solicitó de la Dirección Provincial de la Policía la autorización, en fecha 19.12.02, para llevar a cabo actividades de vigilancia y protección de bienes, siendo inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad del Ministerio del Interior, prestando su primer servicio de vigilancia el día 24.12.02 para la empresa "D.E., S.L."". El hecho octavo quedaría redactado del siguiente tenor literal: ""C.P.VI., S.A." suscribe contrato de arrendamiento de servicio con la mercantil "L., S.L." el 01.11.02, iniciándose el primer servicio el 23.12.02. Asimismo "C.P.VI., S.A." ha sucedido en los servicios de vigilancia que con anterioridad prestaba "C.P.V.C., S.A." en diversas empresas, tales como: "D.E., S.L." suscribiendo contrato en fecha 20.12.02, iniciando el primer servicio de vigilancia el día 24.12.02; "U.E.E., S.A.", iniciando el primer servicio con esta empresa el 01.02.03, en virtud de contrato suscrito en fecha 01.01.03; "C.N.P.F., S.L.", con la que inicia el primer servi-

cio el 10.02.03 según contrato de fecha 27.01.03; para don J.M.F.P., según contrato de 17.02.03, iniciando el primer servicio el día 01.04.03". Para el nuevo hecho propone el 12º siguiente texto: ""D.F., S.A.", rescinde con efectos 01.04.03 el servicio de vigilancia contratado con "C.P.V.C., S.A." y esta a su vez remite a otros trabajadores (no a los actores) comunicación escrita haciéndoles saber que serán subrogados por "C.P.VI., S.A." de conformidad con el art. 14 del convenio colectivo de empresas de seguridad. "C.P.VI., S.A." comunica a la Tesorería General de la Seguridad Social que procede a dar de alta a los trabajadores que prestaban servicios en "D.F., S.A."". Y para el nuevo hecho 13º "Los trabajadores contratados como vigilantes de seguridad, don A.P.B., don J.G.G., don F.J.C.P. y don A.P.L., así como don D.G.L. y no trabajaron 7 meses consecutivos en el mismo centro de trabajo."

La revisión propuesta ha de encontrar favorable acogida al encontrar apoyo en la prueba documental obrante a los autos; a título de ejemplo cabe citar la resolución de la Dirección General de la Policía de fecha 19.12.02 (folio 825); informe de la Jefatura provincial de la comisaria de Pontevedra (folio 826); contratos de arrendamientos de servicios (folios 325, 350, 481 y 487, así como en los folios 453 a 473); comunicación efectuada por "D.F., S.A." a "C.P.V.C., S.A." (folio 829) y cartas de CPV a distintos trabajadores (folios 831 y 832). Que los trabajadores contratados como vigilantes de seguridad que figuran en el nuevo hecho probado, no trabajaron siete meses consecutivos en el mismo centro de trabajo, es un hecho expresamente reconocido por los propios trabajadores.

QUINTO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, al amparo del párrafo c) del repetido artículo 191 de la L.P.L. denuncia la infracción por falta de aplicación del artículo 14 del Convenio Colectivo de ámbito estatal de empresas de seguridad de fecha 31.01.02, alegando que en modo alguno puede considerarse a la recurrente como sucesora de "C.P.V.C., S.A." y de "P.I., S.L.", al no concurrir los requisitos necesarios para ello.

El invocado Convenio en el artículo 14, en el apartado relativo a la subrogación de servicios de vigilancia, establece que "cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador".

En primer lugar cabe destacar que a la fecha en que se produjo el despido de los trabajadores demandantes que, según el inalterado ordinal segundo de la resolución recurrida es de fecha 12.12.02, la empresa codemandada "C.P.VI., S.A.", todavía no había concertado contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia en la empresa donde aquellos prestaban sus servicios, habida cuenta de que el primer servicio se inicia para "L., S.L." el día 23 de diciembre de 2002, siendo los otros servicios de fechas posteriores. Ello bastaría para rechazar la subrogación, pero es que además en el supuesto enjuiciado, tampoco se ha acreditado aquella antigüedad mínima de siete meses, antes al contrario los trabajadores reconocen al absolver posiciones que no han trabajado siete meses consecutivos en el mismo centro de trabajo. Añadir, si cabe, que resulta significativo que en la extinción de los contratos de los trabajadores en fecha 12.12.02, la empresa para la que aquellos venían prestando sus servicios, "C.P.V.C., S.A.", ni tan siquiera alegó como causa una posible subrogación. También que los trabajadores demandantes, inicialmente, hubieran dirigido la demanda únicamente contra "C.P.V.C., S.A." y "P.C.I., S.L.", viéndose obligados a ampliarla cuando, a la vista de la alegación de falta de litis consorcio pasivo necesario invocado por la demandada, el Juzgador de instancia le concede un plazo de cuatro días a los efectos de ampliar la demanda.

SEXTO.- Contra la resolución de instancia, en concreto contra la condena solidaria, también interpone recurso de suplicación la representación legal de "P.C.I., S.L.", en cuyo primer motivo, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. denuncia la infracción del artículo 1.184 del Código Civil en relación con el artículo 2 del Reglamento de Seguridad Privada aprobado por R.D 2.364/94 de 9 de diciembre, alegando que en el hecho probado sexto de la sentencia recurrida se transcribe cual es el objeto social de la mercantil recurrente, señalando que está expresamente excluido de su objeto social las actividades de seguridad privada y dos de los actores son vigilantes de seguridad, lo que la condena a readmitir o indemnizar comporta una condena imposible. También se invoca el mismo motivo

anteriormente analizado, esto es la infracción por falta de aplicación del artículo 14 del Convenio Colectivo de ámbito estatal de empresas de seguridad de fecha 31.01.02.

Al ser este último motivo el mismo y estar apoyado en los mismos argumentos que el que ha sido examinado en el anterior fundamento jurídico, sin necesidad de cualquier otro análisis y para evitar repeticiones innecesarias nos remitimos a lo anteriormente expuesto para estimar el recurso de suplicación de "C.P.VI., S.A." y que hace igualmente acogible el formulado por "P.I., S.L."

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede la estimación de los recursos de suplicación formulados por las dos últimas sociedades citadas y la desestimación del formulado por la representación de "C.P.V.C., S.A." y de "P.I., S.L."

Fallamos

Que debemos estimar los recursos de suplicación formulados por las representaciones legales de "C.P.VI., S.A." y de "P.C.I., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº cuatro de Vigo, de fecha 25 de abril de 2003 a las que se absuelve de las peticiones deducidas en la demanda; desestimando el recurso de suplicación formulado por la representación de "C.P.V.C., S.A." y de "P.I., S.L.", confirmando la resolución de instancia en todos los extremos que a las mismas afecta.

3737 Autos núm. 8/03

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. ALTERNACIÓN ANTE TEMPUS DALGUNHA DAS SÚAS CLÁUSULAS POR ACORDO ENTRE AS PARTES LEXITIMADAS, VÁLIDAMENTE ASINADO NA COMISIÓN NEGOCIADORA. ENTRADA EN VIGOR DO MESMO O DÍA DA SÚA PUBLICACIÓN NO DOG.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a seis de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En autos núm. Autos nº 8/2003 seguidos a instancia del CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra el MINISTERIO FISCAL, XUNTA DE GALICIA-CONSELLERIA DE PRESIDENCIA DE ADMINISTRACION PUBLICA. COMISIONES OBRERAS, UGT Y CSI-CSIF, siendo el objeto del litigio IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 22 de septiembre de 2003, tuvo entrada en esta Sala de lo Social demanda de impugnación de Convenio Colectivo formulada por la Confederación Intersindical Galega (CIG), que fue admitida a trámite citándose a las partes para celebración de los actos de conciliación y de juicio el 23 de octubre de 2003, acordándose por providencia de fecha 9 de octubre, la suspensión, efectuándose un nuevo señalamiento para el 30 de octubre de 2003, con la asistencia de la Confederación Intersindical Galega, representada y asistida por la Letrado doña M.V.C., por el Ministerio Fiscal comparece el ILmo. Sr. Don J.L.C.S. y por los demandados: Xunta de Galicia-Conselleria de Presidencia y Administración Pública, comparece el letrado don S.V.V.; por UGT, el procurador don J.L.C.B. y asistida por la Letrado doña M.J.L.L.; por CC.OO. es representada y asistida por el letrado don P.G.C. y por el CSI-CSIF, representada y asistida por la letrado doña C.R.M. Abierto el acto, por la parte actora se afirma y ratifica en la demanda y por las demandas se pusieron a la misma por los motivos que constan acreditados en autos; recibido el juicio a prueba, por las partes se propone Documental y por UGT se propone Testifical, que fue declarada pertinente, acordándose su unión a los autos, previo traslado, procediendo seguidamente a la restante prueba. 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, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz.

Hechos probados

1º.- Por resolución de fecha 23 de mayo de 2002 de la Dirección General de Relaciones Laborales, fue publicado en el DOG nº 106/2002 de 4 de junio de 2002, el texto del IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. Dicho

Convenio fue aprobado por la Xunta de Galicia con los Sindicatos CIG, CC.OO., UGT y CSI-CSIF, fijándose su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el DOG, estipulándose como término final de su vigencia la de 31 de diciembre de 2004.

2º.- Con fecha 17 de diciembre de 2002 tuvo lugar reunión del Comité Intercentros del IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, en la que se trató, como único punto del orden del día, la propuesta de Función Pública, aportada por la Consellería de Medio Ambiente, con el fin de incorporar al IV Convenio Único propuesta de modificación del mismo, relativa a la consolidación del empleo temporal a efectos de transformarlo en empleo estable. La propuesta contenía el texto siguiente: "La cobertura de los puestos vacantes en la RTP de personal laboral de la Consellería de Medio Ambiente, vinculados a los acuerdos de consolidación del empleo estructural público se efectuarán, con carácter excepcional, en la primera convocatoria pública de cada categoría no aplicando lo previsto en el artículo 9 del IV Convenio Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia". Dicha propuesta contó con nueve votos a favor (5 de CC.OO., 3 de UGT y 1 de CSI-CSIF) y cuatro votos en contra del Sindicato CIG, aprobándose la misma por contar con la mayoría de votos requerida.

3º.- Posteriormente, con fecha 19 de diciembre de 2002 tuvo lugar reunión de la Comisión Negociadora de modificación del IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, con representantes de la Administración Autonómica, acordándose redactar un acuerdo, que se introducirá como disposición adicional décimo séptima del citado Convenio Colectivo Único, con el contenido siguiente: "La cobertura de los puestos vacantes en la relación de puestos de trabajo de personal laboral de la Consellería de Medio Ambiente, vinculada a los acuerdos de consolidación del empleo estructural público se efectuará, con carácter excepcional, en la primera convocatoria pública de cada categoría, no aplicando lo previsto en el artículo 9 del IV Convenio Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

Igual medida podrá ser, previo acuerdo entre las partes, de aplicación para otros procesos de consolidación de empleo que se puedan dar en el ámbito de aplicación del IV Convenio Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia".

4º.- El acuerdo anterior fue adoptado con el voto favorable de la Administración y de las Organizaciones Sindicales CC.OO., UGT y CSI-CSIF, que ostentan el 69.2% de representatividad en el Comité Intercentros, mientras que la Organización Sindical CIG manifestó su voto en contra.

5º.- Por Resolución de fecha 23 de diciembre de 2002 de la Dirección General de Relaciones Laborales, se ordenó el registro y publicación en el Diario Oficial de Galicia del acuerdo referido en el ordinal 3º. Y en el citado Diario Oficial de fecha 24 de diciembre de 2002 se publicó el mencionado acuerdo, añadiéndose una disposición adicional décimo séptima al IV Convenio Único en los términos indicados en el 3º ordinal, estableciéndose que dicha disposición adicional entraría en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de Galicia.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Confederación Intersindical Galega postula en la demanda la declaración de nulidad del contenido de la disposición adicional décimo séptima en su integridad, disposición que fue introducida en el IV Convenio Colectivo Único para el persona laboral de la Xunta de Galicia con posterioridad a la publicación del mismo, así como se anule la fecha de su entrada en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de Galicia. La pretensión del Sindicato demandante no puede ser acogida, a la vista de los hechos declarados probados por la Sala, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, han sido extraídos valorando la prueba documental aportada por las partes en litigio, así como valorando la prueba testifical practicada a instancia del Sindicato UGT.

SEGUNDO.- Tal como se desprende del relato fáctico, la modificación introducida en el IV Convenio Colectivo Único del personal laboral de la Xunta de Galicia, tras las reuniones habidas entre la Administración y los representantes sindicales, tiene por objeto la transformación del empleo temporal en empleo estable, y para salvar el obstáculo que representa el artículo 9 del citado Convenio, el cual obliga a reservar el 50% de las plazas para promoción interna, y con el fin de que ese 50% de las plazas pueda ser incluido también en el programa de consolidación de empleo temporal, las partes Contratantes han

incluido en el IV Convenio Colectivo, anteriormente indicado, una disposición adicional con el número 17ª, que tiene el contenido que se indica en el ordinal 3º que antecede. Y el Sindicato demandante, en disconformidad con dicha modificación del IV Convenio Colectivo Único impugna el mismo. La Confederación Intersindical Galega (CIG), basa su impugnación en tres puntos: A).- En la imposibilidad de modificar los acuerdos de un Convenio Colectivo vigente, salvo en las materias recogidas en el artículo 41.2. párrafo tercero del Estatuto de los Trabajadores. B).- En que el contenido de la Disposición Adicional 17ª publicada en el DOG, no coincide con la propuesta del Comité Intercentros; y C).- se opone también alegando la ilegalidad de la disposición 17ª introducida en el Convenio Colectivo, porque el texto publicado entró en vigor el mismo día de su publicación. Así pues, procede analizar cada uno de los motivos de impugnación alegados en la demanda.

A).- En primer lugar, y respecto de la posibilidad de modificar los acuerdos de un Convenio durante su vigencia, tal posibilidad se halla admitida por la jurisprudencia (SS del TS de fecha 30 de junio de 1998 y de fecha 21 de febrero de 2000 (RJ 1.998, 5.793 y RJ 2000/2.052) y tiene su razón de ser en que los Convenios Colectivos se adecuen a las circunstancias que puedan surgir durante su vigencia. El Tribunal Supremo afirma en su Sentencia de fecha 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5.793) que si bien es cierto que el convenio colectivo es norma temporal [artículos 85.3, b) y d) y 86 del Estatuto de los Trabajadores], sin embargo ello no impide a las partes negociadoras que de común acuerdo puedan alterar el término de vigencia pactado como ocurre en cualquier acuerdo (artículo 1.203 del Código Civil) o norma (artículo 2.2 del Código Civil). Es decir, que las partes negociadoras de común acuerdo pueden alterar lo pactado en un convenio colectivo. Es ésa una libertad que tiene norma estatal y que tiene el contrato, y no hay ninguna razón para negarla al convenio colectivo siempre que en esa modificación no resulte vulnerada una norma legal imperativa, ni lesionados los intereses de terceros. Así pues, la regla general es la admisibilidad de modificación de un Convenio Colectivo durante su vigencia, siempre que se cumplen determinados requisitos, entre ellos, no ser contraria a las leyes, lo que implica que la revisión o modificación ha de llevarse a cabo con la representatividad legalmente exigida por el Estatuto de los Trabajadores y sujetándose a los demás requisitos previstos estatutariamente.

Por otra parte, el Convenio Colectivo en su origen, fue aprobado, entre otras partes sindicales, por el Sindicato demandante, Confederación Intersindical Galega, tal como consta en el hecho probado primero, y dicho Convenio en su Disposición Adicional undécima establece que "lo dispuesto en el presente Convenio podrá alterarse o modificarse por la aplicación de pactos que puedan suscribirse entre la Administración y las organizaciones sindicales cuando en su contenido se haga referencia al personal laboral sujeto a dicho convenio", es decir, que el Sindicato accionante con su demanda está impugnando lo que el mismo aprobó al suscribir el Convenio, que no es otra cosa que la posibilidad de modificación del Convenio, tras los oportunos pactos, y siempre que la modificación afecte al personal laboral sujeto a dicho convenio, como así ocurre en el presente caso. En definitiva, este motivo de impugnación no puede ser acogido por la Sala, porque tal como se deja expuesto, es legalmente posible la modificación operada en el IV Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia y, además, la propia parte impugnante así lo admitió al aprobar el Convenio con el resto de las partes firmantes.

B).- Respecto de la segunda impugnación, referida a que el contenido de la Disposición Adicional 17ª publicada en el DOG, no coincide con la propuesta del Comité Intercentros, en relación con esta cuestión cabe señalar que, admitida la posibilidad de modificación del Convenio Colectivo durante su vigencia, ello no obstante han de observarse en la modificación las reglas del procedimiento previstas para el procedimiento de elaboración de un Convenio. Y es que los Convenios regulados por el Estatuto de los Trabajadores (Convenios Estatutarios), artículos 82 y siguientes, están sometidos a un procedimiento de tramitación de inexcusable cumplimiento, y el desarrollo formal de todo el proceso negociador no se deja a la voluntad de las partes negociadoras, sino que está sujeto a unos requisitos de tramitación o de procedimiento que obligan a seguir la vía marcada por el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores y cumplir los requisitos de legitimación previstos en el artículo 87 del citado texto estatutario. Dicho esto, es cierto que de la confrontación del texto aprobado en la Comisión Intercentros y el publicado en el DOG, existen diferencias, por cuanto en la disposición 17ª introducida en el citado IV Conve-

nio Colectivo se ha añadido un nuevo párrafo que no consta en el acta 54 de fecha 17 de diciembre (que obra al folio 151 de las actuaciones) aprobada por el Comité Intercentros con el voto en contra del Sindicato demandante, y debe analizarse si esa discordancia es causa y motivo suficiente para que procede la nulidad de la mencionada disposición 17ª, tal como se interesa en el Suplico de la demanda.

La citada impugnación tampoco resulta acogible, porque el texto publicado coincide exactamente con el acordado entre los representantes de la Administración Autonómica y la Comisión Negociadora, así resulta de la prueba documental aportada por la Xunta de Galicia (Acta de reunión de fecha 19 de diciembre de 2002 que obra al folio 199 y siguientes de los autos). Y la Comisión Negociadora (integrada por los Sindicatos más representativos a escala nacional o de Comunidad Autónoma) es el verdadero Órgano de representación en la elaboración del Convenio tal como se desprende de lo preceptuado en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 6.2 y 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS); y dicha Comisión es la que tiene la fundamental misión de discutir y, en su caso, adoptar el convenio colectivo o su modificación, tras los pertinentes debates con la otra parte de la negociación, en este caso, la Administración. Y esto es lo que ha sucedido en el supuesto que se enjuicia, por lo tanto, lo decisivo es que el acuerdo se haya alcanzado en el seno de la Comisión que realmente tiene eficacia y legitimación para ello, pretendiendo el Sindicato demandante dar mayor relieve al acuerdo alcanzado en la reunión del Comité Intercentros, en el que se analizó la propuesta de la Administración, pero sin estar ésta presente en los debates.

Y ninguna influencia tiene que la Comisión Negociadora sea la que aprobó el Convenio Colectivo u otra distinta, por cuanto, el Tribunal Supremo en la Sentencia más arriba mencionada de 30 de junio de 1998, señala que "...fuese la misma comisión negociadora u otra de composición distinta es irrelevante en orden a su legitimación, porque lo decisivo aquí no es la identidad del órgano, sino sus poderes de negociación en función de las exigencias de representatividad en la unidad de negociación y éstas son las que se establecen en los artículos 87.1, 88.1.1.º y 89.3 del Estatuto de los Trabajadores..."

Por otra parte, y tal como consta en el penúltimo párrafo del acta extendida (folio 202 de las actuaciones), el acuerdo de modificación se alcanzó con el voto favorable de la Administración y de las Organizaciones Sindicales CC.OO., UGT y CSI-CSIF, que ostentan el 69.2% de representatividad en el Comité Intercentros. En consecuencia, se cumplen todos los requisitos legalmente exigibles en orden a la validez y eficacia del acuerdo alcanzado, por lo que este motivo de impugnación tampoco resulta acogible.

Finalmente, y por lo que se refiere al tercer motivo de impugnación, relativo a la ilegalidad de la disposición 17ª introducida en el Convenio Colectivo, porque el texto publicado entró en vigor el mismo día de su publicación, el mismo tampoco puede ser acogido, por cuanto, la entrada en vigor de un Convenio, y lo mismo cabe decir de su modificación, está supeditada a la fecha que acuerden las partes, según dispone el artículo 90.4 del Estatuto de los Trabajadores. En el presente caso, según consta en el documento que obra al folio 198 de las actuaciones, en la reunión de la Comisión Negociadora de modificación del IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, se acordó que la disposición adicional décimo séptima, motivo de discordia, entrase en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de Galicia. Este acuerdo no contraviene tampoco lo dispuesto en el artículo 2.1 del Código Civil, según el cual, las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa. Y en el presente caso se dispuso que entrase en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de Galicia, lo cual resulta legalmente admisible a la luz de las disposiciones normativas citadas.

Y en función de cuanto se deja expuesto, procede desestimar la demanda y absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en el escrito rector del procedimiento. En consecuencia:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el Sindicato Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la Xunta de Galicia (Consellería de la Presidencia y Administraciones Públicas), el Ministerio Fiscal y con los Sindicatos CC.OO., UGT y CSI-CSIF, sobre IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO, y, en consecuencia, debemos absolver y absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos ejercitadas.

3738 **Recurso núm. 4.815/00**

S.S. CRITERIOS PARA A CUANTIFICACIÓN DOS DANOS E PERDAS CIVÍS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABALLO, SE MEDIA CULPA OU NEGLIXENCIA DO EMPRESARIO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a siete de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.815/00, interpuesto por la Procuradora doña M.G.S.I., en nombre y representación de don A.F.S. y doña E.M.J., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 903/99 se presentó demanda por don A.F.S. y doña E.M.J., sobre OTROS EXTREMOS (Indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo), frente a don J.M.T., "G.E.M. 96, S.L.", don P.J.R.C., don A.V.S., "C., S.L.", "B., S.A.", "COREN", "C.O., S.A.", "W., S.A." y "A.G., S.A." (actualmente, "E., SDAD. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS"). En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de marzo de 2000 por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- En fecha 8 de mayo de 1997, don A.F.S. prestaba servicios para la empresa "G.E.M. 96, S.L.", que estaba realizando trabajos de instalación y montaje en una nave propiedad de "COREN", ubicada en el Polígono Industrial de ... Para la realización de dicha estructura metálica, la empresa "COREN" pactó con la empresa "B., S.A.", dedicada a la actividad de construcción de máquinas para las Industrias Alimenticias de Bebidas y de Tabaco, y dentro de un acuerdo más amplio, el que ésta se encargaría de contratar la realización de dicha estructura. Para ello esta empresa contrató su realización con la empresa "C., S.L.", dedicada a la actividad de "Estructuras Metálicas", la cual, a su vez, subcontrató los citados trabajos a la empresa "G.E.M. 96, S.L.", cuyo administrador único es don P.J.R.C., titular del 50% de sus participaciones sociales, siendo titular del otro 50% don J.M.T.. SEGUNDO.- Dicho día los trabajadores de la empresa "G.E.M. 96, S.L.", colocaban las chapas metálicas grecadas que forman la cubierta de la estructura. Uno de los tablones de la cubierta se encontraba ya montado y en el otro las chapas se encontraban sin colocar. La nave que montaban se apoya sobre un zócalo de hormigón de un metro aproximadamente y sobre éste la estructura metálica tenía una altura de 5,30 metros hasta el canalón en que se apoyan las chapas de la cubierta. Por encima del canalón la nave disponía de unos perfiles metálicos de 1,20 metros aproximadamente para formar el peto de la cubierta. Dicha nave no tenía instaladas plataformas sujetas a la estructura, redes, pasarelas o andamios tubulares que sirvieran de equipos de trabajo para colocar la cubierta de la misma. TERCERO.- Sobre las 18 horas, A. estaba trasladando las chapas metálicas desde el lugar donde se encontraban apiladas sobre la cubierta hasta el punto de su montaje, y para ello estaba siendo ayudado por don A.V.S., encargado de la empresa "C., S.L.", cuya función era supervisar los trabajos que se realizaban. Cuando estaban realizando el traslado de una de dichas chapas, don A.V.S. en la cumbrera de la cubierta y A. en el canalón, llevando éste cinturón de seguridad de la clase A, pero sin estar sujeto a un punto de anclaje, pues se había soltado para cambiarse de sitio y coger la chapa, se precipitó al vacío y sufrió tan graves lesiones que le produjeron la muerte. En ese momento se encontraba también en la cubierta D don J.M.T. CUARTO.- La empresa "C., S.L.", en el momento de producirse el accidente tenía concertada una póliza de responsabilidad civil patronal con la compañía de seguros "C.O., S.A.", cuyo contenido, por constar en autos, se da por reproducido, con una limitación máxima por siniestro de 10.000.000 pts. "B., S.A." tenía en dicho momento concertada una póliza con la compañía "W., S.A.", cuyo contenido, por constar en autos, se da por reproducido con una franquicia de 9.700.000 pts. y con una responsabilidad máxima por siniestro de 80.000.000 pts. "COREN" tenía suscrito en dicho momento una póliza con la Compañía "A.G., S.A." (actualmente, "E., SDAD. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS", cuyo contenido, por contar en autos, se da por repro-

ducido. QUINTO.- A consecuencia de estos hechos, se iniciaron diligencias penales el 9 de mayo de 1997 en el Juzgado de Instrucción nº 6 de esta ciudad. En fecha 2 de octubre de 1997 se formuló denuncia por la representación procesal de los actores, teniéndoseles personados por providencia de fecha 7 de octubre en la causa. Por Auto de fecha 2 de junio de 1998 se declararon falta los hechos, citándose a las partes al acto del Juicio por medio de providencia de fecha 5 de agosto. El acto del juicio se celebró en cuatro sesiones, los días 5 de octubre de 1998, en el que se acordó citar a la empresa "COREN", el 18 de enero de 1999, en el que se acordó citar a la Compañía "C.O., S.A.", personándose ésta en fecha 15 de febrero de 1999, el 1 de marzo de 1999 y el 20 de septiembre de 1999. En fecha 5 de octubre de 1999 se dictó sentencia que absolvió a los acusados por considerar prescritas la acción penal contra ellos enjuiciada. Dicha sentencia es firme. SEXTO.- Los actores, padres de A., percibieron en fecha 22 de diciembre de 1997 de la Compañía "V.M." la cantidad de 2.000.000 pts., correspondientes a la indemnización prevista en el artículo 64 del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica, Diario Oficial de Galicia de 4 de agosto de 1996, para los años 96/97 de 2.487.048 pts., elevada en virtud del acuerdo de revisión del citado convenio publicado en el Diario Oficial de Galicia de 10 de marzo de 1997 a la de 2.557.929 pts. Para reclamar la diferencia no cobrada, promovieron demanda contra la empresa "G.E.M. 96, S.L.", en fecha 13 de marzo de 1987, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona en fecha 26 de mayo de 1998 que condenó a dicha empresa al pago de la cantidad de 557.929 pts., más el interés legal correspondiente hasta la fecha de su completo pago, cantidad que no ha sido cobrada. SÉPTIMO.- A consecuencia del accidente se procedió a levantar Acta de Infracción por la Inspección de Trabajo de Ourense, iniciándose en abril de 1998 expediente de responsabilidad empresarial por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de Barcelona, en el que, tras dar plazo de alegaciones a las partes implicadas, se dictó resolución en fecha 25 de mayo de 1998 que declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por don A.F.S., estableciendo un recargo en todas las prestaciones de la Seguridad Social, derivadas del mismo del 50%, con cargo de forma solidaria a "G.E.M. 96, S.L.", "C., S.L." y "B., S.A.". Por estas dos últimas empresas se interpuso reclamación previa en fecha 6 de julio de 1998 y 16 de junio de 1998, interponiendo "B., S.A.", demanda en fecha 4 de agosto de 1998, habiéndose celebrado el acto del Juicio el 13 de enero de 2000. OCTAVO.- Don A.F.S. se encuentra en el paro y doña E.M.J. es perceptora de una pensión de invalidez en grado de incapacidad permanente absoluta que percibe en cuantía de 58.143 pts. NOVENO.- En fecha 5 de noviembre de 1999 se presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el Acta en fecha 22 de noviembre de 2000, con resultado "Sin avenencia", presentando demanda los actores ante el Juzgado de lo Social Decano el 10 de diciembre de 1999".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don A.F.S. y doña E.M.J., contra don J.M.T., don P.J.R.C., la empresa "G.E.M. 96, S.L.", don A.V.S., la empresa "C., S.L.", la empresa "B., S.A.", "COREN", "C.O., S.A.", "W., S.A." y "A.G., S.A." (actualmente, "E., SDAD. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS"), debo condenar conjunta y solidariamente a las empresas "G.E.M. 96, S.L." y "C., S.L.", con responsabilidad directa de la Compañía Aseguradora "C.O., S.A.", a que abonen una indemnización en la cuantía de CUATRO MILLONES NOVECIENTAS SETENTA Y UNA MIL TREINTA Y CINCO PESETAS (4.971.035 pts.) a don A.F.S. y en CUATRO MILLONES NOVECIENTAS SETENTA Y UNA MIL TREINTA Y CINCO PESETAS (4.971.035 pts.), a doña E.M.J., más los intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro a cada uno de ellos desde el 15 de febrero de 1999 hasta el completo pago de dichas cantidades, con absolución de la presente demanda a don J.M.T., don P.J.R.C., don A.V.S., "B., S.A.", "COREN", "W., S.A." y "E., SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS". Notifíquese... etc.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se han formalizado sendos recursos de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Orense en fecha 14.03.00. La sen-

tencia estima en parte la reclamación efectuada por don A.F.S. y doña E.M.J. en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo sufrido por su hijo que se fijaba en la cantidad solicitada de 30.000.000 de pesetas. La sentencia reconoce a los padres del trabajador el derecho a percibir la cantidad 4.971.035 pesetas a cada uno de ellos, condenando solidariamente a las empresas "G.E.M. 96, S.L." y "C., S.L.", con responsabilidad directa de la compañía aseguradora "C.O., S.A.". Entiende el Magistrado de instancia, por un lado y en relación al reconocimiento de una acción negligente imputable a la empresa codemandada que consta probado que en el momento del accidente, no existían medidas de protección colectivas (redes andamios, pasarelas) ni las medidas de protección individual eran las correctas, pues si el fallecido llevaba puesto el cinturón de seguridad en el momento del accidente no estaba enganchado a un punto de anclaje único que le permitiera moverse por toda la cubierta, con lo cual se constata la existencia de una infracción de medidas de seguridad, la infracción de los artículos, 15, 17.1 y 2 d la Ley de prevención de riesgos laborales, en relación con los artículos 192 y 193 de la ordenanza laboral de construcción vidrio y cerámica, y 151 de la ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo, infracción que determina la existencia de culpabilidad por parte del empresario del trabajador y la responsabilidad del mismo en la producción del accidente, al existir el necesario nexo causal entre la no adopción de las medidas de seguridad necesarias y el resultado, pues de haberse adoptado aquellas, no se habría producido éste, si bien el hecho de que el fallecido llevase puesto el cinturón de seguridad y no estuviese enganchado a un punto de anclaje permite atenuar la responsabilidad del empresario infractor. Recurren tanto los demandantes, padres del trabajador como la entidad aseguradora condenada al pago, el primero para discutir las personas y entidades condenadas al pago y el importe de la indemnización reconocida y la segunda para insistir en la incompetencia de jurisdicción, en la prescripción, en negar tanto la existencia de cualquier negligencia imputable a la empresa, afirmar que la conducta negligente es antes imputable al trabajador, afirmando la existencia de culpa exclusiva de la víctima. Y, finalmente y en último extremo, discutir también el importe de la condena realizada el abono de los intereses del artículo 20 de la ley 50/80.

SEGUNDO.- Ambos recurrentes solicitan en primer término, haciéndolo por la vía procesal prevista en el art. 191.b) de la LPL, la revisión de la relación de hechos de la sentencia que impugnan. La modificación, pretendida por los actores afecta al HDP 3 in fine, y pretenden la Adición al citado HDP de un nuevo párrafo con el siguiente texto: "Don J.M.T. era el encargado de dirigir los trabajos de la empresa "G.E.M. 96, S.L." como participe al 50% en la citada SL",adición que tiene su apoyatura en la documental obrante al folio 133 y en confesión, adición que estima la sala que no puede prosperar, al apoyarse en medio inhábil para revisar y la documental ya ha sido valorada por el juzgador de instancia y no es licito sustituir la valoración objetiva e imparcial efectuada por el juzgador por la subjetiva e interesada de la recurrente. El presentado por la compañía de seguros "C.O., S.A." afecta al HDP 1º, HDP2º y HDP3º, y HDP4 pretendiendo en primer lugar en cuanto al primero que se adicione un nuevo párrafo al mismo con el siguiente texto: "...Que la empresa "G.E.M. 96, S.L." recibe el encargo de montar dos naves según planos realizados por "C., S.L." a ejecutar en COREN fabrica numero 1 del polígono industrial de … y durante el tiempo del montaje se obligaba a proporcionar a "C., S.L.", fotocopia de los impresos de TC1 y TC2 donde figuren los trabajadores asignados a cada trabajo"; en segundo lugar pretende adicionar al HDP 2 un nuevo párrafo con el siguiente texto: "existía una coronación de nave que hacia de barandilla de la obra"y que las barandillas no tendrían por que ser fijas ni formar parte de la estructura. Se trataba de una obra mayor"; y en tercer lugar pretende la modificación del HDP 3 en el sentido de omitir en el mismo que "A. estaba siendo ayudado por don A.V.S., encargado de la empresa "C., S.L." cuya función era supervisar los trabajos que se realizaban"; y en último lugar pretende que al citado HDP4 se adicione un nuevo párrafo con el siguiente texto: "... que la empresa "G.E.M. 96, S.L.", pese a haberse comprometido en virtud de contrato suscrito con "C., S.L." a tener contratado un "seguro de responsabilidad civil que cubra todo tipo de riesgos directos, indirectos o subsidios ocasionados contra personas, cosas o edificios, no tenía contratada ninguna póliza de seguros". Modificaciones /adiciones que estima la sala que no pueden prosperar al tener su apoyatura en documental que ya ha sido valorada por el juzgador a quo, y no es licito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador por la valoración subjetiva e interesada del recurrente.

TERCERO.- La resolución de las cuestiones legales planteadas por las partes recurrentes ha de comenzar necesariamente por el análisis y decisión de las planteadas por la aseguradora, que en primer lugar insiste en la incompetencia de jurisdicción alegada, insistiendo en que por la simple lectura de la demanda y de los conceptos por los que se solicita la indemnización no dejan lugar a duda del carácter exclusivamente civil de la pretensión del actor La alegación de la incompetencia de la Jurisdicción Social no resulta acogible a la vista de la acción ejercitada y pretensión de demanda. Para la adecuada resolución de lo planteado ha de partirse de la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo expuesta, entre otras, en las sentencias de 15 de noviembre 1990 (RJ 1990\8.575), 24 de mayo (RJ 1994\4.296) y 27 de junio de 1994 (RJ 1994\5.489), 3 (RJ 1995\3.740) y 23 de mayo de 1995 (RJ 1995\3.998), y 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6.853), señalándose en la de 24 mayo de 1994 (RJ 1994\4.296), que «el daño producido por un accidente de trabajo puede dar origen a diversos mecanismo de reparación, generando las correspondientes obligaciones para sujetos también distintos», de tal modo que si la responsabilidad del empresario es civil o criminal, el trabajador y sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables debiendo plantear la acción ante el correspondiente orden jurisdiccional ... pero, el término civil se utiliza en el artículo 97.3 de la LGSS de 1974 (RCL 1974\1.482; NDL 27.361) (y 127.3 de la vigente de 20.06.94 [RCL 1994\1.825]) en un sentido amplio que comprende, frente a la penal, tanto la responsabilidad estrictamente civil como la que surge de un incumplimiento laboral, pues el empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño causado se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo ... Pero cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores [RCL 1995\997]), la responsabilidad ya no es civil, sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral [RCL 1995\1.144; 1.563], que atribuye al orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo.

«El conocimiento conjunto por la jurisdicción del orden civil y del orden social en estos litigios, añade la STS de 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6.853), no tiene sólo el inconveniente de la indefinición que el justiciable padece con respecto al orden jurisdiccional a que ha de acudir, sino que arrastra una indeseable desigualdad de trato, debida a la distinta accesibilidad del proceso civil y del proceso laboral y a los muy diversos criterios informadores de uno y otro ordenamiento, por ello, tratando de salir a flote en esta cuestión con un criterio claro, puede afirmarse que es competente el orden social para conocer de los daños causados al trabajador, por todas las conductas del empresario en que éste actúe como tal empresario con imputación de culpa bien se plantee ésta como contractual, bien se plantee como extracontractual que sea causa del daño producido. Por otra parte la letra y espíritu del artículo 127.3 de la Ley de Seguridad Social atribuye, a la jurisdicción civil aquellas conductas o acciones del empresario que sean plenamente asimilables a las conductas y acciones de terceros ajenos a la empresa, y que produzcan daños en el trabajador, por lo que este orden jurisdiccional social carece de competencia en tales supuestos. Esta doctrina no hace sino confirmar lo ya señalado en el Auto de 23 de diciembre de 1993 (RCL 1993\10.131), que asigna el conocimiento de este tipo de litigios en que está en juego la responsabilidad del empresario, añadida a la objetiva por accidente de trabajo, al orden jurisdiccional laboral ...». Asimismo, STS, Sala 1ª, de 10.02.98 (RJ 1998\979).

Y en el presente caso, la competencia del orden social resulta del hecho de que los actores postulan en la demanda la condena de las codemandadas a resarcirlos de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de hijo en el accidente laboral que sufrió el día 08.05.97, el cual fue debido –a juicio de los actores– a una conducta negligente del empleador, de infracción de específicos deberes de seguridad.

En segundo lugar denuncia también la aseguradora recurrente infracción del artículo 59.2 del ETT, pues estima que concurre la excepción de prescripción de la acción, pues el plazo del año se computa desde que la acción pudo ejercitarse y en el supuesto de autos el plazo comienza el mismo día del fallecimiento del trabajador día en que la prescripción de la acción ejercitada, al efecto cabe sostener que siendo tal acción prescriptible, si se

acude a la extracontractual del art. 1.902 del Código Civil, el plazo es de un año desde que la acción pudo ejercitarse conforme a los arts. 1.968.2 y 1.969 Código Civil; si se acude a la contractual, dado que el presupuesto de la misma en estos casos –también en el presente– es la existencia de una relación laboral, habrá que entender de acuerdo con el art. 59.2 ET (RCL 1995\997) que el plazo de prescripción sería asimismo el de un año desde el día en que la acción pudo ejercitarse, presupuesto que deja sin fundamento asumible la posibilidad de acudir al plazo de 15 años previsto en el art. 1.964 del CC. A partir de ello, el problema que se plantea en Suplicación es determinar cuando se inicia el cómputo del plazo prescriptivo, y en el supuesto de autos, como correctamente razona el juzgador a quo, el plazo prescriptivo se inicia el día de la finalización del procedimiento penal, y ello porque los actores no pudieron ejercitar la acción hasta dicha fecha; primero, porque estaba en curso el proceso penal que en caso de ejercitar la presente acción por separado, al no haberse reservado el ejercicio de la acción civil –laboral-podría dar lugar a que pudiera acogerse la excepción de litispendencia, pues la misma acción no puede ejercitarse simultáneamente en dos procesos; en segundo lugar, porque al haber ejercitado una acción reclamando una mejora de la seguridad social, en todo caso el día inicial para el computo de no haberse seguido el proceso penal, habría comenzado a partir de 26 de mayo de 1998, fecha en que recayó sentencia en el citado proceso, ahora bien en esa fecha al estar abierto el proceso penal los actores no podían acudir a la jurisdicción social a ejercitar la presente acción, teniendo que esperar a que finalizara aquel, y además el hecho de que la acción penal hubiere sido declarada prescrita, carece de trascendencia, pues el día inicial para el computo del plazo prescriptivo no es igual para una y otra y si bien entre la fecha del accidente y la fecha en la que se cita a las partes a juicio de faltas transcurrió más de 1 año, dicho término tenido en cuanta por el juez penal para declarar prescrita la acción de igual naturaleza, no puede ser tenido en cuanta para el computo del plazo de prescripción de la acción aquí ejercitada, cuando los actores ejercitaron otra acción para reclamar una indemnización de convenio, que solo fue resuelta en 25 de mayo de 1998, habiéndose citado a todos los demandados en el proceso penal –a juicio de faltas –en el plazo de 1 año, a partir de esa fecha -el ultimo de los demandados citados lo fue la compañía "C.O., S.A." por acuerdo adoptado en el acto de juicio celebrado en fecha de 18 de enero de 1999- con el fin de exigírseles responsabilidades penales o civiles o solo civiles. Así pues y al no considerarse prescrita la acción, en relación con ninguno de los demandados, al no haber transcurrido mas de una año entre la fecha de finalización del proceso penal que termino por sentencia de fecha 5 de octubre de 1999, y la fecha de presentación de la demanda, procede desestimar la excepción de prescripción alegada.

En tercer lugar, la aseguradora recurrente, en cuanto al fondo del asunto, alega infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, alegando en síntesis, que en el supuesto de autos ha quedado acreditada la culpa exclusiva de la victima en el desgraciado accidente ocurrido y la ausencia total de infracción de normas de seguridad imputables a la empresa a que pertenecía el trabajador fallecido y subsidiariamente cabria apreciar una concurrencia de culpas, pero estimando que es de mayor entidad la que concurre en el trabajador fallecido que la que pudiera ser imputables a las empresas condenadas, alegando asimismo que en todo caso procedería la exoneración de "C., S.L." y por tanto de "C.O., S.A.",alegando que "C., S.L." es empresa subcontratista de la principal y su responsabilidad caso de existir seria de carácter subsidiario; y no tenía responsabilidad alguna en el centro de trabajo de la empresa "G.E.M. 96, S.L.", no había destacado personal alguno para la obra, el único trabajador destacado de la empresa "C., S.L." fue el Sr. S. para actuar como supervisor de las obras realizadas y ejecutadas por "G.E.M. 96, S.L."; que respecto al quantum indemnizatorio alega que en la sentencia de instancia no se razona en base a que se establecen las cantidades que finalmente se señalan como cuantía indemnizatoria, y por último respecto de los intereses del artículo 20 de la Ley 50/80 solicitados estima que dicha pretensión había de ser desestimada.

Por lo que se refiere a la ausencia de infracción de normas de seguridad decir que la compañía aseguradora, de hecho, niega la principal de las premisas afirmadas en la resolución que se impugna, esto es, la existencia de una acción negligente imputable a la empresa codemandada. Para la recurrente la causa del accidente «no va a ser la falta de medidas de seguridad sino la actuación imprudente del demandante, o sea culpa exclusiva de la victima o concurrencia de culpas pero estimando de mayor entidad la del trabajador

fallecido. Los demandantes, impugnantes, padres del trabajador fallecido discuten la pertinencia y aplicación de esta argumentación de la recurrente afirmando que el trabajador.

QUINTO.- Esta primera infracción alegada por la aseguradora recurrente no puede ser estimada. Y es que la premisa desde la que parte dicha posición no puede ser compartida. A partir de esta base, la Sala estima, que en el caso enjuiciado consta perfectamente probado en base al conjunto de las pruebas practicadas, en concreto informe de la Inspección de trabajo, informe elaborado por el técnico de seguridad e higiene de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, que en el momento de producirse el accidente, no existían medidas de protección colectivas (redes, andamios, pasarelas, etc…) ni las medidas de protección individual eran correctas, pues si bien el fallecido llevaba puesto el cinturón de seguridad en el momento del accidente, éste no estaba enganchado a un punto de anclaje único, que le permitiera moverse por todas la cubierta, constatándose así la existencia de infracción de medidas de seguridad, la infracción de los artículos 15, 17.2 y 2 de la ley 31/95 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales, en relación con los artículos 192 y 193 de la ordenanza laboral de construcción, vidrio y cerámica y 151 de la ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo, infracción que determina la existencia de culpabilidad por parte del empresario del trabajador accidentado y la responsabilidad del mismo en la producción del accidente, al existir el necesario nexo causal entre la no adopción de las medidas de seguridad necesarias y el resultado, pues de haberse adoptado aquéllas, no se habría producido éste, o, en otros términos, permite confirmar el criterio desenvuelto por el Magistrado de instancia al reconocer la existencia de una acción empresarial que se perfila como causa del accidente sufrido por el trabajador. Y es que la presencia de dichas medidas de seguridad hubieran evitado el resultado dañoso sufrido por el trabajador. Y si bien el juzgador de instancia estima que el hecho de que el fallecido llevase puesto el cinturón de seguridad y no estuviese enganchado a un punto de anclaje, al no haberse acreditado por los demandantes, como les correspondía, que en el lugar exacto del accidente no existía ninguno, permite atenuar la responsabilidad del empresario infractor, pero levemente, ante la gravedad de la conducta a el imputada, pues como acertadamente razona el juzgador de instancia, si bien este no utilizo correctamente las medidas de seguridad puestas a su disposición, estas no eran las legalmente exigidas y las que en caso de adoptarse hubieran evitado en cualquier caso la producción del accidente.

SEXTO.- Resuelta esta cuestión el enfoque de los dos recursos presentados es exactamente el mismo y pasa por discutir el importe de la cantidad en que se concreta la indemnización reconocida al trabajador por la sentencia impugnada, pretendiendo los demandantes que el importe de la indemnización se eleve a 30.000.000 de pesetas, y alegando la compañía aseguradora que la sentencia de instancia no razona en base a que se establecen las cantidades que finalmente se señalan como cuantía indemnizatoria.

Así y al respecto venimos indicando que «nuestro sistema legal reconoce como facultad exclusiva del Magistrado de instancia la valoración de los daños y perjuicios sufridos en este ámbito en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.103 del Código Civil. La revisión de dicha valoración sólo podría producirse, si resulta una evidente desproporción entre el daño realmente causado y la retribución satisfactoria que se establezca en la sentencia". Sobre esta misma cuestión, además, venimos reiteradamente a recordar que ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17.02.99 [RJ 1999\2.598] (recurso 2.085/1998) que al respecto es extremadamente clara. En dicha sentencia el alto Tribunal señaló que "en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía... la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios..."; deduciendo de este principio así una exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación y estableciendo con ello que la reparación "no debe exceder del daño o perjuicio sufrido"; expresando finalmente que "de la jurisprudencia social es dable deducir análogos principios (que los de la jurisdicción civil) tendentes a evitar duplicidades indemnizatorias", defendiendo por ello, y como criterio siempre aplicable, el cómputo de cualesquiera cantidades que tengan como finalidad resarcir el perjuicio patrimonial o moral producido. Las decisiones del Tribunal Supremo de 20.07.00 (RJ 2000\7.639) y 02.10.00 (RJ 2000\9.673) ratifican otra vez este criterio subrayando de nuevo la compatibilidad o, mejor, complementarie-

dad de las cantidades percibidas por el trabajador accidentado para lograr una íntegra indemnización de los daños percibidos. Pero no para percibir una cantidad superior a la que éstos constituyeron; con la matización añadida que incorpora la doctrina relativa al recargo por falta de medidas de seguridad a que se refiere la segunda de las decisiones citadas y que ordena que no se deduzcan de las cantidades a que se extiendan las indemnizaciones por daños derivados de accidente laboral las cantidades percibidas en concepto de recargo por falta de medidas de seguridad.

Desde la aplicación de estos dos criterios jurisprudenciales citados que obligan, primero, al cómputo de cualesquiera cantidades percibidas por el trabajador en atención a los daños producidos por el accidente con la salvedad indicada y, después, a considerar como facultad exclusiva del Magistrado de instancia la adecuada valoración de los daños producidos, no podemos sino aceptar la cantidad establecida por el Magistrado de instancia, pues en efecto, teniendo en cuenta los perjuicios morales y económicos sufridos por los actores como consecuencia del fallecimiento de su hijo, destacando el que el actor se encontrase en paro y la actora es preceptora de una pensión de invalidez en grado de absoluta, teniendo en cuenta la participación de la victima en la producción del accidente, que atenúa, aunque solo levemente la conducta de las empresas infractoras por motivo de la compensación de culpas, y minorara las cuantías indemnizatorias, y descontando en efecto las cantidades percibida y ya reconocida s en concepto de mejora voluntaria de convenio (de 2.557.929 pts.) se estima por la sala ajustada la cantidad fijada en la sentencia de instancia, en 4.971.035 Pts. a cada uno de los padres del trabajador fallecido, si bien ha de puntualizarse que no cabe acceder a la imposición del interés del 20% desde la fecha del siniestro ni desde la fecha de 15 de febrero de 1999 que impone el juzgador de instancia, pues aún cuando el artículo 20 de la Ley de contrato de seguro regula los intereses que corresponde pagar a las aseguradas que incurren en mora en el cumplimiento de sus obligaciones fijándolo en el 20% de interés anual, siempre que hayan transcurrido mas de 2 años desde el siniestro, no puede soslayarse que el propio precepto dispone que no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización este fundada en una causa justificada o que no le fuera imputable y dicha indemnización puede predicarse que no concurre al no estar fijado el quantum indemnizatorio, lo que en el supuesto que nos ocupa, se producirá desde la sentencia de instancia, pero, como quiera que la compañía aseguradora, en cumplimiento de la sentencia, ha procedido a consignar la cantidad objeto de condena, no ha de tener acogida la pretensión relativa a la aplicación del interés del 20% a que se hace referencia.

Finalmente los demandantes en su recurso denuncian asimismo infracciones jurídicas en concreto infracción de los artículos 1.101 y 1.902 de Código Civil, alegando en esencia que se absuelve en autos don J.M.T. y a don A.V.S. y a COREN y "B., S.A." y sus respectivas compañías aseguradoras siendo así que estima que deberían haber sido condenadas al pago de las indemnizaciones solidariamente a los citados codemandadas junto con las empresaza condenadas, el primero por ser coparticipe el 50% de la empresa "G.E.M. 96, S.L.", y la responsabilidad de adoptar las medidas de seguridad correspondía en primer lugar al Sr. J.M.T., como jefe de la empresa y a A.V.S., quien además estaba ayudando al fallecido a transportar una de las chapas metálicas cuyo peso era de 30 a 40 kilos, y las empresas "B., S.A." y Coren, la primera al ser la contratada por Coren para el diseño y construcción de la nave y la segunda como propietaria de la nave y sus respectivas compañías aseguradoras.

Pues bien respecto de ello cabe decir que, en primer lugar y por lo que se refieren a la condena solicitada de las personas físicas, no cabe la misma pues el deber de seguridad es imputable al empresario y las personas físicas demandadas y en concreto don J.M.T. y don A.V.S., no tiene tal condición, y sin que se aprecie en la conducta de los mismos el incumplimiento de ordenes de este que hubiere podido generar una responsabilidad por su parte. Y por lo que se refiere a las empresas "B., S.A." y Coren y sus compañías aseguradoras, decir que ninguna de las dos empresa se decidan a la misma actividad que la empresa para la que prestaba servicios el trabajador fallecido, ni en el caso de la primera tenía trabajadores prestando servicios en el lugar de la obra, no pudiendo considerarse por ello la existencia de un centro de trabajo suyo en el lugar de la obra, y Coren que era la propietaria de la obra, ninguna responsabilidad puede achacársele al no tener deber de seguridad alguna respecto a los trabajadores de las empresas que realizaban la obra, y si no responden ellas obviamente tampoco sus compañías aseguradoras, por tanto y habiéndolo entendido así el juzgador de instancia, y no

apreciándose que haya infringido los preceptos jurídicos denunciados, sino que por el contrario ha aplicado correctamente los mismos, procede desestimar el motivo de recurso;

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por los demandantes don A.F.S. y doña E.M.J. y estimando en parte el interpuesto por la codemandada compañía de seguros "C.O., S.A.", contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 2.000, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Ourense en autos instados por don A.F.S. y doña E.M.J. frente a don J.M.T., "G.E.M. 96, S.L.", don P.J.R.C., don A.V.S., "C., S.L.", "B., S.A.", "COOPERATIVAS ORENSANAS, SDAD. COOP. LTDA. (COREN)", "C.O., S.A.", "W., S.A." y "A.G., S.A. (actualmente, "E., SDAD. ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS"), sobre OTROS EXTREMOS (Indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo), debemos declarar y declaramos que no procede la condena al pago de los intereses del 20% desde la fecha de 15 de febrero de 1999, que establece la sentencia, confirmando los restantes pronunciamientos de instancia.

3739 Recurso núm. 4.883/03

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, POR EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO, PERO NON DE CONTRATO ADMINISTRATIVO, TEMPORAL CELEBRADO EN FRAUDE DE LEI.

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

A Coruña, a siete de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.883/2003 interpuesto por doña E.N.D. y la SOCIEDADE ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.N.D. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la SOCIEDADE ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 87/2003 sentencia con fecha 16 de mayo de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó/desestimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta de la demandada Sociedad Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia, en fecha diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y ocho realizando funciones de Ingeniero Técnico Topógrafo, suscribiendo contrato mercantil y en régimen de Autónomo, como consecuencia de selección realizada a partir de publicación en el diario La Voz de Galicia de un anuncio al respecto el quince de julio de mil novecientos noventa y ocho. El precio pactado fue de doscientas veinticinco mil pesetas (225.000 pesetas), mil trescientos cincuenta y dos euros veintiocho céntimos (1.352,28 euros) mensuales y el tiempo de duración hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. SEGUNDO.- Que en fecha dos de enero de mil novecientos noventa y nueve las partes suscribieron nuevo contrato mercantil, para la prestación de idénticas funciones, por un precio de doscientas veintinueve mil cien pesetas (229.100 pesetas), mil trescientos setenta y seis euros noventa y dos céntimos (1.376,92 euros) mensuales y el tiempo de duración hasta el treinta u uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. TERCERO.- Que en fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve las partes suscribieron nuevo contrato mercantil, para la realización de parecidas funciones, por un precio de doscientas treinta y cuatro mil cincuenta y dos pesetas (234.052 pesetas), mil cuatrocientos seis euros sesenta y ocho céntimos 1.406,68 euros) mensuales y el tiempo de duración hasta el diecisiete de enero de dos mil uno. Este contrato fue prorrogado el diecisiete de enero de dos mil uno, hasta el diecisiete de octubre de dos mil uno; en esta fecha hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil uno. CUARTO.- Que en el diario La Voz de Galicia de trece de diciembre de dos mil uno se convocó proceso selectivo para la

realización de trabajos técnicos, suscribiéndose nuevo contrato con la actora el siete de enero de dos mil dos, con duración hasta el siete de enero de dos mil tres y por un precio de mil setecientos seis euros sesenta y un céntimos (1.706,61 euros) mensuales. QUINTO.- Que en fecha dieciséis de diciembre de dos mil dos se notificó a la actora la próxima finalización de su contrato, lo mismo que a otras veinte personas que prestaban servicios en Régimen de arrendamiento de Servicios. SEXTO.- Que la actora convive maritalmente o como pareja de hechos desde hace unos tres años con don J.M.I.P., quien presta servicios, en régimen de arrendamiento de servicios, en la demandada, sin que ninguno de ellos notificara cambio de domicilio a la empresa, ni su nuevo empadronamiento en domicilio conjunto en el municipio de B. SÉPTIMO.- Que don J.M.I.P. compareció en este Juzgado, en el mes de diciembre de dos mil dos, a fin de prestar testifical en el juicio seguido contra la demandada a instancias de doña A.Q., habiendo reclamado sobre las mismas fechas al Consejero Delegado la regularización de su contrato y los de sus compañeros. OCTAVO.- Que en fecha ocho de enero de dos mil dos se notificó a la actora y a su compañero el fin de contrato. NOVENO.- Que en fecha veinte de diciembre de dos mil el Consejo de Administración de la demandada procedió aprobar la convocatoria de 5 plazas de titulados superiores, 4 titulados de grado medio y 6 titulados de FP, facultando al Consejero Delegado para poner en marcha el proceso selectivo, fijándose el anuncio de convocatoria en el tablón del Centro de trabajo el diecisiete de enero de dos mil tres, no firmando la actora y su compañero las correspondientes instancias y estando hoy adjudicadas las plazas, habiéndose adjudicado las plazas, tras la superación de las correspondientes pruebas y habiéndose suscrito los contratos el diecisiete de marzo de dos mil tres. DÉCIMO.- Que mientras la actora prestó servicios para la demandada lo hizo con medios de trabajo puestos por ésta; debía de cumplir un horario de entrada y salida, como todo el resto del personal, de lunes a viernes de 8,15 a 15 horas y una tarde a la semana; tenía que firmar solicitudes de permisos y vacaciones, disfrutando de estas; debía de cumplir las ordenes de los representantes de la demandada. UNDÉCIMO.- Que el resto de trabajadores con contrato de arrendamiento de servicios fueron cesados a finales del mes de enero de dos mil tres, presentándose varios de ellos a las pruebas selectivas, aprobando unos y suspendiendo otros. DUODÉCIMO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha de su cese. DÉCIMO TERCERO.- Que la demanda se constituyó mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Santiago don M.P.C., en fecha dieciocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro, siendo el 100% de su capital de titularidad de la Xunta de Galicia y rigiéndose, en cuanto al régimen de personal y contratación por la Ley 10/96 de cinco de noviembre. DÉCIMO CUARTO.- Que en fecha cuatro de febrero de dos mil tres tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación de Santiago, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la demandada".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, formulada por la representación de la Sociedad Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia, estimando parcialmente la demanda formulada por doña E.N.D. contra la SOCIEDADE ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA, en cuanto a su petición subsidiaria, debía declarar y declaraba la improcedencia del despido de la actora, 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 la sentencia, entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle la cantidad de siete mil cincuenta y ocho euros ochenta y siete céntimos (7.058,87 euros), en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en todo caso, la cantidad de siete mil ochenta euros veinticinco céntimos (7.080,25 euros), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de cincuenta y cinco euros setenta y cinco céntimos (55,75 euros), desde esta fecha hasta el día de la notificación de la sentencia y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la petición principal de declaración de nulidad del despido y la diferencia de antigüedad reclamada, debía de absolver y absolvía a la demandada de los citados pedimentos, imponiendo a la demandada sanción pecuniaria en cuantía de ciento ochenta euros con treinta céntimos (180,30 euros) y condenándola al pago de

idéntica cantidad, en concepto de honorarios del Letrado de la parte actora".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Las partes recurren la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido litigioso tras desestimar su nulidad, y solicitan con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, la trabajadora demandante propone:

A) Añadir al apartado 2º de sentencia, que refiere el contrato de 02.01.99, "Una vez finalizado su contrato la Sociedad Anónima demandada siguió abonando a la trabajadora, previo giro por la misma de las correspondientes facturas, la cantidad mensual pactada y así en enero, y febrero de 2000 abonó la misma y en marzo de 2003 se giró factura correspondiente a los días 1 al 15 de marzo para girar posteriormente otra del 15 a fin de mes"; se basa en los folios 288, 322 a 324.

La pretensión se acepta para declarar exclusivamente como pago efectivo el abonado por la empresa según la documental que invoca, cuyas consecuencias han de fijarse en sede jurídica.

B) Respecto del apartado 3º de sentencia, sustituir la fecha del contrato que refiere (17.03.99) y fijar en tal sentido el 17.03.00; se basa en los folios 113 a 115.

La pretensión se admite, porque resulta de los documentos alegados.

C) Añadir al apartado 4º de sentencia, "Que en el mes de enero de 2002, a pesar de que el contrato fue suscrito el día 7, con fecha 29.01.02 se abonó a la trabajadora, por parte de la S.A. demandada, la cantidad de 1.672,47 €, que correspondía a la cantidad líquida de un mes completo del presente contrato del año 2002"; se basa en los folios 296, 300.

La pretensión se acepta, para declarar la fecha del contrato y el pago efectivo abonado por la empresa según la documental que invoca, cuyas consecuencias han de fijarse en sede jurídica.

D) Respecto del apartado 8º de sentencia, sustituir la fecha de notificación de fin del contrato que refiere (08.01.02) y fijar en tal sentido el 08.01.03; se basa en la carta de despido.

La pretensión se admite, porque resulta del documento alegado, aparte de su conexión temporal con otros hechos probados.

TERCERO.- En el ámbito histórico, la empresa demandada propone:

A) Añadir al apartado 1º de sentencia, que refiere el contrato de 17.08.98, su objeto, el centro de prestación de servicios y el precio global incrementado con el Impuesto sobre el Valor Añadido; se basa en los folios 103, 104, 354, 355.

La pretensión se acepta, porque consta en la documental que invoca, en cuyo ámbito el precio del contrato que recoge el hecho impugnado es una parte proporcional del precio global sugerido.

B) Añadir al apartado 2º de sentencia, que refiere el contrato de 02.01.99, el precio global incrementado con el Impuesto sobre el Valor Añadido; se basa en los folios 107 y 352.

La pretensión se admite, porque resulta de los documentos alegados; es de aplicación lo consignado en el párrafo anterior sobre el precio contractual.

C) Respecto del apartado 3º de sentencia, sustituir la fecha del contrato que refiere (17.03.99) y fijar en tal sentido el 17.03.00, así como especificar las tareas convenidas, el precio global incrementado con el Impuesto sobre el Valor Añadido y la publicación en un diario regional de la convocatoria previa al contrato; se basa en los folios 108 a 119.

La pretensión se acepta: Su párrafo inicial ya lo admitimos (apartado B del fundamento anterior). Sus demás términos, constan en la documental que invoca; procede reiterar la observación sobre el precio del contrato.

D) Añadir al apartado 4º de sentencia, que refiere el contrato de 07.01.00, su objeto, el precio global incrementado con el Impuesto sobre el Valor Añadido, así como la memoria justificativa de gasto, los pliegos de condiciones y prescripciones técnicas propios de aquél y los participantes en la convocatoria previa al mismo; se basa en los folios 121 a 130, 132, 133, 135, 139, 339, 340.

La pretensión se admite, porque resulta de los documentos alegados.

CUARTO.- A) En el ámbito jurídico, la trabajadora demandante denuncia que la sentencia infringe:

I) Los artículos 20.1.d), 14, 24.1 de la Constitución (C), 53.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y las sentencias que cita, pues fue cesada junto a su compañero de hecho con anterioridad a quienes prestaban servicios en iguales condiciones, lo que junto a las reclamaciones efectuadas a la empresa por la persona con quien convive y la cualidad de éste como testigo en proceso de despido contra otra trabajadora, determinan la inversión de la carga de la prueba inherente a los procesos de protección de derechos fundamentales, de modo que correspondería a la empleadora justificar su cese anticipado, lo que no se produjo.

II) Subsidiariamente el artículo 56.1 ET, pues su antigüedad ha de fijarse desde el 17.08.98, al no existir interrupción temporal en sus servicios, lo que determina indemnización de 11.091,60 euros y salarios de tramitación de 7.280,64 euros.

B) En el ámbito jurídico, la empresa demandada denuncia que la sentencia infringe:

I) Los artículos 1, 8.1 ET, 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y las sentencias que cita, pues debe afirmarse la incompetencia del orden jurisdiccional social, dada su condición de organismo público y la naturaleza civil de los contratos de arrendamiento de servicios firmados con la demandante.

II) El artículo 49.1.c) ET en relación con el artículo 15.1.a) del mismo código, pues los contratos se ajustan a la normativa de obra o servicio determinado al especificar el objeto y las tareas constitutivas de los mismos, cada uno de los que respondía a una dotación presupuestaria específica.

III) Los artículos 66.3 y 99.3 LPL, pues al ser rechazada la pretensión esencial de demanda no procede la sanción impuesta.

QUINTO.- El orden lógico procesal que deben seguir las cuestiones planteadas por las recurrentes impone alterar los motivos que cada recurso expone, que desestimamos de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Según la jurisprudencia (s. 10.07.00) la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otras figuras, como el arrendamiento de servicios, está en la denominada integración en el círculo rector y disciplinario del empresario, concepto que el artículo 1.1 ET recoge cuando habla de "servicios ... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica" y que la doctrina científica llama nota o criterio de dependencia, de modo que ésta no se da cuando el contratado actúa con plena autonomía (ss. 07.03.94, 03.10.00).

Esa dependencia o subordinación, entendida como la situación del trabajador sometido aún en forma flexible y no rígida o intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa, y la ajenidad, respecto del sistema de retribución, constituyen los elementos esenciales que diferencian la relación laboral de otros tipos contractuales (ss. 14.02.94, 20.09.95, 22.04.96, 28.10.98, 22.12.99).

Estas notas concurren en el presente caso, si tenemos en cuenta: a) El hecho probado 10º que describe material y cronológicamente la prestación de servicios de la demandante. b) La empresa asume y promueve la laboralidad contractual según el hecho probado 9º, que aparece autorizada por la normativa de su régimen de personal y contratación que indica el hecho probado 13º. c) Tales circunstancias revelan la vigencia de la doctrina jurisprudencial cuando declara (ss. 15.06.98, 20.07, 29.12.99) la intrascendencia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, porque su naturaleza jurídica viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan, así como cuando afirma (s. 27.01.94) que no es relevante para definir la naturaleza laboral o no del vínculo que el trabajador se halle inscrito en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y pague el Impuesto sobre el Valor Añadido.

2ª.- El Tribunal Constitucional (TC), desde su sentencia 38/91, resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba: Así, declara (ss. 90/97; 73, 74, 87/98) que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica.

Ahora no concurren los presupuestos de aplicación de esta doctrina, que la actora basa esencialmente en la actividad reivindicativa de su compañero de hecho, si tenemos en cuenta que, según el hecho probado 6º, ninguno de ellos notificó a la empresa el cambio individual de domicilio y, menos aún, el empadronamiento conjunto en un domicilio común.

El TC afirma (ss. 21/92, 266/93, 180/94) que la denominada garantía de indemnidad abarca el derecho de cualquier trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica dentro de la empresa por la defensa previa de sus derechos, como expresión del principio a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1C, es decir, prohíbe la represalia por reclamación del disfrute de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante los tribunales de justicia, por denuncia ante la inspección de trabajo o por cuestiones de afiliación a la seguridad social y, en tales casos, sanciona la nulidad del despido.

Esta doctrina tampoco es aplicable en el actual supuesto, porque la cobertura que al efecto podría proporcionar el hecho probado 7º no es más que aparente, si tenemos en cuenta: a) En principio, la garantía de indemnidad tiene proyección individual y, por tanto, limitada a la persona sobre quien la empresa observó la eventual conducta represaliante, es decir, el compañero de hecho de la actora. b) La ampliación a ésta de las consecuencias derivadas de la represalia proscrita, es incompatible con la declaración fáctica del apartado 6º de sentencia que recogimos en el párrafo anterior. c) No consta documentada reclamación administrativa o jurisdiccional contra la empresa por parte de aquél; tampoco su testifical en el proceso de despido de otra trabajadora fue la causa del cese de la demandante porque, a pesar de la inmediatez entre esos momentos (hechos probados 7º y 8º), aconteció en la fecha prevista en contracto (hechos probados 4º y 8º).

El TC declara (ss. 15.11.82, 01.06.83, 29.03.90, 15.02.01) que el principio de igualdad prohíbe la discriminación, es decir, que la desigualdad de tratamiento sea injustificada por no ser razonable.

La discriminación que la trabajadora denuncia en base a que dejó de prestar servicios junto a su compañero de hecho antes que los demás empleados no es apreciable, si tenemos en cuenta: a) Todos los trabajadores afectados fueron preavisados en la misma fecha de la proximidad del cese (hecho probado 5º). b) En cualquier caso, ya indicamos que dejó de trabajar en la fecha pactada a tal fin (08.01.03, hechos probados 4º y 8º). c) Si bien otros empleados cesaron posterior aunque próximamente (finales de enero de 2003, hecho probado 11º), la fecha de su cese no le impidió conocer y participar en la convocatoria de plazas que se publicó el 17.01.03 en el tablón de anuncios del centro de trabajo, en cuanto la empresa había aprobado ese concurso mientras prestaba servicios (20.12.02, hecho probado 9º) y dado el reducido ámbito en que desempeñó su actividad profesional.

3ª.- Como dejamos consignado, la formalidad administrativa de los contratos de las litigantes encubre una relación laboral ordinaria.

Frente a lo sugerido, tampoco se ajustan a las exigencias jurisprudenciales de la obra o servicio determinado del artículo 15.º1.a) ET, si tenemos en cuenta: a) La jurisprudencia declara (ss. 30.12.96, 03.02.99, 21.03, 23.09.02) que la validez de este contrato temporal exige la concurrencia conjunta de sus requisitos (arts. 15 ET y 2 RD 2.720/98), siendo decisiva la acreditación previa de su temporalidad, de ahí la relevancia de identificar en el contrato cuál sea la obra o servicio determinado que lo justifique, que sea de duración incierta y que presente cierta autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa. b) Ahora, los contratos de 17.02.98, 02.01.99 y 17.03.00 revelan que el trabajo a cargo de la actora, con categoría profesional de técnico auxiliar GIS en todos ellos, consistió en realizar las mismas o esenciales tareas de cartografía que, aunque pudieran proyectarse sobre objetos diversos, configuran la actividad primordial de la empresa según el artículo 2 de sus estatutos sociales, cercana si no idéntica a la prestación de un servicio público, de ahí que la financiación o dotación presupuestaria de cada pacto contractual no pueda ser causa de la temporalidad de la relación (TS s. 10.04.02).

4ª.- No procede fijar la antigüedad de la trabajadora en la empresa desde el 17.08.98, si tenemos en cuenta: a) Como indica la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo declara (ss. 20.02, 29.02.97) que en los contratos temporales sucesivos la interrupción superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, determina el examen o control de legalidad de las contrataciones posteriores, salvo defecto esencial o fraude de ley en alguno de aquellos, porque entonces cabe examinar toda la serie contractual. b) En el caso, es cierta la falta de idoneidad de los

pactos convenidos, pero también es verdad que entre el 31.12.99 (fin del segundo) y el 17.03.00 (inicio del tercero) transcurrió el plazo de caducidad señalado e, igualmente, que la demandante no acreditó prestar servicios en ese período intermedio, a cuyo fin no basta la pretensión fáctica que aceptamos respecto del hecho probado 2º, porque los importes abonados por la empresa tras finalizar el segundo contrato pueden incorporar el abono efectivo de un crédito devengado con anterioridad.

5ª.- Ha de mantenerse la sanción impuesta a la empresa con base en los artículos 66.3 y 99.3 LPL, porque su no justificada incomparecencia al acto conciliatorio determina la apreciación judicial de temeridad, base de la sanción, y tras acogerse la petición subsidiaria, pero también esencial, de demanda.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 202 LPL ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa que, conforme al artículo 233.1 LPL, ha de abonar los honorarios de letrado de la parte actora impugnante de su recurso por ipor importe de trescientos euros (300 €).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos los recursos de suplicación de doña E.N.D. y de Sociedade Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, de 16 de mayo de 2003 en autos nº 87/2003, que confirmamos.

3740 Recurso núm. 5.132/03

S.S. INEXISTENCIA DE INDICIOS DE DISCRIMINACIÓN SINDICAL, CON CONFIRMACIÓN DA IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO DECLARADA NA INSTANCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a trece de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.132/03 interpuesto por ambas partes 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 M.T.C.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "L.T., S.A.U." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 399/03 sentencia con fecha dieciocho de julio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- La actora doña M.T.C.C., mayor de edad, con D.N.I. nº …, viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 17.07.00, con la categoría de "Encargada de almacén", aunque desempeñaba funciones como jefa de tráfico, y salario mensual de 1.298,66 euros mes con la prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- Por medio de carta de fecha 30.04.03, se comunicó a la actora que se la despedía con efectos desde esa misma fecha, con base en que en el mes de septiembre del 2002, la Dirección de la empresa tuvo conocimiento de una serie de irregularidades cometidas por la actora, y reflejados en la carta de despido, la cual damos aquí por reproducida. TERCERO.- Todos los trabajadores de la empresa "L.T., S.A.U.", tienen asignada una zona concreta; si los trabajadores no salen de la zona, no deberían percibir kilometraje; si salen fuera de su zona, se le liquidaban los kilómetros reales. La actora como Jefa de tráfico cargaba km. Habitualmente. CUARTO.- El 1 de abril, la actora cogió el camión de la empresa de la que es titular su marido ("T.-T., S.L.") para hacer ella misma el reparto. Dicho vehículo estaba en el muelle, era más barato y más rápido que coger un coche de alquiler. La actora como jefa de Tráfico estaba autorizada para tomar decisiones convenientes para la empresa. QUINTO.- En el reparto de zona, se hacía un trato favorable a "T.-T., S.L.", por lo que había algún malestar en la empresa. SEXTO.- El 23.04.03, la empresa "L.T., S.A.U.", rescinde el contrato de prestación de Servicios con "T.-T., S.L." (empresa de la que

es titular el marido de la actora). Ella estuvo presente en parte de la reunión en la que extinguieron el contrato de su marido. SÉPTIMO.- El 24 de abril, la empresa demandada recibe preaviso de celebración de elecciones, anunciando la intención de presentar candidata a la actora. OCTAVO.- A partir del día 2 de abril, la empresa demandada venía anunciando en Internet ofertas de empleo para la cobertura del puesto de Jefe de Tráfico. NOVENO.- Por laudo arbitral de fecha 29.05.03, se declara la nulidad de la mesa electoral constituida el 16 de mayo, así como la ineficacia de la candidatura anunciada antes de la constitución de la mesa, dicho laudo es confirmado por sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de esta ciudad de fecha 20.06.03. DÉCIMO.- Se ha intentado 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 que en materia de despido ha sido interpuesta por doña M.T.C.C., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 30.04.03 por parte de la empresa "L.T., S.A.U.", a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 5.433,03 euros, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de ésta sentencia, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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, estimando la pretensión subsidiaria, declaró improcedente el despido de la actora, condenando a la empresa demandada "L.T., S.A.U." a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, optara entre la readmisión o le abonara una indemnización de 5.443,03 €, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Decisión judicial que es recurrida en suplicación por la empresa condenada y por la actora, quienes pretenden la revisión de los hechos declarados probados y censuran el derecho aplicado en la sentencia, alegando la primera, que el despido debía ser declarado procedente, al haberse probado, las imputaciones que se contienen en la carta de cese, y por la trabajadora que se declare el despido nulo, por estimar se había producido un supuesto de discriminación sindical.

SEGUNDO.- Por la representación de la empresa, se interesa en primer lugar, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione al ordinal tercero, un texto del tenor literal siguiente: "las zonas de reparto y recogida asignadas a la empresa "T.-T., S.L." era en Porriño (Código Juan, Zona 007), Vigo y pueblos limítrofes (Código Juan, Zona 013) y Vigo ciudad (Código Robe, Zona 003)". Adición que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental (folios 42 a 44) es irrelevante de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho. Interesa igualmente la adición de un nuevo hecho probado, tercero bis, del tenor literal siguiente:

"Los días 3, 4, 11, 20, 23, 24 y 30 de septiembre las rutas de reparto realizadas por "T.-T., S.L." se realizaron dentro de las zonas asignadas a dicha empresa (Vigo y Porriño). Pese a ello, en las liquidaciones diaria de dicho periodo constan cargados como kilometraje 90 kms el día 3, 120 el 4, 60 el 11, 100 el 20, 100 el 23, 60 el 24 y 100 el 30".

"El día 5 de septiembre la actora cargó 60 kilómetros a "T.-T., S.L." por un viaje desde el centro de trabajo en Puxeiros-Mos a Redondela; el 9 cargó 45 kilómetros por un viaje a Tui; el 10 cargó 50 kms. Por un viaje a Tui; el 18 cargó 160 kms. por un viaje a Puenteareas, uno a Gondomar y uno a Vincios".

"Los días 3, 7 y 8 de octubre las rutas de reparto realizadas por "T.-T., S.L." se realizaron dentro de las zonas asignadas a dicha empresa (Vigo y Porriño). Pese a ello, en las liquidaciones diarias de dicho periodo constan cargados como kilometraje 60 kms. El día 3, 120 el 7, y 60 el 8".

" El día 29 de octubre la actora cargó 70 kilómetros a "T.-T., S.L." por un viaje desde el centro de trabajo en Puxeiros-Mos a Tui".

"Los días 11, 21 y 25 noviembre las rutas de reparto realizadas por "T.-T., S.L." se realizaron dentro de las zonas asignadas a dicha empresa (Vigo y Porriño). Pese a ello, en las liquidaciones diarias de dicho periodo

constan cargados como kilometraje 20 kms el día 11, 30 el 21, y 20 el 25".

"El día 7 de noviembre la actora cargó 95 kilómetros a "T.-T., S.L." por un viaje desde el centro de trabajo de Puxeiros-Mos a Tui, y otro a Redondela; el 15 cargó 75 kms. por un viaje a Redondela; el 22 cargó 120 kms por un viaje a Redondela; y el 26 cargó 20 kms por un viaje a Redondela".

"Los días 2, 17, 18 y 27 de diciembre las rutas de reparto realizadas por "T.-T., S.L." se realizaron dentro de las zonas asignadas a dicha empresa (Vigo y Porriño). Pese a ello, en las liquidaciones diarias de dicho periodo constan cargados como kilometraje 30 kms, el día 2, 30 el 17, 80 el 18, y 30 el 27".

"El día 3 de diciembre la actora cargó 70 kilómetros a "T.-T., S.L." por un viaje desde el centro de trabajo en Puxeiros-Mos a Redondela y otro a Puenteareas; el 4 cargó 20 kms por un viaje a Redondela; el 9 cargó 100 kms por un viaje a Redondela; el 11 cargó 20 kms por un viaje a Redondela; el 12 cargó 30 kms por un viaje a Redondela; el 16 cargó 30 kms por un viaje a Redondela; el 13 cargó 30 kms por un viaje a Redondela; el 20 cargó 100 kms por un viaje a Puenteareas; y el 26 cargó 30 kms por un viaje a Redondela".

"Los días 2, 23, 27 y 28 de enero las rutas de reparto realizadas por "T.-T., S.L." se realizaron dentro de las zonas asignadas a dicha empresa (Vigo y Porriño). Pese a ello, en las liquidaciones diarias de dicho periodo constan cargados como kilometraje 50 kms el día 2, 30 el 17, 50 el 23, 50 el 27 y 75 el 28".

"El día 3 de enero la actora cargó 50 kilómetros a "T.-T., S.L." por un viaje desde el centro de trabajo en Puxeiros-Mos a Redondela; y el 13 cargó 30 kms por un viaje a Redondela".

"Los días 24 y 28 de febrero las rutas de reparto realizadas por "T.-T., S.L." se realizaron dentro de las zonas asignadas a dicha empresa (Vigo y Porriño). Pese a ello, en las liquidaciones diarias de dicho periodo constan cargados como kilometraje 60 kms el día 24 y 90 kms el 28".

"El día 3 de febrero la actora cargó 75 kilómetros a "T.-T., S.L."por un viaje desde el centro de trabajo en Puxeiros-Mos a Tui; y el 27 cargó 130 kms por un viaje a La Cañiza".

Adición que se rechaza, pues, de los documentos que cita, no se desprende el contenido de la modificación propuesta, pues, se trata de simples asientos contables elaborados por la propia parte recurrente, ineficaces para revisar, de los que, además, no resulta que las zonas asignadas y el kilometraje que figura en ellos, corresponda a un vehículo de la empresa "T.-T., S.L." (propiedad del esposo de la actora). En todo caso, se ha de tener en cuenta, que no se sabe si se refieren a la propia empresa o a otra, pues, la matrícula del vehículo no coincide con la que se recoge en la carta de despido. Igualmente, interesa, la adición de un nuevo hecho probado, del tenor literal siguiente: "en las liquidaciones del mismo periodo de otros transportistas distintos de "T.-T., S.L." que no salían de su zona de reparto, no aparecen cargos de kilometraje". Adición que igualmente se rechaza, al tratarse de un hecho negativo, sin que se aporte documental que de modo directo y evidente demuestre error del juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas.

TERCERO.- Por la actora, se interesa la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto el ordinal séptimo, a fin de que se complete el relato fáctico haciendo constar la fecha de presentación del preaviso de elecciones en la oficina pública electoral y que fue dispensada de trabajar hasta el día en que se despide, debiendo quedar redactado del tenor literal siguiente: "Dicho preaviso había tenido entrada en el Registro de la Delegación Provincial de la Xunta el 16.04.05. Al día siguiente, 25 de abril, la empresa le entrega carta a la actora por la que queda dispensada de la obligación de trabajar hasta el 28 de abril del 2003, fecha en la que deberá comparecer a las 18:00 horas ante la Gerencia de la Delegación; dispensa que el día 28 de abril se prorroga hasta las 18:00 del día siguiente y lo mismo se hace el día 29. El día 30 la empresa le entrega carta de despido". Adición que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental, es totalmente irrelevante de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho. Interesa la modificación del hecho probado noveno a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "el 29.04.03, la empresa remitió burofax a la CIG indicándole que se oponía a la promoción electoral por no haberse respetado los requisitos legales y que no tenía por presentada candidatura alguna. El 16.05.03, sin que la empresa entregase censo electoral ni constituyese la mesa, tal constitución se hizo fuera de la empresa y del horario de trabajo. Por laudo arbitral de fecha 29.05.03 se estimó parcialmente la reclamación de la

empresa declarando la validez del preaviso electoral y la nulidad del proceso electoral desenvuelto, ordenando retrotraer las elecciones al momento de constitución de la mesa. Dicho laudo es confirmado por sentencia de fecha 26.06.03 por el Juzgado de lo Social nº 1". Modificación que se rechaza, al ser intrascendente, dado que los hechos que se pretenden incorporar ya se encuentran recogidos pormenorizadamente en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 del que se hizo mención, sin que desvirtúen o contradigan el contenido del ordinal noveno. Interesa, igualmente, se adicione al relato fáctico de hechos probados un hecho nuevo, del tenor literal siguiente: "la carta de despido entregada a la actora estaba firmada por don M.B.; el Sr. M.B. el 28.04.03, había firmado junto con otros 3 trabajadores de la empresa en la que se oponían a la elección de los representantes de los trabajadores en tal centro de trabajo. Constituida la mesa electoral, nuevamente el 09.06.03 se presentó candidato el Sr. M.B., saliendo elegido con el mismo número de votos que la actora. El 10.06.03 se impugnó por la CIG la candidatura del Sr. M.B. estimando que era el gerente de la empresa. Con fecha 23.06.03 se dictó laudo 113/03 desestimando la reclamación por considerar que el Sr. M.B. era responsable comercial de la Delegación con relación laboral común, sin que acreditara funciones de dirección." Adición que si bien se acepta, es totalmente irrelevante, pues trata de deducir que el hecho de que uno de los trabajadores de la empresa decidiera presentarse candidato constituye una intromisión empresarial.

CUARTO.- Como cuarto motivo, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, se denuncia por la empresa, infracción por aplicación indebida de los artículos 110 de la L.P.L. y 56 del Estatuto de los Trabajadores, infracción por no aplicación de los arts. 108.1 de la Ley Adjetiva Laboral, 54.2, b) y d), y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como infracción del art. 53.3 y 5, del Acuerdo General para las Empresas de Transporte de Mercancía por Carretera, en tanto que por la trabajadora se denuncia infracción por no aplicación del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 28.1 Constitución Española; alegándose por la primera, en esencia, que había habido trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, pues la actora, prevaliéndose de su cargo, desempeñando funciones como Jefa de Tráfico, no sólo cargaba kilómetros injustificadamente cuando los vehículos de su marido no salía de su zona de reparto sino que incluso cuando salían, el número de kilómetros que cargaba era completamente arbitrario, sin que se facturasen los kilómetros reales, sino, los que ella quería, incumpliendo de manera consciente y voluntaria las órdenes del gerente de la Delegación, con el consiguiente quebranto económico para la compañía, con la única finalidad de beneficiar a la empresa de su marido a través de un trato preferencial, que además de estar prohibido, suponía discriminar al resto de proveedores que no facturan kilometraje, y que en fecha 1 de abril, condujo un camión de la empresa de su marido, haciendo ella misma el reparto, sin autorización de su empresa, por lo que solicitaba que el despido se declarase procedente; en tanto que por la trabajadora, se pide se declare la nulidad del cese, por entender que fue una represalia de la empresa al tener conocimiento de que se presentaba como candidata de la CIG, despidiéndola por su afiliación sindical.

El problema que se suscita en la presente "litis", consiste en determinar, si el despido de que fue objeto la actora, cabe calificarlo de "procedente" –como se sostiene por la empresa-, "nulo" –como se sostiene por la trabajadora recurrente-, o, bien, "improcedente" –como se sostuvo por la Magistrado de instancia-.

Como señalan las Sentencias de esta Sala de 9 de octubre de 2001 (Recurso nº 4.476/01), 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01) y de 11 de diciembre de 2001 (Rec. 5.067/01), "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 -verda-

dera 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 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 de febrero)". Ahora bien, es preciso distinguir (así sentencias del Tribunal Supremo de 16.10.90, 12.11.90 y 04.02.91), entre la imputación de faltas inexistentes, ficticias o irreales y la atribución de incumplimientos objetivables conectados con la conducta laboral, pues en el primer caso la intención fraudulenta de prescindir de un concreto trabajador mediante el ejercicio arbitrario de aparentes facultades empresariales, autoriza la aplicación del art. 108.2.d) de la L.P.L. (despido nulo por discriminación, violación de derechos fundamentales y libertades públicas) en el segundo no, aunque la práctica de los medios de prueba no alcance a convencer al juzgador de la concurrencia de los incumplimientos afirmados o de que su gravedad merezca la sanción de despido, no pudiendo tampoco sostenerse aquella nulidad en la declarada existencia de malas relaciones "conflictividad laboral" cuando no se explica a quien es imputable tal situación de tal modo que la ausencia de la deseable armonía no es equivalente a hostigamiento empresarial.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa, y así se desprende del relato fáctico de hechos probados deben destacarse los siguientes: A) La actora doña M.T.C.C., mayor de edad, con D.N.I. nº …, viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 17.07.00, con la categoría de "Encargada de almacén", aunque desempeñaba funciones como jefa de tráfico, y salario mensual de 1.298,66 euros mes, con la prorrata de pagas extras. B) Por medio de carta de fecha 30.04.03, se le comunicó que se la despedía con efectos desde esa misma fecha, con base en que en el mes de septiembre del 2002, la Dirección de la empresa tuvo conocimiento de una serie de irregularidades cometidas reflejadas en la carta de despido, (que se tienen por reproducidos). C) Todos los trabajadores de la empresa "L.T., S.A.U.", tienen asignada una zona concreta; si los trabajadores no salen de la zona, no deberían percibir kilometraje; si salen fuera de su zona, se le liquidaban los kilómetros reales. La actora como Jefa de tráfico cargaba km. Habitualmente. D) El 1 de abril, cogió el camión de la empresa de la que es titular su marido ("T.-T., S.L.") para hacer ella misma el reparto. Dicho vehículo estaba en el muelle, era más barato y más rápido que coger un coche de alquiler. Como Jefa de Tráfico estaba autorizada para tomar decisiones convenientes para la empresa. E) En el reparto de zona, se hacía un trato favorable a "T.-T., S.L.", por lo que había algún malestar en la empresa. F) El 23.04.03, la empresa "L.T., S.A.U.", rescinde el contrato de prestación de Servicios con "T.-T., S.L." (empresa de la que es titular el marido de la actora). Ella estuvo presente en parte de la reunión en la que extinguieron el contrato de su marido. G) El 24 de abril, la empresa demandada, recibe preaviso de celebración de elecciones, anunciando la intención de presentar candidata a la actora. A partir del día 2 de abril, la empresa demandada venía anunciando en Internet ofertas de empleo para la cobertura del puesto de Jefe de Tráfico. H) Por laudo arbitral de fecha 29.05.03, se declara la nulidad de la mesa elec-

toral constituida el 16 de mayo, así como la ineficacia de la candidatura anunciada antes de la constitución de la mesa, dicho laudo es confirmado por sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de esta ciudad de fecha 20.06.03.

Esto sentado, esta Sala entiende que en el supuesto de autos, no nos encontramos ante un despido nulo y discriminatorio, y menos ante un despido procedente, por cuanto no se ha acreditado que la trabajadora hubiera sido despedida por haberse presentado como candidata en el proceso electoral, compartiendo los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, en el sentido de que no fue el proceso electoral el que desencadenó el despido, (que ya estaba decidido), sino que fue el conocimiento por la trabajadora de que iba a ser despedida, después de habérsele rescindido el contrato a "T.-T., S.L.", (empresa de su esposo), el que desencadenó un enfrentamiento con la empresa, que se inició con el anuncio de que ella iba a ser la candidata, para terminar con un proceso electoral que por laudo arbitral de fecha 29.05.03, declaró la nulidad de la mesa electoral, así como la ineficacia de la candidatura anunciada antes de la constitución de la mesa, laudo que fue confirmado por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo de fecha 26.06.03, ni que el cese fuese debido, a esa supuesta desobediencia y abuso de confianza, por entender se prevalió de su condición de jefe de tráfico, beneficiando de manera continuada a la empresa de su marido, atribuyéndole cargas de mayor peso para incrementar su facturación, y anotando indebidamente kilómetros en sus liquidaciones, con idéntica finalidad, circunstancias que no se han acreditado, pues, si bien es cierto y así se desprende de los hechos probados, y de la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado), que cogió el camión de la empresa de su marido para hacer un reparto, sin autorización, ni comunicación a la dirección, tales hechos, por sí solos, no tienen la gravedad suficiente para ser generadores de la sanción de despido, máxime cuando estaba autorizada para tomar decisiones en casos puntuales, por lo que no cabe calificar el despido, como procedente, sino que debe ser calificado de improcedente, con las consecuencias que se señalan en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.T.C.C. y la empresa "L.T.,, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO de Vigo, de fecha dieciocho de julio de dos mil tres, dictada en autos núm. 399/03 seguidos a instancia de doña M.T.C.C. contra sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3741 Recurso núm. 2.653/03

S.S. CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES. INEXISTENCIA DE COBERTURA CONTRACTUAL ENTRE EMPRESA CEDENTE E CESIONARIA. APORTACIÓN DE MEDIOS POLA CESIONARIA. FRAUDE DE LEI NA CONTRATACIÓN TEMPORAL EFECTUADA POLA EMPRESA CEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a catorce de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.653/03, interpuesto por "M., S.A." e "I.C.N.M., 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 don J.A.L.C. en reclamación de CESION ILEGAL DE TRABAJADORES, siendo demandado EMPRESA M., S.A e "I.C.N.M., S.A.", FACTORÍA DE F., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 589/02 sentencia con fecha 19 de noviembre de 2002, 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.A.L.C., viene prestando servicios como personal laboral, por cuenta y orden de la empresa M., S.A., en el centro de trabajo de la empresa "I.C.N.M., S.A.", Factoría de F., con una antigüedad de 29.07.02, ocupando la categoría profesional de especialista y percibiendo un

salario mensual incluida prorrata de pagas extras de 1.073,93 Euros (178.687 pesetas), incluida prorrata de pagas extras.- SEGUNDO.- El demandante, suscribió en fecha 29.07.02 un contrato de trabajo de duración determinada, artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, modalidad eventual por circunstancias de la producción con la empresa "M., S.A.", en el cual se hace constar que la duración del citado contrato se extenderá desde el 29.07.02 un contrato de trabajo de duración determinada, artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, modalidad eventual por circunstancias de la producción con la empresa "M., S.A.", en el cual se hace constar que la duración del citado contrato se extenderá desde el 29.07.02 hasta 25.08.02, en el cual se hace constar como causa de la temporalidad "acumulación de tareas por aumento de carga de trabajo temporal en la limpieza UPS de la empresa "I.C.N.M., S.A." F.".- don J.A.L.C.La empresa "A., S.A.", en la actualidad "I.C.N.M., S.A." suscribió en fecha 01.03.39 con "M., S.A.", contrata por escrito, para la prestación de servicios de almacén en cuyo Anexo A se establece el siguiente objeto de la contrata: "1.- GENERAL.- Comprende los servicios a realizar en el Almacén para los proyectos NC-276 y NC-277 en los siguientes departamentos: Almacén de Cables, Parque de Aceros, Equipo Metálico y Tuberías, Distribución de la correspondencia Courier y Servicio de material de consumo a centros, Descarga de material de Equipos y Accesorios y Distribución de los mismos a Obra, Operaciones de Descarga y Embalaje de materias en el Almacén General y Servicio de Distribución de Gases en Botellas.- 2.- ALCANCE DE SUMINISTRO.- 2.1 ALMACÉN DE CABLES. – Comprende todas las operaciones correspondientes a este Almacén desde la descarga del material, cubrir las fichas de control, almacenamiento y estiba, así como el corte y servicio del material, llevando a cabo además la rastreabilidad de los cables según el Procedimiento ST-303, "Control y rastreabilidad de cables eléctricos".- "A., S.A." aportará los medios materiales necesarios como: horquillas, máquinas de corte de cable, etc.- 2.2. PORQUE DE ACEROS, EQUIPO METALICO Y TUBERIAS.- Comprende todas las operaciones correspondientes a estos Almacenes desde la descarga del material chapas-perfiles, equipo metálico y tuberías procedentes de buques y camiones, así como su menado, almacenamiento y estiba, hasta la distribución del material a las Unidades Productivas correspondientes. En el caso de chapas y perfiles la descarga del buque se efectuará en el Muelle nº 2, estando a su cargo el traslado del material al Parque de Laminados. Para este material cumplirán lo establecido en el Procedimiento GM-202, "Recepción, Estiba y Despacho de Material Laminado".- "A., S.A." aportará: manipuladores de Grúas y Carros Grúas y medios materiales tales como: Valmet, Plataforma 70 tons y el equipo de maniobra necesario.- 2.3.- DISTRIBUCION DE LA CORRESPONDENCIA DE COURIER Y SERVICIO DE MATERIAL DE CONSUMO DE LOS CENTROS.- Comprende todas las operaciones correspondientes a la recepción y distribución del material de consumo y de la correspondencia a los distintos centros de control.- "A., S.A.", aportará el medio de transporte.- 2.4 DESCARGA DEL MATERIAL DE EQUIPOS Y ACCESORIOS Y DISTRI9BUCIÓN DE LOS MISMOS A OBRA: Comprende todas las operaciones correspondientes a la descarga de equipos y accesorios incluido su traslado a la zona de Almacenamiento y su distribución a las Unidades Productivas correspondientes.- "A., S.A." aportará los medios de transporte y maniobra.- 2.5.- OPERACIONES DE DESCARGA Y DESEMBALAJE DE MATERIALES EN EL ALMACEN GENERAL.- Comprende todas las operaciones correspondientes a la descarga y desembalaje de todos los materiales en el Almacén General.- 2.6 SERVICIO DE DISTRIBUCION DE GASES EN BOTALLAS.- Comprende la distribución de gases en botellas a las Unidades Productivas tales como: (propano, CO2, protar, argón, acetileno, etc).- 2.7. GENERAL.- EL CONTRATISTA deberá disponer de personal de mando necesario para las operaciones anteriores.- CUARTO.- En fecha 18.10.02 la empresa "M., S.A.", emitió informe del tenor literal siguiente: "el trabajador don J.A.L.C. con DNI … realizó del 29.07.02 al 25.08.02 las tareas propias de limpieza de los Unidades Productivas de "I.C.N.M., S.A." F. por acumulación de tareas en dicho servicio y la categoría de especialista, tal y como se determina en el contrato laboral firmado con fecha 29.07.02 entre dicho trabajador y la empresa "M., S.A."- Al mismo tiempo y por contrato verbal entre las empresas "I.C.N.M., S.A." F. y "M., S.A.", el trabajador don J.A.L.C. realizó idéntico al descrito en el punto 2.3 del Anejo A (comprende todas las operaciones correspondientes a la recepción y distribución del material de consumo y de la correspondencia a los distintos centros de contro) del contrato 99.026 entre "A., S.A." (actualmente "I.C.N.M., S.A." F.) y "M., S.A." bajo la dirección y supervisión del encargado de M. en dicho centro de trabajo don M.R.L.".- QUINTO.- En fecha 29 de julio de 2002, "M., S.A.", entregó al actor

comunicación de finalización de contrato del tenor literal siguiente: "Muy Sr. Nuestro: La presente es para comunicarle que el próximo día 25 de agosto de 2002 expedirá el tiempo de duración del contrato que le une a usted con esta empresa.- Por lo expuesto y en base a lo establecido en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, daré el mismo por resuelto.- Sin otro particular, se despide atentamente". Dicha decisión empresarial fue impugnada por el demandante y se encuentra pendiente de juicio en el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol.- SEXTO.- El objeto social de la empresa "I.C.N.M., S.A." -F., es la construcción, fabricación y reparación de buques.- SÉPTIMO.- El objeto social y la actividad de "M., S.A.", es la limpieza industrial y trabajos de mensajería y correspondencia interna y externa para otras empresas.- OCTAVO.- El actor no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.- NOVENO.- En fecha 23 de agosto de 2002, se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acta de conciliación administrativa previa en fecha 6 de septiembre de 2002, con el resultado de intentada sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la demanda deducida por don J.A.L.C. contra las empresas "M., S.A." e "I.C.N.M., S.A." -F., en reclamación de DERECHOS (CESIÓN DE TRABAJADORES) debo declarar y declaro que ha existido cesión ilegal de trabajadores con fecha de efectos 29.07.02 condenando a ambas empresas a estar y pasar por tal declaración, asimismo, con declaración del derecho del actor a que opte por la readmisión entre la empresa cedente y la cesionaria, y habiendo éste optado por la readmisión en "I.C.N.M., S.A.", como trabajador fijo, debo condenar y condeno a "I.C.N.M., S.A." - F., a que readmita al actor como trabajador fijo con efectos desde 29.07.02".- Sentencia que fue aclarada por Auto de 09.12.02, cuya parte dispositiva dice así: "Estimando la demanda deducida por don J.A.L.C. contra las empresas "M. S.A." e "I.C.N.M., S.A." – F. en reclamación sobre Derechos, Cesión ilegal de trabajadores, debo declarar y declaro que ha existido cesión ilegal de trabajadores con fecha de efectos 29.07.02, condenando a ambas empresas a estar y pasar por tal declaración, asimismo, con declaración del derecho del actor a que opte por adquirir la condición de trabajador fijo entre la empresa cedente y la cesionaria y habiendo éste optado por la admisión en "I.C.N.M., S.A." – F., como trabajador fijo, debo condenar y condeno a "I.C.N.M., S.A."– F., a que admita al actor como trabajador fijo con efectos desde el 29.07.02"

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, aclarada por auto de fecha 09.12.02, en su parte dispositiva, estableció que: "Estimando la demanda deducida por don J.A.L.C. contra las empresas M. S.A. e "I.C.N.M., S.A." – F. en reclamación sobre Derechos. Cesión ilegal de trabajadores, debo declarar y declaro que ha existido cesión ilegal de trabajadores con fecha de efectos 29.07.02, condenando a ambas empresas a estar y pasar por tal declaración, asimismo, con declaración del derecho del actor a que opte por adquirir la condición de trabajador fijo entre la empresa cedente y la cesionaria y habiendo éste optado por la admisión en "I.C.N.M., S.A." – F., como trabajador fijo, debo condenar y condeno a "I.C.N.M., S.A."– F., a que admita al actor como trabajador fijo con efectos desde el 29.07.02".

Contra dicha resolución de instancia, se alzan en suplicación las empresas demandadas que articulan sus respectivos recursos, en atención a un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191 c), interesando el examen de la normativa aplicada en la citada resolución, denunciando la infracción, por aplicación indebida, del artículo 43.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores y la Jurisprudencia al respecto.

SEGUNDO.- Así las cosas, la entidad codemandada M., en esencia, arguye que aún cuando el contrato pudo devenir en indefinido al destinar al trabajador a otros para los que no había sido específicamente contratado, no comparte la consideración de que haya existido una cesión ilegal de trabajadores, aludiendo a una supuesta contratación mercantil con "I.C.N.M., S.A."– F. que, en su opinión, daría cobertura a la prestación de servicios efectuada por el actor y añadiendo que es irrelevante la inexistencia de contrato por escrito, cuya ausencia no afecta a su validez, en tanto que, la codemandada "I.C.N.M., S.A." – F., considera que existe contradicción entre los Hechos pro-

bados y la resultancia fáctica contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia y que, en atención a aquellos, no se pone de manifiesto que se haya producido una cesión ilegal de trabajadores, sino la mera ejecución de un servicio, en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios, por lo que, en definitiva, ambas empresas, respectivamente, interesan que, con revocación de la sentencia se les absuelva de las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- No han de tener acogida las pretensiones auspiciadas por las empresas codemandadas habida cuenta de que, aquietándose ambas con lo establecido en la resultancia fáctica de la sentencia de instancia, no puede soslayarse que, aún en el seno de la fundamentación jurídica, pero con innegable valor fáctico se contienen aseveraciones y conclusiones del Juez "a quo", a las que llega en uso de las facultades de valoración e interpretación de la prueba que le otorga la normativa al efecto, complementarias, que no contradictorias, de lo aseverado en el relato histórico y que no han sido desvirtuadas por las partes recurrentes, quienes ni siquiera intentaron modificación fáctica alguna, ya por supresión de la contemplada en la resolución de instancia ya por adición de la que considerasen procedente en pro de sus intereses, de manera que, acreditado la inexistencia de cobertura contractual que amparase la tesis esgrimida por las demandadas en orden a una supuesta relación mercantil entre ambas a efectos de la prestación de los servicios que, materialmente, llevó a cabo el actor, esto es, la distribución de correspondencia Courier y servicios material de consumo y de la correspondencia a los distintos centros del control de "I.C.N.M., S.A.", aportando esta última el medio de transporte para la realización de dicha actividad, así como que la causa temporal del contrato suscrito por el actor y M. S.A. fue, no la plasmada en el documento que sirve de soporte a dicha convención, esto es, "acumulación de tareas por aumento de carga de trabajo temporal en la limpieza de UPS de la empresa "I.C.N.M., S.A." F.", sino la necesidad de cubrir suplencias del personal de esta última en el mes de Agosto, limitándose M. S.A. a prestar mano de obra a la otra empresa, deviene procedente la desestimación de ambos recursos y, por ende, la confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, las empresas recurrentes vencidas habrán de abonar las costas del recurso que incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante, debiendo hacer frente, cada una de las mercantiles recurrentes, al abono, por el referido concepto, de la suma de 300 Euros.

En consecuencia con lo expuesto,

Fallamos

Desestimando los recursos de suplicación articulados, respectivamente, por las empresas "M. S.A." e "I.C.N.M., S.A."– F., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº nº 1 de Ferrol, de fecha 19 de noviembre de 2002, en autos nº 589/02, instados por J.A.L.C., confirmamos la resolución de instancia e imponemos a las referidas mercantiles el abono de las costas de esta suplicación, que incluirán el abono, por parte de cada una de ellas, de la cantidad de 300 Euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte actora impugnante de los recursos.

3742 Recurso núm. 147/01

S.S. RÉXIME APLICABLE A MELLORA DIRECTA DE SEGURIDADE SOCIAL, CONSISTENTE EN COMPLEMENTO DE PENSIÓN DE XUBILACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diecisiete de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 147/01 interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.A.M.M., don R.S.G. y don J.A.M.V. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado el "B.B.V., S.A." en su día se celebró acto de

vista, habiéndose dictado en autos núm. 394/00 sentencia con fecha cinco de junio de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda excepto a la reclamación formulada por don R.S.G.

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

"PRIMERO.- Probado que los demandantes prestaron servicios a la empresa "B.B.V., S.A." en diferentes sucursales de dicha entidad bancaria. SEGUNDO.- Los demandantes suscribieron en su día un acuerdo privado con la citada empresa para pasar a una situación de "licencia especial retribuida", previa a la situación de jubilación anticipada y en el caso de R.S.G. con posterioridad a aquélla y antes de su jubilación anticipada pasaría a la situación de prejubilación con convenio especial. En el citado acuerdo al que se le dio la consideración de "verdadero pacto privado" se estipularon como condiciones, entre otras, las siguientes: a) Que hasta el cumplimiento de los 60 años el Banco les concede una Licencia Especial Retribuida y simultáneamente los trabajadores se comprometen formalmente a no solicitar el reingreso en el servicio activo durante ese mismo periodo de tiempo. b) Durante la situación de Licencia Especial Retribuida el Banco se compromete a seguir abonando "la misma retribución bruta anual que, por todos los conceptos fijos cobra Vd. Actualmente, distribuida en igual número de pagas que percibe el personal en servicio activo y que se actualizará "…con las mejoras que para los años 1990, 1991 y 1992 fijen los correspondientes Convenios Colectivos…". De estas percepciones brutas se deducirá el importe de los impuestos, las cuotas personales de la Seguridad Social y las demás retenciones que legalmente correspondan en cada momento. c) Al cumplimiento de los 60 años, una vez alcanzada la edad mínima de jubilación, pasarían a la situación de jubilación anticipada, obligándose entonces el Banco a asignar el complemento de pensión necesario para que, sumado a la pensión oficia que le fije la Seguridad Social, alcance una cantidad bruta anual igual al 100% de las percepciones pensionables que cobren en aquel momento. d) En el caso de don R.S.G. tras el periodo de Licencia Especial Retribuida que finalizó el 30.09.92 y hasta la fecha de cumplimiento de los 60 años (30.09.93) pasaría a la situación de prejubilación de Convenio Especial, quedando anotada su Baja en la plantilla del Banco, garantizándose en todo ese periodo el total de las percepciones brutas anuales que en aquel momento venga cobrando, distribuidas en catorce pagas al año. TERCERO.- Los actores llegaron a este acuerdo con la empresa con efectos a partir de las siguientes fechas: 1.- Don J.A.M.M., desde el 31.12.89. 2.- Don R.S.G., desde el 01.12.89. 3.- Don J.A.M.V., desde el 01.12.89. CUARTO.- Las sumas anuales brutas que los trabajadores pactaron con la empresa demandada, desde su pase a la situación de Licencia Especial Retribuida hasta la fecha que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S.) se les reconociese el derecho a percibir pensión de jubilación, eran las siguientes:

NOMBRE	PERCEPCIÓN ANUAL	DEDUCCIÓN S.S.
J.A.M.M.	4.587.307	220.392
R.S.G.	2.958.469	177.551
J.A.M.V.	3.461.570	231.421

De las cantidades indicadas como percepción anual de cada trabajador, la empresa deducía a estos la cuota que les correspondía abonar en concepto de cotización a la Seguridad Social y que se indica anteriormente. QUINTO.- Los actores, una vez que reunieron los requisitos legales solicitaron la pensión de jubilación anticipada con cargo a la Seguridad Social, siéndoles reconocida ésta en las cuantías mensuales y fechas de efectos que se indican a continuación:

NOMBRE	CUANTÍA PESETAS	EFECTOS
J.A.M.M.	117.039	14.07.92
R.S.G.	103.045	06.10.93
J.A.M.V.	127.109	20.09.93

SEXTO.- La demandante abonó a los demandantes desde la fecha de efectos de su jubilación los siguientes complementos mensuales:

NOMBRE	COMPLEMENTO ABONADO
J.A.M.M.	180.075
R.S.G.	99.813
J.A.M.V.	160.997

SÉPTIMO.- Con fecha 14.02.00 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 debo estimar y estimo las pretensiones de la demanda formuladas por don J.A.M.M. y don J.A.M.V., desestimando la formulada por don R.S.G.; en consecuencia de tal declaración DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a que incremente el complemento de jubilación que abona a los actores demandantes don J.A.M.M. y don J.A.M.V. en las siguientes cantidades anuales prorrateadas en 14 pagas: A don J.A.M.M., 220.392 pesetas. A don J.A.M.V. 231.421 pesetas. Y que abone a estos demandantes, en concepto de atrasos, las cantidades siguientes: A don J.A.M.M. 1.101.960 pesetas; A don J.A.M.V., 1.157.105 pesetas. Así mismo DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la pretensión de la demanda formulada por don R.S.G.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte ambas partes, siendo el del Banco demandado 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 de dos de los demandantes y reconoce su derecho a percibir el complemento de la pensión de jubilación sin deducción de cuotas de la Seguridad Social, condenando al demandado "B.B.V., S.A." a estar y pasar por dicha declaración y a que abone a dos de los actores las cantidades que se especifican en el Fallo de la sentencia; y, por otra parte, desestima la demanda interpuesta por uno de los actores, concretamente la formulada por don R.S.G., absolviendo al Banco demandado de la pretensión frente a él ejercitada. Esta decisión es impugnada por la representación procesal del Banco demandado, al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, formulando al efecto por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral cuatro motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados y referidos los otros tres al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida. También es impugnada esta decisión por el trabajador que ha visto desestimada su demanda, formulando dos motivos de suplicación, el primero con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, destinado a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo formulado por el cauce del apartado c) del mismo artículo, para examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Comenzando con el examen de la recurso planteado por la Entidad Mercantil BBVA, el primer motivo –como ya se dijo-, versa sobre la revisión de hechos probados, interesando la modificación del hecho probado segundo, ofreciendo el siguiente texto alternativo: *"Segundo.- Los demandantes, don J.A.M.M., nacido en … y antigüedad en la empresa de 15.10.79; don R.S.G., nacido en … y antigüedad en la empresa de 15.10.79 y don J.A.M.V., nacido en … y antigüedad en la empresas de 30.09.61, solicitaron del "B.B.V., S.A." en 29.06.89 los Sres don J.A.M.M. y don J.A.M.V. y en 10.09.89 el Sr. R.S.G., les fue concedida Licencia Especial Retribuida hasta el día en que cumplían los 60 años de edad (13.07.92 don J.A.M.M., 30.09.93 don R.S.G. y 19.09.93 don J.A.M.V.), en las condiciones ya comentadas verbalmente. Estas solicitudes fueron aceptadas por el Banco en sus contestaciones de fecha 01.08.89 a don J.A.M.M., 06.10.89 a don R.S.G. y 28.11.89 a don J.A.M.V. con las condiciones que constan en las mismas y que se dan por reproducidas, las que fueron aceptadas por los demandantes. Son parte de estas condiciones en relación con los Sres. don J.A.M.M. y don J.A.M.V., las siguientes: "c) Durante esta situación de Licencia Especial Retribuida el Banco le seguirá abonando la misma retribución bruta anual que, por todos los conceptos fijos, cobra Vd. Actualmente, distribuida en igual número de pagas que percibe el personal en servicio activo y que se actualizará, en la parte reglamentaria, con las mejoras que para los años 1990, 1991 y 1992 fijen los correspondientes Convenios Colectivos y, en la Voluntaria, con el incremento medio que, en su caso, fije el Banco para la revisión de la retribución o mejora voluntaria en cada uno de los años señalados. Como se ha indicado estas percepciones serán brutas y en consecuencia de ellas se deducirán el importe de los Impuestos, las Cuotas personales de la Seguridad Social y las demás retenciones que legalmente correspondan en cada momento. d) Al cumplir los 60 años de edad (13.07.92 don J.A.M.M.y 19.09.93 don J.A.M.V.) pasará Vd. A la Situación de Jubilación anticipada asignándole entonces el Banco el Complemento de pensión necesario para que, sumado al importe de la Pensión Oficial que le*

fije la Seguridad Social, alcance una cantidad bruta anual igual al cien por cien de las percepciones pensionables que Vd. cobre en aquel momento". Y en relación con el demandante don R.S.G. y de la condición 3, el siguiente apartado: "a) El día 30.09.93, en que Vd. cumplirá los 60 años de edad, pasará a la situación de jubilación anticipada voluntaria, asignándole entonces el Banco el complemento de pensión necesario para que, sumado al importe de la pensión oficial que le fije entonces la Seguridad Social, alcance una cantidad bruta igual al 100% de las percepciones pensionables que cobre en aquel momento". Expresando el último apartado del acuerdo suscrito con don R.S.G. que "Todas las percepciones a cargo del Banco de que se ha hablado a lo largo de este compromiso, serán brutas y, por tanto, de ellas se deducirá el importe de los impuestos, las cuotas personales de la Seguridad Social y las demás retenciones que, lógicamente, correspondan en cada momento"."

La Sala acoge la revisión interesada, a la vista de los documentos en que se sustenta, solicitud de Licencia Especial Retribuida, formulada por los demandantes, con las contestaciones a las mismas de la Entidad demandada, y correspondiente aceptación por los actores.

TERCERO.- En el motivo inicial destinado a censura jurídica, el Banco recurrente denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 164 de la LGSS, así como por violación de los artículos 43.1, en relación con el artículo 192 del mismo texto legal, así como infracción de los artículos 1.930, 1.932, 1.962 y 4.1 del Código Civil y, subsidiariamente, del artículo 44.2 de la LGSS, argumentando que el derecho ejercitado por los actores se halla prescrito, porque al ser una mejora voluntaria de la Seguridad social, se halla sujeta al plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. Motivo que no se acoge, porque la propia naturaleza de la prestación reclamada, impide aplicar a la misma el plazo de prescripción previsto en el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque no responde ya a un contrato laboral que perviva entre las partes litigantes, sino que nos hallamos ante una protección de Seguridad Social, que es atendida por la empresa, en concepto de complementariedad en el ejercicio de una actuación colaboradora.

CUARTO.- En el segundo motivo de censura jurídica, el Banco recurrente denuncia infracción, por violación, de los artículos 40 del Convenio Colectivo para la Banca Privada, 1984/1985, en relación con los números 1 y 2 de igual precepto, así como infracción del artículo 2.1 del mencionado Convenio, del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y 37.1 de la Constitución española, todos ellos en relación con los artículos 191.1.a) y 192 de la Ley General de la Seguridad Social (antiguos artículos 181 y 182), así como infracción, también por violación, de los artículos 3.1, 1.281, 1.282, 1.283 y 1.285 del Código Civil y, subsidiariamente del artículo 1.289 del mismo texto legal. Se alega en el extenso recurso de la Entidad recurrente, en esencia, que el mutuo acuerdo alcanzado entre el trabajador y el Banco sobre el complemento de jubilación a abonar por éste, se halla dentro del contexto del Convenio Colectivo para la Banca privada y no al margen o fuera del mismo, pues es en el Convenio y no en ninguna otra parte, donde se estableció la mejora voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social. Y que tan sólo la "Licencia Especial Retribuida", previa a la jubilación, se reguló por un pacto privado, por no ser dicha Licencia situación contemplada en el Convenio Colectivo, pero éste sí prevé el complemento o mejora voluntaria de la pensión de jubilación, y a dicho Convenio hay que atenerse, siendo la fórmula de cálculo del complemento inalterable e innegociable. Añadiendo que no deducirse las cuotas de la Seguridad Social, no sólo conculcaría lo que la norma establece, sino que, además, se producirían situaciones absurdas, ilógicas e incomprensibles, de modo que aquel trabajador que se jubila anticipadamente a los 60 años, se le haría de mejor condición que a aquellos que se jubilen a los 65 años de edad, cuando a todos los jubilados, sin distinción, la Entidad demandada ha reconocido la mejora voluntaria de pensión de jubilación. Se señala también, que según lo resuelto por la sentencia recurrida, el demandante percibiría más en situación de jubilado que lo haría de seguir en activo, se concluye añadiendo que la intención de las parte son claras, que se hizo constar expresamente y fue aceptado con plena conformidad que había que deducir de las percepciones brutas, los impuestos y las cuotas personales de Seguridad Social.

Así pues, la problemática litigiosa consiste en determinar si el Banco recurrente tiene o no derecho a deducir del complemento de pensión que le abona a los demandantes

desde la fecha en que estos han cumplido 60 años, fecha a partir de la cual pasaron a percibir pensión de jubilación a cargo del Instituto Nacional e la Seguridad Social, un importe equivalente al de las cuotas de Seguridad Social, cuotas que hasta esa fecha fueron descontadas a cargo del trabajador. Sobre esta cuestión litigiosa, han existido pronunciamientos contradictorios de esta Sala, lo que motivó que el Banco recurrente planteara recurso de Casación para Unificación de Doctrina ante la Sala IV del Tribunal Supremo, y este Tribunal en su reciente Sentencia de fecha 10 de julio de 2002 (Rec. 116/2002), ha estimado las tesis de la Entidad recurrente, casando y anulando la Sentencia de este Tribunal de fecha 24 de noviembre de 2001. Por lo tanto, por evidentes razones de seguridad jurídica, la Sala debe seguir el criterio del Alto Tribunal, si bien en algunos casos habrá que estar a lo estipulado con carácter particular en algún pacto, por cuanto los pactos se suscribieron con más de seis mil trabajadores, teniendo en cuenta las condiciones personales y laborales presentes en cada caso, si bien el problema que subyace en el fondo de la cuestión viene a coincidir, con pequeñas matizaciones.

QUINTO.- Una de las cuestiones que plantea el Banco recurrente, en su extenso y razonado recurso, se refiere a la regulación de las mejoras voluntarias pactadas entre empresa y trabajadores, sosteniendo que dichas mejoras se enmarcan en el Convenio Colectivo de aplicación, concretamente en su artículo 40, que regula tres supuestos distintos: uno, referido a la jubilación a los 65 años, artículo 40.1, a los que reconoce para determinar el complemento de pensión de jubilación de la Seguridad Social, "una cantidad tal que, sumada a la pensión que el jubilado perciba de la Seguridad Social, suponga una percepción total anual igual al 100 por 100 a la que tuvieren derecho por aplicación del Convenio, *deducidas las cuotas de la Seguridad social a su cargo*, en el momento de la jubilación. Otro supuesto que contempla en el núm. 2 del mismo artículo 40, es el del que se jubila anticipadamente al cumplir 60 años de edad, con 40 años o más de servicio efectivo en la profesión que "...podrá jubilarse a petición propia, percibiendo en lugar del 100 por 100, el 95 por cien de las percepciones totales anuales, de acuerdo con la fórmula del apartado anterior", esto es, que de ese 95% de las percepciones se deducirán también las cuotas de la Seguridad Social a cargo del trabajador. Finalmente, el núm. 3 del citado artículo 40, contempla el supuesto en el que resulta incardinable la situación de los trabajadores aquí demandantes, se refiere al empleado que cumple 60 años de edad, pero que no cuenta con 40 años de servicio efectivo en la Empresa, el cual ..."podrá ser jubilado por mutuo acuerdo. En tal caso, el complemento de jubilación a cargo de la Empresa, será el necesario para que sumado a la percepción de la Seguridad social se alcance el 90 por cien de las percepciones anuales, de acuerdo con la fórmula expresada en los dos párrafos anteriores". Es decir, que también en el caso de los demandantes, habrá de deducirse necesariamente del 90 por cien de las percepciones, las cuotas de la Seguridad Social a cargo del trabajador.

Como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 10 de julio del presente año, el artículo 40 del Convenio, configura una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad social en su modalidad de mejora directa de las prestaciones, y que al estar integrada en un Convenio Colectivo estatutario, su contenido obligaba por igual al Banco y trabajador demandante por imperio de lo dispuesto en el artículo 82.3 del ET. Añadiendo que si el artículo 40 del Convenio hubiera sido la fuente de la mejora que se examina, la solución no ofrecería duda, puesto que el artículo remite en los tres supuestos que han quedado expuestos a la fórmula enunciada en el artículo 40.1 del Convenio, y esta fórmula autoriza a deducir del complemento de pensión –como hemos visto al ir desglosando cada uno de los tres supuestos distintos- el importe de las cuotas de Seguridad Social que corrían a cargo del trabajador.

Pero discrepando de lo que el Banco sostiene en el recurso, el Tribunal Supremo señala que la mejora en cuestión no dimana del artículo 40 del Convenio, sino del pacto individual que alcanzaron voluntariamente empresa y trabajador, en este caso, el 1º agosto de 1.989, estableciendo condiciones superiores y distintas de las previstas en el citado Convenio. Así, y por lo que interesa al caso enjuiciado, Banco y trabajadores pactaron una "Licencia Especial Retribuida", hasta que los empleados alcanzase la edad de 60 años, licencia que no se hallaba prevista en el artículo 40 del Convenio. Durante ella, el BBV se comprometió a retribuirle conforme a lo previsto en el apartado c) del pacto alcanzado, esto es, con la misma retribución bruta anual que, por todos los conceptos fijos,

cobrasen en el momento del cese en activo, distribuida en igual número de pagas que percibe el personal en servicio activo, actualizándose con las mejoras salariales que para los años 1990, 1991 y 1992 fijen los correspondientes Convenios Colectivos. Además, se pactó en este caso, que durante esta situación de licencia especial, de las percepciones que correspondían al trabajador *"...se deducirán el importe de los Impuestos, las Cuotas Personales de la Seguridad Social y las demás retenciones que legalmente correspondan en cada momento"*. Cuestión de interés a resaltar es la correspondiente a la retribución al cumplir el actor 60 años de edad, estipulándose una mejora en el pacto, frente a la que establecía el artículo 40.3 del Convenio así, mientras el Convenio se refiere al 90 por cien de las percepciones totales anuales, el pacto menciona en su apartado a) en unos casos, y en otros en el d) que "*al cumplir los 60 años de edad, pasará Vd. a la situación de Jubilación anticipada asignándole entonces el Banco el Complemento de pensión necesario para que, sumado el importe de la Pensión Oficial que fije la Seguridad Social, alcance una cantidad bruta anual igual al cien por cien de las percepciones pensionables que Vd. cobre en aquel momento"*.

De lo expuesto se desprende que el pacto regula dos situaciones: Una referida al período de prejubilación, en el que se recoge una situación nueva, con una serie de beneficios, que no se hallaba prevista en el Convenio; y otra, a partir de la fecha en que el trabajador alcanza la edad de 60 años, y se puede jubilar anticipadamente. Según la Sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, la fuente primaria reguladora de ambas mejoras, es el propio pacto que la implantó –a diferencia de lo que Banco afirma en su recurso- y ese pacto debe prevalecer sobre la norma convencional que establecía condiciones más estrictas, ese pacto vincula con fuera de ley a ambas parte y debe cumplirse en su propio tenor, por así disponerlo el artículo 1.091 del Código Civil.

SEXTO.- Sentado lo anterior, debe examinarse pues, el contenido del pacto suscrito entre las partes. La cuestión objeto de debate se refiere al momento a partir del cual los actores alcanzan los 60 años de edad y se jubilan anticipadamente. Esta nueva situación esta regulada en el apartado a) o en el d) del pacto según los casos, y con una redacción similar se dispone que "*al cumplir los 60 años de edad,* (según la fecha de cada uno de los actores) *pasará Vd. a la situación de Jubilación anticipada asignándole entonces el Banco el Complemento de pensión necesario para que, sumado el importe de la Pensión Oficial que fije la Seguridad Social, alcance una cantidad bruta anual igual al cien por cien de las percepciones pensionables que Vd. cobre en aquel momento"*. A diferencia de otros apartados del pacto que regula la situación de licencia especial retribuida previa a la jubilación anticipada y que expresamente estipula la deducción de las cuotas de la Seguridad Social a cargo del trabajador, sin embargo, en otros apartados nada dice al respecto. Y siguiendo la interpretación que el Tribunal Supremo da para el caso que examinaba, la misma puede extrapolarse al presente, y señalar que aunque la cláusula prevista para la fase de jubilación, no incluye explícitamente el descuento de las cuotas de la Seguridad Social, se tratarían de omisiones que estarían justificadas porque los cálculos para esta fase ya se habían explicitado al trabajador en la fase de prejubilación o de licencia especial en este caso. y así se observa que en la situación de prejubilación el pacto preveía expresamente que el pago de las cuotas sería a cargo del trabajador.

A esta razón también cabría añadir que, de no efectuarse deducción de cuotas al trabajador que se jubila anticipadamente a los 60 años de edad, se le haría de mejor de derecho y condición que a aquellos empleados que se jubilen a los 65 años de edad, por cuanto a todos esos jubilados que también gozan de la mejora voluntaria de Seguridad Social, conforme al artículo 40 del Convenio, sí se deduce de su retribución bruta, el importe de las cuotas de la Seguridad social.

A mayor abundamiento, de no producirse dicho descuento resultaría que los demandantes percibirían una retribución superior en esta situación de jubilación, a la que hubiesen percibido de seguir en activo. Así se desprende del pacto, y de los cuadros retributivos explicativos que obran en las actuaciones, referidos a cada uno de los demandantes. En efecto, de conformidad con lo estipulado en el pacto, los demandantes en el momento de pasar a la situación de "Licencia Especial Retribuida", perciben la cantidad que debería de percibir de seguir en activo. Y la cantidad que percibirían los actores de seguir en activo, es la misma que vienen percibiendo en la situación de jubilación, esto es, 100% de las percepciones. Así resulta que, el Banco recurrente viene complementando el importe de las pensiones

hasta alcanzar el 100% de la retribución. Si a la retribución mensual que le correspondería percibir a los actores en activo, se le suman las cuotas de Seguridad Social que reclaman, resultaría que los empleados percibirían una retribución superior en esta situación de jubilados, que si permaneciesen en activo, y del tenor de los pactos suscritos, se desprende que la voluntad de las parte negociadoras fue alcanzar un acuerdo por el cual los trabajadores percibiesen en la situación de jubilación una retribución bruta anual igual a la que percibiría de seguir en activo, pero nunca una cantidad superior.

En resumen, el complemento de pensión que viene abonando el Banco respeta el acuerdo alcanzado entre Empresa y trabajadores y al no haberlo apreciado de igual modo la Sentencia de instancia, procede estimar el recurso del Banco demandado y revocar la resolución recurrida en cuanto a los dos trabajadores que obtuvieron sentencia favorable en la instancia, de modo que se hace innecesario el examen del último motivo del Banco.

SÉPTIMO.- La sentencia de instancia también es recurrida por el demandante don R.S.G., formulando un motivo de recurso dedicado a la revisión de hechos probados, que tiene su fundamento en el documento suscrito entre las partes litigantes, con motivo del acuerdo alcanzado para la prejubilación, revisión que se acoge aunque resulte totalmente irrelevante para alterar el signo del fallo. Y un segundo motivo destinado a censura jurídica, en el que denuncia infracción de los artículo 2.1 letra b) del decreto 2.766/1967, de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones y ordenación de servicios médicos de la asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, así como de los artículos 192.2 de la LGSS y 3 del Código Civil. El motivo de censura jurídica no resulta acogible, y la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta para la resolución del recurso de la Entidad Bancaria, resulta perfectamente aplicable también en el presente caso, por cuanto se trata de situaciones más o menos similares, que deben tener un mismo tratamiento jurídico, encontrándose redactadas las cláusulas del acuerdo suscrito por el actor con el Banco en términos similares a los de los otros empleados prejubilados. En consecuencia, procede rechazar la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida y confirmar la misma en este concreto pronunciamiento. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación formulado por la representación procesal del "B.B.V., S.A.", y desestimando el del actor don R.S.G., ambos recursos interpuestos contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense, de fecha cinco de junio de dos mil, en los autos 125/00, seguidos a instancia de los actores don J.A.M.M., don J.A.M.V. y por el también recurrente don R.S.G., frente a la Entidad Mercantil "B.B.V., S.A.", sobre complemento de pensión de jubilación, y con revocación parcial de la misma y desestimación de la demanda de los actores, absolvemos al Banco demandado de la pretensión en su contra formulada, confirmándola en el pronunciamiento referido al actor don R.S.G.

3743 Recurso núm. 4.899/03

S.S. DESPEDIMENTO NULO, AO SER DECRETADO UNICAMENTE POR CUMPRIR O TRABALLADOR A IDADE DE 65 ANOS, NON EXISTINDO NORMA CONVENCIONAL LEXÍTIMA QUE PUIDESE AMPARAR A EXTINCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diecisiete de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.899/03 interpuesto por "A.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.A.D. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "A.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 445/03 sen-

tencia con fecha veintinueve de julio de dos mil tres 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 J.A.D., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de su demanda, venía prestando servicios para la demandada desde el 9 de marzo de 1981 y tenía la categoría de Contramaestre, Nivel 8. El salario que percibía anualmente era de 38.653,63 euros brutos con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias. El puesto de trabajo del demandante era considerado dentro del Colectivo denominado de "Función Directiva". El demandante cumplió 65 años el día 24 de enero de 2003. SEGUNDO.- El día 15 de abril de 2003 la empresa remitió al trabajador una comunicación interna, por parte de la Dirección de Recursos Humanos por la que se le indicó que no debía continuar trabajando entendiendo que como consecuencia del cumplimiento de 65 años, había pasado a la situación de jubilación. TERCERO.- A consecuencia de la comunicación anterior el demandante se vio obligado a abandonar la empresa, en contra de su voluntad. CUARTO.- El día 25 de abril de 2003 el demandante presentó papeleta de conciliación, que tuvo lugar el siguiente día nueve de mayo con el resultado de "Sen avinza". QUINTO.- El actor, no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo representativo de los trabajadores. SEXTO.- El duodécimo Convenio Colectivo de empresa es el que está vigente entró en vigor el día 1 de enero de 2000 y extiende su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004. Consta en los autos una copia del Convenio por lo que se tiene por reproducido. El día 29 de mayo de 2003 se reunieron, en calidad de Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el Centro de Trabajo de …, las siguientes personas:

-J.L.C.I., F.J.C., J.G.G. y M.J.F.R., todos ellos miembros del Comité de Empresa y de la Comisión de Interpretación y vigilancia del Convenio.

-E.M.G., en representación de la Dirección.

En la reunión citada se adoptó un Acuerdo de nueva redacción de los artículos 4 y 7 del Convenio Colectivo, en el sentido que se expresa en el acta del Acuerdo que se tiene por reproducida. El punto Tercero del Acuerdo establece que las modificaciones acordadas entrarían en vigor "con efectos de la fecha de publicación del 12º Convenio Colectivo". El acta de modificación tuvo entrada en la Consellería de Asuntos Sociais de la Xunta de Galicia el día 11 de junio de 2003. SÉPTIMO.- El Comité de Empresa está formado por veintitrés miembros. Las cuatro personas que firmaron el acuerdo al que se hace referencia en el hecho anterior son miembros del Comité de Empresa. No consta quiénes fueron los miembros de la Comisión Negociadora del 12º Convenio Colectivo de las empresas demandadas. El día 6 de marzo de 2003 se reunió la Comisión de Interpretación y Vigilancia, formada, por la parte social, por los Sres. don J.L.C.I., don F.J.C., don J.G.G. y don M.J.F.R., todos ellos miembros del Comité de Empresa. Por la parte empresarial comparecieron don H.P.A. y don E.M.G. En el Acta del Pleno Comité de Empresa nº 4/03 se recoge, como Información de las Comisiones de trabajo y, en concreto, respecto de la de Interpretación y Vigilancia que hubo una reunión paritaria el día 6 en el que se trató, entre otros temas, el de la jubilación a los 65 años, acordándose establecer la edad máxima de jubilación en la empresa a los 65 años. En el acta del Pleno del Comité de Empresa nº 6/03, se recoge, del mismo modo que en la anterior, que la Comisión de Interpretación y Vigilancia fue convocada por la empresa para modificar el artículo 4 del 12 Convenio Colectivo Ámbito Funciona. Figura en el ramo de prueba de la parte demandada copia del Reglamento de Funcionamiento del Comité de Empresa de "A.E., S.A.", que se tiene por reproducido. Consta en el artículo 2.2. los Órganos del Comité, que son el Pleno y nueve Comisiones. El artículo 4.5 dice que la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Acción Reivindicativa "Estará formada, según el artículo correspondiente del Convenio Colectivo, así como las funciones de esta Comisión, también estarán referidas en el Convenio Colectivo en vigor". El Convenio Colectivo establece en su artículo 53 lo siguiente "COMISIÓN DE INTERPRETACIÓN Y VIGILANCIA. Al objeto de velar por el cumplimiento del Convenio en los términos pactados y dirimir cuantas cuestiones suscite su aplicación, se crea la presente Comisión, compuesta por tres representantes de los trabajadores y tres representantes de la dirección de la empresa, en ambos casos elegidos de entre los que han formado parte de la Comisión Deliberadota del presente Convenio. Los acuerdos de la comisión se tomarán por mayoría de los dos tercios…"."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal

siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.A.D. contra la empresa "A.E., S.A.", debo declarar la nulidad del despido de que fue objeto el actor con efectos del 15 de abril de 2003, condenando a la empresa a readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían la relación laboral con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de esta sentencia".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, declara nulo su despido y condena a la inmediata readmisión del actor, en las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al abono de los salarios dejado de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia. Frente a dicha resolución, interpone recurso la representación procesal de la Empresa "A.E., S.A.", al objeto de que se revoque la sentencia de instancia, se desestime la demanda y, en definitiva, se absuelva a la citada empresa recurrente y se declare la validez de la modificación de los artículos 4 y 7.2 del XII Convenio Colectivo de la Empresa y la aplicación del mismo al cese del actor, articulando a tal objeto tres motivos de Suplicación, dedicando los dos primeros a la revisión de hechos declarados probados, y el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita el Organismo recurrente, en primer lugar, revisión del hecho probado sexto de la sentencia, solicitando se adicione al mismo un apartado del tenor literal siguiente: "El acta de modificación del XII Convenio Colectivo de la Empresa tuvo entrada en la Consellería de Asuntos Sociales de la Xunta de Galicia el día 11 de junio de 2003 a los efectos de su registro y publicación. La referida modificación del XII Convenio Colectivo de la Empresa "A.E., S.A." ha sido publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo, mediante Resolución de la Consellería de Asuntos Sociales, Emprego e Relacións Laboráis en fecha 2 de julio de 2003". Adición que se acoge por resultar así de la documental citada en apoyo de la misma, figurando en la pieza del recurso un ejemplar del Boletín Oficial de la Provincia de Lugo de fecha 2 de julio de 2003, en el que se recogen las modificaciones operadas en el XII Convenio Colectivo de la Empresa, y cuya unió a las actuaciones se acordó por medio de Auto de fecha 29 de octubre de 2003.

El segundo de los motivos del recurso se formula con el mismo amparo procesal que el motivo anterior, y tiene por objeto la modificación del hecho probado séptimo de la resolución impugnada, proponiendo una serie de adiciones al mismo, para que quede redactado del modo siguiente: "Séptimo.- El Comité de Empresa está formada por veintitrés miembros. Las cuatro personas que firmaron el acuerdo l que se hace referencia en el Hecho anterior son miembros del Comité de Empresa y tres de ellos ostentan cargos en el mismo, en concreto don J.L.C.I. el Presidente, don F.J.C. el Vicepresidente y don M.J.F.R. el Secretario del Comité de Empresa. No consta quiénes fueron los miembros de la Comisión Negociadora del 12º Convenio Colectivo de las empresas demandadas, pero sí que los firmantes del acuerdo antes citado eran miembros integrantes de la referida comisión negociadora. El día 6 de marzo de 2003 se reunió la Comisión de Interpretación y Vigilancia, formada, por la parte social, por los Sres. don J.L.C.I., don F.J.C., don J.G.G. y don M.J.F.R., todos ellos miembros del Comité de Empresa. Por la parte empresarial comparecieron don H.P.A. y don E.M.G., acata cuyo contenido se da por íntegramente reproducido. En el Acta del Pleno Comité de Empresa nº 4/03, que damos por íntegramente reproducida, se recoge, como Información de las Comisiones de trabajo y, en concreto, respecto de la de Interpretación y Vigilancia que hubo una reunión paritaria el día 6 en el que se trató, entre otros temas, el de la jubilación a los 65 años, acordándose establecer la edad máxima de jubilación en la empresa a los 65 años, sin que conste en el referido acta ningún comentario u objeción por parte de los asistentes al respecto. En el acta del Pleno del Comité de Empresa nº 6/03, que damos por íntegramente reproducida se recoge, a continuación de Temas Nuevos el debate sobre la inicial convocatoria de la Comisión de Vigilancia e interpretación del Convenio Colectivo y la modificación de los artículos 4 y 7 del Convenio Colectivo y el debate que se suscita en el seno del comité de empresa respecto a la misma, manifestando los representantes del Comité de empresa por cada uno de los sindicatos existentes lo siguiente: U.G.T. está de

acuerdo con esta modificación siempre que sirva para rejuvenecer la plantilla creemos que a los 65 años ya está más que cumplida la vida laboral y habiendo firmado en el Convenio de Contrato de Relevo mejor justificado, lo que sí hay que seguir pidiendo a la empresa es que hagan contratos indefinidos. C.C.O.O. está de acuerdo con lo expuesto anteriormente y lo firmará porque con esto se rejuvenece la plantilla y se genera empleo en la Comarca. U.S.O. está de acuerdo en todo pero con una matización, que los trabajadores a los 65 años se puedan jubilar teniendo 35 años cotizados y los que no los tengan que los dejen continuar hasta conseguirlo esto sería para los de dentro y fuera de Convenio. C.I.G. lamenta la ausencia de la CC que son los afectados actualmente. Mantiene la misma opinión de la reunión anterior del 6 de marzo favorable a la jubilación a los 65 años y donde manifestó los problemas expuestos por USO. Figura en el ramo de prueba de la parte demandada copia del Reglamento de Funcionamiento del Comité de Empresa de "A.E., S.A.", que se tiene por reproducido. Consta en el artículo 2.2. los Órganos del Comité, que son el Pleno y nueve Comisiones. El artículo 4.5 dice que la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Acción Reivindicativa "Estará formada, según el artículo correspondiente del Convenio Colectivo, así como las funciones de esta Comisión, también estarán referidas en el Convenio Colectivo en vigor". El Convenio Colectivo establece en su artículo 53 lo siguiente "COMISIÓN DE INTERPRETACIÓN Y VIGILANCIA. Al objeto de velar por el cumplimiento del Convenio en los términos pactados y dirimir cuantas cuestiones suscite su aplicación, se crea la presente Comisión, compuesta por tres representantes de los trabajadores y tres representantes de la dirección de la empresa, en ambos casos elegidos de entre los que han formado parte de la Comisión Deliberadota del presente Convenio. Los acuerdos de la comisión se tomarán por mayoría de los dos tercios…". La Sala acoge las adiciones que se proponen, con la salvedad del añadido que se pretende al párrafo cuarto ("sin que conste en el referido acta ningún comentario u objeción por parte de los asistentes al respecto") por cuanto se pretende constatar un hecho negativo, y no se puede tener como probado lo que no se acredita. Las restantes adiciones se acogen porque así constan en las actas levantadas al efecto en las que se sustentan las distintas modificaciones.

TERCERO.- En el motivo inicial de censura jurídica, la Empresa recurrente, por el correcto cauce procesal de amparo del artículo 191.c), de la LPL, denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 14, 17 y 35 de la Constitución, así como infracción, por interpretación errónea, de los artículos 82.1 y 3 párrafo primero, 82.4, 83.1, 86.1, 88.1, párrafo primero, 88.3, 90.1, 2, 3, 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1282 del Código Civil, así como inaplicación de los artículos 2.2, 1.203 y 1.204 del mismo texto legal, también denuncia infracción, por interpretación errónea, de los artículos 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 7.2 y 4 del XII Convenio Colectivo de la Empresa para su Centro de ... Se argumenta por la Empresa recurrente, en esencia, que la variación efectuada en el Convenio de la Empresa ha cumplido con las exigencias procedimentales que impone el Estatuto de los Trabajadores, mostrando su disconformidad con las apreciaciones contenidas en la sentencia recurrida. Añadiendo que aunque fue la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia del Convenio, en su negociación con la patronal, quien acordó la modificación del Convenio, posteriormente se debatió el asunto y se concluye con un acta de interpretación integradora, ratificado por el Pleno del Comité de Empresa en la reunión mantenida el 2 de abril de 2003, reunión a la que asistieron 16 componentes del Comité de Empresa, pertenecientes a las candidaturas de diferentes Sindicatos. Que nuevamente, en fecha 4 de junio de 2003 se reúne el Pleno del Comité, y se discute sobre la modificación del Convenio y todos los asistentes, sin excepción, se muestran de acuerdo y conformes respecto al establecimiento expreso de la edad de jubilación obligatoria a los sesenta y cinco años para todos los trabajadores sin excepción incluido el colectivo de personal de función directiva. Y finalmente el 29 de mayo de 2003 se reúnen cuatro de los componentes del Comité de Empresa, asistentes y firmantes del acuerdo del Pleno y la representación de la Empresa, para, en calidad de Comisión Negociadora del Convenio Colectivo cursar la modificación acordada y elevarla al Organismo competente a efectos de registro y publicación, lo que finalmente se produce en el Boletín de la Comunidad de 2 de julio de 2003.

La censura jurídica que se dirige contra la Sentencia en este motivo del recurso, resulta inacogible. Según el relato de hechos probados, el demandante venía prestando servicios desde el 9 de marzo de 1.981 para la

demandada "A.E., S.A.", ostentando la categoría profesional de "Contramaestre", -nivel 8-, percibiendo una retribución anual por importe de 38.653,63 euros brutos, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias. El puesto de trabajo del demandante era considerado dentro del Colectivo denominado "Función Directiva". El actor cumplió 65 años el día 24 de enero de 2003, y el día 15 de abril siguiente, la empresa remitió al trabajador una comunicación interna, a través de la Dirección de Recursos Humanos, indicándosele que no debía continuar trabajando, sino que al haber cumplido 65 años de edad, había pasado a la situación de jubilación. Como consecuencia de dicha comunicación, el demandante se vio obligado a abandonar la empresa, iniciando acciones sobre reclamación por despido.

El XII Convenio Colectivo de la empresa demandada, entró en vigor el 1 de enero de 2000, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004. El artículo 4 del citado Convenio Colectivo, vigente en el momento del cese, establecía que "Por razones de la función quedan excluidos de las disposiciones de este Convenio, a todos los efectos, los puestos denominados de "Función Directiva". Con el objeto de modificar este artículo, así como el artículo 7 del citado Convenio Colectivo, con fecha 6 de marzo de 2003, se reunieron los miembros de la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia del Convenio, cuatro miembros, y la patronal (folio 52 de las actuaciones), alcanzando el acuerdo, entre otros, de que la edad máxima de jubilación en la empresa fuese la de 65 años, comprometiéndose la Representación de lo trabajadores al cumplimiento de lo pactado sin excepciones de ningún tipo, y ello, con el afán de rejuvenecimiento de la plantilla. Posteriormente, en fecha 2 de abril de 2003, se reúne el Comité de Empresa, al que se informa de las comisiones de trabajo, entre otras, del de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, dando cuenta de la reunión mantenida con la empresa, y del acuerdo de establecer la edad máxima de jubilación en la empresa a los 65 años (folio 48 de las actuaciones). Posteriormente, con fecha 29 de mayo de 2.003 se reunieron, en calidad de Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el Centro de Trabajo de … (hecho probado sexto), las personas que se indican en el mismo, cuatro miembros del Comité de Empresa y de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, y don E.M.G., en representación de la empresa, adoptando el acuerdo de dar nueva redacción a los artículos 4 y 7 del Convenio Colectivo. Con fecha 4 de junio de 2003, se reúne nuevamente el Pleno del Comité de Empresa, en el que se volvió a dar cuenta del Informe de las Comisiones de Trabajo, entre otros, del Informe de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, sobre el acuerdo adoptado el 28 de mayo sobre la edad de jubilación, dándose cuenta de la nueva redacción de los artículos 4 y 7.2 del Convenio, mostrando su conformidad las distintas representaciones sindicales de U.G.T., CC.OO. y C.I.G., (la C.C. Confederación de Cuadros, no asistió a la reunión). El acta de modificación del XII Convenio Colectivo de la Empresa sería remitido a la Consellería de Asuntos Sociales de la Xunta de Galicia el día 11 de junio de 2003 a los efectos de su registro y publicación, y la referida modificación se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo de fecha 24 de julio de 2003.

Y teniendo en cuenta estos antecedentes fácticos, la cuestión que se plantea en este motivo del recurso consisten en determinar si es válida y ajustada a la legalidad vigente la modificación del XII Convenio Colectivo de la empresa "A.E., S.A." para su centro de trabajo de … (Lugo). Al respecto debe señalarse, que nos hallamos en presencia de un proceso por despido, y por lo tanto la cuestión que aquí se ventila, viene constituida por el examen de la decisión extintiva de la relación laboral acordada por la empresa, por lo que no cabe examinar aquí si es válida y ajustada a la legalidad vigente la modificación del Convenio Colectivo tal como se plantea en el motivo del recurso por la empresa recurrente. La Sala únicamente examina esta cuestión a los meros efectos prejudiciales (art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y a estos efectos, dicho convenio debe considerarse ineficaz e inaplicable al actor, tanto por inobservancia del procedimiento establecido para la modificación del mismo durante su vigencia, como por razones de derecho temporal.

En cuanto a la inobservancia de procedimiento, no se han seguido las reglas del procedimiento previstas para la modificación del Convenio durante su vigencia, (posibilidad de modificación admitida por la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5.793) y 21 de febrero de 2000 (RJ 2000/2.052), que vienen a coincidir con las establecidas para el procedimiento de elaboración del mismo. Y es que los Convenios regulados por el Estatuto de los Trabajadores (Convenios Estatutarios), artículos 82 y siguientes,

están sometidos a un procedimiento de tramitación de inexcusable cumplimiento, y el desarrollo formal de todo el proceso negociador no se deja a la voluntad de las partes negociadoras, sino que está sujeto a unos requisitos de tramitación o de procedimiento que obligan a seguir la vía marcada por el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores y cumplir los requisitos de legitimación previstos en el artículo 87 del citado texto estatutario.

En efecto, el artículo 87. 1 del Estatuto de los Trabajadores establece que en los Convenios Colectivos de empresa o de ámbito inferior, que afecten a la totalidad de los trabajadores, las representaciones sindicales sólo estarán legitimadas cuando en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del Comité. En el presente caso, resulta evidente que las partes negociadoras de la modificación del Convenio Colectivo, en lo que se refiere a la Representación de los Trabajadores, no tenía la representatividad suficiente en ninguna de las reuniones en las que se alcanzó el acuerdo de modificar los artículos 4 y 7 del XII Convenio Colectivo de la Empresa.

Pero con independencia de la representatividad o no, que evidentemente no concurre, si se examina detenidamente el contenido de las actas levantada con motivo de las distintas reuniones sobre la modificación operada en el Convenio Colectivo, se observa que nunca ha existido reunión alguna de una Comisión Negociadora, con el empleador, sino que la negociación sobre la tan citada modificación se inicia el 4 de marzo de 2003, por representantes de la empresa y por los miembros de la Comisión de Vigilancia e Interpretación del Convenio, cuatro miembros que, además de invadir claramente unas competencias que como miembros de la citada Comisión no les corresponden, tampoco ostentan, ni mucho menos, la representatividad legalmente exigida para operar la modificación de un Convenio Colectivo. En los convenios de empresa o de ámbito inferior las partes negociadoras tienen que estar constituidas por el empresario (o sus representantes) y por los representantes de los trabajadores en la empresa (artículo 88.1 del ET), y los cuatro miembros que integran la citada Comisión de Interpretación y Vigilancia del convenio, no ostentan la citada representación.

Es lo cierto que en las reuniones del Pleno de Comité de Empresa celebradas el 2 de abril de 2003 y el 4 de junio siguiente, se dio cuenta de los acuerdos alcanzados y se debatió y se discutió la modificación del Convenio relacionada con los artículos en cuestión, y es cierto también que todas los miembros del Comité de Empresa presentes en la reunión, pertenecientes a distintas Centrales Sindicales, mostraron su conformidad con las negociaciones alcanzadas respecto al establecimiento de la edad de jubilación obligatoria a los 65 años de edad para todos los trabajadores sin excepción incluido el Colectivo de personal de función directiva (caso del actor). Ahora bien, los acuerdos alcanzados en la negociación no pueden presentarse como un hecho consumado para ser convalidado por el Comité de Empresa –como se hizo en el presente caso-, sino que es el propio Comité de Empresa –como representante de los trabajadores- el que tiene que estar presente en las deliberaciones y negociaciones con la empresa, sin que pueda válidamente delegar esta facultad en la Comisión de Interpretación del Convenio que negoció con la patronal, dado que este procedimiento no se ajusta a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, que exige la constitución de una Comisión Negociadora, y dicha Comisión es la que tiene la fundamental misión de discutir y, en su caso, adoptar el Convenio Colectivo o su modificación.

En resumen, los acuerdos adoptados sobre modificación del Convenio Colectivo, lo han sido sin que haya existido reunión alguna de la Comisión Negociadora, como órgano representativo de los trabajadores, con la patronal, consecuentemente, al no haberse constituido válidamente una Comisión Negociadora, con la representatividad legalmente exigida, los acuerdos adoptados carecen de la eficacia necesaria para llevar a la modificación del Convenio, por lo que la modificación operada debe considerarse ineficaz e inaplicable al actor.

CUARTO.- En el segundo de los motivos del recurso, la empresa recurrente denuncia infracción de los artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 4 y 7.2 del XII Convenio Colectivo de la Empresa para su centro de trabajo de …, según la redacción publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo de 2 de julio de 2003, por inaplicación del mismo, argumentando, en síntesis, que la edad de jubilación para todos los trabajadores es a los 65 años, y que en la fecha en que se produce el cese del actor, el acuerdo era de absoluta aplicación, tanto en cuanto a su contenido, como en cuanto a la retroactividad que en el mismo se contiene.

Esta censura jurídica tampoco puede ser acogida por la Sala. Y vista la decisión adoptada al resolver el anterior motivo, se puede considerar innecesario el examen de este segundo motivo, porque, como antes se dijo, la modificación operada es ineficaz e inaplicable al accionante. En cualquier caso, aunque se admitiese la eficacia de la modificación, la misma no podría ser de aplicación al trabajador demandante, porque tal como se recoge en el relato fáctico, el actor fue cesado en el trabajo el 15 de abril de 2003, en esa fecha la norma convencional no amparaba el citado cese, por cuanto el Convenio vigente en esa fecha no preveía la extinción del contrato por jubilación forzosa, es decir, no establecía una edad máxima para jubilarse forzosamente, la jubilación forzosa para el trabajador al llegar a los 65 años, se estableció por primera vez, en la modificación introducida en el XII Convenio Colectivo y publicada en el BOP de Lugo de fecha 2 de julio de 2003. En materia de Derecho de Trabajo, como bien señala la doctrina científica, impera el principio general favorable a la irretroactividad de las normas, principio consagrado con carácter general para todo el ordenamiento jurídico en el artículo 2.3 del Código Civil, según el cual "las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario", y, en todo caso, son expresamente irretroactivas las disposiciones sancionadoras y las no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución). Cierto es que en las normas sectoriales (Convenios Colectivos) es frecuente el uso de la técnica de la retroactividad, caso de Convenios cuyos efectos se retrotraen a la iniciación de las negociaciones o a la del día de su entrada en vigor, pero con todo, es la retroactividad de grado mínimo la que suele aplicarse en el Derecho del Trabajo, es decir, aquella en que el nuevo Convenio se aplica solo a efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente. Pero en el presente caso, por la empresa se pretende otorgar a la modificación introducida en el Convenio una retroactividad de grado máximo, porque se pretende aplicar la modificación operada a situaciones anteriores y a todos sus efectos, incluso los nacidos y ejecutados con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del nuevo Convenio, lo que resulta inaceptable, por cuanto la modificación no puede alcanzar a situaciones y tener consecuencias futuras, derivadas de situaciones producidas con anterioridad. En consecuencia, hay que estar a lo dispuesto en el XII Convenio Colectivo, según la redacción que tenía en el momento del cese del trabajador (15 de abril de 2003), y en esa fecha, como ya se dijo, el Convenio no amparaba la extinción del contrato por alcanzar una determinada edad, por lo que este motivo del recurso, tampoco puede ser acogido.

QUINTO.- Así las cosas, resulta evidente que el cese del actor es constitutivo de despido, por cuanto, el artículo 4 del XII Convenio Colectivo de aplicación establece, expresamente, que las disposiciones del mismo no resultan de aplicación a los puestos denominados de "función directiva", y el actor desempeñaba un puesto de tal naturaleza, y, en cualquier caso, en el Convenio Colectivo vigente en el momento del cese no se establecía un límite de edad máxima de jubilación a los 65 años, dicho límite se estableció en la modificación del Convenio, al introducir un nuevo apartado en el artículo 7, el 7.2, pero como la modificación ya se dijo que era ineficaz e inaplicable al actor, huelga cualquier comentario sobre la aplicación de la misma al caso enjuiciado.

Ahora bien, declarada la existencia de despido, y mostrando su conformidad la Sala con tal declaración, sin embargo debe examinarse si el despido debe ser considerado nulo, tal como entiende la Magistrada de instancia, o si, por el contrario, la calificación correcta es la de improcedencia, que es la pretensión subsidiaria que se contiene en el Suplico de la demanda. La sentencia recurrida sostiene que estamos ante un despido discriminatorio, y por tanto nulo, por estar en abierta contradicción con los artículos 14, 17 y 35.1 de la Constitución, señalando que la jubilación forzosa por razón de edad entraña una discriminación del trabajador por razón exclusiva de la edad, al no existir otra causa de extinción, que es contrario al artículo 14, añadiendo que la exclusión del trabajador por razón de la edad cercena su libertad obligándole a abandonar el trabajo sin causa válida, lo que conculca el artículo 17 de la Constitución, y que la jubilación forzosa ha privado al trabajador de su derecho al trabajo, recogido en el artículo 35.1 de la norma constitucional. Con base en estos razonamientos, la sentencia de instancia considera que el hecho de que el actor fuese cesado por cumplir 65 años de edad, es suficiente para considerar que la decisión de la empresa obedece exclusivamente a esta circunstancia, y por tanto, por entenderla discriminatoria, declara la nulidad del despido porque no se ha aportado otra justificación suficiente y razonable.

Sobre la problemática de pactar en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa, existe una abundante doctrina constitucional, jurisprudencial y científica, esta última contradictoria, singularmente a raíz de la derogación de la disposición adicional 10ª del ET, por el Real Decreto Ley 5/2001, posteriormente convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio. No es el momento aquí de examinar esta cuestión, que no ha sido planteada en el recurso, cuando, además, el Convenio Colectivo de la empresa, no preveía esta posibilidad, tratando de introducirla por vía de modificación del Convenio, modificación que por las razones ya apuntadas se consideró ineficaz e inaplicable al actor. Ciertamente la conducta de la empresa, de cesar al trabajador por cumplir una determinada edad, en la creencia de que se trataba de una posibilidad prevista en el Convenio Colectivo, en el que se había establecido tras la modificación una edad máxima de admisión al trabajo o de jubilación forzosa, debe ser cuestionada desde la perspectiva Constitucional. En efecto, estamos ante una decisión estrictamente unilateral del empresario, cuya base o fundamento supone una atentado al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación que conforme a los arts. 14 de la Constitución y 17.11 del Estatuto de los Trabajadores debe respetar a todos los trabajadores. Efectivamente, el extinguir el contrato de trabajo al cumplir los 65 años de edad, sin que esta circunstancia se halle prevista en el Convenio Colectivo de aplicación, implica una desigualdad por la edad, sin razón justificativa de la misma, puesto que no se invoca otras circunstancia como justificativa del cese, sino simplemente por esa razón de edad, lo que viola de manera incuestionable lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española y el artículo 17 ET que prohíben expresamente la discriminación por razón entre otras de la edad, consecuentemente acierta la Magistrada de instancia al calificar el cese del trabajador como constitutivo de despido nulo.

En consecuencia, se rechaza la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida, que debe ser íntegramente confirmada, con las consecuencias y efectos previstos en los artículos 202. 3 y 4 y 233.1 de la LPL. Por lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada "A.E., S.A.", contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, en los presente autos 445/2003, seguidos a instancia del actor don J.A.D., sobre reclamación por despido y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3744 Recurso núm. 5.017/03

S.S. CONSECUENCIAS LEGAIS INHERENTES A TRASLADO NON ACEPTADO POLO TRABALLADOR AFECTADO.

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

A Coruña, a dieciocho de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.017-03 interpuesto por don J.P.G.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 311 y 393/01 acumulados se presentó demanda por don J.P.G.L. en reclamación de DESPIDO Y EXTINCIÓN DE CONTRATO siendo demandado el "F.I.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha seis de junio de dos mil tres 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 presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "F.I.E., S.A.", con domicilio Social en Madrid, con antigüedad desde el trece de junio de mil novecientos noventa y cinco, con categoría profesional de Técnico de Informática y percibiendo un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, de seiscientas sesenta y una mil quinientas treinta y nueve pesetas

(661.539 ptas.), tres mil novecientos setenta y cinco euros con noventa y tres céntimos (3.975,93 euros). SEGUNDO.- Que en fecha veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y nueve las partes suscribieron un Acuerdo para el desplazamiento del actor, de forma temporal a Santiago de Compostela, al centro de trabajo sito en la c/ … de esta Ciudad, vinculada a la ejecución, como responsable, del contrato de asistencia técnica adjudicado a la empresa por la Xunta de Galicia, para el diseño y puesta en marcha de un Centro Multimedia en Galicia, con efectos desde el uno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve y con una duración de nueve meses, hasta el treinta y uno de mayo de dos mil. TERCERO.- Que en fecha uno de junio de dos mil las partes suscribieron nuevo acuerdo, trasladando al actor al centro de trabajo sito en Santiago, garantizando la empresa el derecho de reincorporación del empleado al centro de trabajo de Madrid en un puesto igual o análogo grupo o categoría profesional que el que ocupaba en el momento de producirse el desplazamiento inicial a Santiago de Compostela, dando lugar dicha reincorporación a un nuevo traslado, corriendo a cargo de la empresa los gastos de mudanza de enseres domésticos hasta un máximo de trescientas mil pesetas (300.000 ptas.), mil ochocientos tres euros con cuatro céntimos (1.803,04 euros). CUARTO.- Que en fecha siete de febrero de dos mil uno el actor recibió comunicación de la empresa, en la que se le indicaba que, conforme a lo establecido ene. artículo 40 de la Ley 1/95 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 20.1 del Convenio Colectivo Interprovincial de "F.I.E., S.A.", la Dirección había decidido su traslado al centro de trabajo de Madrid, teniendo lugar la incorporación efectiva el veintiséis de marzo de dos mil uno; las razones de esta medida venían derivadas de la no renovación del contrato de asistencia formalizado por el cliente Xunta de Galicia, el cual dio origen a su anterior traslado a Santiago de Compostela y a la no existencia de puesto de trabajo en su actual centro de trabajo que sea compatible con su perfil profesional. Por otro lado en el centro de trabajo de Madrid si existe vacante que se adapte a sus condiciones profesionales, concretamente en el departamento de promoción de Soluciones y CRM. En relación con los gastos derivados, se estará a lo dispuesto en el artículo 20.1 del Convenio Colectivo y Norma Interna. QUINTO.- Que el actor por carta de dieciocho de febrero de dos mil uno pone en conocimiento a la empresa de dos mil uno pone en conocimiento a la empresa demandada lo siguiente: "(…) Como usted conocerá, en este momento estoy en situación de baja por Incapacidad Temporal. Por ello, no creo que sea posible que Vds. me comuniquen la decisión del traslado hasta mi reincorporación efectiva al trabajo, ya que, en primer lugar, tal decisión no podría ser efectiva antes de mi alta médica y, además, evidentemente, no me encuentro plenamente capacitado para desarrollar con normalidad todos los trámites domésticos necesarios (cambio de domicilio, mudanza, etc.) antes de que dicha alta se produzca. Desgraciadamente (debido a un problema de retardo en la consolidación de la fractura de tibia y peroné que sufro) no existen previsiones fiables sobre la fecha en la que se podrá producir la mencionada alta médica y por tanto ni deseada reincorporación a la vida laboral. Esta misma circunstancia hace que me parezca prematuro afirmar que en esa fecha no existirá en mi actual centro de trabajo en Santiago un puesto de trabajo compatible con mi perfil profesional que justifiquen mi continuidad en el mismo, pues me consta que las acciones comerciales en marcha tienen como objetivo no solo el mantenimiento de los actuales clientes sino el crecimiento de la Compañía, y por tanto de la Dirección de Soluciones y Redes, en todos los centros de trabajo. Del mismo modo, me parece arriesgado dejar sin cubrir una plaza en el departamento de Promoción de Soluciones y CRM en el centro de trabajo de Madrid hasta mi incorporación, puesta esta situación podría perjudicar el normal desarrollo de una línea de negocio sobre la que la compañía tiene grandes expectativas (…)". SEXTO.- Que la empresa demandada contesta por carta de veintidós de febrero de dos mil, lo siguiente: "1.- Le reitero que la fecha de efectos de su traslado a nuestro centro de trabajo de Madrid es el próximo 26 de marzo de 2001. 2.- La causa del traslado, como Vd. conoce, es la no renovación del contrato de asistencia técnica suscrito con la Xunta de Galicia, al que Vd. está adscrito, y que, precisamente, justificó su traslado a nuestro centro de trabajo de Santiago de Compostela (A Coruña). 3.- La efectividad del mencionado traslado es compatible con su actual situación de Incapacidad Temporal, ya que la prestación de sus servicios estará condicionada a que fecha en que se produzca su alta médica. 4.- No existe ninguna posibilidad de aceptar su solicitud de retraso de a fecha efectiva de la medida empresarial de traslado. 5.- La decisión de trasladarle a oro centro de trabajo es una clara alternativa a la extinción de la relación laboral por amortización del puesto

de trabajo que Vd. ha venido ocupando. 6.- En el supuesto de que Vd. decidiese, por motivos de escolaridad de sus hijos, no modificar su domicilio familiar hasta el término ordinario del curso escolar, le reiteramos nuestra propuesta de posponer las compensaciones establecidas en la norma interna, así como que la ayuda vivienda prevista en el Convenio Colectivo para los casos de traslado que implique cambio de residencia, podría imputarla, a su elección al pago del precio del alquiler de su actual vivienda en Galiza o a la que, en su caso, pase a ocupar en régimen de arrendamiento en Madrid". SÉPTIMO.- Que tras el agotamiento de la vía previa, el actor presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad, en fecha seis de marzo de dos mil uno, sobre modificación substancial de condiciones de trabajo, habiéndose dictados sentencia en fecha cinco de abril de dos mil uno, Autos 151/2001, por la que se desestimaba la demanda y se absolvía a la empresa demandada. OCTAVO.- Que el actor permanecía en situación de Incapacidad Temporal. NOVENO.- Que el actor presento papeleta demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, en fecha veinticinco de abril de dos mil uno, interesando la extinción de su contrato, con abono de indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, celebrándose el correspondiente acto en fecha siete de mayo de dos mil uno, con el resultado de intentada sin efecto por incomparecencia de la demandada, presentando demanda ante los Juzgados de lo social de esta Ciudad, en fecha siete de mayo de dos mil uno, siendo turnada a este Juzgado. DÉCIMO.- Que en fecha diecisiete de mayo de dos mil uno la demandada notificó al actor, mediante burofax con acuse de recibo, carta de fecha catorce de mayo de dos mil uno, en la que se le indicaba que el veintiséis de marzo de dos mil uno estaba obligado a ponerse a disposición de su Jefe inmediato, aún cuando la prestación efectiva de sus servicios se produjese en el momento de su alta médica, y que debía de haber comunicado si deseaba continuar imputando, hasta el fin del curso escolar, la ayuda de vivienda que tenía reconocida, a los gastos de alquiler de la vivienda familiar en Santiago, habiendo incumplido ambas obligaciones, añadiendo que habiendo presentado demanda de conciliación en la que ponía de manifiesto que optaba por la extinción del contrato y solicitaba el pago de la indemnización, la empresa entendía que el derecho de opción por la extinción del contrato, al que dice acogerse, se ejercita extrajudicialmente, ya que no requiere aceptación empresarial, señalando que desde la fecha en que manifestó que procedía a extinguir su contrato de trabajo, se produjo su desvinculación definitiva de la empresa, con efectos del día treinta de abril de dos mil uno; que no compartían que tuviera derecho a percibir la indemnización de 20 días por año de servicio, comunicándole que tenía su disposición la cantidad correspondiente a liquidación y solicitando que a la mayor brevedad posible depositara en la oficina de Santiago las herramientas de trabajo que la empresa había puesto a su disposición, en concreto llaves, PC portátil, teléfono móvil, etc. que obraban en su poder. El actor devolvió el veintitrés de mayo de dos mil uno las llaves, el ordenador portátil y el teléfono móvil y en fecha ocho de junio de dos mil uno la tarjeta Movistar dual. UNDÉCIMO.- Que el actor no ha ostentado en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese, la condición de representante legal o sindica de los trabajadores. DUODÉCIMO.- Que en fecha cuatro de junio de dos mil uno tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de inadecuación de procedimiento formulada por la representación de la empresa "F.I.E., S.A.", en la demanda sobre extinción de contrato formulado por don J.P.G.L., debo de absolver y absuelvo a la demandada; sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto y desestimando la demanda por despido, formulada por don J.P.G.L. contra "F.I.E., S.A.", debía de absolver y absolvía a la empresa 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el demandante don J.P.G.L. la sentencia dictada en la instancia que contiene el siguiente pronunciamiento: "Que estimando la excepción de inadecuación de procedimiento formulada por la representación de la empresa "F.I.E., S.A.", en la demanda sobre extinción de contrato formulado por

don J.P.G.L., debo de absolver y absuelvo a la demandada; sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto y desestimando la demanda por despido, formulada por don J.P.G.L. contra "F.I.E., S.A.", debía de absolver y absolvía a la empresa demandada de los pedimentos contenidos en la misma".

El recurso formula la petición de que con revocación de referida sentencia, se declare "que el contrato de don J.P.G.L. está extinguido, por causa de la opción indemnizable expresa por él ejercitada, desde el 25.04.01, condenando a "F.I.E., S.A." a estar y pasar por tal declaración y a que le pague la indemnización de 13.918,41 € equivalente a 20 días por año de servicio…". A estos efectos y al amparo del art. 191.B y C LPL el recurrente interesa la revisión de los HDP 2º, 3º, 5º y 7º y denuncia la infracción del art. 40.1, párrafo 4º del ET y de la doctrina contenida en la STS de 21.02.99 (RJ 1.426).

SEGUNDO.- Invocando la documental de los folios 29 y 30, ó 61 a 63, interesa el recurrente se añada al HDP.2º lo siguiente: "Se convino que si fuera necesaria la continuidad de don J.P.G.L. en el centro de trabajo de Santiago de Compostela, más allá del día 31 de Mayo de 2000, se formalizaría por escrito el traslado definitivo de dicho trabajador y que en compensación la empresa le abonaría al trabajador la cantidad de 1.200.000 Ptas".

Procede adicionar que en el acuerdo de 23.08.99 a que se refiere el HP.2º se convino asimismo (cláusula 5ª) lo que se expresa en el texto revisor, en el contexto íntegro del propio acuerdo y de su cláusula 5ª, que obra a los folios invocados y cuya realidad no se cuestiona.

TERCERO.- Invocando la documental de los folios 31 y 32, ó 64 a 66, interesa el recurrente se añada al HDP.3º lo siguiente: "El pacto de traslado, se hizo teniendo en cuenta que no se había encontrado otro empleado para cumplir las funciones, acomodándose a lo dispuesto tanto en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores como al art. 20 del Convenio Colectivo. El Actor quedó, con efectos del día 01.06.00 trasladado al centro de trabajo de la empresa en Santiago de Compostela, originándose su alta, a efectos de la Seguridad Social y de Libro de Matrícula, en el nuevo centro de trabajo".

Procede adicionar al HP.3º que en el acuerdo de 01.06.00 que ya refleja este HP se hizo constar en su exponiendo 3º que "teniendo en cuenta que no se ha encontrado a otro empleado que pueda cumplir las funciones de asistencia técnica derivadas del contrato celebrado entre la Empresa y la Xunta de Galicia, ha decidido pactar con don J.P.G.L. la conversión de desplazamiento inicial en un traslado, que se acomodará a lo dispuesto con carácter general en el artículo 40 del 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, en el artículo 20 del Convenio Colectivo y en las siguientes cláusulas"; y en su cláusula 1ª que "Con efectos del próximo día 1 de junio el empleado es trasladado al centro de trabajo de la Empresa en Santiago de Compostela, por lo que deberá ser dado de alta, a efectos de Seguridad Social y de Libro de Matrícula, en el nuevo centro de trabajo". Esto es lo que justifica la documental invocada, constituida por el propio acuerdo de 01.06.00.

CUARTO.- Invocando la documental de los folios 34 y 35, ó 68 y 69, interesa el recurrente se añada al HDP.5º lo siguiente: "Por otra parte, según consta en el artículo 20.1º, párrafo d) del actual convenio laboral de "F.I.E., S.A.", "Cuando el trabajador afectado tenga hijos escolarizados, el traslado se realizará de manera efectiva, siempre que sea posible, en fecha que no coincida con el desarrollo del curso escolar". En mi opinión, ello implica que, en las actuales circunstancias, no puede hacerse efectivo un hipotético traslado hasta una vez finalizado el actual curso escolar, por lo que no comprendo por qué éste tendría que producirse en la fecha indicada en su carta, muy anterior a la finalización del citado curso escolar". "Ruego por tanto que me comuniquen por escrito los términos en los que va a rectificar su comunicado, haciéndome saber su postura definitiva a la mayor brevedad posible, dados los breves plazos que me asisten para la defensa de los derechos que, entiendo, me amparan según la legislación y convenio colectivo vigentes".

Procede adicionar que en la carta del actor a la empresa de 18/2/01 que parcialmente se transcribe en el HP.5º se contenían asimismo los dos párrafos que se dicen en el texto revisor, por así figurar en la documental invocada, que es precisamente la carta de 18/2/01 que se transcribe en el HP.

QUINTO.- Invocando la documental de los folios 37 a 42, ó 72 a 84, interesa el recurrente se revise el HP.7º de modo que pase a declarar lo siguiente: "El 06.03.01 el

actor presentó demanda por traslado contra "F.I.E., S.A." suplicando que se dictara sentencia declarando injustificado el traslado y reconozca su derecho a la reincorporación al centro de trabajo de la demandada en Santiago. El acto conciliatorio previo por traslado se celebró el 5 de marzo de 2001 y la papeleta de conciliación se presentó el 26.02.01. El día 05.04.01 dictó sentencia el J. Social nº 2 de Santiago (Autos 152/2001) con el siguiente fallo: Que desestimando la demanda por don J.P.G.L. contra la empresa "F.I.E., S.A." en materia de traslado, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de los pedimentos contenidos en la misma.".

Procede revisar el HP.7º en el sentido siguiente: A) declarando que el 06.03.01 el actor presentó la demanda que obra a los folios 37 y 38, en esencia, demanda en que solicitaba se declarase injustificado el traslado acordado por "F.I.E., S.A." el 07.02.01 al centro de Madrid y se reconociese el derecho a reincorporarse al centro laboral de la empresa en Santiago; ello tras acto conciliatorio celebrado el 05.03.01. Y B) declarando que el 05.04.01 el Juzgado nº 2 de Santiago dictó en los Autos nº 151/01 la sentencia que obra a los folios 39 a 42, desestimatoria de la demanda dicha en los términos que en ella figuran y que procede dar por reproducidos por así reflejar debidamente lo oportuno; factible considerarlos en todo caso con la sola referencia en HP a la existencia de los Autos y a la Sentencia en ellos dictada.

SEXTO.- La infracción única que se denuncia al amparo del art. 191.c LPL, la del art. 40.1 ET y STS de 21.12.99, se viene a fundamentar, en su esencia, en que "lo acaecido el 01.06.00 es efectivamente un traslado" y que fue expresamente aceptado por el trabajador, no perdiendo por ello su naturaleza…, concluyendo que "siendo ello así, es evidente que la demandada acordó el 07.02.01 un nuevo traslado del actor para el centro de trabajo de Madrid" y que en esta tesitura "para nada se opone a la opción por la extinción indemnizada estatutaria el hecho de que en el anterior traslado (01.06.00), la patronal…. de que se le garantizara, en todo caso, el derecho a la reincorporación al centro de trabajo de Madrid…", negando la novación contractual a que se refiere la sentencia recurrida.

Ciertamente, la única petición del recurso es la relativa a declarar que el contrato del actor está extinguido, por causa de la opción indemnizable expresa que ejercitó, desde el 25.04.01 y se condene a la empresa "F.I.E., S.A." a abonarle la indemnización de 13.918,41 euros equivalente a 20 días por año de servicio. Ha sido abandonada, por tanto, toda pretensión acerca del despido que asimismo había sido formulada en la instancia y que propició la acumulación de autos nº 311/01, sobre extinción de contrato, y 393/01, sobre despido; lo cual no obsta a la pretensión que se mantiene en el recurso en cuanto que subsiste autónomamente a pesar de la desestimación que del despido se ha hecho en la instancia y que ha venido firme, habiéndolo sido por inexistencia del tal despido.

SÉPTIMO.- Como se dijo, interesa la demandante-recurrente la declaración de extinción contractual vía art. 40 ET con su correspondiente indemnización, haciéndolo por derivación de que lo acordado por la empresa el 07.02.01 fue un traslado para el centro de trabajo de Madrid y que el trabajador, en virtud del art. 40 ET, ha optado por la extinción indemnizada. La empresa afirma que no hubo tal traslado sino aplicación de los acuerdos suscritos por las partes, pero sin cuestionar que asumió en su momento la extinción del contrato del actor si bien considerando que no tenía derecho a indemnización. Esto es lo que se pone de relieve en los HDP. En la carta de fecha 14.05.01 que la empresa notificó al actor el día 17 siguiente, se decía (HP.10º): "… añadiendo que habiendo presentado demanda de conciliación en la que ponía de manifiesto que optaba por la extinción de su contrato de trabajo y solicitaba el pago de la indemnización, la empresa entendía que el derecho de opción por la extinción del contrato, al que se dice acogerse, se ejercita extrajudicialmente, ya que no requiere aceptación empresarial, señalando que desde la fecha en que manifestó que procedía a extinguir su contrato de trabajo, se produjo su desvinculación definitiva de la empresa, con efectos del día 30.04.01; que no compartían que tuviera derecho a percibir la indemnización de 20 días por año de servicio, comunicándole que tenía a su disposición la cantidad correspondiente a liquidación…". En esta carta (F. 47 y 48) se puede leer también que la empresa indicaba que la cuestión del derecho a la indemnización del art. 40 ET no condicionaba o impedía la eficacia de la extinción contractual "por lo que, en su caso, deberá reclamarla a través del procedimiento…".

Precisamente, el presunto despido que se denunció en la instancia se venía a sustentar en esta comunicación empresarial de 17.05.01,

considerando la sentencia dictada en la instancia (Fundamento Jurídico 2º) que no existió el tal despido obedeciendo la contestación empresarial a la decisión del actor –acogiéndose a la opción que le reconocía el art. 40.1 E.T- de dar por extinguida su relación laboral, si bien el Juzgado de Instancia también consideró (Fto. Jurídico 1º) que no subyacía un supuesto de movilidad geográfica contemplada en el art. 40 E.T. sino el de un acuerdo de las partes en cuanto al lugar de prestación de servicios, razón por la que desestima la pretensión de extinción de contrato con indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

OCTAVO.- Bajo tal planteamiento, valorando oportunamente los HDP, la Sala considera, a diferencia del Juzgador de instancia, que el demandante fue objeto de un supuesto de movilidad geográfica inserto en el art. 40 ET cuando la empresa le comunicó el 07.02.01 "su traslado al centro de trabajo de Madrid" con sus oportunas consecuencias.

De conformidad con los H.D.P., el actor, que venía trabajado para "F.I.E., S.A." desde el 13.06.95 como técnico de informática, suscribió acuerdo con la empresa en 23.08.99 para su desplazamiento temporal a Santiago en los términos que obran a los folios 29 y 30 de los autos; en 01.06.00 las partes suscribieron nuevo acuerdo acerca del traslado del actor al centro de Santiago, según obra a los folios 31 y 32, con especial relevancia de las cláusulas 1ª y 5ª del acuerdo, a las que luego se aludirá; y en 07.02.01 la empresa comunica al actor que conforme al art. 40 E.T. y 20.1 del Convenio había decidido su incorporación al centro de Madrid, en los términos del H.P. 4º; esta decisión motivó la carta del actor de 18.02.01 (H.P. 5º) y la de la empresa del 22 siguiente, demanda del trabajador solicitando se declarase injustificado el traslado y su reincorporación al centro de Santiago, desestimada por Sentencia de 05.04.01 (f. 39 a 42); tras ello, el actor promueve en 25.04.01 acto conciliatorio interesando la extinción de su contrato con abono de indemnización de 20 días de salario por año, que motivó la carta de la empresa de 14.05.01 (H.P. 10º), a la que se aludió en el fundamento precedente y en torno a la que se articuló un posible despido, declarado en la instancia (y de modo firme) como inexistente.

Con este contexto, no cabe admitir que lo acordado por la empresa en febrero de 2001 no se tratase de un supuesto de movilidad geográfica del art. 40 E.T.; que "la notificada reincorporación al centro de trabajo de procedencia deriva de la aplicación de lo previsto en los acuerdos suscritos por las partes", como argumenta "F.I.E., S.A." en la impugnación del recurso.

La situación laboral del actor en el centro de Santiago dimanaba del acuerdo de 01.06.00, teniendo eficacia vinculante en sí mismo. Por virtud de ello, de un lado, se convertía el desplazamiento inicial en un traslado conforme el art. 40 E.T. y art. 20 del Convenio (en sustancial armonía con la cláusula 5ª del acuerdo de 23.08.99), previéndose el alta del trabajador en el centro de Santiago "a efectos de S.S. y de Libro de Matrícula en el nuevo centro de trabajo" (exponendo 1º y cláusula 1ª); de otro, se dispuso (cláusula 5ª) que la empresa "garantiza el derecho de reincorporación del empleado al centro de trabajo de Madrid … Dicha reincorporación daría origen a un nuevo traslado …". Referido acuerdo supuso, a consideración de la Sala, que no había un "desplazamiento" al centro de trabajo de Santiago, sino un "traslado" del trabajador y su adscripción al centro dicho a todos los efectos; y si bien la empresa garantizaba el derecho de reincorporación al centro de Madrid en su caso, lo hacía como derecho del trabajador, o mejora patronal, y no como deber inexcusable del mismo así pactado, y en cualquier supuesto con la consideración de un "nuevo traslado"; es decir, con la consideración y efectos del art. 40.1 E.T. Hasta tal punto todo ello que cuando la empresa decide –unilateralmente y sin conformidad al efecto del demandante- la vuelta del trabajador al centro de Madrid, en la comunicación al efecto se lo participó su "traslado" y "conforme a lo establecido en el art. 40 de la Ley 1/95 del E.T. y el art. 20.1 del Convenio …".

No puede extraerse, consecuentemente, la novación contractual a que alude el Juzgador de instancia, que el acuerdo habido resulte desvirtuador de la existencia de un verdadero supuesto de movilidad geográfica de los contemplados en el art. 40.1 E.T. Hubo un traslado en la decisión empresarial y resulta de aplicación el art. 40.1 E.T.

Desaparece, pues, el fundamento en virtud del que la sentencia recurrida rachaza la pretensión del demandante que se articula en Suplicación, y que si bien dio pie a un pronunciamiento "de inadecuación de procedimiento", implicaba también conocimiento real de fondo. Y en trance de conocer la Sala las consecuencias Jurídicas del traslado acordado por la empresa de conformidad con el art. 40.1 E.T., se llega a la estimación del recurso.

De conformidad con el precepto citado, es derecho del trabajador optar entre el traslado o la extinción indemnizada de su contrato. Y como señala la STS de 21.12.99 (RJ 1.426), que invoca el recurrente, impugnado judicialmente un traslado, en caso de desestimación al estar justificado cabe optar por la rescisión del contrato con indemnización, todo ello de conformidad con el art. 40.1, párrafo 4º E.T. Y esto es lo que ha venido a hacer el demandante en el caso presente, según lo que se ha dejado puntualizado anteriormente, sin que la sentencia dictada en los autos del Juzgado 2 de Santiago nº 151/01 tenga incidencia desvirtuadora de la pretensión presente, habiendo resuelto sobre la justificación o procedencia del traslado y a estos exclusivos efectos.

Por consiguiente, el demandante ha optado por la extinción contractual en términos del art. 40.1 E.T. y tiene derecho a la indemnización que reclama, sobre el salario del H.P. 1º. Y no se opone a ello el hecho de que se haya materializado la opción ya con efectos de abril de 2001, si bien debe serlo con los que dice la empresa en su carta de 14.05.01 en el sentido de que la desvinculación de la empresa se produjo con efectos del 30.04.01.

Según quedó anteriormente razonado, no hubo despido y la postura de la empresa al respecto, según quedó explicitada en la carta de 14.05.01, supuso un reconocimiento de que el actor optaba por la extinción contractual indemnizada y que en virtud de ella, y en todo caso asumiéndola la empresa con la única salvedad de que no consideraba había derecho a la indemnización (remitiendo al efecto incluso al actor a la reclamación judicial correspondiente), tenía por producida la desvinculación definitiva de la empresa con efectos del día 30.04.01; lo cual, en unión de que se ha concluido que la decisión del trabajador estaba amparada por el art. 40.1 E.T, impide apreciar una dimisión o mera extinción contractual sin derecho a indemnización. No hay tampoco incongruencia alguna en la actuación del demandante, pues plantea en Suplicación pretensión ciertamente formulada en la instancia, con su mismo fundamento (art. 40.1 E.T.) y dentro de sus límites, y que reviste la debida autonomía material y jurídica con la de despido también formulada en aquella pero abandonada a través de haber dejado ganar firmeza al pronunciamiento habido que declaró su inexistencia.

La cuantía indemnizatoria ha de ser la expresamente cuantificada y pedida por la propia parte en el recurso.

Por consiguiente,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.P.G.L., revocamos en parte la sentencia que dictó con fecha 06.06.03 y en autos acumulados 311 y 393/2001 el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago; y en consecuencia, estimando sustancialmente la demanda interpuesta en autos nº 311/01 por el recurrente; declaramos extinguido el contrato de don J.P.G.L. con la empresa "F.I.E., S.A." por causa de la opción indemnizable por él ejercitada, desde el 30.04.01, y condenamos a la demandada "F.I.E., S.A." a estar y pasar por ello y a que le abone la indemnización de 13.918,41 euros a razón de 20 días de salario por año de servicio y prorrateo por meses correspondiente; y confirmamos en lo restante el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3745 Recurso núm. 1.035/01

S.S. TRANSPORTISTAS CON VEHÍCULO PROPIO. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. EXENCIÓN DA NECESIDADE DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA. CONCORRENCIA DAS NOTAS DE LABORALIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintiuno de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.035/01, interpuesto por "D.G., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.P.L.S., don D.J.D.Y., doña B.C.N., doña A.M.P.B., doña A.C.M., don A.A.L., doña M.L.R.M., doña

R.B.G., doña C.V.P., don D.B.E. y doña M.T.D.S. en reclamación de OTROS EXTREMOS, siendo demandado "D.G., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 344/00 sentencia con fecha 27.12.00, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Doña E.P.L.S. con D.N.I. número ...; don D.J.D.Y. con D.N.I. número ..., doña B.C.N. con D.N.I. número ..., doña A.M.P.B. con D.N.I. número ..., doña A.C.M. con D.N.I. número ..., don A.A.L. con D.N.I. número ..., doña M.L.R.M. con D.N.I. número ..., doña R.B.G. con D.N.I. número ..., doña C.V.P. con D.N.I. número ..., don D.B.E. con D.N.I. número ... y doña M.T.D.S. con D.N.I. número ..., todos ellos mayores de edad, vienen prestando sus servicios para la Empresa "D.G., S.L." dedicada a la actividad de alimentación, con las categorías profesionales de vendedores-repartidores, con las antigüedades y salarios que se detallan en el hecho primero de la demanda. II.- Los actores figuran afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social y de alta en licencia Fiscal consistiendo su trabajo en el reparto de la mercancía, utilizando el vehículo de su propiedad, y siendo los gastos de mantenimiento y uso a su costa, estando los actores a las órdenes de la Empresa en cuanto a horario, rutas y zona de distribución. III.- Se celebró, sin avenencia, el acto de conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Estimar la demanda interpuesta por doña E.P.L.S., don D.J.D.Y., doña B.C.N., doña A.M.P.B., doña A.C.M., don A.A.L., doña M.L.R.M., doña R.B.G., doña C.V.P., don D.B.E. y doña M.T.D.S., declarando que la relación que une a los actores con la demandada es una relación laboral ordinaria con efectos en cuanto a la antigüedad desde la fecha de cada uno de los actores condenando a la Empresa "D.G., S.L." 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 estima la demanda formulada y declara que la relación que une a los actores con la demandada es una relación laboral ordinaria, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración. Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la representación letrada de "D.G., S.L.", quien al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., plantea cuatro cuestiones o motivos tendentes a obtener la nulidad de la sentencia de instancia y la reposición de los autos al momento procesal pertinente.

En el primero de ellos denuncia la infracción del artículo 80.1 c) de la L.P.L. así como del párrafo 1º del artículo 399 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerar que la demanda no contiene ningún dato ni hecho en relación con la pretensión que en ella se ejercita.

Contrariamente a lo postula basta un somero examen del escrito de demanda para advertir que la misma cumple las previsiones legales exigidas en los artículos citados, permitiendo conocer a la demandada la causa de pedir y los hechos en que se funda, ya que en la misma se detalla tanto la categoría laboral de los actores como la antigüedad y salario de cada uno de los mismos, conteniendo además la expresa petición de que se les reconozca que les une con la demandada una relación laboral ordinaria.

En el segundo motivo dedicado a denunciar la infracción de normas procesales se alega la vulneración del artículo 97.2 de la L.P.L., al considerar que la insuficiencia de hechos declarados probados en la sentencia le genera indefensión, al no recoger los salarios, gastos, antigüedades, tonelaje, marcas y modelos de los vehículos de los demandantes.

La resultancia fáctica de la resolución recurrida recoge las categorías profesionales de los actores, vendedores repartidores, con las antigüedades y salarios que se detallan en el hecho primero de la demanda, haciendo constar en la fundamentación jurídica, con valor de hecho probado, que los vehículos propios que utilizaban para el reparto de mercancía no rebasaban el peso máximo autorizado de 2.000 Kg. Buena prueba de todo ello es que la parte recurrente en el motivo destinado a la revisión de los hechos probados de la resolución recurrida, postula la modificación de los hechos primero y segundo, proponiendo, como luego se verá la modificación del salario y de la antigüedad, así como el tonelaje de los vehículos.

En el tercer motivo denuncia también la infracción del artículo 97.2 de la L.P.L. en relación con el 120.3 de la CE alegando la falta de motivación de la sentencia al no especificar en absoluto en ningún lugar de la misma cuales son los razonamientos o cuales son la prueba documental o testifical en que se basa para llegar a la conclusión de los hechos que declara probados. Y en el cuarto motivo denuncia la incongruencia omisiva al entender que la sentencia de instancia no resuelve la totalidad de las cuestiones debatidas, insistiendo en el tema de los salarios, antigüedad etc.

Por lo que respecta a la falta de motivación cabe señalar, que al margen de la contradicción que supone con el motivo anterior en el que se reprochaba la insuficiencia de hechos probados, lo cierto es que la resolución recurrida recoge en la relación fáctica los hechos y circunstancias fundamentales y da una respuesta jurídica razonable que explica el sentido del fallo; y en cuanto a la incongruencia señalar que lo resuelto en la resolución recurrida aborda todas las cuestiones debatidas y guarda la debida correlación con la petición y causa de pedir de los actores y con la "resistencia" de la parte demandada, sin producir el mínimo quebranto al derecho a la tutela judicial efectiva ni a la defensa de la parte.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. la parte recurrente propone la revisión de los siguientes hechos probados: a) la modificación del ordinal primero para el que ofrece el siguiente texto alternativo: ""I.- Doña E.P.L.S. con D.N.I. número …; don D.J.D.Y. con D.N.I. número …, doña B.C.N. con D.N.I. número …, doña A.M.P.B. con D.N.I. número …, doña A.C.M. con D.N.I. número …, don A.A.L. con D.N.I. número …, doña M.L.R.M. con D.N.I. número …, doña R.B.G. con D.N.I. número …, doña C.V.P. con D.N.I. número …, don D.B.E. con D.N.I. número … y doña M.T.D.S. con D.N.I. número …, todos ellos mayores de edad, vienen prestando sus servicios para la Empresa "D.G., S.L." dedicada a la actividad de alimentación, como repartidores, con un salario diario con prorrateo de pagas extras para cada uno de ellos de 3.924 ptas., y con las siguientes antigüedades: doña E.P.L.S.: 16.08.94, don D.J.D.Y.: 01.07.95; doña B.C.N.: 09.04.96, doña A.M.P.B.: 01.07.95; doña A.C.M.: 09.09.98;, don A.A.L.: 24.06.80 hasta 03.03.99, doña M.L.R.M.: 20.09.99 hasta el 20.06.00; doña R.B.G.: 01.03.83; doña C.V.P.: 26.06.99 hasta el 21.07.00; don D.B.E.: 11.02.87 y doña M.T.D.S.: 05.02.98."; b) la modificación del hecho probado segundo para el que ofrece la siguiente redacción alternativa: "II.- Los actores figuran afiliados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social y de alta en licencia Fiscal consistiendo su trabajo en el reparto de la mercancía, utilizando el vehículo de su propiedad, y siendo los gastos de mantenimiento y uso a su costa, siendo los vehículos que utilizan de las características en cuanto a modelo, tonelaje y marca que a continuación se indican:

Nombre Vehículo

Tonelaje PMA

E.P.L.S. Nissan Vanette Cargo, PO-9358-BD
2.505 kg
D.J.D.Y. Peugeot Combi 220, PO-6575-BH
2.195 kg
B.C.N. Nissan Vanette Cargo, PO-1555-BD
2.505 kg
A.C.M. Fiat Scudo Combi 1.9 D, PO-0993-BC
2.195 kg
A.A.L. Nissan Vanette,
2.145 kg
M.L.R.M. Nissan Vanette, PO-3691-AF
2.200 kg
R.B.G. Nissan Vanette, C-4351-AU
2.200 kg
C.V. P Nissan Vanette, PO-0100-BN
2.205 kg
D.B.E. Ford Transit, PO-5817-BP
2.660 kg
M.T.D.S. Renault Trafic, PO-5661-BS
2.370 kg
A.M.P.B. Renault Combi PO-8617-AH 1.475 +700
Remolque."

No se acepta la revisión del ordinal primero, pues al margen de que la documental que se cita no demuestra que haya habido error del Juzgador "a quo", cabe señalar que el salario de los actores, como consta en la documental aportada a su instancia, viene determinado en función de las ventas realizadas y, en función de las mismas "D.G., S.L." les emitía el correspondiente justificante, tal como consta en los autos (a título de ejemplo folios 278 a 296, 331 a 363 y 413 a 424), sin que en los mismos aparezca desglosada suma alguna por gastos o suplidos. Por lo que atañe a la antigüedad, en los casos del Sr. D., de la Sra. P. y de la Sra. B. es la misma que la que figura en la demanda. En los demás casos la diferencia es prácticamente irrelevante ya que se trata de días y la explicación estriba en que aquella viene determinada por el alta en el RETA

cuenta propia y su alta en el IAE, fecha a partir de las cuales los actores comenzaron su actividad, independiente de haber firmado los contratos con la demandada unos días después. En el caso del Sr. A.L., en el que se aprecia una mayor diferencia, existe una certificación (folio 174 de los autos) en el que se hace constar que sirve la mercancía de la empresa demandada desde diciembre de 1979.

La misma suerte de rechazo ha de seguir la propuesta de revisión del ordinal segundo ya que, por un lado, no se da la más mínima explicación para la supresión de la frase que viene recogida en el hecho probado "...estando a las órdenes de la empresa en cuanto a horarios, rutas y zona de distribución", siendo reiterada la doctrina que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, solo impugnable cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos. Y por otro lado porque, al margen del modelo y marca de vehículo, lo relevante es el tonelaje de los mismos y el documento oficial acreditativo de tal circunstancia es el expedido por la Jefatura Provincial de Tráfico en el que aparece indicado el peso máximo autorizado del vehículo en cuestión que, en el caso de los vehículos de los actores, no rebasa, en ningún caso, las dos toneladas, tal como se acredita en las correspondientes autorizaciones administrativas expedidas por la Jefatura Provincial de Tráfico de Pontevedra, referidas a cada uno de los vehículos (folios 180, 211, 251, 277, 301, 330, 367, 390, 412 y 429).

TERCERO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. denuncia la parte recurrente la infracción por no aplicación del artículo 1.3 g) párrafo 2º del ET, en su redacción conforme a lo dispuesto en la disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que indica que se entenderá excluido del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras de servicios de transporte realizados con vehículos de un determinado tonelaje y características, es decir, no inferior a dos toneladas. Por ello en el supuesto de autos al superar los vehículos las dos toneladas, sus propietarios tienen la obligación de realizar los trámites administrativos necesarios para obtener sus autorizaciones, por ello el no tenerlas no puede premiar una hipotética exclusión, por lo que en definitiva nos encontraríamos ante una relación excluida del ámbito laboral al ser de aplicación lo previsto en el mencionado artículo.

En efecto el ET, entre las exclusiones del ámbito regulado por dicha Ley, dispone el invocado artículo 1.3 g) que «a tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador». Por su parte el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de autorizaciones de los de mercancías (Orden de 3 febrero de 1993), en su artículo 1 se establece la regla general de «obligatoriedad de la autorización» («Para la realización de transportes públicos discrecionales de mercancías por carretera, así como de transportes privados complementarios de mercancías, será necesaria la previa obtención por las personas que pretendan llevarlos a cabo de la correspondiente autorización administrativa que habilite para su prestación»), pero en su artículo 2 se detallan las «excepciones a la obligatoriedad de la autorización» y, entre otras, establece que no será necesaria para los «transportes públicos o privados complementarios realizados en vehículos de hasta 2 toneladas de peso máximo autorizado, inclusive» [artículo 2.1, a) OM de 3 de febrero de 1993.]

En el supuesto de autos ninguno de los vehículos utilizados por los actores supera los 2.000 kilos de peso máximo, por lo que están exentos de obtener la correspondiente autorización administrativa, lo que supone la no inclusión de la relación de los demandantes en el repetido artículo 1.3 g) párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, que no pueda ser calificada la relación como de servicio de transporte.

Bajo el mismo amparo procesal la parte recurrente alega la aplicación indebida del artículo 1.1 del ET al considerar que la prestación de servicio de los actores con la demandada no se da dentro del ámbito organizativo y de dirección de este, faltando las notas características de ajenidad, no estar dentro del circulo rector de la organización del

empleador ni tener el carácter personalísimo necesario para que en base al artículo citado se pueda halar de una relación laboral y, en consecuencia, ello supone un tema de incompetencia de este orden jurisdiccional para el conocimiento del litigio dado el carácter de orden público procesal.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23.11.98 ya ha establecido doctrina unificada sobre la cuestión ahora planteada. Como se recuerda en la citada STS/IV, 15 junio 1998 (Recurso 3.229/1997), en lo referente a la competencia o no del orden social sobre transportistas con vehículo propio, tal como se reguló en el referido artículo 1.3, g) ET (adicionado por disposición final 7.ª Ley 11/1994), esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas sentencias y de realizar su tarea unificadora, estableciendo: "....el criterio de la autorización administrativa exigida a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado"; y añade la sentencia que "sin entrar en la cuestión sobre la que no corresponde pronunciarse a esta Sala, de si el criterio del tonelaje del vehículo es o no el más adecuado para trazar la línea fronteriza del transporte mercantil, lo cierto es que este criterio, si no es utilizado arbitrariamente, puede proporcionar la certeza en la aplicación del Derecho, que ha sido la finalidad buscada por el legislador al introducir tal precepto en el ordenamiento jurídico. La sentencia referida deja encarrilado el problema para ocasiones posteriores en el sentido de que el tonelaje del vehículo es determinante para la delimitación de la frontera entre transporte mercantil y actividad de transporte constitutiva de relación laboral".

En la sentencia (RJ 1998\10.018) señala el Alto Tribunal que "...aun tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994 si en la prestación del servicio de transporte con vehículo propio concurren las notas generales de ajenidad, dependencia y retribución salarial y, además, el medio de transporte utilizado en el desarrollo de la actividad no exige para su realización la obligatoriedad de la previa obtención de la concreta autorización administrativa para el transporte de mercancías por carretera que habilite para su específica prestación, es dable seguir configurando como laboral la relación existente entre las partes, lo que acontecerá, entre otros supuestos, cuando el transporte se realice en vehículos de hasta 2 toneladas de peso máximo autorizado inclusive, que no requieren de tal autorización. Debe, además, destacarse que la autorización administrativa a la que se refiere el artículo 1.3, g) ET, como criterio de diferenciación entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte, es la autorización administrativa para el transporte de mercancías a la que se refiere, fundamentalmente, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres como habilitadora para su prestación y no cualquier otro tipo o modalidad de autorización o licencia administrativa para conducir o circular con vehículos susceptibles de servir como medio de transporte que pudieran requerirse en base a normativas administrativas de nivel estatal o autonómico".

En el supuesto ahora enjuiciado, como ya se ha dicho, el transporte se realiza con unos vehículos de tamaño reducido, de peso máximo autorizado no superior a dos toneladas, que no requiere la autorización administrativa para transporte de mercancías referida y que se cumplen en el servicio prestado las notas de laboralidad (ajenidad, dependencia y retribución salarial), pues aún cuando los demandantes figuren afiliados al RETA, lo cierto es que todos los actores prestan sus servicios como vendedores por cuenta de la demandada, dedicados al reparto de sus mercancías, con vehículo propio, realizando una ruta trazada por la demandada y sometidos a sus directrices y órdenes, siguiendo las instrucciones marcadas por la empresa relativas no solo a rutas, sino también a cumplimentación de albaranes, facturas, recibos así como otras tareas inherentes a su actividad, sin que conste que poseyeran otra infraestructura que no fuera el mismo vehículo, y percibiendo la correspondiente contraprestación económica. No hay duda, pues, de que concurren las notas de laboralidad, con presunción favorable a ésta.

También se alega, por parte de la empresa recurrente, la infracción del artículo 26 párrafo 1º y 2º del ET, por no aplicación de la misma, al entender que no tendrá la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador por los gastos realizados en su actividad laboral.

Tal consideración sin embargo no es aplicable al supuesto litigioso ya que en el caso de autos los demandantes no reciben cantidad alguna en concepto de gastos, pues basta examinar la prueba documental obrante a los autos para comprobar que los actores venían percibiendo de la empresa una cantidad mensual única, que variaba en función

de las ventas, pero sin que se desglose suma alguna por gastos o suplidos. Ello se constata en los justificantes de pago que obran a los autos y correspondientes a cada uno de los trabajadores demandantes, que figuran a los folios siguientes: 146 a 169; 181 a 203; 212 a 246; 278 a 296; 302 a 324; 331 a 363; 368 a 386; 391 a 409; 413 a 424 y 430 a 443.

En la última de las alegaciones de la parte recurrente denuncia la infracción por aplicación incorrecta del artículo 24.1 de la CE, en relación con el artículo 17.1 del R.D. Legislativo 2/1995 de 7 de abril, alegando que los actores están ejercitando una acción de consulta o declarativa, es decir, que lo que están pretendiendo – señala – es una pretensión preventiva o cautelar de futuro, con carencia de interés actual.

Reconocido en el art. 24-1 de nuestra Constitución el derecho que cualquier persona tiene a una tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, incluye el de ejercitar acciones declarativas cuando éstas vengan a satisfacer un interés real, actual y concreto lesionado, tal y como lo reconoció el Tribunal Constitucional en sus sentencias 71/1991, de 18 de abril (RTC 1991\71), 210/1992, de 30 de noviembre (RTC 1992\210), 20/1993, de 18 de enero (RTC 1993\20), y 65/1995, de 8 de mayo (RTC 1995\65). Por su parte la Ley de Procedimiento Laboral, desde el texto de 1990 (RCL 1990\922 y 1.049), vino a reconocer en forma explícita la posibilidad de ejercicio de acciones de esa naturaleza (arts. 17.1 y 80.1.2 LPL), que no es sino una de las diversas clases de acciones que pueden ejercitarse ante los Tribunales (declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas y cautelares).

Bien es cierto, como expresamente se afirma por el Tribunal Constitucional, que su admisión no es incondicional, sino que queda subordinada a la existencia de lesión de un interés, que en caso de autos dicho interés es real, en cuanto expresión de una situación de controversia efectiva con alguien que no reconoce el derecho o la situación jurídica que se pretende declarar y además es actual, como manifestación de una discrepancia que afecta a una situación ya producida o un derecho ya ejercitable, como es que unos trabajadores con contrato vigente con la empresa traten de concretar la calificación jurídica del contrato que les une con aquella y sobre la que existe discrepancia entre las partes.

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por "D.G., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra, de fecha 27-12-00, dictada en autos núm. 344/00 seguidos a instancia de doña E.P.L.S., don D.J.D.Y., doña B.C.N., doña A.M.P.B., doña A.C.M., don A.A.L., doña M.L.R.M., doña R.B.G., doña C.V.P., don D.B.E. y doña M.T.D.S. contra "D.G., S.L." sobre OTROS EXTREMOS, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3746 Recurso núm. 5.018/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. NULIDADE DE PREAVISO ELEITORAL. INEXISTENZA DE INCONGRUENCIA OMISIVA. FALTA DE PODER POR PARTE DO PROMOVENTE.

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

A Coruña, a veintiuno de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.018/2003 interpuesto por don J.A.F.M., USO GALICIA y UNIÓN SINDICAL DE TRABALLADORES DE GALICIA USTG 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 doña L.N.B. en representación de UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandados don E.C.M.C. en

representación de "F.E.D., S.A.", don J.M.F.P. en representación de UNIÓN SINDICAL DE TRABALLADORES DE GALICIA USTG, UNIÓN SINDICAL OBREIRA DE GALICIA (USO GALICIA), don D.L.B. en representación de UNIÓN SINDICAL OBRERA USO e indistintamente UNIÓN SINDICAL OBRERA DE GALICIA USO-GALICIA don J.A.F.M., doña M.M.P.V., CIGA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y COMISIONES OBRERAS (CC.OO) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 358/2003 sentencia con fecha 26 de junio de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"Primero.- El día 15 de junio de 1977 se constituye la Entidad UNIÓN SINDICAL REGIONAL DE GALICIA de al UNIÓN SINDICAL OBRERA procediendo al depósito de los Estatutos en la forma legalmente establecida. El día 20 siguiente don J.M.F.P. como secretario del citado sindicato certifica la existencia de un acuerdo tomado el día 18 anterior por el que se adhiere a la Confederación denominada UNIÓN SINDICAL OBRERA. Segundo.- En Congreso celebrado los días 28 y 29 de marzo de 1998 se acuerdan una serie de modificaciones de los estatutos, nombrándose Secretario General a don J.M.F.P., y de Administración y finanzas a don J.A.F.M.. En su art. 1 se indica que con la denominación UNIÓN NACIONAL DE GALICIA DE LA UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO-GALICIA) está constituida la Organización de la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO en la Comunidad Autónoma de Galicia). El ámbito territorial de USO GALICIA es la Comunidad Autónoma Gallega con plena soberanía, personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar necesarias para el cumplimiento de sus fines. Tercero.- Por Acuerdo de 26 de noviembre de 1999 se confiere poder a don J.M.F.P. y a don J.A.F.M. para representar a USO-GALICIA en los Procesos de Elecciones Sindicales, en todas sus fases, incluida la promoción de las mismas. Cuarto.- el 11 de febrero de 2002 se constituye la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (USTG) figurando como secretario General don J.M.F.P., que confiere poder a don J.A.F.M. para representar a este sindicato en los mismos términos anteriormente señalados. Quinto.- El 6 de febrero de 2002 el consejo Nacional de USO-GALICIA acuerda convocar un congreso Extraordinario a celebrar el 6 de abril, en el que se acuerda la desvinculación, desconfederación o desadhesión de la confederación sindical Obrera, recobrando en este momento su soberanía. La integración en la UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (USTG) constituida recientemente lo que implica la pérdida de su personalidad jurídica. Este Acuerdo fue recurrido por la CONFEDERACIÓN UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO) dictando sentencia del TSJ de Galicia en fecha 24 de octubre de 2002, autos 8/2002 estimando la demanda y declarando la nulidad de los acuerdos de integración anteriormente señalados. Sexto.- La Comisión Ejecutiva Federal de UNIÓN SINDICAL OBRERA adopta en fecha 11 y 12 de noviembre de 2002 el Acuerdo, elevado a público, de disolver la Comisión ejecutiva Nacional de USO-GALICIA, disolver su Comité Nacional, suspender en sus funciones al consejo nacional y ratificar el nombramiento de una nueva Comisión Gestora, en la que no figura ninguno de los trabajadores anteriormente señalados. En escrito de 13 de noviembre de 2002 se comunica a don J.A.F.M., los anteriores Acuerdos y se le insta para que en lo sucesivo se abstenga de representar a la citada Entidad Sindical USO-GALICIA. No consta la impugnación de este acuerdo. Según consta en los ficheros de la UNIÓN SINDICAL OBRERA don J.A.F.M. causó baja en la misma el día 1 de julio de 2002. Séptimo.- Don J.A.F.M. en fecha 3 de marzo de 2003 presenta en la empresa FALUNORSA preaviso de elecciones sindicales en nombre de USO-GALICIA como promotor, bajo el número 420/03 habiéndose celebrado el proceso electoral y resultando elegida doña M.M.P.V. por la USTG. En el año 1999, y en la misma empresa, que actualmente tiene la denominación de "F.E.D., S.A.", don J.A.F.M. promovió elecciones en nombre de Unión sindical Obrera. Octavo.- Según certificación de la Oficina Pública de Registro, Depósito y Publicidad de la comunidad autónoma de Galicia, sobre elecciones o representantes de los trabajadores, la Central sindical USO-GALICIA carece de representatividad alguna a nivel autonómico, por estar atribuidos los resultados a la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO). Noveno.- Se celebró acto conciliatorio previo sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña L.N.B. declaro la nulidad del preaviso número 420/03 condenando a la

totalidad de demandados a estar y pasar por la presente declaración. Remítase testimonio de la presente resolución a la Oficina Pública Electoral correspondiente para su conocimiento".

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.- 1.- La sentencia de instancia estimó la demanda formulada por USO y declaró la nulidad del preaviso de elecciones llevado a cabo en 03.03.03 por el demandado Sr. F. en nombre de USO-Galicia, condenando a todos los demandados «a estar y pasar por la presente declaración». Pronunciamiento que es recurrido por el citado Sr. F., por USO-Galicia y por la USTG, en el con idéntica formulación denuncian inaplicación del art. 218 LEC y vulneración del art. 67 ET, en relación con los arts. 1 y 2 de los Estatutos de USO-Galicia.

2.- La denuncia ha de ser puesta en relación con determinados HDP: (a) en abril de 2002, el Consejo Nacional de USO-Galicia acuerda desvincularse de USO e integrarse en la USTG; (b) la STSJ Galicia 24.10.02 declaró la nulidad de tales acuerdos; (c) en noviembre de 2002 USO disuelve la Comisión Ejecutiva Nacional de USO-Galicia, suspende en las funciones a su Consejo Nacional y nombra una Comisión Gestora, instando al Sr. F. para que se abstenga de representar a USO-Galicia, sin que conste la impugnación de tales acuerdos; (d) en 03.03.03, el Sr. F. presenta preaviso de elecciones en la empresa demandada, en nombre de USO-Galicia; y (e) USO-Galicia carece de representatividad a nivel autonómico, atribuyéndose los resultados electorales a USO.

SEGUNDO.- 1.- Con la primera de las censuras jurídicas se denuncia incongruencia omisiva, porque –se dice– el Magistrado no dio respuesta expresa a la falta de legitimación pasiva alegada por el Sr. F., cuya intervención en el proceso electoral lo había sido –se argumenta– en calidad de representante de USO-Galicia y no a título personal.

2.- Tal como tenemos recordado en precedentes ocasiones, de las que son ejemplo nuestras sentencias –entre las recientes– de 25.09.03 R. 4.189/03, 19.09.03 R. 621/01, 11.09.03 R. 5.354/00, 30.05.03 R. 3.124/00 y 14.03.03 R. 3.963/02, es criterio reiterado de la doctrina unificada –así, la STS 13.05.98 Ar. 4.645– que «para que una sentencia incurra en el vicio de incongruencia por omisión es preciso que se dé una falta de respuesta razonada en la resolución judicial al planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes para fijar el fallo. Sólo así se daría una denegación tácita de justicia contraria al artículo 24.1 de la Constitución (STC 53/1991, de 11 de marzo). Como dice la STC 91/1995, de 19 de junio, el artículo 24.1 de la Constitución no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de suerte que si el ajuste es sustancial y se resuelven, aunque sea genéricamente, las pretensiones no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto de alegaciones concretas no sustanciales, pues sólo la omisión o falta de respuesta y no la respuesta genérica o global a la cuestión planteada entraña vulneración de la tutela judicial efectiva» (STC 91/1995, de 19 de junio).

Pero también recordábamos que el silencio puede constituir una desestimación tácita suficiente, si bien en tales casos es necesario que ello pueda deducirse de otros razonamientos de la sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no es necesario o imprescindible (SSTC 68/1988 y 95/1990), pues como la Sentencia 85/1996, de 21 de mayo, «hay que destacar dos notas esenciales para identificar esta infracción: por una parte que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; por otra parte que el órgano judicial en su resolución no dé respuesta a la misma. Puede añadirse, por extensión, una tercera nota identificadora, consecuencia lógica de la obligación de motivar las resoluciones judiciales: la necesidad de que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de, al menos, una desestimación tácita de la cuestión planteada». Y añade que sólo «en estas circunstancias la falta de pronunciamiento sobre una determinada cuestión se convierte en una denegación tácita de justicia y resulta por lo tanto contraria al artículo 24.1 CE (STC 53/1991)».

3.- Tal doctrina nos lleva a rechazar la censura normativa y a entender que tácitamente se rechazado en la instancia la excepción alegada, porque desde el momento –son hechos declarados probados– en que el Sr. F. había sido expresamente requerido por USO

para que se abstuviese de representar a USO-Galicia, tras haberse disuelto su Comisión Ejecutiva y suspendidos en sus funciones al Consejo Nacional, su actuación –pese a ello– como promotor de las elecciones en nombre de USO-Galicia determinaba que toda argumentación relativa a la viabilidad –o invalidez– de su proceder por cuenta de esta última le afectase directamente, tanto como pretendido representante de USO-Galicia cuanto como oficialmente requerido para que no actuase como tal. Por ello nos resulta evidente que el Magistrado dio respuesta negativa tácita a una excepción que ni tan siquiera parecía ofrecer más finalidad que añadir complejidad procesal a la cuestión suscitada, en la misma manera que con la denunciada incongruencia –que no de absolución del interesado– parece perseguirse exclusivamente un objetivo dilatorio.

TERCERO.- Tampoco admitimos la infracción del art. 67 ET, en relación con los arts. 1 y 2 de los Estatutos de USO-Galicia.

Ciertamente hemos de compartir la afirmación que la sentencia de instancia hace respecto de que la representatividad únicamente corresponde a los sindicatos que acrediten las circunstancias referidas en los arts. 6 y 7 LOLIS. Pero no llegamos a su misma conclusión de que ninguna representatividad ostenta USO-Galicia, por estar oficialmente aplicados a USO –que no a aquélla– los resultados electorales que constan en la Oficina Pública de Registro, Depósito y Publicidad. Creemos que ésta es una interpretación formalista y no defendible, pues –de un lado– no podemos desconocerse la realidad incontestable de que los representantes oficialmente atribuidos a USO, realmente lo eran de la confederada USO-Galicia, que es quien ha venido actuando en el marco de esta Comunidad Autónoma; y –de otra parte– tampoco cabe ignorar que la desvinculación de Uso-Galicia respecto de USO fue anulada por la STSJ Galicia de 24.10.02, de manera que la vigencia de esa confederación es precisamente la que determina la legitimidad electoral de USO-Galicia, a pesar de que los representantes de los trabajadores elegidos hubiesen sido oficialmente imputados a la central USO.

Pero de todas formas coincidimos con el Magistrado en su conclusión final, pues si bien la cualidad confederada de ambas centrales sindicales justifica la promoción de elecciones por parte de USO-Galicia, no lo es menos que esa misma circunstancia lleva a atribuir toda legítima iniciativa sobre la materia –en nombre de USO-Galicia– a la Comisión Gestora nombrada por USO en noviembre de 2002 y cuyo acuerdo instituyente ni siquiera consta impugnado. Así, la nulidad del preaviso de elecciones que es objeto de debate viene dada por el hecho de que el Sr. F. –que no forma parte de tal Gestora– carece de válido poder para representar a USO-Galicia y –por ello– para promover elecciones en su nombre. Por todo ello,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don J.A.F.M., USO-GALICIA y UNIÓN SINDICAL DE TRABALLADORES DE GALICIA, confirmamos la sentencia que con fecha 26.06.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de A Coruña, a instancia de UNIÓN SINDICAL OBRERA y por la que se acogió la demanda formulada frente a los recurrentes y a los codemandados "F.E.D., S.A.", CONFEDEREACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, COMISIONES OBRERAS y doña M.M.P.V.

3747 Recurso núm. 5.023/03

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN LABORAL PARA COÑECER DO ASUNTO, DADA A EXISTENCIA DE VERDADEIRO CONTRATO DE TRABALLO ENTRE AS PARTES, PERO NON DE CONTRATO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veintiuno de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.023-2003, interpuesto por doña M.B.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 68-03 se presentó demanda por doña M.B.G. en reclamación de Despido siendo demandado el MINISTERIO DE DEFENSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de mayo de 2003 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La demandante, doña M.B.G., venía impartiendo clases de Geografía e Historia, desde el 5 de octubre de 1998 y durante diversos períodos, a los alumnos de diferentes cursos y niveles en el centro de trabajo de la Escuela de Especialidades "…". En particular, durante el año 2002 fue designada por resolución del Almirante Jefe de la Zona Marítima, para impartir clases de Historia desde el 02.04.02 hasta el 31.07.02 y desde el 02.09.02 hasta el 20.12.03. (Folios 191 y 193). Las clases de Geografía e Historia son parte integrante de los ciclos formativos para personal de marinería y tropo profesional. 2.- El pago de las clases impartidas se efectuaba mediante liquidaciones mensuales, previa factura conformada por la Jefatura de Estudios de la Unidad con las horas de clase realizadas, para su presentación de Intendencia de la Zona Mª Cantábrico. Por cada hora de clase se le pagaban a la actora 19,23 euros y las retribuciones percibidas estaban sometidas a retensión del IRPF. (Folios 196 a 209). 3.- La Escuela de Especialidades "…" tiene un Plan de Estudios ratificado por su Comandante-Director y de cuya programación es responsable el Jefe de Estudios. En dicho Plan se incluye la asignatura impartida por la actora. 4.- El Comandante-Director de la Escuela, le comunicó a la actora, al finalizar su contrato el 20.12.02, que "No se pensaba iniciar uno nuevo en el año 2003 debido a la nueva programación escolar y al recorte de presupuestos". 5.- En fecha 18 de marzo de 2002, se dictó sentencia por éste Juzgado desestimando la demanda formulada por doña M.B.G. y otra, mediante la cual solicitaban que se declarase su condición de trabajadoras vinculadas por contrato indefinido a la Escuela "…" y se procediese a darlas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el inicio de dicha relación. No consta que la mencionada sentencia hubiese adquirido firmeza (Folios 170 a 175). 6.- La demandante ha agotado la vía administrativa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, alegada por el Ministerio de Defensa, y sin entrar en el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo en la instancia a dicho demandado de las pretensiones deducidas en su contra por la actora, doña M.B.G., sin perjuicio de que pueda ésta hacer uso de su derecho ante 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.- Ante la sentencia de instancia –que, con estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, y sin entrar a conocer en el fondo del asunto, absolvió en la instancia al Ministerio de Defensa, sin perjuicio de que la actora pueda hacer uso de su derecho ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, formula recurso de suplicación la citada actora, por le cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando, por una parte, infracción de los artículos 1, 2 a) y e) del TRLPL, y 1.1 y 2, y 8.1 del ET; por otra, infracción de la doctrina jurisprudencial, que cita; y, por otra, inaplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

SEGUNDO.- A la vista de los hechos, que se declaran probados en la resolución impugnada – que se sintetizan en que la demandante vino impartiendo clases de Geografía e Historia, a los alumnos de diferentes cursos y niveles, y durante varios períodos, en le centro de trabajo Escuela de Especialidades "…", cuyo pago se efectuaba mediante liquidaciones mensuales, previa factura conformada por la Jefatura de Estudios de la Unidad, con las horas de clase realizadas, para su presentación en intendencia de la Zona Marítima del Cantábrico, abonándosele 19,23 € por cada hora, estando sometidas las retribuciones a retención de IRPF; que, por ejemplo, durante el año 2002, fue designada, para impartir dichas clases, por resolución del Almirante Jefe de la Zona Marítima, desde el 2 de abril al 31 de julio, y desde el 2 de septiembre al 20

de diciembre; que dichas clases formaban parte integrante de los ciclos formativos para personal de marina y tropa profesional; que la citada Escuela tenía su plan de estudios, ratificado por su Comandante-Director y de cuya programación era responsable el Jefe de Estudios, incluyéndose en él la asignatura impartida por la actora; y que el Comandante-Director comunicó a ésta, al finalizar su contrato, el 20 de diciembre de 2002, que "no se pensaba iniciar uno nuevo en el año 2002 debido a la nueva programación escolar y al recorte de presupuestos"-; la Sala, en contra del criterio de la Sra. Juez "a quo", estima que la relación contractual, que unía a las partes, era de carácter laboral, ya que: a) ante la reiterada doctrina jurisprudencial, referente a que el carácter materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, cuando presenta las notas típicas de ajeneidad, dependencia y tener carácter retributivo, no puede ceder, como consecuencia de la calificación formal del contrato como administrativo…, porque la procedencia de la contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera "a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual", lo que exige que se trate de un producto delimitado de la actividad humada y no esa actividad independiente del resultado final de la misma; y que esta exigencia no se cumple cuando la actividad efectivamente realizada en la ejecución del contrato ha sido la prestación de servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y de dependencia, lo que pone de manifiesto que es objeto de contrato no ha sido la realización de una obra entendida como el resultado de una actividad humada, sino esa actividad misma en su proyección temporal (sentencias del Tribunal Supremo de 2, de Sala General, y 10 de febrero, 27 de abril, 13 de julio, 15 y 29 de septiembre, 9 de octubre y 4 de diciembre de 1998, 20 y 21 de enero, 18 de febrero, 3 de junio, 26 de julio y 29 de septiembre de 1999, etc.); resulta que el trabajo, desarrollado por la actora –consistente en impartir, con carácter cíclico, en una Escuela de Especialidades militar, y como parte integrante de los cursos, clases de geografía e Historia, a efectos formativos del personal de marinería y tropa profesional, constituye una actividad, no específica, concreta y no habitual de un centro de tales características, sino habitual, y permanente del mismo, pues, en principio, la formación integral del personal de marinería y tropa, en las correspondientes Escuelas de Especialidades, es lógico que incluya, no solamente enseñanzas técnicas, propiamente militares, sino cualesquiera otras entre las que, lógicamente, están las referentes a Geografía e Historia-, que puedan contribuir al enriquecimiento personal –e, incluso, consiguientemente, por sus repercusiones favorables, en el técnico-, de las personas, que se dedican a tales actividades- por otra parte, ya se siguió esta línea, por esta Sala, en la sentencia, dictada, en fecha 6 de junio del corriente año, referido al supuesto de una persona, que venía impartiendo enseñanza de inglés, a los alumnos de diferentes cursos y niveles, en la Escuela de Especialidades Fundamentales de la E.N., de … – ENSENGRA, como parte integrante de los ciclos formativos para personal de marina y tropa profesional, con designación para ello, mediante resoluciones del Almirante Jefe de la Zona Marítima; que, como se deduce de su mera enunciación, es prácticamente igual al que es objeto de análisis; y todo ello, en base a que "el objeto de la prestación no consistía en le desarrollo de trabajos específicos de carácter no habitual, sino que se trataba de impartir clases de lengua inglesa al personal de marinería y tropa profesional de la ENSENGRA…"; y b) no incide, en contra de la apreciación expuesta, el hecho de que, en el articulo 196.2 b) 4ª del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se establezca que "son contratos de consultoría y asistencia –que, según el apartado 1º se regirán por ella-, aquellos que tengan por objeto llevar a cabo, en colaboración con la administración y bajo su supervisión, entre otras, cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su situación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las administraciones públicas"; porque, si bien es cierto que se incluyen entre los contratos de asesoría y asistencia, los celebrados "para el desarrollo de actividades de formación de personal de las Administraciones Públicas", ello debe interpretarse, a la luz de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, la que, como ya se indicó, distingue entre las actividades que se refieran "a la realización de un trabajo especí-

fico, concreto y no habitual" –en cuyos casos entra en juego lo dispuesto en dicho precepto-, y las que estén destinadas a desarrollar actividades habituales y permanentes, en las que no es preciso acudir a contratos de consultoría y asistencia –como sucede con la formación integral de militares, en Academias, destinadas a tal fin-, en los que debe primar el carácter laboral; y, por lo tanto, procede estimar el recurso, desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, y acordar devolver los autos al Juzgado de procedencia, a fin de que, su Titular, entre a conocer con plena libertad de criterio, el fondo de la cuestión debatida.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por doña M.B.G., contra la sentencia, dictada por la Sra. Magistrado-Juez de lo Social, Sustituta, nº 2 de Ferrol, en fecha 20 de mayo de 2003; y con revocación de su fallo; debemos desestimar y desestimamos la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada. Devuélvanse los autos, con testimonio de esta resolución, al Juzgado de procedencia, a fin de que, por su Titular, se dicte otra sentencia, en la que se entre a conocer, con plena libertad de criterio, en el fondo de la cuestión debatida.

3748 Recurso núm. 5.340/03

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO. ACOSO MORAL. MODALIDADE PROCESUAL DE TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. MODIFICACIÓNS SUBSTANCIAIS NA SÚA CONDICIÓN DE MANIFESTACIÓNS DO ACOSO MORAL. NON CONCORRE CADUCIDADE DA ACCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a veintiuno de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.340/03 interpuesto por "T.U., S.L." y "G.T.M., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.D.C. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUDAMENTALES siendo demandado "T.U., S.L." y "G.T.M., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 256-2003 sentencia con fecha 20 de agosto de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

"1.- Don J.D.C., con D.N.I. … comenzó a prestar servicios por cuenta de la demandada "T.U., S.L." perteneciente al "G.T.M., S.A." con fecha de 1 de octubre de 1975, realizando las funciones de Peón, con un salario mensual, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, de 1.223 euros. Los servicios los prestó en el centro de trabajo de la demandada, residiendo junto con su esposa en la vivienda situada en dicho centro, realizando, entre otras, funciones de alimentación de peces, mediación cuando fuere preciso y labores de vigilancia, incluso nocturna, de las instalaciones. 2.- En fecha 15 de octubre 2002 recibió carta de despido, interponiendo el actor demanda y dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Pontevedra de fecha 19 de febrero de 2003 en cuyo fallo se recoge que "estimando la demanda presentada por don J.D.C., debo declarar y declaro la nulidad de la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo que unía a las partes, condenando a las demandadas "T.U., S.L." y "G.T.M., S.A." a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia, a la readmisión inmediata del demandante en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión, así como al abono de una sanción pecuniaria de 300 euros y al de los honorarios de letrado de la parte contraria. 3.- En fecha 3

de marzo de 2003 la empresa procedió a reincorporar al demandante en su puesto de trabajo en condiciones distintas a las anteriores, tanto en lo relativo a las funciones desempeñadas, como a su situación personal. La casa en la que habitaba el actor, junto con su esposa doña P.C.F., con anterioridad al despido, se halla ocupada por otras personas, teniendo que trasladarse don J.D.C. a otra vivienda fuera del centro de trabajo ya desde fecha del despido, sin recibir respuesta ni explicación por parte de la empresa. A partir de noviembre de 2002 fueron contratados por la empresa demanda un Técnico Superior y dos trabajadores nuevos. La empresa encargada por escrito al trabajador y a su esposa las correspondientes funciones que debían realizar, no haciéndolo con otros empleados. La actitud del actor fue colaboradora, realizando las labores encomendadas, no firmando los correspondientes partes de trabajo. La empresa demandada, a través del Sr. A., encargó a un Ingeniero Técnico Industrial un informe diario de seguimiento y control de ejecución de los trabajos en el centro de trabajo del demandante y su esposa, comenzando el mismo día 17 de marzo hasta el día 26 del mismo mes. Las únicas funciones realizadas durante toda su jornada laboral son las de limpieza y desinfección de los tanques (incluso vacíos, los que no se limpiaban hacia varios años), así como del canal de desagüe, habiendo sido relegado de las restantes tareas que realizaba con anterioridad al despido, encontrándose realizando funciones que antes no realizaba, como, además de las citadas, la desratización. El horario de su jornada laboral ha sido modificado, trabajando don J.D.C. los lunes, martes, viernes, sábado y domingo de 9:00 a 13:00 y de 15:30 a 18:00 trabajando los miércoles de 9.00 a 14.00, haciéndolo su esposa de lunes a viernes de 11:00 a 19:15, no coincidiendo los descansos como sucedía con anterioridad al despido. La empresa venía abonando al trabajador la cantidad de 1.223 euros y no el recogido en los hechos probados de la sentencia antes mencionada y que ascendía a 1.406,19 euros con fundamento a la categoría profesional que corresponde a las funciones que venía realizando. 4.- Por la empresa demandada se sancionó al demandante mediante carta fechada el 7 de marzo de 2003 con suspensión de empleo y sueldo por tres días, presentando demanda de reclamación frente a la sanción impuesta, previo intento de conciliación extrajudicial, sin avenencia. El motivo alegado para sancionar fue: "que lo normal en una jornada diaria es que se limpien cuatro tanques, cuando usted sólo limpia dos." 5.- El actor instó en fecha 13 de marzo de 2003 incidente de readmisión irregular dictándose auto en fecha 24 de abril de 2003 en cuya parte dispositiva se declara que la readmisión del trabajador don J.D.C. por las demandadas se ha producido de forma irregular, y en consecuencia, se ordena reponer al trabajador en el puesto de trabajo dentro de los primeros días, con apercibimiento de que en caso contrario se acordaran las medidas establecidas en el 282 L.P.L. A primeros de abril le fue encomendada al actor y su esposa labores de limpieza y desbroce del entorno de la finca, existiendo zonas donde la pendiente alcanza más del 50% de pendiente, realizándose las labores manualmente. Estas labores no son necesarias de cara al aumento de la producción. En fecha 14 de abril de 2003 se promovió nuevo incidente de readmisión irregular. 6.- El actor causó baja el 14 de mayo de 2003 con diagnostico de ansiedad depresiva. Síndrome del túnel carpiano. En fecha 6 de junio de 2003 se dictó por el T.S.J. de Galicia sentencia en recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia de despido en los autos 656/02 de 19 de febrero de 2003 por la que se revoca parcialmente dicha resolución, declarando que la categoría del actor es la de Peón y el salario de 1.223 euros, no procediendo la aplicación del artículo 97.3 de la L.P.L. confirmando la sentencia en cuanto al resto de pronunciamientos."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Rechazando las excepciones de caducidad y demás alegadas por la parte demandada y estimando parcialmente la demanda interpuesta por don J.D.C. frente a las empresas "T.U., S.L." y "G.T.M., S.A." declaro la vulneración de los derechos fundamentales del demandante a la tutela judicial efectiva y a su integridad moral y en su consecuencia, la nulidad radical de la conducta del empleador, ordenando el cese inmediato del mencionado comportamiento concretado en la reducción injustificada de funciones, modificación de jornada y horario y privación de vivienda sita en el centro de trabajo, condenando a las empresas demandadas a que repongan al demandante en el mismo puesto de trabajo y en las mismas condiciones con las que lo venía desempeñando con anterioridad, condenando igualmente a que de forma solidaria indemnicen al demandante en la cantidad de 5.000 euros en concepto de daños y perjuicios morales sufridos. Todo ello con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandada, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, al amparo de su letra b), la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Opuesto a los motivos del recurso de suplicación, el trabajador demandante, ahora recurrido, solicita, en su impugnación, la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Respecto a los motivos canalizados a través de las letras a) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se reconducen a la inadecuación de procedimiento y a la excepción de caducidad de la acción.

TERCERO.- En cuanto a la impugnación de inadecuación de procedimiento, se sustenta en el argumento de que, como lo alegado es una modificación sustancial de condiciones de trabajo, se debió acudir a la modalidad procesal del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, y no a la modalidad procesal de los artículos 175 a 182 de la referida Ley, argumento de entrada rechazable, en cuanto, si una modificación sustancial de condiciones de trabajo encubre una lesión de derechos fundamentales, el artículo 182 de la referida Ley no consiente la remisión a la modalidad procesal del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral. Pero conviene entrar con algo más de profundidad en la impugnación suscitada de inadecuación de procedimiento.

Tal impugnación debe ser rechazada, ya que, a la vista de la demanda y de los hechos probados, lo alegado es la existencia de un acoso moral, y, ante esa situación, lo procedente es, al tratarse de una vulneración de derechos fundamentales –en concreto, la integridad, ex artículo 15 de la Constitución-, el acudir a la específica modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales.

Ciertamente, al lado de otros hechos –privación de vivienda, cambio de funciones, sanciones disciplinarias, requerimientos escritos-, sí se alegan modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo –cambio de horario y minoración de retribución-, pero no se alegan como incumplimientos en si mismos considerados sino como manifestaciones de un acoso moral.

Esta Sala ha dicho, en su Sentencia de 08.04.03, Recurso 518/2003, que "ocultando el acoso moral una intención de dañar y siendo una conducta compleja, continuada, predeterminada y sistemática, su existencia no depende de la concurrencia de un solo acto aislado, sino de la concurrencia de varios actos de hostigamiento, alguna de apariencia lícita, otros claramente ilícitos".

Por lo tanto, aunque se manifieste a través de actos claramente ilícitos susceptibles de ser impugnados en una vía procesal independiente, el acoso moral supone un plus de desvalor respecto a esa ilicitud capaz de configurar el objeto procesal autónomo de una tutela de derechos fundamentales, y, si así no se hiciere, ese plus de desvalor se diluiría quedando totalmente impune.

De todos modos, aparte las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo –cambio de horario y minoración de retribución-, se alegan en la demanda otros hechos –privación de vivienda, cambio de funciones, sanciones disciplinarias, requerimientos escritos-, que, en modo alguno, son objeto de la modalidad procesal del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Resumiendo, el acoso moral alegado configura el objeto procesal característico de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales regulada en los artículos 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, de donde, como se avanzó, se rechaza la impugnación de inadecuación de procedimiento canalizada a través de las letras a) y c) de la referida Ley.

CUARTO.- En cuanto a la excepción de caducidad de la acción, sustentada en la aplicación del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, o, supuesto de rechazo de la inadecuación de procedimiento, del artículo 177.2 de la Ley de Procedimiento Laboral –se supone, aunque no se diga, en relación con el artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores-, la impugnación es rechazable, ya que, como

se ha razonado con ocasión de la inadecuación de procedimiento, no estamos ante una simple modificación sustancial de condiciones de trabajo que, a tenor del artículo 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede tramitarse a través del artículo 138 de la referida Ley, sino ante un acoso moral manifestado, entre otros hechos diferentes, a través de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, de donde, en suma, no es aplicable el plazo de caducidad del artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores, sino el de prescripción general de un año –que evidentemente no ha transcurrido- establecido en el artículo 59.1 y 2 del referido Estatuto.

QUINTO.- Respecto al motivo canalizado a través de la letra b), se pretenden determinadas revisiones fácticas tendentes a eliminar, en el relato fáctico, los hechos sustentadores de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, y, en concreto, se solicita, en términos literales, (1) que "se revise el Hecho Probado Primero ... (porque) del acta de juicio ... en el interrogatorio del actor, el mismo reconoce que hacía labores como cortar la hierba los sábados y domingos, picar con el pico, limpiar tanques, limpiar el canal", y (2) que "en relación con la vivienda es de señalar la declaración de don A.F.E.M., el cual manifiesta que la vivienda la ocupa él actualmente y que tenía instrucciones de la empresa de ponerla a disposición del actor cuando el mismo la reclamara ... (y) que el actor le dijo que la casa no le interesaba en absoluto". La simple lectura de los argumentos de los motivos de revisión fáctica –aparte de no siempre indicar el hecho probado afectado y de nunca indicar cuál sea su redacción alternativa- determina su rechazo, al sustentarse en una valoración de las pruebas de confesión judicial y de interrogatorio de testigos que, como se deduce de lo dispuesto en la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, no justifican una revisión de hechos probados. Por lo tanto, estos motivos deben ser rechazados.

SEXTO.- Ninguna denuncia jurídica se canaliza a través de la letra c) con relación al fondo de la cuestión litigiosa –la vulneración de derechos fundamentales-, lo cual supone una incorrecta construcción de la suplicación, y, en todo caso, el rechazo de los motivos de revisión fáctica, de los cuales –como se reconoce en el escrito de formalización del recurso de suplicación- dependería el éxito de la denuncia jurídica, impediría su estimación.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 202 y 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, se acordará lo procedente en cuanto a depósitos y consignaciones para recurrir y en cuanto a las costas del recurso.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por las Entidades Mercantiles "T.U., S.L." contra la Sentencia de 20 de agosto de 2003 del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, dictada en juicio seguido a instancia de don J.D.C. contra las recurrentes, la Sala la confirma íntegramente, y, en legal consecuencia, condenamos a las recurrentes a la pérdida de depósitos y consignaciones y a las costas, cuantificando en 300 euros los honorarios del letrado impugnante.

3749 Recurso núm. 5.461/03

S.S. CONSTITÚE DESPEDIMENTO NULO A EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO POR CUMPRIR O TRABALLADOR A IDADE DE 65 ANOS, AÍNDA PACTÁNDOSE A SÚA XUBILACIÓN FORZOSA EN CONTRATO INDIVIDUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veintiuno de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.461-2003, interpuesto por la AUTORIDAD PORTUARIA DE A CORUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 443-2003 se presentó demanda por don F.G.C.G.B. en reclamación de Despido siendo demandada la AUTORIDAD PORTUARIA DE

A CORUÑA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de julio de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El actor prestó servicios laborales para la Empresa demandada desde el 1 de septiembre de 1866, con la categoría profesional de Jefe de Unidad de Seguridad y salario mensual de 2.652 ptas con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional y en virtud de contrato de trabajo vigente de fecha 1 de julio de 1997 cuyo contenido se da aquí por reproducido por obrar unido a los autos.- 2.- A medio de carta de fecha 20 de enero de 2003 se le comunica que: Por la presente nos dirigimos a usted al objeto de significarle que a tenor de lo recogido en la cláusula undécima del contrato de trabajo suscrito por usted con esta Autoridad Portuaria, con fecha 23 de abril de 2003, momento el que cumple usted 65 años de edad, se procederá a cursar su baja laboral por su parte a situación de jubilación.".- 3.- El día 16 de mayo de 2003 se celebró 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 nulo el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa AUTORIDAD PORTUARIA DE LA CORUÑA a que readmita inmediatamente a don F.G.C.G.B. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido."

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, estimando íntegramente las pretensiones de la demanda, calificó como nulo el despido objeto del proceso y condenó a la empresa Autoridad Portuaria de A Coruña a que readmita inmediatamente al demandante, don F.G.C.G.B., en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y, asimismo, condenó a la parte demandada a satisfacer al actor los salarios que no hubiese percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la citada resolución, tomando en consideración, a tal efecto, el salario que se estima acreditado en el ordinal 1º y que, hasta entonces ascendía a la cantidad de 7.425,6 Euros, y, frente a dicha resolución, se alza en suplicación la entidad interpelada que, articulando su recurso en atención a tres motivos, interesa, en el suplico del recurso, la revocación de la resolución de instancia y la desestimación de la demanda rectora del procedimiento.

SEGUNDO.- La entidad demandada, aún no citando de manera expresa la norma procesal de apoyo, interesa, en el motivo primero del recurso, la "revisión del derecho aplicado en la sentencia, por desconocer la fuente de las obligaciones en el contrato de trabajo del actor".

En esencia, arguye la recurrente que "el artículo 3º del Estatuto de los Trabajadores establece las fuentes de los derechos y obligaciones de la relación laboral, en primer lugar las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, en segundo lugar, los Convenios Colectivos y finalmente, la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados", para, después de aseverar que el trabajador se hallaba fuera de convenio, hacer mención a la cláusula del contrato de trabajo de 1 de julio de 1997, suscrito por las partes ahora en litigio, en la que se hacía figurar la jubilación forzosa a los 65 años, afirmando, a continuación, que "habrá de estarse a lo convenido entre las partes, como no se aprecie un abuso de la otra parte contratante o una lesión a la Ley", para finalizar con la reflexión de que se evidenciaría una situación de discriminación en relación con los demás trabajadores portuarios, de mantener lo establecido en la resolución impugnada.

Por más que, en atención a la literalidad del motivo del recurso a que nos estamos refiriendo, no se determina en el mismo, de manera expresa y concreta, cual sea la censura jurídica a que se contrae, pues, aunque se hace alusión al artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores así como al artículo 17 del mismo Cuerpo Legal, no se cita como infringido precepto o norma sustantiva alguna, cabe señalar que, aún en la consideración de que

ello no constituya óbice para el análisis de lo que constituye el fondo de la controversia, no ha de tener acogida la tesis sustentada por la entidad recurrente y es que, la inclusión de una cláusula como la contemplada en el apartado undécimo del contrato "ut supra" referido, no constituye base asaz para corroborar y otorgar carta de naturaleza a la decisión empresarial de extinguir el contrato al haber alcanzado el actor la edad de 65 años, pues el pase del actor a la situación de jubilación o retiro debe entenderse, en principio, voluntario, salvo que se contemplase en norma convencional de carácter colectivo, como venía estableciendo la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, sin que, por último, se ponga de manifiesto la concurrencia de una situación de discriminación positiva del actor en relación con los demás trabajadores pues la circunstancia, reconocida por ambas partes, de que la relación laboral del demandante no se insertase en el ámbito de la norma convencional colectiva, determina que no exista un sustrato común que pudiese, hipotéticamente, ser conculcado por el hecho de que el interpelante pudiera continuar prestando sus servicios laborales a la empresa una vez cumplida la edad de 65 años, siendo de tener presente, a mayor abundamiento, que el artículo 16.a) de la Ley General de la Seguridad Social, no establece una edad máxima de jubilación, sino que determina que tendrán derecho a la misma, quienes reúnan las condiciones allí contempladas, fijándose la edad de 65 años como la mínima exigida para el acceso a tal prestación y, en ningún caso, como límite para la prestación de servicios por parte del trabajador.

TERCERO.- En el motivo segundo del recurso, sin cita de norma de cobertura procesal ni sustantiva que se considere vulnerada en la resolución de instancia, se refiere la parte demandada a la "irretroactividad de la Ley de 9 de julio de 2001, que convalidó el Real Decreto de 02.03.01 aplicada en la sentencia".

Aún cuando, cabe reseñar que en el momento de la extinción ya no estaba vigente la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, que había sido derogada expresamente con carácter previo por la disposición derogatoria única de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento de empleo y la mejora de su calidad, que entró en vigor el día 11 de julio de 2001, no puede soslayarse que, la consideración que efectúa la recurrente en orden a la irretroactividad de la norma de referencia, no es determinante en el caso que nos ocupa pues, como se expuso, la relación laboral entre el actor y la empresa demandada se halla fuera de convenio y el cese del demandante no deviene susceptible de ser incardinado en el ámbito del artículo 49.1, f) del Estatuto de los Trabajadores, al no resultar asimilable, sin la concurrencia de otras circunstancias, el cumplimiento de la edad de 65 años de edad con la jubilación.

CUARTO.- Por último, en el motivo tercero, se refiere la recurrente a la "infracción de la doctrina sobre despido nulo o, en su caso, improcedente".

La patronal demandada no combate, en el referido motivo, los argumentos en cuya virtud la Juez de instancia llegó a la consideración de que los hechos a que se contrae el presente litigio fuesen constitutivos de un despido nulo "al implicar la vulneración de un derecho fundamental, el de no ser discriminado por cualquier condición o circunstancia personal previsto en el artículo 14 de la Constitución Española", limitándose a aseverar que la sentencia impugnada "debería haber aceptado la tesis de la extinción del contrato de trabajo", de manera que, siendo doctrina Jurisprudencial reiterada la que viene manteniendo que "la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación lleva aparejada la consecuencia de que el Órgano de suplicación solo debe entrar a valorar - excepción hecha de cuestiones de orden público procesal - las infracciones legales que la parte haya puesto de relieve, sin que sea dado al Tribunal suplir la inactividad de la parte so pena de vulnerar la situación de neutralidad y equilibrio procesal que le es exigible, pues, como ya expresó el Tribunal Constitucional (sentencias 294/93 y 93/97, entre otras) el recurso de suplicación es un recurso de naturaleza extraordinaria en el que el Tribunal no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes", habida cuenta de lo hasta ahora expuesto y no habiendo logrado, la parte recurrente, desvirtuar lo establecido en la sentencia de instancia, deviene procedente la desestima-

ción del recurso articulado por la parte demandada y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la Autoridad Portuaria de A Coruña frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de esta Ciudad, de fecha 16 de Julio de 2003, en autos nº 443/03, sobre Despido, instados por don F.G.C.G.B., confirmamos la sentencia de instancia e imponemos a la parte vencida las costas del recurso, que incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante del recurso en cuantía de 300 Euros.

3750 Autos núm. 7/97

S.S. AUDIENCIA AO DEMANDADO REBELDE. FALSIDADE EN ACUSE DE RECIBIMENTO. NON COÑECEMENTO DO DEMANDADO DO PROCESO XUDICIAL SEGUIDO NA SÚA CONTRA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintidós de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los Autos nº. 7/97, seguidos a instancia de don A.A.L. contra doña R.M.B.R. Y OTROS, siendo el objeto del litigio AUDIENCIA AL REBELDE.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 21 de marzo de 1996 doña R.M.B.R. y doña R.C.G presentaron demanda ente el Juzgado de lo Social numero 3 de Lugo sobre reclamación de cantidad contra la empresa demandada "A.G., S.L." y contra don A.A.L., entre otros, señalándose como domicilio de éste C., Lugo. Por providencia de 13.01.97 se señaló por el Juzgado el día 29 de abril para la celebración de los actos de conciliación y juicio, al que han comparecido las citadas demandantes sin que lo hicieran los demandados ni persona que los represente, recayendo sentencia de fecha 30 de abril de 1997 por la que se estimaba la demanda y se condenaba a los demandados a abonar a las actoras las cantidades reclamadas. En trámite de ejecución de la misma el condenado don A.A.L., presentó ente este Tribunal Superior de Justicia demanda recurso de audiencia al rebelde, alegando que no había sido citado a juicio ni se le habían notificado las aludidas sentencias, pues pese a conocer el verdadero domicilio de las personas físicas demandadas no se comunicó su domicilio al Juzgado. También se ha alegado que el acuse de recibo firmado el 21 de marzo de 1997 por quien dijo llamarse S.Q.M., no tiene ninguna relación ni personal ni familiar ni profesional con el recurrente, pero es que además la firma que aparece en el acuse de recibo es negada por el Sr. Q.

SEGUNDO.- Ante la Sala de lo Social de este Tribunal se celebró juicio el 26 de noviembre de 1997 y ante la negativa de la firma estampada en el acuse de recibo por parte del Sr. Q. la representación de las Sras. B.R. y C.G. solicitaron la suspensión del juicio, por su intención de presentar querella criminal respecto a la falsedad de las firmas del Sr. Q. Por providencia de fecha 22 de diciembre de 1997 se acordó la suspensión del plazo para dictar sentencia, hasta que se resuelva la querella criminal presentada. Al haber tenido conocimiento la Sala, por vía telefónica, que en procedimiento abreviado número 67/00 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Lugo había recaído sentencia en fase de ejecución en el Juzgado de lo Penal número 1 de Lugo, se acordó por providencia de 27 de octubre de 2003 librar oficio, a través de fax, a fin de que se remita a esta Sala copia de la misma. Habiéndose recibido en esta Sala la expresada sentencia que condena al Sr. Q. como autor de un delito consumado de falsedad en documento oficial, se dispuso el pase al ponente para dictar sentencia.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- El Tribunal Constitucional en su sentencia de 30 de enero de 1996 (RTC 1996\15) ha declarado que la audiencia al rebelde es un cauce adecuado para que los Tribunales del orden jurisdiccional competente conozcan y resuelvan sobre las eventuales indefensiones ocasionadas en sus juicios, una vez producidas sentencias dictadas en proce-

sos en los que no ha sido oída una parte por causas que no le sean imputables, y siempre que no pueda utilizar frente a ellas ningún recurso por ser firmes, precisando también que deben interpretarse las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales.

El mismo Tribunal Constitucional en sentencia de 25 de septiembre de 1995 (RTC 1995\134) en relación a los actos de comunicación fuera de la sede del órgano judicial ha puesto de relieve que rige con la mayor intensidad el principio de la notificación personal en el domicilio, con entrega directa al destinatario de la cédula correspondiente, y tan sólo en la hipótesis de que no fuera hallado allí podrá utilizarse escalonadamente las otras modalidades que, con función sustitutiva, permiten las leyes de enjuiciamiento y, por supuesto, la reguladora del procedimiento laboral, y que la citación o emplazamiento en estrados o mediante edictos, más ficticia que real, no permite la constancia de la recepción por el interesado, y sólo puede entrar en juego de forma excepcional cuando no haya otra posible si el llamado no tuviera domicilio conocido o se ignorase su paradero.

En el supuesto enjuiciado han quedado demostrados los siguientes extremos:

Que la citación del Sr. don A.A.L. para el acto de juicio número 226/96 seguido ante el Juzgado de lo Social número 3 de Lugo, tuvo lugar en el domicilio de "A.G., S.L." por medio de correo con acuse de recibo;

De dicho acuse no ha tenido conocimiento el recurrente don A.A.L., ya que fue firmado, según se ha demostrado, por el Sr. Q. que, según sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Lugo, le condenó como autor de un delito consumado de falsedad en documento oficial y de un delito de falso testimonio, pues, estampó su firma el 21 de marzo de 1997 en un acuse de recibo de correo cuya razón de ser era una notificación judicial, pero lo hizo disimulando su propia firma para que no se pudiera determinar que la firma que estampó le correspondía a él;

Que el domicilio de don A.A.L. estaba en N., Asturias y no en Lugo como por error se ponía de manifiesto en la demanda que inició los mencionados autos 226/96, tal como reconocen las propias demandantes doña R.M.B.R. y doña R.C.G., en el escrito presentado ante esta Sala de lo Social el 17 de junio de 1998 (obrante a los autos aunque no aparece foliado), en el que manifiestan allanarse al recurso de audiencia en rebeldía interpuesto por don A.A.L., reconociendo expresamente que, "independientemente de la persona que recogiese las citaciones para el juicio y la notificación de la sentencia dictada en los autos 226/96 del Juzgado de lo Social de Lugo número 3, y de que se pueda haber cometido falsedades en los acuses de recibo correspondientes a dichas comunicaciones, lo cierto es que don A.A.L. no fue nunca conocedor de la existencia de ese proceso judicial seguido en su contra, hasta después de iniciada la fase de ejecución de sentencia, pues hemos podido comprobar que su domicilio está y estaba entonces en N., Asturias y no en Lugo, como por error se manifestó en la demanda que inició los autos 226/96"

De todo lo cual se colige que ha quedado cumplidamente acreditado que el recurrente don A.A.L. no fue citado para el acto de juicio número 226/96 seguido ante el Juzgado de lo Social número 3 de Lugo, ni tuvo conocimiento de la sentencia que le condenó al pago de las cantidades que en la misma se reflejan, tal y como ha venido reconocido por las propias demandantes que han entablado aquel pleito. Todo lo cual constituye una palmaria indefensión y una clara transgresión del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), por no haber tenido ocasión de defenderse en el juicio seguido en su contra, al no haber sido citado y haber conculcado su derecho de defensa.

En consecuencia procede acoger el recurso de audiencia al rebelde promovido por don A.A.L. con las consecuencias que del mismo se derivan.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de audiencia al rebelde interpuesto por don A.A.L. contra la Sentencia de 30 de abril de 1997 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo en los Autos núm. 226/1996 seguidos a instancia de doña R.M.B.R. y doña R.C.G contra el citado Sr. Arias, y debemos declarar y declaramos la nulidad de dicha resolución así como de las actuaciones practicadas a partir del momento de presentación de la demanda, con retroacción de las mismas a fin de que se proceda nuevamente a la celebración del juicio previa citación en forma del recurrente don A.A.L.

3751 **Recurso núm. 1.121/01**

S.S. PREXUBILACIÓN DE TRABALLADORES. CONDICIÓNS PREVISTAS NO EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPREGO. GARANTÍA DE RETRIBUCIÓNS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veinticuatro de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.121/2001 interpuesto por don J.F.P. y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.F.P., don J.S.M., don A.S.A., don J.M.R.O., don J.R.B., don A.P.P., don F.P.D., don D.C.G., don J.L.M., don A.C.C., don A.L.V., don C.J.P.L., don S.M.F., don J.V.A., don J.L.G.R. y don J.G.S. en reclamación de RECONOCIMIENTO DE DERECHO siendo demandados la empresa B. y la empresa "M.N., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 626/99 sentencia con fecha 15 de mayo de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

PRIMERO.- Los actores prestaron sus servicios por cuenta y orden de la empresa "M.N., S.A.", todos ellos con una antigüedad anterior al 16 de julio de 1978 y con las siguientes categorías:

CATEGORÍA	NOMBRE Y APELLIDO
Jefe de Equipo	Don A.S.A. y don F.P.D.
Oficial 1º	Don J.F.P., don J.S.M., Don J.M.R.O., don J.R.B., don D.C.G., don A.C.C., don A.L.V., don C.J.P.L.,don S.M.F., don J.V.A., don J.L.G.R. y don J.G.S.
Oficial 2º	Don A.P.P. y don J.L.M.

SEGUNDO.- Los demandantes, integrados dentro del colectivo de "personal de Compañías Auxiliares con garantía de empleo" cesaron voluntariamente en la empresa "M.N., S.A." el día 30 de marzo de 1999 y causaron alta voluntaria en B. pasando a formar parte de esta última empresa, con la categoría profesional de oficial (307) el día 31 de marzo de 1999, excepto don J.L.G.R. que ingresó en B. el día 12 de abril de 1999. Al día siguiente de su incorporación en B., y dado que superaban la edad de 52 años, todos los actores, excepto don J.L.G.R. que lo hizo con efecto de 1 de agosto de 1999, se incorporaron al expediente de regulación de empleo aprobado por resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 31 de marzo de 1999 y por otra complementaria de fecha 1 de junio de 1999. TERCERO.- Por resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 31 de marzo de 1999, y complementaria de 1 de junio del mismo año, se aprueba el expediente de regulación de empleo de la Empresa B. de "C.N.M., S.A." por lo que se autoriza la extinción de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que a 31 de diciembre de 1999 tuviesen cumplidos los 52 años o más, debiéndose respetar las condiciones pactadas y que se contemplan en la solicitud empresarial en el documento denominado "MEDIDAS QUE SE SOLICITAN". Dentro de estas medidas se recoge como "garantías económicas" que "la empresa garantizará inicialmente a todos los trabajadores incluidos en el expediente, el 76% de sus retribuciones fijas, asignadas en el momento del cese. Para ello, la Empresa complementará las prestaciones públicas a las que cada trabajador tenga derecho, con las indemnizaciones brutas mensuales necesarias hasta llegar a la cifra garantizada en cada momento". CUARTO.- Igualmente en el documento denominado "MEDIDAS QUE SE SOLICITAN" reefectúa una remisión expresa a las medidas sociolaborales recogidas en el Plan de Futuro de la Empresa B., el cual fue objeto de aprobación en fecha 34 de marzo de 1999 y recogidas en acta del mismo día. Entre dichas medidas se recogen como condición de prejubilación para todos los trabajadores la garantía del 76% de las retribuciones actuales brutas del año 1999, calculadas sobre los conceptos salariales que se recogen en el Anexo, que el nivel salarial mínimo a aplicar será el propio de Oficial 1ª y que para el cálculo de los complementos a abonar a cada

trabajador durante el período de cobro de la prestación de Desempleo, el importe de esta última se computará por su cuantía neta; asimismo se recogen como condiciones de prejubilación específicas para el personal de las Compañías Auxiliares las siguientes: - El personal de CC.AA. que tiene reconocido el derecho de integración, se incorporará a B. como fijo de plantilla después de firmado el Plan de Futuro, siéndoles de aplicación las medidas acordadas en el mismo. - Se les asignará el nivel V de retribución del vigente Convenio Colectivo. - Aquellos que tengan edad de prejubilación se incorporarán inmediatamente al expediente correspondiente, en las condiciones establecidas con carácter general en el Plan. – Se les respetará la antigüedad del año 1978 a efectos económicos a estos trabajadores, de acuerdo con las normas tradicionales para los mismos en la Empresa. – Al personal que ahora se integra en la Empresa procedente de las mismas y que esté afectado por el proceso de prejubilación, se le respetarán sus últimas bases de cotización consolidadas, siempre que superen el último semestre las correspondientes a su nivel salarial de ingreso en B. QUINTO.- Que dentro de las Normas para la aplicación del Plan de Futuro que figuran incorporadas al acta de aprobación del Plan de Futuro de B. de fecha 4 de marzo de 1999 se recoge un incremento del 1% en la cantidad garantizada por la empresa, incremento que para el personal afectado por el Plan de Futuro se realizará con efectos de 1 de diciembre de 1999. Por otro lado el día 10 de febrero de 2000 los representantes de la Dirección y de los Trabajadores de B. acuerdan revisar la cantidad precitada para el personal prejubilado, y con efectos de 1 de enero de 1999, en el porcentaje de 1,28%. Asimismo dentro de las condiciones de prejubilación de las Normas para la Aplicación del Plan de Futuro se recoge que "se incrementará en el IPC previsto del año de que se trate regularizándose al IPC real una vez conocido éste". El día 10 de febrero de 2000 los representantes de la Dirección de B. y los representantes de los trabajadores. SEXTO.- Dentro de las condiciones de prejubilación recogidas dentro de las Normas para la Aplicación del Plan de Futuro se recogen, entre otras, las siguientes: - Los trienios se continuarán consolidando hasta cumplir los 58 años de edad en los mismos términos recogidos en el vigente Convenio Colectivo. A partir de dicha fecha se computarán pero no se incluirán en la cantidad garantizada hasta los 65 años cuando se calcule el complemento a abonar a partir de la jubilación definitiva. – En concordancia con el vigente Convenio Colectivo, la primera asimilación salarial por permanencia de 10 años en el mismo nivel, se abonará en la fecha que resulte a aquellos que las consoliden. La segunda asimilación salarial, en su caso, solo tendrá efectos económicos para el cálculo de las garantías correspondientes a los 65 años. – Al llegar a los 65 años, y según las previsiones del fondo de Jubilaciones establecidas para el personal afectado por el Convenio Colectivo, se calculará el complemento vitalicio que en su caso proceda. – Para calcular este complemento, se obtendrá el 90% del importe íntegro correspondiente a la última revisión garantizada en activo por conceptos fijos, con las actualizaciones convenidas, y de la cifra resultante se descontará el valor íntegro de la pensión de la Seguridad Social que al trabajador corresponda. SÉPTIMO.- Que el día 3 de noviembre de 1999 tuvo lugar el acto de conciliación ante el SMAC con resultado de intentado sin avenencia con respecto a la empresa "B., S.A." y como intentado sin efecto con respecto a la empresa "M.N., S.A.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y OTROS EXTREMOS formulada por don J.F.P., don J.S.M., don A.S.A., don J.M.R.O., don J.R.B., don A.P.P., don F.P.D., don D.C.G., don J.L.M., don A.C.C., don A.L.V., don C.J.P.L., don S.M.F., don J.V.A., don J.L.G.R. y don J.G.S., y contra la EMPRESA B. y la empresa "M.N., S.A.", DECLARO: "1º) Que los demandantes, durante el tiempo comprendido entre el cese en la Empresa y la edad de 60 años, tienen derecho a percibir de la Empresa un complemento, que sumado a la cuantía neta abonada por el Instituto Nacional de Empleo, garantice anualmente el 75% del importe de las retribuciones brutas anuales percibidas Oficial de 1º de B. incrementándose tal cuantía en el 2,28% para el año 1999. 2º) Que a partir del día 01.01.00 hasta la fecha de la jubilación ordinaria a los 65 años (es decir, durante la permanencia en la situación de desempleo hasta los 60 años de edad, y en la situación de prejubilación –ayuda previa a la jubilación-), la cantidad inicialmente garantizada y actualizada con los porcentajes de incrementos que se dejan señalados en el apartado 1º) será actualizada en el porcentaje de incremento que se pacte

para el Convenio Colectivo que entre en vigor, con independencia de su vigencia; finalizado el convenio, y para los años siguientes, la cantidad garantizada se incrementará con el porcentaje del IPC real correspondiente al año de que se trate, abonando la Empresa durante todo el período de tiempo los complementos necesarios para cubrir las citadas garantías. 3º) Que además de las cantidades garantizadas, los demandantes consolidarán y cobrarán trienios hasta cumplir la edad de 58 años, en los mismos términos establecidos en los convenios colectivos en vigor de la Empresa B., de "C.N.M., S.A." y a partir de esa fecha (alcanzar edad de 58 años) se computarán pero no se incluirán en la cantidad garantizada hasta los 65 años cuando se calcule el complemento a abonar a partir de la jubilación definitiva. 4º) Que los demandantes tienen derecho a ascenso a la siguiente categoría profesional, partiendo de la de Oficial de 1º de B., a efectos económicos, hasta la edad de 65 años, una vez transcurridos diez años de permanencia en la precitada categoría, -plazo que se reducirá cuando le falten dos años para la jubilación definitiva y lleve ocho años en el mismo nivel salarial-, actualizándose los complementos para garantizar la percepción de los aumentos por cambio de categoría. 5º) Que los demandantes tienen derecho a un segundo ascenso económico, transcurridos otros diez años en la nueva categoría, (esto es, la siguiente a Oficial de 1º de B.) teniendo efectos para el cálculo del complemento a partir de los 65 años. 6º) Que a partir de los 65 años de edad, ya en situación de jubilación ordinaria, se garantiza una percepción neta anual y vitalicia, igual al 90% de las retribuciones del salario de Oficial 1º de B. incrementado con la suma de dos trienios, de las asimilaciones económicas por ascensos de categorías y por los incrementos que se dejan señalados en los apartados anteriores, abonándose por la Empresa Nacional B. de "C.N.M., S.A.", el complemento necesario para cubrir tal garantía. 7º) Que en cuanto a las bases de cotización a la Seguridad Social de los demandantes, por contingencias comunes, se les respetará por B. sus últimas bases de cotización consolidadas, base que se actualizarán hasta que los actores alcancen los 60 años de edad de conformidad con lo dispuesto en la O. de 29 de junio de 1993 y desde esa edad hasta los 65 años conforme al IPC. Siendo las cotizaciones durante todo el período comprendido entre el cese en el trabajo y la edad ordinaria de jubilación a cargo íntegro de la Empresa Nacional B. de "C.N.M., S.A." Condenando a las demandadas a estar y pasar por tales declaraciones y a la Empresa B. de "C.N.M. S.A." al cumplimiento de cuanto se deja declarado".

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 estima parcialmente la demanda y reconoce a los demandados el derecho a percibir de la empresa un complemento que sumado a la cuantía neta abonada por el Instituto Nacional de Empleo, garantice anualmente el 76 % del importe de las retribuciones brutas anuales percibidas por un oficial 1ª de B. incrementándose tal cuantía en el 2,28 % para el año 1999, hasta la edad de 60 años; y otra serie de derechos que la sentencia de instancia reconoce y no se recurren.

Frente a ella el propio demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 191 c) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretende su revocación en el punto citado, para que se les garantice el 76% del importe de las retribuciones percibidas en el ultimo año en la empresa "M.N., S.A." incrementándose en el 2,62 % previsto para el IPC de 1999 y así la estimación integra de la demanda denunciando como infringidos los art. 3.5 y 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 63.3º del IX Convenio Colectivo de la Empresa Nacional B., las Condiciones de Prejubilación específicas para el Personal de las Compañías Auxiliares, los arts. 2.2.a) y 3 de la O.M. de 29- y el artº. 14 de la Constitución.

En el artº. 63.3 del IX Convenio citado, se pactó que los trabajadores de las Empresa Auxiliares de la Empresa Nacional B. se incorporarán a la principal, sin establecer la forma de llevarse a cabo. Al no probar la Empresa Nacional B. la existencia de normas expresamente pactadas respecto de la forma de sucesión empresarial, lo que le competía, conforme al artº. 1.214 del Código Civil, al alegar que la integración se hacía de forma diferente a lo establecido en el art. 44.1 E.T., habrá que acudir a tal precepto, estableciéndose en el mismo, que en la subrogación quedará "el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior".

La denuncia no puede ser estimada en primer lugar porque el estudio del art.44 del

Estatuto de los Trabajadores es una cuestión nueva no discutida en la instancia y en segundo lugar porque no ha habido renuncia alguna a derechos reconocidos puesto que tal y como consta en los HDP de la sentencia de instancia y que no han sido modificados, en el ERE de la empresa Nacional B. se autoriza la extinción de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que a 31 de diciembre de 1999 tuviesen cumplidos los 52 años o más, debiéndose respetar las condiciones pactadas y que se contemplan en la solicitud empresarial en el documento denominado "MEDIDAS QUE SE SOLICITAN". Dentro de estas medidas se recoge como "garantías económicas" que "la empresa garantizará inicialmente a todos los trabajadores incluidos en el expediente, el 76% de sus retribuciones fijas, asignadas en el momento del cese. Para ello, la Empresa complementará las prestaciones públicas a las que cada trabajador tenga derecho, con las indemnizaciones brutas mensuales necesarias hasta llegar a la cifra garantizada en cada momento".

Igualmente en el documento denominado "MEDIDAS QUE SE SOLICITAN" se efectúa una remisión expresa a las medidas sociolaborales recogidas en el Plan de Futuro de la Empresa Nacional B., el cual fue objeto de aprobación en fecha 4 de marzo de 1999 y recogidas en acta del mismo día. Entre dichas medidas se recogen como condición de prejubilación para todos los trabajadores la garantía del 76% de las retribuciones actuales brutas del año 1999, calculadas sobre los conceptos salariales que se recogen en el Anexo, que el nivel salarial mínimo a aplicar será el propio de Oficial 1ª y que para el cálculo de los complementos a abonar a cada trabajador durante el periodo de cobro de la prestación de Desempleo, el importe de esta última se computará por su cuantía neta; asimismo se recogen como condiciones de prejubilación específicas para el personal de las Compañías Auxiliares, que es el supuesto de autos las siguientes:

El personal de CC.AA. que tiene reconocido el derecho de integración, se incorporará a B. como fijo de plantilla después de firmado el Plan de Futuro, siéndoles de aplicación las medidas acordadas en el mismo.

Se les asignará el nivel V de retribución del vigente Convenio Colectivo.

Aquellos que tengan edad de prejubilación se incorporarán inmediatamente al expediente correspondiente, en las condiciones establecidas con carácter general en el Plan.

Se les respetará la antigüedad del año 1978 a efectos económicos a estos trabajadores, de acuerdo con las normas tradicionales para los mismos en la Empresa.

Al personal que ahora se íntegra en la Empresa procedente de las mismas y que esté afectado por el proceso de prejubilación, se le respetarán sus últimas bases de cotización consolidadas, siempre que superen en el último semestre las correspondientes a su nivel salarial de ingreso en B.

Conforme a ello la sentencia de instancia es ajustada a lo pactado; los actores cesaron voluntariamente en su empresa y se incorporaron a la empresa B. y por la edad inmediatamente al ERE de B. y por aplicación del convenio colectivo de B. art. 31 y no el denunciado, "el trabajador se incorporará al nivel más bajo que corresponda a su grupo funcional" y como única especialidad para el personal que se incorpore procedente de compañías auxiliares con garantía de empleo, se recoge el que no es preciso que pase por un periodo de prueba. Teniendo en cuenta que los actores pertenecen al grupo de "personal de taller y obra," el nivel inicial de su escala es el nivel V que se corresponde con la categoría profesional de Oficial. Además las medidas sociolaborales recogidas en las normas para la Aplicación del Plan de Futuro de B., al igual que el Convenio Colectivo indican que a este personal se le asignará el nivel V de retribución del vigente Convenio Colectivo (no de la compañía de procedencia), nivel de retribución que a los efectos de condiciones de prejubilación, el nivel salarial mínimo a aplicar es el de Oficial, el que se ha tenido en cuenta para la garantía de 76%. Y como el incremento pactado lo fue con un porcentaje de 2,28, tal y como consta en autos la demanda no puede ser estimada.

Tampoco tenemos en cuenta las alegaciones de la empresa recurrida en el escrito de impugnación del recurso como cuestión previa, en el sentido de que la demandada era "M.N., S.A." y no I.; por ser esta la súplica de la demanda, reiterada en el recurso y no haberse alegado nada en la primera instancia, pareciendo mas un error que no justifica la oposición en este acto. Desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y en consecuencia no vulnera la normativa que por la parte recurrente se invoca, procede previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por don J.F.P. y otros, contra la sentencia de fecha 15.05.00, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de El Ferrol, en el Procedimiento nº 626-00 sobre reconocimiento de derecho debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3752 Recursos núm. 0864, 1.234, 1.483 y 3.557/00, 1.582, 3.593, 3.638 y 5.775/01 y 3.758/02 (acumulados)

S.S. COMPLEMENTO DE XEFATURA DE ESTUDOS E DE XEFATURA DE DEPARTAMENTO. CENTROS EDUCATIVOS CONCERTADOS. DEREITO A DITO COMPLEMENTO PREVISTO NO CONVENIO APLICABLE. RESPONSABILIDADE DO PAGAMENTO DELEGADO DA XUNTA DE GALICIA EN VIRTUDE DO CONCERTO, AGÁS QUE SE SUPERE A PERCENTAXE DO INCREMENTO GLOBAL CORRESPONDENTE.

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

A Coruña, a veintiséis de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de Suplicación núms. 0864, 1.234, 1.483 y 3.557/00, 1.582, 3.593, 3.638 y 5.775/01 y 3.758/02 (acumulados), correspondiendo a las siguientes circunstancias:

Núm. 0864/00: interpuesto por la Letrada doña María del Carmen Fernández Soto, en nombre y representación de la "XUNTA DE GALICIA", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Vigo.

Núm. 1.234/00: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Pontevedra.

Núm. 1.483/00: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Vigo.

Núm. 3.557/00: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Vigo.

Núm. 1.582/01: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Vigo.

Núm. 3.593/01: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Vigo.

Núm. 3.638/01: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Vigo.

Núm. 5.775/01: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Pontevedra.

Núm. 3.758/02: Propia parte recurrente, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por el mismo orden (Recurso nº 0864/00), según consta en autos nº 639/99 se presentó demanda por doña E.T.C., don C.C.V., don A.B.F. y don R.A.V., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "M." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha siete de enero de 2000 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

Recurso nº 1.234/00: Según consta en autos nº 817/99 se presentó demanda por doña P.P.M. y don M.A.F.T., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "A." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha ocho de febrero de 2000 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

Recurso nº 1.483/00: Según consta en autos nº 680/99 se presentó demanda por doña M.L.V., doña A.S.R., don A.A.G., don A.G.M. y don donM.F., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "A." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 17 de enero de 2000 por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

Recurso nº 3.557/00: Según consta en autos nº 682/99 se presentó demanda por don B.P.F., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "P." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha nueve de mayo de 2000 por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

Recurso nº 1.582/01: Según consta en autos nº 637/00 se presentó demanda por doña E.T.C., don C.C.V., don A.B.F. y don R.A.V., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "M." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha ocho de enero de 2.001 por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

Recurso nº 3.593/01: Según consta en autos nº 718/00 se presentó demanda por doña M.L.V., doña A.S.R,, don A.A.G., don A.G.M., don D.M.F., don L.A.D., doña M.D.G.A., doña S.O.F. y doña E.P.R., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "A." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de marzo de 2.001 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

Recurso nº 3.638/01: Según consta en autos nº 678/00 se presentó demanda por don B.P.F., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "P." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de marzo de 2.001 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

Recurso nº 5.775/01: Según consta en autos nº 846/00 se presentó demanda por doña P.P.M. y don M.A.F.T., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "A." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1º de septiembre de 2.001 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

Recurso nº 3.758/02: Según consta en autos nº 787/01 se presentó demanda por doña P.P.M., don M.D.V. y doña M.J.M.G.R., sobre SALARIOS, frente al COLEGIO "A." y a la "CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de mayo de 2.002 por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en las citadas sentencias, por orden respectivo, se declaran como hechos probados los siguientes:

Recurso nº 0864/00: "Primero.- Para el Centro de Ensino Concertado de F.P. 1 Colexio "M.", dedicado a la actividad de enseñanza, vienen prestando servicios los actores, realizando las siguientes funciones, en el período de octubre de 1996 a 30 de septiembre de 1999: doña E.T.C., como Jefa del Departamento de Área Formativa Común, don C.C.V., como Jefe del Departamento de Ciencias Aplicadas, don A.B.F., como Jefe del Departamento Tecnológico-Práctico y don R.A.V., como Jefe de Estudios. Segundo.- Con fecha 22 de julio de 1997 la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y el Colegio "M." suscribieron concierto educativo, aportado por los demandantes y que aquí se tiene por reproducido, del que cabe destacar las siguientes cláusulas: "Primeira: O presente concerto educativo ten por obxecto o sostenemento do centro privado con fondos públicos… Terceira: A Administración obrígase á asignación de fondos públicos para o sostenemento do centro concertado, nos termos señalados nos artigos 12, 13 e, no seu caso, na disposición adicional cuarta do Regulamento, así como na Disposición transitoria primeira da Orde do 8 de xaneiro de 1997. A administración educativa, satisfará ó persoal docente do centro os salarios correspondentes, como pago delegado e en nome da entidade titular do centro, sen que estes signifiquen relación laboral algunha entre a Consellería de Educación e Ordenación Universitaria e o mencionado persoal docente", añadiendo en la cláusula segunda que el concierto comprendía el nivel de formación profesional servicios con 6 unidades para el curso 97-98 y 3 unidades para el curso 98-99; en la sexta, que el Colegio se obligaba a impartir la enseñanza de forma gratuita, pero pudiendo percibir de los alumnos las cantidades que se autorizasen como financiación complementaria, y en la undécima, que el coste de cada unidad, excluida la antigüedad, no podría en ningún caso exceder los módulos a los que se refiere la Disposición transitoria primera de la Orden de 8 de enero de 1997. También se preveía la asignación de una cantidad para gastos varios. Tercero.- Los actores incrementaron su jornada anual en 210 horas para realizar las funciones de Jefe de estudios o de departamento en cada caso, tal y como previene el III Convenio Colectivo de

Empresas de Enseñanza Privada, el cual regula como categorías profesionales las citadas y les señala una gratificación temporal mientras ejerzan dichas funciones, gratificación cuya cuantía para el Jefe de Estudios fue de 35.859 pts. al mes en 1998 y 36.504 en 1999 y para los Jefes de Departamento de 32.847 y 33.438 pts. al mes, respectivamente. Por dicho concepto y por el último curso escolar, del 1 de septiembre de 1.998 al 1 de septiembre de 1999, incluidas dos pagas extraordinarias, reclaman las siguientes cantidades: doña E.T.C., don C.C.V., don A.B.F. 465.177 pts. cada uno y don R.A.V. 507.831 pts. Cuarto.- Presentada por los actores papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 1 de octubre de 1999 frente al Colegio demandado, la misma tuvo lugar en fecha 18 de octubre, con el resultado de sin avenencia, pero reconociendo dicho demandado los hechos alegados por los actores. Asimismo, éstos presentaron reclamación previa ante la Consellería demandada el día 1 de octubre, que les fue desestimada por silencio administrativo. Quinto.- No consta acreditado que el concepto reclamado por los actores suponga superación del presupuesto asignado por la Xunta para el Colegio demandado".

Recurso nº 1.234/00: "1º.- Doña P.P.M., mayor de edad, con D.N.I. número …, y don M.A.F.T., mayor de edad, con D.N.I. número ., prestan servicios, como Profesores del 1er. Ciclo de E.S.O., en el COLEXIO "A.", Sociedad Cooperativa Limitada, el cual tiene concierto suscrito con la Consellería de Educación e Cultura de la XUNTA DE GALICIA. 2º.- La Sra. P.M., desde 1997 presta servicios adicionales como Jefa del Departamento de Orientación, y el Sr. F.T., desde 1993, como Jefe de Estudios. Esto supone un incremento de 210 horas en su jornada anual de trabajo. 3º.- No se les ha abonado nunca cantidad alguna en compensación por la realización de esos servicios adicionales. 4º.- Quedó agotada la vía previa administrativa".

Recurso nº 1.483/00: "I. Los actores son profesores del primero y segundo ciclo de E.S.O., en el Centro de Enseñanza concertado Colegio "A."; además, M.L. es Jefe de Estudios de primaria desde el año 1998; A.S., Jefe del Departamento de filología de secundaria, A.A., Jefe del Departamento de sociales de primaria y secundaria, A.G., Jefe del Departamento de matemáticas de secundaria y D.M., Jefe del Departamento de educación física de secundaria, desempeñando estas Jefaturas, todos, desde el año 1998. II.- Para la realización de sus funciones de Jefe han incrementado su jornada anual en 210 horas. III.- El convenio colectivo de enseñanza concertada establece unas gratificaciones especiales para las categorías profesionales de Jefes de Estudios, que ascendía en el año 1.998 a 35.860 pts. y 36.505 pts. mensuales para el año 1999, en la enseñanza secundaria del 2º ciclo y para el primer ciclo 25.427 en el año 1998 y 25.885 pts./mes en el año 1999. Asimismo, para los Jefes de Estudios de primaria el complemento de 28.589 pts./mes en el año 1998 y 29.104 pts./mes en el año 1999. IV.- El 22.07.97 la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y el Colegio "A.", suscribieron un concierto educativo, que consta en las actuaciones, haciéndose constar en la cláusula primera: "El presente concierto educativo tiene por objeto el sostenimiento del centro privado con fondos públicos… Tercero: La Administración se obliga a la asignación de fondos públicos para el sostenimiento del centro concertado, en los términos señalados en los artículos 12 y 13 y, en su caso, en la disposición adicional cuarta del Reglamento, así como en la Disposición transitoria primera de la orden de 8 de enero de 1997. La Administración educativa satisfará al personal docente del centro los salarios correspondientes, como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, sin que estos signifiquen relación laboral alguna entre la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y el mencionado personal docente". V.- Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C. VI.- Se ha agotado la vía administrativa previa".

Recurso nº 3.557/00: "I.- Don B.P.F., mayor de edad, con D.N.I. número …, viene prestando servicios como Profesor por cuenta del Colegio "P. – Sociedad Cooperativa de E. P." desde 1992, ejerciendo, además, como Jefe de Estudios, por lo que incrementó su jornada anual en 210 horas para el desempeño del cargo. II.- Con fecha de 27.07.92, la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el Colegio "P.", suscribieron concierto educativo, que cubría 6 unidades de Educación Primaria y dos de E.S.O., concierto que, por obrar en autos, se tiene por reproducido. Con fecha 01.09.99, se amplió la extensión del concierto a 6 unidades de E. Primaria y 4 unidades de E.S.O. III.- La Consellería no abonó al actor cantidad alguna como complemento de su función de Jefe de Estudios, en el período 01.11.98 a 30.10.99 (incluidas pagas extras). IV.- Se agotó la vía administrativa previa".

Recurso nº 0637/00: "I. La actora, E.T.C., es Jefe de estudios en el centro concertado Colegio "M.", desde el 15.09.99 hasta la presentación de la demanda; y C.C.V., A.B.F. y R.A.V. son Jefes de Departamento desde el 15.09.99. Todos prestan servicios como Profesores de Formación Profesional en el centro concertado de formación profesional de grado medio "Colexio M.". II. Los actores han incrementado en 220 horas su jornada laboral para el desempeño de las labores de las jefaturas. III. El convenio colectivo de enseñanza concertada establece unas gratificaciones especiales para las categorías profesionales de Jefes de estudios, que ascendía en el año 1999-2000 a 41.817 pts./mes y para los Jefes de Departamento, años 1999-2000 a 35.613 pts./mes. IV. El 22.07.97 la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y el Colegio "M." suscribieron un concierto educativo, que consta en las actuaciones, haciéndose constar en la cláusula primera: El presente concierto educativo tiene por objeto el sostenimiento del centro privado con fondos públicos… Tercero. La administración se obliga a la asignación de fondos públicos para el sostenimiento del centro concertado, en los términos señalados en los artículos 12 y 13 y, en su caso, en la disposición adicional cuarta del Reglamento, así como en el Disposición transitoria primera de la Orden de 8 de enero de 1997. la Administración educativa satisfará al personal docente del centro los salarios correspondientes, como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, sin que éstos signifiquen relación laboral alguna entre la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y el mencionado personal docente. V. Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C.".

Recurso nº 3.593/01: "I.- Los actores, todos ellos mayores de edad y de las circunstancias contenidas en su demanda, vienen prestando servicios, como profesores en el Colexio "A.", del que es titular "C., Sociedad Cooperativa Gallega". II.- El citado centro educativo tiene suscrito concierto con la Xunta de Galicia, para gratuidad total de la enseñanza, con la siguiente extensión para 1997-98-99: 6 unidades de E. Primaria, 2 unidades de E.S.O. y 1 unidad de Psíquicos; para el año 2000, tiene 6 unidades de E. Primaria, 2 unidades de 1º Ciclo E.S.O.; 2 unidades 2º Ciclo de E.S.O. y 1 unidad de psíquicos. III.- Los demandantes, además de su actividad docente, realizaron las siguientes funciones: A) Desde 1.998, la Sra. L. es Jefe de Estudios de primaria; la Sra. S. es Jefe del Departamento de Lengua Castellana del 2º ciclo E.S.O.; el Sr. A. es Jefe del Departamento de Geografía, Historia y Religión de Primaria, el Sr. G.M. es Jefe del Departamento de Matemáticas y Naturales del 2º ciclo E.S.O. y el Sr. M. es Jefe del Departamento de Educación Física del primer Ciclo E.S.O. B) Desde 1998, el Sr. A. es Jefe del Departamento de Lengua Galega y Lengua Francesa del primer Ciclo de E.S.O.; la Sra. G.A. es Jefe del Departamento de Lengua Inglesa del Segundo Ciclo de E.S.O.; la Sra. O. es Jefe del Departamento de Tecnología del Primer Ciclo de E.S.O. y la Sra. P. es Jefe del Departamento de Música del Primer Ciclo de E.S.O. Por tales funciones realizan el incremento de jornada previsto en el Convenio colectivo de Enseñanza Concertada. IV.- no se abonó a los actores cantidad aluna por Jefatura de Estudios o Jefatura de Departamentos en el período reclamado; a partir del curso 2000-01, la Xunta abona el plus de Jefatura de Estudios".

Recurso nº 3.638/01: "I.- Don B.P.F., mayor de edad, viene prestando servicios como Profesor del 2º Ciclo de E.S.O., por cuenta de la Sociedad Cooperativa Limitad de Enseñanza "P.", desempeñando desde 1993 y hasta la actualidad las funciones de Jefe de Estudios en el Colegio "P.". II.- No se abonó al actor, hasta septiembre/2000, cantidad alguna como complemento de Jefatura de Estudios. III.- El concierto entre el Centro Educativo y la Xunta de Galicia, suscrito el 01.09.00, tenía la siguiente extensión: 6 Unidades de Educación Primaria, 2 Unidades de Primer Ciclo de E.S.O., 2 Unidades de Segundo Ciclo de E.S.O.".

Recurso nº 5.775/01: "Primero: Doña P.P.M. desempeña en el Colexio "A." el cargo de Jefa del Departamento de orientación (folio 20). Segundo: Don M.A.F.T. desempeña en el Colexio "A." el cargo de Jefe de Estudios (folio 9). Tercero: El Colexio "A." tiene suscrito con la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria un concierto educativo de cuatro años de duración que abarca 6 unidades de régimen general de Ecuación primaria, 2 unidades de régimen general de Educación Secundaria Obligatoria y 1 Unidad de Psíquicos de Educación Especial (folio 4). Cuarto: El concierto establece en su cláusula 3ª: La Administración se obliga a la asignación de fondos públicos para el sostenimiento del centro concertado en los términos señalados en los artículos 12, 13 y, en su caso, en la disposición adicional cuarta del Reglamento, así como en la Disposición Transitoria 1ª de la Orden de 8 de enero de 1997. La Administración Educativa

satisfará al personal docente del centro los salarios correspondientes, como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, sin que estos signifiquen relación laboral alguna entre la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y el mencionado personal docente (folio 4)".

Recurso nº 3.758: "1º.- Los actores, doña P.P.M., D.N.I. número …, don M.D.V., D.N.I. número … y doña M.J.M.G.R., D.N.I. número …, prestan sus servicios como Profesores en el Centro de Enseñanza Colegio "A., Sociedad Cooperativa limitada A.", con domicilio en … 2º.- El citado centro docente tiene suscrito concierto educativo con la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, al amparo de lo previsto en la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio y el Real Decreto 2.377/1985, de 18 de diciembre. 3.- Durante el curso 2000-2001, doña P.P.M. ejerció como Jefa de Departamento de Orientación, don M.D.V. ejerció como Jefe de Departamento de Matemáticas, y doña M.J.M.G.R. ejerció como Jefa de Departamento de Sociales. 4º.- Debido al desempeño de las funciones de Jefatura de Departamento, los actores incrementaron su jornada de trabajo anual en 210 horas, incremento por el que no fueron retribuidos, por lo que interpusieron reclamación previa ante la Consellería de Educación a fin de reclamar cada uno de ellos la cantidad de 369.642 pts. (doce mensualidades más dos pagas extraordinarias, a razón de 26.403 pts. cada una) en concepto de complemento de función, reclamación previa que no recibió contestación. 5º.- Asimismo, en fecha 26 de noviembre de 2001, se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación".

TERCERO.- Que el fallo de las citadas sentencias, por orden respectivo, es:

Recurso nº 0864/00: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por los actores contra la Consellería de Educación e Cultura –Xunta de Galicia-, debo condenar y condeno a ésta a que les abone por los conceptos y período reclamados las siguientes cantidades: a doña E.T.C., a don C.C.V. y a don A.B.F., 465.177 pts. a cada uno, y a don R.A.V. 507.831 pts., desestimando la demanda de los actores frente al Centro de Ensino Concertado de F.P. 1 Colexio "M.", al que absuelvo".

Recurso nº 1.234/00: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por doña P.P.M. y don M.A.F.T. contra el COLEXIO "A.", Sociedad Cooperativa Limitada y la Consellería de Educación e Cultura de la XUNTA DE GALICIA, declaro el derecho de doña P.P.M. a percibir la cantidad de 361.016 pts., y de don M.A.F.T., a la de 405.911 pts., condenando a su abono, por pago delegado, a la Consellería de Educación e Cultura de la XUNTA DE GALICIA, debiendo estar a lo declarado el COLEXIO "A., Sociedad Cooperativa Limitada"".

Recurso nº 1.483/00: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta contra COLEGIO "A." y CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E CULTURA –XUNTA DE GALICIA, debo condenar y condeno a la Consellería a que abone a los actores las siguientes cantidades: a M.L.V., 409.911 pts.; a A.S.R., 509.135 pts.; a A.A.G., 361.016 pts.; a A.G., 509.135 pts. y a D.M.F., 509.135 pts., correspondientes a la última anualidad. Y debo absolver y absuelvo a la codemandada Sociedad Cooperativa Ltda. "C." (Colegio "A.").

Recurso nº 3.557/00: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de don B.P.F., condeno a la XUNTA DE GALICIA – CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, al abono de la cantidad de 405.911 pts., por el complemento de Jefe de Estudios, en el período de 01.11.98 a 30.10.99, así como a continuar el abono en los meses sucesivos, en tanto persistan las mismas condiciones, absolviendo al COLEGIO "P. – SOCIEDAD COOPERATIVA DE E. P." de las pretensiones de la demanda".

Recurso nº 1.582/01: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta contra COLEGIO "M." y CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN – XUNTA DE GALICIA, debo condenar y condeno a la Consellería a que abone a los actores las siguientes cantidades: E.T.C., 543.621 pts., C.C.V., 498.582 pts., A.B.F., 498.582 pts. y R.A.V., 498.582 pts., correspondientes al período 01.10.99 a 30.09.00. Y debo absolver y absuelvo al codemandado COLEGIO "M."".

Recurso nº 3.593/01: "FALLO: Que estimando la demanda de siendo demandantes M.L.V., A.S.R., A.A.G., A.G.M., D.M.F., L.A.D., M.D.G.A., S.O.F. y E.P.R., condeno solidariamente a "C. S. COOP. LIMITADA" (COLEGIO "A.") y a la XUNTA DE GALICIA a que abonen a los actores las siguientes cantidades: a) a doña M.L.V., la de 349.248 pts.; b) a doña A.S.R., la de 511.070 pts.; c) a don A.A.G., la de 362.390 pts.; d) a don A.G.M., la de 511.070 pts.; e) a don D.M.F., la de 362.390 pts.; f) a don L.A.D., la de 362.390 pts.; g) a doña

D.G.A, la de 362.390 pts.; i) a doña E.P.R., la de 362.390 pts.".

Recurso nº 3.638/01: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don B.P.F., condeno solidariamente a la "SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA DE ENSEÑANZA P." y a la XUNTA DE GALICIA a que abonen al actor la cantidad de 539.425 pts. por el complemento de Jefatura de Estudios devengado en el período 01.11.99 a 31.08.00".

Recurso nº 5.775/01: "FALLO: Que estimo la demanda interpuesta por doña P.P.M. y don M.A.F.T., contra CENTRO DE ENSEÑANZA CONCERTADA, COLEGIO "A." y XUNTA DE GALICIA (Consellería de Educación e Cultura), sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD y condeno solidariamente a las demandadas a pagar a los actores las siguientes cantidades: TRESCIENTAS SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTAS NOVENTA PTS. (362.390 pts.) para doña P.P.M. y TRESCIENTAS CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTAS CUARENTA Y OCHO PTS. (349.248 pts.) para don M.A.F.T., más los intereses establecidos en el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores desde el vencimiento de las respectivas cantidades mensuales hasta la fecha del pago efectivo".

Recurso nº 3.758/02: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña P.P.M., don M.D.V. y doña M.J.M.G.R. contra COLEXIO "A.", SDAdon COOP. LTDA. "A." y XUNTA DE GALICIA, debo condenar y condeno a la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia a abonar a cada uno de los actores la suma de 2.221,59 euros (369.642 pts.), en concepto de complemento de función por el curso escolar 2000-2001.= Asimismo, debo absolver y absuelvo al COLEXIO "A.", SDAdon COOP. LTDA. "A." de todas las pretensiones de la demanda".

CUARTO.- Con fecha de 11 de octubre de 2003 se dictó Auto en el recurso de suplicación nº 0864/00, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimar en parte el recurso de súplica interpuesto por la Letrada de los actores E.T.C. y otros y acordar la acumulación de los recursos números 1.483/00 y 1.582/00 (autos 680/99 y 637/00 de Social nº 2 de Vigo), 3.577/00 y 3.593/01 y 3.638/01 (autos 682/99, 718/00 y 678/00 de Social nº 3 de Vigo); 1.234/00 (autos 817/99 de Social nº 1 de Pontevedra); 3.758/00 (autos 787/01 de Social nº 2 de Pontevedra), 5.775/01 (autos 846/00 de Social nº 3 de Pontevedra), al 864/00 (autos 639/99 de Social nº 1 de Vigo), denegando la acumulación solicitada de los restantes recursos". Posteriormente se acordó el pase de las actuaciones acumuladas a la Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- frente a las sentencias de instancia estimatorias de las demandas formuladas por los actores y que condena a la Consellería de Educación e Cultura de la Xunta de Galicia a que abone a estos las cantidades reclamadas por los conceptos de complemento de jefatura de estudios y jefatura de departamento.

Se alza en suplicación la representación procesal de la condenada Consellería de Educación, interponiendo recursos que posteriormente fueron acumulados, al objeto de que se revoquen las mismas y se absuelva a la recurrente de los pedimentos de las demandas, invocando al efecto, en los recursos núms. 1.234/00 y 864/00, por el cauce de los apartados b) y c) del articulo 191 de la LPL, dos motivos de recurso, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados y el segundo a la denuncia de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Y en los restantes recursos, 3.635/01, 3.557/00, 5.775/00, 3.758/02, 1.483/00, 1.582/01 y 3.593/01, se articulan en base a un único motivo, amparado en el apartado c) del articulo 191 de LPL, en el que denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Las revisiones de hechos interesadas por el Organismo recurrente, pretenden sendas adiciones en los HDP, en el recurso 864/2000 la adición de un nuevo párrafo en el HDP 2 y en el recurso 1.234/00, la adición de un nuevo HDP, que llevaría el ordinal 4, ambos de idéntico tenor literal, a saber: "La administración asumirá las alteraciones en los salarios del profesorado derivadas de convenios colectivos siempre que no superen el porcentaje del incremento global de las cantidades correspondientes a salarios a que hace referencia el articulo 49.6 de la Ley Orgánica del derecho a la educación". Adiciones que tienen su apoyatura en el articulo 13.2 del Real Decreto 2.377/85 de 18 de abril, y de la cláusula tercera del texto del concierto aprobado por ambas partes. Modificación que estima la Sala que no puede prosperar, por cuanto que los hechos de contenido normativo no deben figurar en el relato fáctico, sin perjuicio de su valoración y análisis al examinar en sede jurídica las infracciones jurídicas denunciadas.

TERCERO.- Al amparo de lo establecido en el apartado c) del articulo 191 de la LPL, la representación procesal de la Consellería de Educación, en los recursos de suplicación interpuestos y acumulados, en todos ellos, formula idénticas denuncias jurídicas, en concreto denuncia infracción de los artículos 48 y 49 de la Ley Orgánica 8/85 del derecho a la educación y artículos 10, 12 y 13 del Real Decreto 2.377/85, de 18 de abril, alegando en esencia que es el concierto y no el convenio colectivo el que determina los derechos y obligaciones que asume la administración, que la cuantía de tales derechos y obligaciones se establece en los Presupuestos Generales del Estado, que la Administración no puede asumir incrementos ni otros conceptos retributivos que excedan de lo previsto presupuestariamente y que los complementos solicitados no tiene la consideración de complementos de dirección y no están incluidos ni en el apartado de salarios ni en el de gastos variables, por todo lo cual solicitan que se estimen los recursos, revoquen las sentencias de instancia y se dicten otras por las que se desestimen las pretensiones de los actores y, subsidiariamente, para el caso de que la sala estime que los complementos solicitados deben ser abonados por la Consellería demandada, que tal obligación de pago sólo se contraerá hasta el limite de las cuantías fijadas presupuestariamente en los correspondientes módulos económicos por unidad.

Los actores, trabajan como profesores en los centros educativos, que constan en autos, que son en todos los casos,centros o colegios privados de carácter concertado con la Administración Autonómica, que tiene transferidas competencias en materia de educación .algunos de los demandantes desempeñan funciones de jefe de departamento y otros desempeñan funciones de jefe de estudios. En el III convenio colectivo de enseñanza concertada, dichas categorías aparecen recogidas en el artículo 10.1.9.3 (jefe de estudios) y 1.9.4 (jefe de departamento). Y en el articulo 25.5 del citado convenio se establece que "el personal que ostente la categoría se Director, subdirector, jefe de estudios o jefe de departamento incrementara su jornada anual en 210 horas que deberán dedicarse a la empresa en el desempeño de la función especifica …" y para compensar económicamente ese incremento de jornada, el articulo 57 del referido convenio colectivo establece un complemento por función, disponiendo que "Los trabajadores a los que se les encomiende algunas de las categorías funcionales descritas en el articulo 10, apartado 1.9 percibirán, mientras ejerzan su cometido, las gratificaciones temporales señaladas al efecto para cada nivel educativo en las tablas salariales".

Así pues acreditado que los actores realizan las funciones de jefe de departamento y de jefe de estudios (algo que por otra parte resulta incontrovertido) la consecuencia lógica, es que tienen derecho al "complemento de función" previsto en el articulo 57 del convenio colectivo. Y la cuestión litigiosa que subyace en el fondo del asunto, consiste en determinar quien es el responsable del abono del mencionado complemento, bien la propia Consellería, como loo han declarado las sentencias recurridas, o bien los colegios codemandados para los que los actores prestan servicios como profesores, que aunque han sido absueltos en la instancia, nada impide que puedan ser condenados en esta vía de suplicación, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en sus sentencia de 20 de julio de 1999 y de 29 de enero de 2002.

Pues bien esta cuestión ya ha sido resuelta por esta sala en sentencia dictada en fecha 25.11.03 al resolver el recurso 2.497/00,en el que se señala que la solución para resolver la cuestión litigiosa se encuentra, de una parte, en el concierto suscrito, con fecha de 22 de julio de 1997, entre la Xunta de Galicia, a través de la Consellería de educación y los colegios codemandados, cuya cláusula tercera establece que "la administración educativa satisfará al personal docente del centro los salarios correspondientes, como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, sin que esto signifique relación laboral alguna entre la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y el mencionado personal docente". Sobre la naturaleza salarial del complemento reclamado ninguna duda se plantea, sin que ninguna de las partes del litigio que pudieran ser responsables de su abono, haya alegado esta circunstancia como motivo de oposición al pago. De otra parte, la Ley Orgánica nº 8 /1985, de 3 de julio, de regulación del derecho a la educación (LODE) expresa en su exposición de motivos, que "la ley clasifica los centros docentes atendiendo conjuntamente a los criterios de titularidad jurídica y origen y carácter de los recursos que aseguran su sostenimiento y distingue así los centros privados que funcionan en régimen de mercado, mediante precio y los centros sostenidos con fondos públicos y, dentro de estos, los privados concertados y los de titularidad publica .A la red dual integrada por estos por estos dos últimos tipos de centros encomienda la ley la previsión de la educación obligatoria en régimen de gratuidad". Así vemos como la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, regula en su titulo IV los conciertos educativos,

aprobado por Real Decreto 2.377/1985 de 18 de diciembre. Pues bien, uno de los efectos del "concierto educativo" es el de que "la administración abonará mensualmente los salarios al profesorado de los centros concertados como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro" -artículos 49.5 de la ley orgánica 8/1985 y 34.1 del Reglamento aprobado por real Decreto 2377/1985 a cuyo fin "los titulares de los centros concertados facilitaran a la administración educativa competente las nominas… las liquidaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social …así como los partes de baja o alteración" -articulo 49.5 de la LODE y art. 35 del Reglamento-. En consecuencia, aunque la Xunta de Galicia no es el empresario de los actores (como así lo declara el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de julio de 1993, en un supuesto semejante con inaplicación del estado a través del Ministerio de Educación) sin embargo es el responsable del abono del complemento declarado por la extensión del concierto, de modo que, aunque la Xunta de Galicia no sea el empleador de los actores, si que ha adquirido, en virtud del concierto educativo firmado con los centros educativos codemandados, el compromiso de abonar los salarios y cargas sociales del profesorado de dichos centros (cláusula tercera del concierto en relación con lo que dispone el articulo 49.5 de la Ley Orgánica 8/1985 con desarrollo en el real decreto 2.377/1985 y en las previsiones contenidas en las sucesivas leyes de presupuestos generales del estado), compromiso cuyo sentido es –tal como se dice en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 08.02.93, en un caso igual al aquí enjuiciado –"el de un fenómeno de asunción de deuda, en la modalidad de delegación pasiva de la obligación por ministerio de la ley, que convierte al estado –Ministerio de Educación y Ciencia– (en este caso a la Xunta de Galicia – Consellería de Educación) en obligado directo frente a los trabajadores titulares del crédito salarial de que se trate, quedando así implicado en la relación laboral, que no sufre por ello novación subjetiva alguna, sino que permanece vigente entre el profesor y el centro educativo concertado. En suma, la obligación de la Xunta de Galicia de abonar directamente los salarios al profesorado del centro educativo concertado de que se trate, no surge sino por disposición de la Ley Orgánica del derecho a la educación –una vez cumplida la "conditio iuris" -celebración del concierto educativo- ya que las obligaciones derivadas de la ley se rigen, en primer término, por los preceptos de la ley que las hubiera establecido, como previene el articulo 1.090 del Código Civil.

Ahora bien esta obligación al pago de los salarios del personal docente por parte de la Xunta de Galicia, tiene una excepción, apartado 4 del articulo 49 de la Ley Orgánica 8/1985- es la que aparece en el numero 6 de dicho precepto legal cuando dice: "La administración no podrá asumir alteraciones en los salarios del profesorado, derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios a que hace referencia el apartado 3º y art. 13.2 del Real Decreto de 18.12.85 nº 2.377/1985 reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, que dice: "La administración asumirá las alteraciones en los salarios del profesorado derivadas de convenios colectivos siempre que no superen el porcentaje del incremento global de las cantidades correspondientes a salarios a que hace referencia el articulo 49.6 de la Ley Orgánica del derecho a la educación".

Es lo cierto que las cantidades reclamadas por los actores derivan de complemento pactado en convenio colectivo, y, en principio, según prevé la citada normativa, su abono correspondería a la Xunta de Galicia, pero siempre que dicho abono no supere el porcentaje del incremento global de las cantidades correspondientes a salarios, por lo tanto, correspondía a Consellería demandada, haber acreditado que las cantidades reclamadas rebasaban dichos porcentajes en todo o en parte, y acreditado que sobrepasaban dichos limites, surgiría la responsabilidad del centro con respecto a los actores, pero -insistimos– a juicio de la sala no se ha acreditado debidamente la superación del citado incremento, por lo que la obligación de pago recae sobre la Consellería demandada (por tanto ha de decaer también la petición subsidiaria planteada en el recurso). En casos semejantes al presente se han pronunciado, entre otras, las Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura (S. 05.04.91), AS 1999/2.483) Madrid (S. 10.04.92, AS 1992/2.130), La Rioja (S. 02.06.93, AS 1993/2.782) y Castilla y León (S. 01.03.99 AS. 1999/632), así como la Sala IV del Tribunal Supremo en la sentencia más arriba citada de 1 de julio de 1993 (RJ 1993/5.535).

En consecuencia, se rechaza la censura jurídica dirigida contra las sentencias recurridas, en los recursos acumulados, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio de los recurridos.

Fallamos

Que desestimando los recursos de suplicación acumulados núms. 0864, 1.234, 1.483 y 3.557/00, 1.582, 3.593, 3.638 y 5.775/01 y 3.758/02, interpuestos por la representación procesal de la XUNTA DE GALICIA, CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, contra las sentencias dictadas, respectivamente, por los Juzgados de lo Social nº Uno de los de Vigo (autos 639/99), Uno de los de Pontevedra (autos 817/99), Dos de los de Vigo (autos 680/99), Tres de los de Vigo (autos 682/99), Dos de los de Vigo (autos 637/00), Tres de los de Vigo (autos 718 y 678/00), Tres de los de Pontevedra (autos 846/00), y Dos de los de Pontevedra (autos 787/01), debemos confirmar y confirmamos íntegramente las sentencias recurridas.

3753 **Recurso núm. 1.728/01**

S.S. PERSOAL ESTATUTARIO AO SERVIZO DO SERGAS. NIVEL DE COMPLEMENTO DE DESTINO. OS TÉCNICOS ESPECIALISTAS DE LABORATORIO NON TEÑEN DEREITO AO MESMO COMPLEMENTO DOS ATS, SEN QUE SE INFRINXA O PRINCIPIO DE IGUALDADE.

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

A Coruña, a veintisiete de noviembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.728/2001 interpuesto por DEMANDANTES Y DEMADADO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.L.A.P. Y OTROS en reclamación de PERSONAL SS siendo demandado SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 757/00 sentencia con fecha nueve de enero de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimo la demanda.

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

"Primero.- Los actores. doña M.L.A.P., doña M.I.B.V., doña M.S.C.O., doña M.J.D.R., doña M.A.L.C., doña S.L.C., doña M.J.P.S., doña M.V.R., don E.A.L., don L.A.A.R., doña C.A.G., don A.C.B.B., doña M.L.B.G.R., doña M.C.C., doña R.C.A., doña Y.D.F., doña S.F.R., doña M.L.G.C., doña E.M.O.R., doña M.N.P.C., doña M.P.N., doña A.M.R.P., doña P.R.R., doña R.M.R.V. y doña M.A.V., vienen prestando servicios en el Complexo Hospitalario de Ourense como Técnicos Especialistas de Laboratorio o Radiodiagnóstico para el Servicio Galego de Saúde, percibiendo un salario base de 101.977 pts, y un complemento de Destino de 46.623 pts. Segundo.- Los actores tiene reconocido un nivel de complemento de destino 17, mientras que los ATS/ DUE, que prestan servicios en las mismas áreas técnicas de Laboratorio y Radiodiagnóstico del mismo Complexo, tienen reconocido un nivel 21. Tercero.- Las diferencias mensuales para el citado complemento son: 12.652 pts (2000), 12.405 pts (1999), 12.185 pts (1998), 11.935 pts (1997 y 1996) y 11.531 pts (1995).Cuarto.- Los actores reclaman por el período de septiembre/95 a julio/2000, la cantidad de 848.842 pts, por prestar servicios con anterioridad a septiembre de 1995, salvo.

T.E.L

	Fecha de inicio	Fecha fin	Días	Dias año	Total PTS
M.J.P.S. Año/97	01.07.97	31.08.97	62	--	--
	01.09.97	29.10.97	59	--	--
	11.11.97	31.12.97	51	172	78.738
Año/98	01.01.98	01.01.98	32	--	--
	09.02.98	24.02.98	16	-	--
	27.02.98	08.05.98	71	--	--
	12.06.98	19.06.98	8	--	--
	01.07.98	31.08.98	62	--	--
	13.10.98	26.10.98	14		
	16.11.98	31.12.98	46	249	116.375
Año/99	01.01.99	31.12.99	365	365	117.670
Año/2000	01.01.00	31.07.00	213	213	101.216
Totales	--	--	--	--	469.999

	Fecha inicio	Fecha fin	Dias	Dias al año	Total PTAS
M.V.					
Año/95	01.08.95	31.08.95	31	31	14.018
Año/96	09.01.96	08.02.96	31		
	18.03.96	17.04.96	31		
	01.05.96	04.06.96	35		
	01.07.96	30.09.96	92		
	21.10.96	08.11.96	19		
	25.11.96	31.12.96	37	245	111.850
Año/97	01.01.97	07.01.97	7		
	08.01.07	06.02.97	30		
	18.02.97	17.03.97	28		
	18.07.97	17.08.97	31		
	02.10.97	21.10.97	20	116	53.103
Año/98	03.02.98	30.04.98	87		
	01.05.98	20.08.98	112		
	21.08.98	16.12.98	118		
	17.12.98	31.12.98	15	332	155.167
Año/99	01.01.99	31.12.99	365	365	173.670
Año/2000	01.01.00	31.07.00	213	213	101.216
Total					609.024

TRE

	Fecha inicio	Fecha fin	Días	Dias al año	Total PTAS
L.A.A.R.					
Año/97	22.08.97	21.09.97	31	31	14.191
Año/98	02.03.98	01.04.98	31		
	02.04.98	16.04.98	15		
	01.07.98	31.07.98	31		
	01.08.98	31.12.98	64	172	80.388
Año/99	01.01.99	22.01.99	22		
	23.01.99	24.05.99	112		
	01.06.99	30.09.99	122		
	19.11.99	30.11.99	12		
	10.12.99	31.12.99	22	290	137.984
Año/2000	05.01.00	31.07.00	209	209	99.315
Totales					331.878

	Fecha inicio	Fecha fin	Días	Días al año	Total PTAS
M.C.C.					
Año/96	01.04.96	31.12.96	275	275	125.546
Año/97	01.01.97	31.12.97	365	365	167.090
Año/98	01.01.87	31.12.98	365	365	170.590 1.99
Año/99	01.01.99	31.12.99	365	365	173.670
Año/2000	01.01.00	31.07.00	213	213	101.216
Totales					738.112

	Fecha inicio	Fecha fin	Días	Días al año	Total PTAS
Y.D.F.					
Año/97	13.06.97	12.12.97	183	183	83.774
Año/98	05.02.98	02.03.98	26		
	02.04.98	31.05.98	60		
	01.07.98	31.08.98	62		
	01.12.98	04.12.98	4	152	71.040
Año/99	01.02.99	31.12.99	334	334	158.920
Año/2000	01.07.00	31.07.00	213	213	101.216
Totales					414.950

	Fecha inicio	Fecha fin	Días	Días año	Total PTAS
E.M.O.R.					
Año/99	01.06.99	30.06.99	30		
	01.07.99	31.07.99	31		
	01.08.99	31.12.99	153	214	101.823
Año/2000	14.01.00	31.03.00	78		
	19.04.00	28.04.00	10		
	10.05.00	31.07.00	83	171	81.258
Totales					183.081

	Fecha inicio	Fecha fin	Días	Días al año	Total PTAS
A.M.R.P.					
Año 96	01.04.96	30.09.96	183	183	83.545
Año/97	01.05.97	31.12.97	245	245	112.156
Año/98	01.01.98	31.12.98	365	365	170.590
Año/99	01.01.99	31.12.99	365	365	173.670
Año/2000	01.07.00	31.07.00	213	213	101.216
Totales					641.177

	Fecha inicio	Fecha fin	Días	Días al año	Total PTAS
A.M.R.P.					
Año/96	01.07.96	31.12.96	184	184	84.002
Año/97	01.01.97	31.12.97	365	365	167.090
Año/98	01.01.98	31.12.98	365	365	170.590
Año/99	01.01.99	31.12.99	365	365	173.670
Año/2000	01.01.00	31.07.00	213	213	101.216
Totales					696.568

Quinto.-Los actores: M.L.A.P. desde el 1 de mayo de 1991, M.I.B.V. desde el 1 de

enero de 1993, M.S.C.O. desde el 13 de diciembre de 1993, M.A.L.C. desde el 14 de junio de 1999, S.L.C. desde el 1 de julio de 1993, M.J.P.S.desde el 16 de noviembre de 1998 y M.V.R. desde junio de 1999, prestan sus servicios en el área de Laboratorios del Centro Hospitalario Santa María Madre, realizando las mismas funciones que las ATS/DUE Especialistas o en funciones de Técnicos Especialistas adscritas a dicha área de laboratorio. Sexto.-Los actores: Y.D.F. desde el año 1998, E.A.L. desde el año 1994, M.A.V.M. desde el año 1995, R.C.A. desde el año 1997, S.F.R. desde el año 1995 y L.A.A.R. desde el año 1999, prestan servicios como TER en la Unidad de Oncología Radioterapia, realizando las mismas funciones como Operador de Instalación que las ATS/DUE adscritas a dicha Unidad. Séptimo.- Formulada reclamación previa en fecha 30 de agosto de 2000, los actores presentaron demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 20 de noviembre de 2000."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando totalmente la demanda formulada por doña M.L.A.P., doña I.B.V., doña M.S.C.O., doña S.L.C., don E.A.L., doña S.F.R. y doña M.A.V.M. contra el SERGAS, debo declarar y declaro el derecho de los actores a percibir el complemento de destino de nivel 21 en sustitución del nivel 17 que vienen percibiendo, mientras sigan desempeñando las mismas funciones que los ATS/DUE, especialistas, condenando al Servicio galego de Saúde a estar y a pasar por esta declaración y abonar a cada uno de ellos la cantidad de 884.842 pts; y en parte la demanda formulada por doña M.A.L.C., doña M.J.P.S., doña M.V.R., don L.A.A.R., doña R.C.A. y doña Y.D.F. contra EL SERVICIO GALEGO DE SAUDE, debo declarar y declaro el derecho de las actoras a percibir el complemento de destino de nivel 21 en sustitución del nivel 17 que vienen percibiendo, mientras sigan desempeñando las mismas funciones de los ATS/DUE, especialistas y a percibir las siguientes cantidades, a doña M.A.L.C., 196.853 pts, a doña M.J.P.S.,296.384 pts, a doña M.V.R., 203.083PTS, A don L.A.A.R. 237.299 PTS, a doña R.C.A., 612.566 pts, y a doña Y.D.F., 331.176 pts, condenando al SERGAS a estar y pasar por esta declaración; y debiendo desestimarse la demanda formulada por M.J.D.R., doña C.A.G., don A.C.B.B., doña M.L.B.G.R., doña M.C.C., doña M.L.G.C., doña E.M.O.R., doña M.N.P.C., doña M.P.N., doña A.M.R.P., doña P.R.R. y doña R.M.R.V., absolviendo al SERVICIO GALEGO DE SAUDE de la prestación ejercitada por dichos actores contra él."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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.- 1.- En las presentes actuaciones, las demandantes –con categoría profesional de Técnico Especialista de Laboratorio o de Radiodiagnóstico y prestación de servicios como personal estatutario en el Complejo Hospitalario de Ourense– instan se les reconozca el derecho a percibir Complemento de Destino nivel 21 y a que se les abonen las diferencias –con un máximo de cinco años– determinadas por la percepción del citado en su nivel 17, por el que han venido siendo retribuidas.

Y fundamentan tal reclamación en que «desde el inicio de sus respectivas relaciones laborales (sic), las actoras desempeñan las mismas funciones esenciales, con idéntica responsabilidad en cuanto a su realización y resultado final, que los ATS/DUE especialistas, o en funciones de Técnico Especialista, que, también, como personal estatutario, prestan sus servicios para el Servicio Galego de Saúde, en idénticas áreas técnicas, como son las de Laboratorio y Radiodiagnóstico ».

2.- La sentencia objeto del presente recurso estima parcialmente la demanda, acogiendo íntegramente las pretensiones de siete –de las ocho– TEL, declarando probado que realizan en el área de laboratorios del Centro Hospitalario Santa María Madre «las mismas funciones que las ATS/DUE Especialistas o en funciones de Técnicos Especialistas adscritas a dicha área de laboratorio»; y acoge parcialmente la demanda de seis TER, por entender acreditado que en determinados periodos han realizado «las mismas funciones como Operador de Instalación que las ATS/DUE adscritas» a la Unidad de Oncología Radioterapia. Decisión que recurrida por ambas partes litigantes.

SEGUNDO.- 1.- Bajo el amparo del art. 191.b LPL, el recurso formulado por la parte actora interesa nueva redacción a los ordinales quinto y sexto de los HDP, que pretende refundir en uno, del siguiente tenor:

«Los actores ocupan puestos de Técnico Especialista en los Servicios de Radiología y Laboratorio del Complejo Hospitalario de Orense, en el que prestan servicios, realizando las mismas funciones propias de dicho puesto de trabajo, con idéntica responsabilidad que los ATS/DUE Especialistas»

Y en apoyo de tal pretensión revisoria se citan diversos documentos, cuales son los «certificados» –así los denomina el recurso– del Ministerio de Sanidad y Consumo (folios 137 a 140), los de los Jefes de Servicio de Radiología y Laboratorio (folios 123 a 135), y el de la Dirección General y Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo (folios 142 a 146), diversas Instrucciones del Sergas (folios 24 a 26) y los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia (folio 152).

2.- Pero no admitimos tal variación en el relato de hechos, porque:

(a).- La pretensión de que las funciones que corresponden a los TEL y TER son exactamente iguales a las de los ATS/DUE en las mismas Áreas de Laboratorio y Oncología y Radiodiagnóstico, en forma alguna es inducible de la documental que al efecto se cita –folios 137 a 140–, que se limita a comunicación de la Subdirección General de Formación Sanitaria lo que el propio escrito califica como «criterios de coordinación en materia de personal», y que se limita a afirmar que unas y otras categorías profesionales «han de desempeñar por igual las mismas funciones propias de dicho puesto de trabajo»; con ello es claro que se impone claramente a los ATS/DUE todos los cometidos de los Técnicos, pero también se nos evidencia que no excluye los asistenciales que estatutariamente son propios de su categoría profesional (tal como entiende la doctrina unificada que posteriormente expondremos).

(b).- Todavía menos apoyo encuentra la pretensión revisoria puede en la comunicación oficial que figura en los folios 142 a 146, de la Dirección General de Ordenación Profesional, y de las Instrucciones del SERGAS (folios 24 a 24), que tan sólo tratan el acceso a las funciones de Técnico Especialista por parte –exclusiva– de los ATS/ DUE con la correspondiente especialidad o que se encontrasen en la situación prevista en la DT Primera de la OM de 14.06.84.

c.- Tampoco son instrumento adecuado las «certificaciones» de los Jefes de Servicio (folios 123 a 135), expresivas de la identidad funcional objeto de revisión, porque en trámite de Suplicación –recurso extraordinario– únicamente son hábiles para revisar los hechos declarados probados los documentos públicos, entendiendo por tales los expedidos por funcionario público con referencia a libros, archivos o legajos que le estén encomendados por razón de su cargo (así, las SSTCT de 25.06.84 Ar. 5.632 y 27.09.84 Ar. 7.189; y SSTSJ Galicia 06.06.91 AS 4.044, 07.06.93 R. 3.829/91, 18.07.94 R. 4.510/92, 08.05.95 R. 1.700, 31.08.95 R. 3.845/95, 21.11.96 R. 4.888/96, 06.07.98 AS 2.021, 20.07.00 R. 4.762/97, 23.10.00 R. 1.245/97, 16.11.00 R. 3.643/97, 30.11.00 R. 3.804/97, 30.11.00 R. 4.288/97, 18.01.01 R. 4.861/97, 23.03.02 R. 4.297/98, 28.12.02 R. 887/02 y 30.01.03 R. 5.819/02), y los documentos privados que hubiese sido expresamente reconocidos en juicio por la parte a quien pudieran perjudicar (art. 1.225 CC; hoy art. 326 LEC), en tanto que la prueba invocada –informes sobre funciones– no es sino una testifical documentada, carente incluso de inferior garantía a la testifical propiamente dicha, porque se depone en el acto de juicio y está sometida a contradicción.

d.- Y en último término no se alcanza a comprender cómo los Presupuestos de la Comunidad Autónoma Gallega (folio 152) pueden llegar a acreditar la identidad de funciones que es objeto de debate.

TERCERO.- 1.- Por su parte, el SERGAS insta la revisión de los ordinales quinto y sexto, al objeto de que su redacción definitiva sea la que sigue:

«Quinto.- Los actores M.L.A.P., M.I.B.V., M.C.O., M.A.L.C., S.L.C., M.J.P.S. y M.V.R., prestan servicios en el Área de Laboratorio del Complejo Hospitalario Ourensano, realizando funciones de Técnico Especialista en Laboratorio, funciones que resultan parcialmente coincidentes con las de ATS-DUE que desempeñan sus funciones en el Servicio de Laboratorio, cuyo grado de exigencia profesional es diferente».

«Sexto.- Los actores Y.D.F.z, E.A.L., M.A.V.M., R.C.A., S.F.R. y L.A.A.R., prestan servicios en el área de Radiodiagnóstico del CHOU, realizando funciones que resultan parcialmente coincidentes con las de ATS-DUE que desempeñan sus funciones en dicho Servicio Hospitalario, cuyo grado de exigencia profesional es diferente».

2.- Rechazamos ambas modificaciones, porque por expresa disposición legal (art. 191.b y 194.3 LPL) los hechos declarados probados únicamente pueden ser objeto de modi-

ficación, «a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas»; con lo que claramente se priva de tal potencialidad revisoria a las normas, que expresan un «deber ser» y no la realidad fáctica.

TERCERO.- 1.- Por el cauce del art. 191.c LPL y en apartado de examen del Derecho aplicado, el recurso formulado por los accionantes denuncia las siguientes infracciones:

a.- Interpretación errónea de los arts. 3, 4 y DT Primera de la OM 14.06.84; de los arts. 53 y 73 bis OM 26.04.73, en relación con las SSTS 27.04.98, 13.02.98, 10.06.94 y 26.01.94.

b.- Interpretación errónea del art. 2.3.a) RD-Ley 3/1987, de 11 de septiembre; de los arts. 15.1º y 23.3 Ley 30/1984, para la Reforma de la Función Pública; y todo ello en relación con las SSTS 12.04.95, 06.02.95, 10.03.94 y 20.10.93.

2.- Por su parte, el SERGAS denuncia infracción del art. 2.3.a) RD –Ley 3/1987, de 11 de septiembre, en relación con la Orden 17.01.97 y los arts. 59 y 73 bis EJPASNF (OM 26.04.73), con la redacción dada por la OM 14.06.84 y las distintas Leyes Generales Presupuestarias.

3.- Se adelanta que la Sala ha de mantener criterio precedente –sentencias de 18.05.02 R. 5.419/98 y 30.11.02 R. 3.934/99, seguida por muchas otras–, por no hallar razones que justifiquen diverso parecer, por respeto al principio de seguridad jurídica y en línea con la tesis unánimemente seguida por los diversos Tribunales Superiores de Justicia (así, SSTSJ País Vasco 04.12.01 AS 2002\1.241, 16.10.01 AS 2002\1.208, 16.10.01 AS 2002\1.207, Asturias 01.03.02 AS 924, 13.07.01 AS 1.910, 05.01.01 AS 91, 25.02.00 AS 428 y 29.11.99 AS 3.873, Aragón 18.06.01 AS 2.381 y 28.05.01 AS 1.503, Castilla y León.Valladolid 21.11.00 AS 238, Cataluña 13.12.00 AS 4.502 y 18.04.00 AS 2.274, Murcia 26.06.00 AS 1.856 y 18.05.99 AS 5.913, Cantabria 02.10.98 AS 6.672, Madrid 27.03.98 AS 1.137); y –sobre todo– con acatamiento a la doctrina unificada que expresa la STS 11.02.03 Ar. 3.238. Como acto seguido pasaremos a razonar.

CUARTO.- Resumiendo las razones que en nuestra opinión llevan a justifican la desestimación de pretensión actora, acogiendo el recurso del SERGAS podemos indicar:

a.- Aunque las recurrentes afirmen lo contrario, el art. 53 EPSNF no les atribuye funciones asistenciales, ya que si bien el precepto se refiere genéricamente al «personal Auxiliar Sanitario titulado y de las Auxiliares de Clínica», no hay que olvidar que tal norma es muy anterior a la introducción de los Técnicos Especialistas en el marco de la Administración sanitaria, por lo que la correcta hermenéutica del precepto impone entender las obligaciones –generales– que establece sin desligarlas de la actividad profesional «genuina» y titulación de cada colectivo, excluyendo de los cometidos propiamente asistenciales a quienes tienen cualidad técnica y no sanitaria, cuyo campo de actuación viene específicamente delimitado en el art. 73 bis del EPSNF, tras la reforma operada por la OM 11.12.84.

b.- Tampoco puede compartirse el criterio accionante respecto de que las funciones de los ATS/DUE Especialistas son exclusivamente las mismas que vienen atribuidas a los Técnicos Especialistas, y que las singulares tareas asistenciales de los ATS/DUE han de llevarse a cabo por quienes carezcan –o no ejerciten– funciones propias de Especialista; y no lo compartimos, porque carece de toda cobertura normativa, pareciéndonos gratuito afirmar –directa o indirectamente– que el ejercicio de cometidos de Técnico Especialista excluye los propios de ATS/DUE, a ostentándose ambas titulaciones. Aparte de que hacemos nuestras las palabras de la citada STSJ País Vasco 04.12.01 AS 2002\1.241, al afirmar que «resulta ya irrelevante el concreto modo en que cada servicio organice la cobertura de esa doble actividad (técnica y de enfermería), siempre que a los integrantes de cada uno de los tres colectivos implicados (técnicos especialistas, ATS/DUE y ATS/DUE especialistas) no se les asignen funciones impropias de su competencia profesional, sin que sea obligado ocupar a estos últimos en actividades típicas de su doble cualificación, ya que lo importante no es que las desempeñen efectivamente, sino que tengan el deber de realizar ambas si se les ordena».

c.- De la misma manera, en línea con el precedente argumento, parece oportuno indicar que –como señalan las SSTSJ Cataluña 13.12.00 AS 4.502 y 18.04.00 AS 2.274– «el complemento de destino viene condicionado por el nivel que corresponde en la escala funcionarial a cada puesto de trabajo y éste es un cómputo no asimilable a la simple ubicación o lugar concreto de prestación de servicios, que es puramente estático, sino de compendio o abanico de funciones, obligaciones, responsabilidades y derechos, entre ellos los retributivos, que el desempeño dinámico de su conte-

nido lleva consigo y ello está en relación al grupo o categoría profesional y a la titulación habilitante, que determinan el nivel en la escala funcionarial o estatutaria que ostentan (nivel 17 los Técnicos Especialistas Formación Profesional y nivel 21 los Asistentes Técnicos Sanitarios Diplomados de Enfermería) [...] el complemento de destino es cierto se relaciona con un determinado puesto de trabajo, pero concebido en su aspecto dinámico o de servicio, que requiere entre otros requisitos pertenecer a un determinado grupo o categoría profesional y poseer título habilitante para el desempeño de las funciones que entrañan, pues el nivel de perfección en su desempeño, el de satisfacción para el usuario o beneficiario del mismo y la exigencia de responsabilidad están en directa relación con la pertenencia a uno y la posesión de otro. De ahí deriva que existan distintos niveles en la escala funcional y esa diferencia de nivel es precisamente lo que justifica exista también en la retributiva».

QUINTO.- 1.- Las anteriores consideraciones parecen reforzarse con el dato de que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia se haya fijado el mismo complemento de destino –nivel 21– para los puestos de trabajo de ATS y ATS/DUE –Especialistas o no– y para los destinos de Fisioterapeuta, siquiera con tal circunstancia parezca desvirtuarse el significado atribuible al complemento de destino en la configuración que del mismo hace el art. 2.3 RD-Ley 3/1987, de 11 de septiembre– y que proclama la doctrina unificada (SSTS 10.03.94 Ar. 2.280, 06.04.95 Ar. 2.918 y 12.04.95 Ar. 3.049).

Ahora bien, la fijación de tales niveles correspondía efectuarla al Gobierno de la nación –DF Segunda RD-ley 3/1987–, lo que se hizo con carácter general por Acuerdo de 18.09.87 –BOE 29.04.88–, fijando el nivel 12 para los Técnicos Especialistas y el 13 para los ATS-DUE, para posteriormente modificarse por Acuerdo de 29.06.90 –publicado por Resolución de 17.07.90– y pasar a ser tales niveles –respectivamente– el 17 y el 21. Y en el ámbito de esta Comunidad Autónoma de Galicia, para las anualidades que son objeto de reclamación en autos, la confirmación de los indicados niveles y de su correlativa traducción económica viene establecida en las Leyes 7/1999, de 29 de diciembre, 6/1998, de 29 de diciembre, 1/1998, de 7 de abril, 11/1996, de 30 de diciembre y 11/1995, de 28 de diciembre, en relación con sus Anexos.

2.- Pero la anterior circunstancia resulta ser de decisiva trascendencia a los efectos del presente contencioso, siendo así que desde las primeras sentencias en materia de inconstitucionalidad de leyes aprobadas por los parlamentos autonómicos (SSTC 37/1981, de 16.11; 10/1982, de 23.03; 35/1982, de 14.06; 58/1982, de 27.07; 14/1986, de 31.01; 76/1986, de 09.06 ...), es innegable la plena identidad de naturaleza entre la Ley autonómica y la Ley del Estado, que tienen –como destaca la doctrina– el mismo rango, el mismo valor y la misma irresistibilidad, salvo para el Tribunal Constitucional, que es el único órgano que puede anularlas o declarar su inaplicabilidad [arts. 153.a) y 161.1.1 CE; arts. 27 y 35 LOTC].

Con ello es obvio que venimos a señalar que la posible distorsión –de naturaleza– que pudiera existir en la atribución de los complementos de destino para TE y ATS/DUE, o la propia colisión de tal legalidad con el fundamental principio de igualdad, de ninguna manera podría ser enjuiciada y declarada por este Tribunal, dada la circunstancia de que ello viene contenido en normas –autonómicas– con rango de Ley, no pudiendo la Sala –caso de albergar duda razonable acerca de la constitucionalidad de las citadas leyes respecto de la fijación y retribución de los tan indicados niveles y no considerando viable la interpretación correctora que impone el art. 5.3 LOPJ– más que plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad mediante oportuno juicio de relevancia. Lo que en el caso debatido no hacemos, por no tener duda –nos remitimos a la diversidad de funciones que figura acreditada– acerca de que con el diferente complemento de destino para los ATS/DUE y los TE no se lamina el derecho a la igualdad

Al efecto hemos de reproducir doctrina absolutamente consolidada sobre el alcance general del principio de igualdad –en abstracto– y constantemente citada por esta misma Sala (así, entre las últimas, sentencias de 23.02.01 R. 5.016/97, 04.04.01 R. 3.537/97, 26.06.01 R. 2.451/01, 28.02.02 R. 3.507/98, 18.05.02 R. 5.419/98 y 28.09.02 R. 1.383/99): (a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; (b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racio-

nal; (c) por último, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, en términos que superen el canon de la proporcionalidad (así, SSTC 22/1981, de 02.07; 34/1981, de 10.11; 19/1982, de 05.05; 75/1983, de 03.08; 150/1991, de 04.07; 222/1992, de 11.12; 177/1993, de 31.05; 190/2001, de 01.10; y 119/2002, de 20.05, entre otras muchas).

SEXTO.- Finalmente queremos destacar que la cuestión que se suscita en las presentes actuaciones ya ha sido resuelta para la unidad de la doctrina por la reciente STS 1/02/03 Ar. 3238, y precisamente en el sentido que esta Sala –como los restantes Tribunales Superiores– han venido manteniendo. Y al efecto nos limitaremos a reproducir su tercer fundamento jurídico:

El artículo 2.3.a) del Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, cuya infracción se denuncia, reproduce literalmente el mandato del artículo 23.3.a) de la Ley de Reforma de la Función Pública, estableciendo que "son retribuciones complementarias: a) El complemento de destino correspondiente a nivel del puesto que se desempeña". De este mandato extrae las recurrentes la conclusión de que todos los que prestan servicio en un mismo lugar deben percibir el complemento en igual cuantía. Pero esto no es así. Como puede verse en el anexo I de la Resolución de 17 de julio de 1990 de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo, la cuantía de dicho complemento está también en función de la categoría personal del trabajador de modo que a un ATS/DUE corresponde el nivel 21 mientras que al facultativo en igual destino se le asigna el nivel 23. Y así se asignó a los Técnicos Especialistas el nivel 17 y a los Auxiliares de Clínica que allí prestaban sus servicios el mismo nivel. Aunque en un momento determinado y fruto de la organización propia de un centro sanitario, los trabajos realmente desempeñados hayan podido ser idénticos, la realidad es que, sus potenciales obligaciones son diferentes. Cuando las labores son desempeñadas por Técnicos Especialistas o Auxiliares de Enfermería, en ningún caso pueden realizar actividades propias de los ATS/DUE, como pueden ser la aplicación de medicación, control de las constantes vitales, vigilancia del paciente o canalización de vías, si en un momento determinado ello fuera necesario. Son estas actividades para las que los ATS/DUE están legalmente capacitados y, en su caso, obligados a realizar si ello fuera necesario, mientras que Técnicos Especialistas y Auxiliares de Clínica, ni están capacitados ni pueden realizar semejantes funciones. Por tanto es indiferente que en un servicio determinado se haya organizado el trabajo de tal manera que durante cierto espacio de tiempo las funciones desempeñadas por unos y otros sean las mismas pues, aun siendo ello así, persistirá la diferente obligación de los trabajadores de categoría superior. Obligación que no afecta a los de la inferior y es causa racional y suficiente para que tengan un trato retributivo diferenciado, sin infringir el mandato constitucional de igualdad y no discriminación. Tesis que, por otra parte no se aparta de la doctrina de esta Sala que rechaza la aplicación de los mandatos del art. 23 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) al personal estatutario (Sentencias, entre otras, de 4 diciembre de 1992 [RJ 1992\10.421], 29 de abril [RJ 1993\3.383], 13 de mayo [RJ 1993\4.900], 4 [RJ 1993\4.538] y 18 de junio [RJ 1993\4.967], 26 de julio [RJ 1993\5.983], 19 [RJ 1993\8.054] y 29 de octubre de 1993 [RJ 1993\8.090], 16 [RJ 1994\1.053] y 21 de febrero de 1994 [RJ 1994\1.219], 6 [RJ 1995\780] y 16 de febrero [RJ 1995\1.160], 6 de abril [RJ 1995\2.918] y 9 de junio de 1995 [RJ 1995\4.883])».

Por las precedentes razones indicadas consideramos ajustada a Derecho la resolución de instancia y rechazamos la censura jurídica que se formula; y en consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña M.J.D.R., doña C.A.G., don A.C.B.B., doña M.L.B.G.R., doña M.C.C., doña M.L.G.C., doña E.M.O.R., doña M.N.P.C., doña M.P.N., doña A.M.R.P., doña P.R.R. y doña R.M.R.V., confirmamos la desestimación de su demanda llevada a cabo por la sentencia que con fecha 09.01.01 fue dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Ourense, y acogiendo el recurso presentado por el SERVICIO GALEGO DE SAUDE, rechazamos la demanda presentada por doña M.L.A.P., doña I.B.V., doña M.C.O., doña S.L.C., don E.A.L., doña S.F.R., doña M.A.V.M., doña M.A.L.C., doña M.J.P.S., doña M.V.R., don L.A.A.R., doña R.C.A. y doña Y.D.F., absolviendo al citado Organismo de toda pretensión salarial ejercitada.

3754 **Recurso núm. 5.083/03**

S.S. EXPULSIÓN DE SOCIA-TRABALLADORA DE COOPERATIVA DE TRABALLO ASOCIADO. EXPEDIENTE DISCIPLINARIO ANTE O CONSELLO REITOR QUE NON VULNERA O DEREITO Á TUTELA XUDICIAL EFECTIVA. EXPULSIÓN PROCEDENTE: FALTAS MOI GRAVES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a uno de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.083/2003 interpuesto por doña M.I.M.D. 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.I.M.D. en reclamación de EXPULSION DE SOCIA-TRABAJADORA siendo demandado "C.A., S.C.G." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 304/03 sentencia con fecha 20 de junio de 2003 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- En fecha 5 de marzo de 2001 se constituyó la Sociedad Cooperativa "C.A., S.C.G.", mediante escritura notarial de esa fecha que por constar en autos se da por reproducida, al igual que sus Estatutos. Sus socias trabajadoras eran: doña M.J.P.G. –Secretaria-, doña S.A.G. –Presidenta del Consejo Rector- y la actora doña M.I.M.D. –Interventora-.- 2º) En fecha 30 de enero de 2003 el Consejo Rector de la Cooperativa demandada compuesto por doña S.A.G. –Presidente- y doña M.J.P.G. –Secretaria- acordó iniciar expediente disciplinario a la actora, en la que se le imputaban 14 hechos, calificadas como faltas muy graves, nombrando como instructor y secretario del expediente a la Presidenta y Secretaria del Consejo Rector y concediéndole un plazo de 10 días a la actora para que hiciese alegaciones. Dicho acuerdo por constar en autos se da por reproducido. El mismo fue notificada a la actora por medio de burofax el 1 de febrero de 2003.- 3º) En fecha 5 de febrero de 2003 por resolución del Consejo Rector se acordó ampliar el expediente disciplinario por dos nuevos hechos. Dicho acuerdo por constar en autos se da por reproducido. En él se concedió a la parte actora un plazo de 10 días para que formulase las alegaciones oportunas. El mismo fue notificado por medio de burofax el día 6 de febrero de 2003. La actora en fecha 14 de febrero de 2003 remitió en fecha 6 de febrero de 2003 escrito de alegaciones, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido en el que solicitaba el archivo del expediente, previo recibimiento del mismo a prueba.- 4º9 En fecha 28 de febrero de 2003 por el Consejo Rector de la Cooperativa se acordó el imponer a la actora la sanción de expulsión mediante remisión de burofax recibido en fecha 28 de febrero de 2003, del siguiente tenor literal: "…Estimada Sra: Por la presente se le comunica que con fecha 28 de febrero de 2003, el consejo Rector de "C.A., S.C.G." en sesión celebrada al efecto, ha adoptado, en uso de las facultades que legalmente le corresponden, el siguiente ACUERDO: ÚNICO: por unanimidad DE LOS MIEMBROS QUE INTEGRAN EL Consejo Rector y previos los trámites pertinentes, se acuerda imponer a doña M.I.M.D., la sanción de EXPULSION de la entidad, en virtud de lo establecido en el art. 17.1.A) de los Estatutos de la entidad, por la comisión de diversas falta muy graves, que se especifican posteriormente, en base a los siguientes HECHOS: 1º.- En algunos justificantes de compras realizadas los días trabajados por doña M.I., figura la compra de bienes de consumo que no se utilizan en el centro, como sucede con el justificante de compra de fecha 10 de diciembre de 2002, en el que consta un desodorante, en el de fecha 17 de diciembre de 2002 en el que consta otro desodorante; y en el de fecha 23 de diciembre, donde aparece la adquisición de otro desodorante; y en el de fecha 25 de enero de 2003 en el que consta la compra de dos barras de pan mientras que en la libreta de cuentas usted hizo constar la compra de tres barras de pan. 2.- El día uno de noviembre de 2002, le correspondía el turno de guardia. Ese día, uno de los residentes, llamada C., se puso enfermo, por lo que había que llevarlo a la Residencia. La Dirección del centro, a las nueve de la mañana la llamó a su domicilio para que

acompañase al residente, contestándole que no podía acompañarlo porque tenía una comida familiar, lo que motivó que tuviera que hacerlo la Directora, M.J. A las 13 horas después de mucho insistirle la Sra. M., acompañada de su marido, se personaron en la residencia sanitaria, quedándose a cargo de la paciente. A las 16 horas de la tarde, en el centro se recibe una llamada de la Residencia indicando que la persona que debía estar acompañando se encontraba sola, 3.- El día 13 de noviembre 2002 también le correspondía el turno de guardia y, nuevamente, no pudo ser localizada para acompañar a un residente a la Residencia. Ese día por la noche, su marido llamó por teléfono a M.J. insultándola, 4.- El día 3 de diciembre, estando trabajando M.J. causó baja medica, por lo que se llamó a M.I. para que al día siguiente la sustituyera, a lo que se negó. Ello motivó que su compañera S. tuviera que trabajar, seguidos los días 3 y 4, 6 y 7 de diciembre, hasta que se encontró otra persona que sustituyese a M.J.; 5.- El 20 de diciembre de 2002 una empleada llamó a la Directora del Centro, M.J., comunicándole que no había pañales y que doña M.I., pese a estar trabajando se negó a solucionarle la cuestión; 6.- El 24 de diciembre de 2002, vino el médico del centro y extendió unas recetas para un residente llamado Sra. M. debía haber ido a buscar los medicamentos indicados en las recetas y no lo hizo, lo que ocasionó que tuviera que ir S. al día siguiente; 7.- El día 7 de enero de 2003, doña M.I. y su marido le gritaron a un residente, diciéndole, sin motivo alguno, que lo iban a echar, hecho éste que fue conocido en virtud de una queja formulada a la llamada telefónica del día 20 de enero de 2003, 8.- El día 20 de enero de 2003, el familiar de una residente llamada C., se quejó de que doña M.I. le cobró el importe del taxi que hubo que utilizar para trasladarla a la Residencia, cuando tales gastos son de cuenta de la entidad, 9.- El día 15 de enero de 2003, suscribió sin autorización, un contrato de ingreso en la vivienda comunitaria que tiene la cooperativa, cuando tal competencia corresponde a la Dirección del Centro, 10.- El marido de M.I., que no es empleado de la entidad acompañándola las tardes que le corresponde trabajar, y especialmente durante los dos últimos meses, ha venido interfiriendo en la marcha del centro, impartiendo órdenes a la empleadas, asumiendo, en definitiva la dirección y organización del centro, llegando a cambiar el tratamiento médico prescrito a algún residente, y todo ello, contraviniendo las órdenes expresas de la Dirección; 11.- El día 25 de enero de 2003, se pudo constatar en el centro de una persona llevada unilateralmente por doña M.I. y sin vínculo laboral alguno con la entidad, para ayudarle en sus tareas laborales, 12.- El día 29 de enero de 2003, cuando doña S.A.G. entraba a trabajar, al cruzarse con doña M.I., ésta le dijo, "ahí te quedas zorra"; 13.- Con fecha 3 de enero de 2003, doña M.I.M.D., en las dependencias del centro, que la Cooperativa tiene en la calle Concejo, agredió a la Directora del Centro, doña M.J.P.G., cogiéndola de un brazo y tirando de ella de forma violenta, zarandeándola reiteradamente, causándole lesiones que han incapacitado temporalmente para el trabajo a doña M.J. 14.- El día 3 de febrero de 2003, el vehículo propiedad de doña S.A.G., que estaba aparcado en un plaza de garaje que la cooperativa tiene alquilada en el propio edificio donde radica el centro o vivienda comunitaria que regenta, en la calle …, apareció con múltiples ralladuras, repartidas por diversas partes del vehículo, producidas intencionadamente por doña M.I.M.D. CALIFICACION JURIDICA DE LOS HECHOS: Los hechos consignados en los puntos 1 y 8 son constitutivos de una falta muy grave del art. 16.2.1, letra D.- Los hechos de los números 2, 3, 4, 5, y 6, son constitutivos de una falta muy grave del art. 16.2.1, letra H.- Y los hechos números 12, 13 y 14 son constitutivos de una falta muy grave del art. 16.2.1. letra K de los Estatutos.- Asimismo se acuerda, al amparo de lo establecido en el art. 19 de los Estatutos, SUSPENDER EN SU EMPLEO a doña M.I.M.D.- Notifíquese el presente acuerdo a la interesada, haciéndole saber que desde que el acuerdo de expulsión sea ejecutivo, en virtud de lo que establece el art. 19 de los Estatutos, podrá instarse su revisión ante la Jurisdicción Social….- 5º) En fecha 11 de marzo de 2002 la actora interpuso Recurso ante la Asamblea de la cooperativa que fue remitida por burofax el día 11 de marzo de 2003.- 6º) En fecha 18 de marzo de 2003 el Consejo Rector acordó convocar a los socios de la Cooperativa a Asamblea General Extraordinaria a celebrar en primera convocatoria el 7 de abril de 2003 a las 19 horas y en segunda a las 19,30 horas, con objeto de resolver el citado recurso.. Dicho acuerdo fue notificado a la actora por burofax el 20 de marzo de 2003.- 7º) Reunida la Asamblea en fecha 7 de febrero de 2003, compareciendo doña S.A.G. y doña M.J.P.G. se acordó desestimar íntegramente el recurso interpuesto por la actora. Dicha decisión fue notificada a la actora por burofax en fecha 11 de abril de 2003.- 8º) A) La actora compró con cargo a la Cooperativa demandada, los siguientes productos de

uso personal: El día 20 de noviembre de 2002, un desodorante por valor de 1,89 euros, el día 10 de diciembre de 2002 un alisador de pelo, el día 17 de diciembre de 2002 un desodorante por valor de 1,77 euros, el día 23 de diciembre de 2002 un desodorante, habiendo anotado en la libreta de cuentas de la que era responsable, el importe total de las facturas, los cuales fueron encontrados en la papelera, todos juntos, por una empleada de la cooperativa. En fecha 25 de enero de 2003 compró 2 barras de pan por importe de 0,90 euros, con cargo a la cooperativa, haciendo constar en la libreta de cuentas, en concepto de pan 1,35 euros, siendo encontrado igualmente el ticket de ese día en la papelera con los otros.- B) El día 1 de noviembre de 2002, le correspondía el turno de guardia. Ese día, una de las residentes llamada C., se puso enferma, por lo que había que llevarlo a la Residencia. La Dirección del Centro, a las nueve de la mañana la llamó a su domicilio para que acompañara a la residente, contestando esta que no podía acompañarla porque tenía una comida familiar, lo que motivó que tuviera que hacerlo la Directora M.J. A las 13 horas se personó en la Residencia con su marido marchándose a las 15 horas. A las 16 horas se recibió una llamada en el centro de la Residencia, dando cuenta del estado de la paciente que estaba sola.- C) El día 3 de diciembre de 2002, estando trabajando S., M.J. causó baja por enfermedad, por lo que se llamó a la actora para que la sustituyera, a lo que esta se negó porque era su día de descanso.- D) El día 20 de diciembre de 2002 se agotaron los pañales, estando la actora en el centro, sin que por ella se fueran a comprar, teniendo conocimiento la Directora del Centro doña M.J., al decírselo por teléfono una empleada del centro.- E) El día 24 de diciembre de 2002, vino el médico del centro y extendiendo unas recetas para un residente llamado S., estando S.A.G. en ese momento, que no fue por estar de guardia. El día 25 nadie fue por ellas, al no estar ninguna socia de la cooperativa ese día. El día 26, la actora que prestó servicios ese día, no fue a por ellas. El día 27 S. fue a por ellas.- F) El día 20 de enero de 2003, la actora acompañó a un Residente que hubo que trasladarlo al Complexo Hospitalario de Ourense, y le cobró a un familiar el taxi, quejándose éste a la Dirección.- G) Los contratos de ingreso eran firmados por la socia de la cooperativa que se encontrara en ese momento, firmando la actora uno en fecha 15 de enero de 2003.- H) El marido de la actora en el mes de enero fue por el centro, poniéndose una bata blanca, administrando medicamentos a los enfermos, diciéndole a la empleada doña M.C.C.G. que las quejas se dirigieran a él.- I) El día 25 de enero de 2003 como consecuencia de que la trabajadora que tenía que entrar por la mañana, no pudo ir a trabajar, doña M.J.P.G. le ordenó a doña M.C.C.G. por teléfono que permaneciera en su puesto de trabajo. La actora sin autorización llamó a una amiga para que viniese a ayudarla por la mañana, con lo que M.C. se fue sobre las 11 horas.- 9º) La actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 23 de abril de 2003."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña M.I.M.D. contra la Entidad "C.A., S.C.G.", debo declarar y declaro procedente la sanción de expulsión de doña M.I.M.D. por "C.A., S.C.G." absolviendo a esta de la pretensión ejercitada por la actora contra ella."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 3º), 8º A), 8º H), 8º I), para que se les adicionen los siguientes párrafos, en el TERCERO: "El Consejo Rector no acordó el recibimiento a prueba del expediente solicitado por la actora. El expediente tramitado no contiene ningún documento o práctica de prueba acordada por el instructor, ni los tickets o libretas de cuentas en que se fundan las imputaciones a la actora". Para el ordinal 8º A, se proponen las siguientes adiciones "No consta en el expediente la previa advertencia a la actora de la improcedencia de realizar gastos de productos de higiene personal con cargo ala Cooperativa. En el apunte de la libreta de cuentas de la Cooperativa correspondiente al 25 de enero 2003 no consta la compra de tres barras de pan". Para el ordinal 8º H) se propone la adición de "No consta en el expediente previo requerimiento a la actora para que su marido cesara en los actos señalados en el párrafo

anterior". Para el 8º I) se proponen las siguientes adiciones: " La socia doña M.J.P.G. se encontró en situación de baja médica desde el 03.12.02 al 31.03.03, contratándose en su sustitución a la trabajadora doña M.C.C.G.", y que " Según consta mediante acta notarial a las 12:51 minutos del día 28 de enero de 2003 no se encontraba ninguna persona ajena a la residencia en la misma". En apoyo de las respectivas propuestas se señalan los documentos obrantes en autos a los folios 20, 23, 127 a 152 (HDP 3º), no se cita documento para la propuesta para el HDP 8ºA)., f. 185 vto (8º.A.2ª), f. 127 a 152 (HDP 8H), f. 67 y 242 para HDP 8º.I).

De conformidad con la doctrina contenida en la STS de 25.03.98 (Sala de lo Social), la revisión de hechos probados requiere los siguientes requisitos: 1º. Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º. 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. 3º. Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. Dicha doctrina, aplicada al presente supuesto implica que los motivos de referencia no cumplen con estos requisitos, y no encuentran apoyo en documento, con eficacia probatoria y con posibilidad de variar el significado del fallo, de donde derive el error imputado al Juzgador de instancia, que configuró los hechos probados, conforme las facultades que le otorga el art. 97.2 LPL, y, atendiendo, al conjunto de prueba practicada, entre la que se encuentra la documental invocada por el recurrente así como su propia confesión y la testifical practicada en acto de juicio, conclusión a la que llegamos por cuanto no cabe que acceda al relato fáctico expresiones negativas de ausencia de un hecho – se proscriben los hechos negativos (propuestas primera a tercera y quinta) -, igualmente los mandatos generales y los hechos que no son objeto de debate no tienen por que obrar en el relato fáctico por muy ciertos que fueren (propuesta sexta), ni caben proposiciones que no resultan del documento que se invoca, sino que constituyen la apreciación de la parte en la valoración de tal documento (propuesta séptima), ni caben modificaciones que carezcan de sustrato documental oportunamente invocado (propuesta tercera), en consecuencia, se mantiene la versión judicial del relato histórico.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia diversas y varias infracciones normativas: A) En primer lugar, la infracción por inaplicación de art. art. 24 CE, alegando infracción de garantías en la tramitación del expediente social de expulsión, que vulnera sus derechos fundamentales, recusando a la instructora y secretaria del expediente (art. 28.1.c LRJAP y PAC), por parcialidad al ser parte interesada y por no recibirse a prueba dicho expediente, así como por falta de fundamentación de la resolución sancionadora (art. 108. Ley de cooperativas de Galicia). B) Infracción de los principios generales del derecho de cooperativas, con infracción de los arts. 1.1 y 1.3 Código civil, en relación con los arts. 36.7 de la LCOG argumentando que la actora no ha obtenido la garantía de imparcialidad del instructor, al tiempo que no se le ha permitido probar las alegaciones efectuadas en el expediente. C) Infracción de lo establecido en los arts. 105 LPL, por entender vulnerado el principio acusatorio y de la carga de la prueba, y ello con fundamento en la valoración que efectúa de la prueba practicada en autos. D) Infracción el concepto de buen a fe y abuso de confianza definidos en el art. 16 de los Estatutos sociales, razonando que tal principio no tiene la misma extensión en un socio cooperativista que en una relación laboral ordinaria, pues el socio cooperativista actúa, además de trabajador como auto empleador, por lo que dispone de facultades superiores a aquel. E) Infracción de la doctrina de los actos tolerados, definida por STS 19.09.86, argumentando que si efectúo compras de bienes de aseo personal de forma reiterada sin advertencia alguna no puede unirse tal hecho a otros para configurar un despido. F) Infracción de los principios de personalidad de las penas, culpabilidad de las infracciones y proporcionalidad de las sanciones; por último argumenta que como los estatutos sociales no prevén la expulsión improcedente, que la decisión debe considerarse, por contraria a la ley y a los estatutos sociales, como nula.

La solución de los distintos motivos de recurso exige partir de los siguientes datos: 1.- Que la demandada es una cooperativa de trabajo asociado constituida por tres socias trabajadoras, entre ellas la actora quien no forma parte del Consejo Rector; 2.- Que el consejo rector acordó iniciar expediente disciplinario a la actora por faltas muy graves, nombrándose instructor y secretario del expediente, respectivamente, a la presidenta y secretaria del con-

sejo rector, quienes notificaron a la actora un pliego de cargos dándole el plazo de diez días hábiles para efectuar alegaciones al mismo, pliego ampliado posteriormente ampliando igualmente el plazo para las alegaciones; 3.- que la actora presentó el oportuno pliego de alegaciones; 4,- Por escrito de 28.02.03 el consejo rector acordó la expulsión de la actora, emitiendo el oportuno pliego de infracciones; 5.- La actora acudió a la Asamblea General con el oportuno recurso y convocada dicha asamblea, habiendo sido citada la actora que no compareció, siendo el único motivo de la misma el recurso de la actora, en dicho acto se desestimó, su recurso por lo que planteo la demanda rectora de los autos. A la vista de los anteriores datos no cabe mas que desestimar los motivos de recurso dirigidos a poner de manifiesto presuntas vulneraciones de derechos fundamentales, pues no cabe olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías procesales no es extrapolable al procedimiento administrativo, ni los mecanismos procedimentales de la administración son aplicables in mas dentro de las relaciones empresa trabajador, relación aquí enjuiciada por mas que la actora, además de trabajadora sea socia de la empleadora, pues no cabe duda que los intereses de la Sociedad Cooperativa, se hallan representados por el Consejo Rector de la misma y la situación personal de este y sus facultades no pueden verse reducidas por el hecho de ser victimas de las infracciones que imputan a la actora, el ejercicio del poder disciplinario implica por si mismo una situación de desigualdad o dependencia entre las partes en tanto en cuanto una de ellas decide sobre la otra, es la garantía de poder someter tal conducta al conocimiento de los tribunales lo que constituye su derecho a la tutela judicial efectiva, y es aquí donde el principio de imparcialidad del Juez, de igualdad procesal de las partes han de ser mantenidos, por ello y a la vista de que la demandada ha actuado a través de su consejo rector, ejercitando las funciones que tiene encomendadas, tramitando el oportuno expediente, cuya única formalidad exigible ex art. 15 de los estatutos sociales que exigen, expediente y audiencia al interesado remitiendo al art. 25.3 de la LCoG 5/98 según el cual "Los estatutos establecerán los procedimientos sancionadores y los recursos que procedan, respetando las siguientes normas: a) La facultad sancionadora es competencia indelegable del órgano de administración. b) En todos los supuestos deberá instruirse expediente al efecto y será preceptiva la audiencia del interesado, que podrá formalizar sus alegaciones por escrito. c) En los supuestos de sanción, y sin perjuicio del carácter ejecutivo del acuerdo del órgano de administración, el socio podrá recurrir en el plazo de treinta días desde su notificación ante el Comité de Recursos o, en su defecto, ante la Asamblea general. El recurso ante la Asamblea general deberá incluirse como primer punto del orden del día de la primera que se realice, y se resolverá mediante votación secreta, con audiencia previa del interesado, pudiendo formalizarse ésta mediante sus alegaciones por escrito", y de tales exigencias normativas, ninguna ha sido incumplida pues se le notificó por escrito el pliego de cargos, se le dio audiencia por diez días, efectuó la actora las alegaciones que tuvo por conveniente y se dictó la resolución oportuna, que es lo impugnado, por ello ningún defecto existe en el expediente que produzca indefensión transmisible al procedimiento judicial, por lo que el motivo se desestima. Por su parte el art. 108 de la LCoG 8/98 determina que "1. Las faltas y sanciones derivadas de la actividad de la prestación de trabajo deberán estar tipificadas estatutariamente, al menos las que tengan carácter de muy graves y graves.....2. La competencia sancionadora, que es indelegable, corresponde al Consejo Rector de la cooperativa. 3. El socio trabajador sólo podrá ser sancionado mediante la incoación del oportuno expediente sancionador, respetándose en todo caso su previa audiencia en todas las instancias resolutorias", precepto igualmente respetado en toda su extensión por la parte demandada, sin que exista en los Estatutos norma alguna que exija alguna particular actuación por parte de la Cooperativa que haya sido omitida, pues ni existe un derecho a recusar al instructor del expediente ni es extrapolable, la incompatibilidad de miembros en el Consejo rector unidos entre sí con vínculos de parentesco, al nombramiento de instructor, ni existe un derecho a que se practique prueba alguna en la tramitación del mismo ni siquiera a que se le exhiban las pruebas de cargo de que disponga el empleador, quien cumple con notificar los hechos que motivan su decisión de despedir.

TERCERO.- En cuanto a las denuncias relativas a la carga de la prueba, la parte recurrente lo que pretende es que los hechos que el juzgador de instancia declara probados en el ordinal octavo, particularmente los apartados A-H-I, reciban una valoración distinta y mas benévola, poniendo en tela de juicio la aceptación de probados de dichos hechos, siendo así que, el Juzgador de instancia explicita los

medios de prueba que sustentan dicho ordinal, referenciando en particular la propia confesión de la actora, la documental aportada a los autos y la testifical rendida, no cabe obviar el contenido de tales hechos de los que, en resumen, resulta: a) que la actora utilizó fondos de la demandada para la adquisición de productos de uso personal; b) que el marido de la actora acudió al centro de trabajo y administró medicamentos a los enfermos y dando ordenes a la empleada allí existente; c) que la actora solicitó de una amiga que le ayudara en la realización de su trabajo. Tales hechos han de ser calificados, de conformidad con el art.16.1.d) y g) de faltas muy graves usurpación de funciones del consejo rector, así como fraude y deslealtad en el desempeño de las tareas habituales, pues la primera la comete cuando – sin que acredite autorización expresa o tácita alguna -, lleva al centro de trabajo para prestar servicios, primero a su esposo y posteriormente a una amiga, con la consiguiente vulneración de normas de derecho de trabajo y peligro de configuración de relaciones de trabajo innecesarias con cargo a la empresa, lo que constituye un claro exceso de facultadse, igualmente constituye deslealtad y quebrantamiento de la buena fe contractual el hecho de utilizar el dinero de la empresa para usos propios, sin que exista pacto expreso o admisión empresarial tácita que ampare tal conducta de la demandante, siendo reiterada la doctrina que, al respecto, dispone: "La buena fe es consustancial al contrato de trabajo y se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1986 [RJ 1986\312], 22 de mayo de 1986 [RJ 1986\2609] y 26 de enero de 1987 [RJ 1987\130]), siendo la esencia del incumplimiento no el daño causado, sino el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, y en la materia de pérdida de confianza no debe establecer graduación alguna (SSTS 19 de enero de 1987 [RJ 1987\67], 9 de mayo de 1988 [RJ 1988\3.579] y 5 de julio de 1988 [RJ 1988\5.762]), 29 de noviembre de 1985 [RJ 1985\5.886] y 16 de julio de 1982 [RJ 1982\4.633] y STSJ Andalucía/Málaga 18 de abril de 1994 [AS 1994\1.676]), entre otras, por lo que la apropiación de dichas cantidades por sí sola sería suficiente para declarar la procedencia de la decisión patronal, y sin que el principio de personalidad de la pena permita alterar la calificación de la conducta de la actora en relación con la actuación del esposo pues este, se declara probado, acude al centro de trabajo por llevarlo la actora, por ello la decisión de admitirlo en el centro de trabajo es lo que se sanciona y fue personal de la recurrente. Todo lo expuesto, unido a la relación de hechos imputados y declarados probados, lleva a la desestimación del recurso y confirmación integra de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.I.M.D. contra la sentencia dictada el 20.06.03 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Ourense en autos Nº 304-2003 sobre EXPULSIÓN SOCIO COOPERATIVISTA contra "C.A., S.C.G." resolución que se mantiene en su integridad.

3755 Recurso núm. 5.481/03

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN LABORAL PARA COÑECER DO ASUNTO, DADA A EXISTENCIA DE VERDADEIRO CONTRATO DE TRABALLO ENTRE AS PARTES, PERO NON DE CONTRATO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a uno de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.481/03 interpuesto por el MINISTERIO DE DEFENSA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.O.B.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el MINISTERIO DE DEFENSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 69/03 sentencia con fecha doce de junio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

"PRIMERO.- La demandante doña M.O.B.G., ha venido prestando servicios para el Ministerio de Defensa, con destino en Zona Marítima del Cantábrico, Escuela Antonio Escaño de la Armada en Ferrol, con una antigüedad de 14.03.95, siendo el tiempo de prestación efectiva de servicios de 53 meses, hasta 19.12.02, ocupando la categoría profesional de titulada superior, profesora de idiomas, y percibiendo un salario mensual, incluida prorrata de pagas extras de 1.461,66 euros. SEGUNDO.- Las relaciones jurídicas de la demandante con el Ministerio de Defensa se articularon mediante sucesivos contratos anuales de naturaleza administrativa, figurando la demandante de alta en el RETA y cobrando por día de clase impartido mediante factura anual global al finalizar el curso, para impartir clases de inglés en la Escuela de la Armada Antonio Escaño para los cursos anuales de acceso a la Escala de Oficiales del Cuerpo Especialistas, Diplomados Universitarios, de acceso a la Escala de Suboficiales del Cuerpo de Especialista, Técnicos superiores y para el curso de capacitación y ascenso a la categoría de Cabo 1º MPTM, con la titulación de FP1, realizando una jornada de Lunes a Viernes de 9 a 13 horas y estando sometida al programa de estudios de dicha Escuela. TERCERO.- La demandante suscribió los siguientes contratos administrativos con el Ministerio de Defensa:

CONTRATO	OBJETO	FECHA INICIO	FECHA FIN
Administrativo	Cursos de actualización o perfeccionamiento	14.03.95 23.11.95	19.05.95 31.12.95
	Curso Ascenso Cabo 1º - 290 horas	08.01.96	31.07.96
	Curso ESEPA- 290 horas	01.09.96	31.12.96
	Curso Ascenso Cabo 1º- 80 horas	01.09.97	31.12.97
	Curso acceso Escala Básica Especialistas	01.09.97	31.12.97
	Curso ESEPA	01.03.98	31.12.98
	Curso ESEPA- 675 horas	01.09.98	31.12.98
	Curso Ascenso Cabo 1º y Curso Acceso Escala Básica 760 horas	01.03.99	31.12.99
	Curso ESEPA – 675 horas	01.03.99	31.12.99
	Curso Empresas ajenas a la Armada – 450 horas	01.06.00	31.12.00
	Curso ascenso a Cabo 1º y Fase	01.03.01	31.12.01
	formación específica- 1.075 horas		
	Clase de inglés. Sargentos alumnos, Cabo 1º, Cabo y Básicos de MPTM – 300 horas	02.04.02	31.07.02
	Cursos de Inglés de perfeccionamiento - 500 horas	02.09.02	20.12.02

CUARTO.- En fecha 27 de marzo de 2002 el Ministerio de Defensa dictó resolución del tenor literal siguiente: De acuerdo con las facultades que me concede el R.D. 1.437/2001 de 21 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios, contratos y acuerdos técnicos en el ámbito del Ministerio de Defensa y en concordancia con el art. 200 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tengo a bien designar a doña M.O.B.G. con D.N.I. núm. … para impartir las clases correspondientes al expediente que a continuación se indica: Objeto de contrato: clases Inglés del 02.04.02 al 31.07.02 por un tiempo máximo de 300 horas para los cursos de sargentos alumnos (SEXTO.-), cabos 1º, cabos y básicos de MPTM. Unidad: E.E.F. "A.E.". Importe: 5.769 euros (19,23 euros/hora). Calificación del Contrato: Menor de Asistencia. En el plazo de 15 días desde la recepción de esta notificación deberá aportar a la Jefatura de Estudios de la unidad especificada la siguiente documentación: Declaración censal (037) Actividad Profesional, actualizada. IAE según actividad. Certificado Tesorería Seguridad Social Régimen Especial Trabajador Autónomo. El pago se efectuará en liquidaciones mensuales, previa presentación de factura que será conformada por la jefatura de Estudios de la Unidad para su presentación en Intendencia de la Zona Marítima de Cantábrico, para su abono por la Dirección General del Tesoro mediante una transferencia a su cuenta bancaria. QUINTO.- El Ministerio de Defensa dictó resolución en fecha 26.06.02, del tenor literal siguiente: De acuerdo con las facultades que me concede el R.D. 1.437/2001 de 21 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios, contratos y acuerdos técnicos en el ámbito del Ministerio de Defensa y en concordancia con el Art. 200 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tengo a bien designar a doña

M.O.B.G. con D.N.I. núm. … para impartir clases correspondientes al expediente que a continuación se indica: Objeto de Contrato: Clases Inglés del 02.09.02 al 20.12.02 por un tiempo máximo de 500 horas para los Cursos de Formación y Perfeccionamiento. Unidad: E.E.F. "A.E.". Importe: 9.615 euros (19,23 euros/hora). Calificación del Contrato: Menor de asistencia. El pago se efectuará en liquidaciones mensuales, previa presentación de factura que será conformada por la jefatura de Estudios de la Unidad para su presentación en Intendencia de la Zona Marítima del Cantábrico, para su abono por la Dirección General del Tesoro mediante una transferencia a su cuenta bancaria. SEXTO.- La demandante realiza el horario de trabajo previamente fijado por el Ministerio de Defensa, así como el programa de la asignatura que imparte, libros obligatorios y recomendados y el sistema de evaluación y calificaciones. SÉPTIMO.- La demandante ha impartido en la Escuela Antonio Escaño de la Armada clases de Inglés en el periodo 1995-2002, para los siguientes cursos: 1.- Curso de acceso de la Escala de Oficiales del Cuerpo de Especialistas, con 70 alumnos anuales. 2.- Curso de acceso a la Escala de Suboficiales del cuerpo de Especialistas, con 283 alumnos anuales. 3.- Curso de capacitación para el ascenso a Cabo 1º , con 915 alumnos anuales. 4.- Curso de formación general Militar de acceso a Militar de Tropa y Marinería. OCTAVO.- La demandante causó baja médica por I.T. en fecha 03.09.02, siendo el diagnóstico ingreso hospital por maternidad, haciéndose constar por el Servicio de Ginecología del CHA Marcide de Ferrol en el informe clínico del alta de fecha 04.09.02 lo siguiente: Enfermedad actual: Gestante en el curso de la 9 semanas con metrorrágias de larga evolución. Exploraciones: Buen estado general con abdomen sin masas. Genitales externos, vagina y cuello sin interés a excepción del sangrado. Útero gestante y correspondiente con amenorrea. Anexos normales. Analítica de sangre normal. Ecografía obstétrica: Feto único con latidos y movimientos positivos. Imagen de 35 x 94 mm correspondiente a hematoma retrocorial. Juicio diagnóstico: Amenaza de aborto por hematoma retrocorial. Indicaciones al alta: Reposo absoluto en cama hasta el próximo control ecográfico el día que se indica en la tarjeta adjunta. 09.09.02 presenta el hematoma retrocorial, sigue controlado en alto riesgo, debe seguir reposo absoluto. NOVENO.- El C.H.A. Marcide Novoa Santos emitió nuevos informes médicos en fecha 23.09.02 que señala lo siguiente: Paciente en la trece semana de gestación con gran hematoma retrocorial, debe guardar reposo absoluto. Así mismo el C.H.A. Marcide emitió en fecha 02.10.02 informe clínico del alta del tenor literal siguiente: Motivo del ingreso: Amenaza de aborto. Enfermedad actual: abdomen blando, depresible, no dolorosa la palpación, no signos de irritación peritoneal. Genitales externos normales. Vagina con sangre antigua. Cuello cerrado. Útero como gestación de 14 semanas, blando. Anejos sin masas. Ecografía: Latido positivo. Movimientos positivos. DBP 29. Placenta regular. Hematoma prácticamente organizado. Anejos normales. El día 02.10.02 alta con buen estado general. Indicaciones al alta: Reposo en casa. Vendrá el 07.10.02 a repetir ecografía. DÉCIMO.- La demandante causó alta médica en fecha 22.11.02, siendo el motivo de la misma mejoría que le permite realizar el trabajo habitual, emitiéndose certificación de maternidad por el SERGAS en fecha 24.02.03 en el que señala como fecha probable del parto la 10-3-03, solicitando la demandante prestaciones de maternidad 03.03.03, dictándose resolución por el I.N.S.S. en fecha 24.02.03 reconociendo subsidio por maternidad hasta 15.06.03. UNDÉCIMO.- La demandante, fue parte en los autos de juicio número 691/01, seguidos ante el Juzgado de lo Social nº Dos de Ferrol, contra el Ministerio de Defensa, en reclamación sobre Derechos, en cuyo suplico se solicitaba la declaración del derecho de la demandante y otra compañera, M.B.G., de ostentar la condición de trabajadoras vinculadas por contrato por tiempo indefinido, en el centro de trabajo de la escuela A.E., de la Armada de Ferrol, Zona Marítima del Cantábrico, Ministerio de Defensa, y se proceda a ser dada de alta en el Régimen General de la S.S., desde 04.09.95 hasta 05.10.98, respectivamente, condenando al Ministerio de Defensa, a estar y pasar por tal declaración. El citado Juzgado citó sentencia en fecha 18.03.02, en cuyos hechos probados segundo, cuarto, quinto y sexto se hace constar lo siguiente: H.P. 2º.- La actora doña M.O.B.G. fue contratada por impartir curso de formación profesional y promoción educativa para tropa y marinería concretamente desde el 01.9.95 ha impartido docencia en Curso de Acceso a la Escala de Oficiales del Cuerpo de Especialistas, Curso de Acceso a la Escala de Suboficiales del Cuerpo de Especialistas y Curso de capacitación y Ascenso a Cabo 1º (MPTM). Que existe Estudios sobre métodos y Textos de enseñanza del idioma Inglés y programa que se propone para la enseñanza de dicho idioma en los cursos de marinería, cabo, cabo primero y suboficial remitido por la

Dirección de Enseñanza Naval a las diferentes Escuelas de la Armada para su implantación en los Planes de Estudios del personal de marinería y tropa profesional significando que los niveles a alcanzar y las horas lectivas son inalterables y sólo se podrán cambiar cuando la experiencia lo aconseje. HECHO PROBADO 4º.- Las actoras no tienen un horario fijo como el resto de profesores con contrato laboral indefinido del Centro de trabajo sino que sólo acuden al Centro cuando tiene clase o no acuden el día que no tienen actividad de acuerdo con el Plan de Estudios del Centro. La formación mensual se elabora en base al número de horas impartidas. H.P. 5º.- Las actoras han estado dadas de alta en el R.E.T.A. y en I.A.E./ H.P. 6º.- Las demandantes han agotado la vía administrativa. Así mismo en el F.D. 3º se hace constar lo siguiente: En el supuesto de autos de la prueba practicada en el acto del juicio oral se acreditó que dentro del Centro de trabajo donde prestan sus servicios las actoras existe personal contratado laboralmente con contrato indefinido y que deben cumplir un horario concreto que es de 7,30 a 15 horas. Que por el contrario las actoras sólo acuden al Centro cuando deben impartir sus clases y de hecho son contratadas y autorizada su contratación anualmente en función de una carga lectiva anual previamente determinadaza y que en el año 2001 alcanzó las 750 horas. Que el hecho de que las actoras presten sus servicios como profesoras siguiendo un programa de la asignatura que importen, los libros obligatorios y recomendados y el sistema de calificación y evaluaciones previamente fijado por la Administración demandada no es suficiente para convertir su relación en laboral pues evidentemente y en base a la naturaleza del personal al que se dirige, personal militar profesional, tratándose de Cursos de Acceso a la Escala de Oficiales del Cuerpo de Especialista, Cursos de Acceso a la Escala de Suboficiales del Cuerpo de Especialista y Cursos de capacitación y Ascenso a Cabo 1º (MPTM) la Dirección de Enseñanza Naval establece o fijar en las diferentes Escuelas de la Armada los niveles a alcanzar, las horas lectivas, etc. Por ello forma parte de toda actividad docente y más en este caso al tratarse de personal militar profesional; que además y en correspondencia al hecho de que su contratación es autorizada en función de una carga lectiva que se cifra anualmente en horas son retribuidas a medio de facturación de las horas impartidas. Por lo tanto de la pruebas practicada no cabe concluir que concurren en dicha relación las notas propias de una relación laboral cuando además existe norma legal que confiere expresamente a dicha contratación el carácter de administrativo. Fallo. Que, desestimando la demanda formulada por doña M.O.B.G. y doña M.B.G. debo absolver y absuelvo al Ministerio de Defensa de las pretensiones de las actoras. Dicha sentencia se encuentra recurrida en suplicación, pendiente de resolución ante la Seguridad Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. DUODÉCIMO.- En fecha 19.12.02 el Director de la Escuela Antonio de Escaño comunicó verbalmente a la actora su cese con efectos del día 20.12.02, por terminación del contrato administrativo suscrito. DÉCIMO TERCERO.- la demandante figura de alta en el RETA, tramitó su baja médica en dicho régimen y figura de alta en IAE y percibe remuneración contra facturas por hora de clase impartida a razón de 19,23 euros mensuales. DÉCIMO CUARTO.- La demandante formuló la correspondiente reclamación administrativa previa en fecha 02.01.03, la cual fue desestimada por silencio administrativo".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: 1.- Que debo estimar y estimo en parte la excepción de litispendencia, en relación al período de prestación de servicios 04.09.95, hasta 05.10.98, por las razones expuestas en el Fundamentos de derecho segundo de la presente resolución. 2.- Que debo desestimar y desestimo la excepción de falta de jurisdicción por razón de la materia por las razones expuestas en los Fundamentos de derecho 3º y 4º de la presente resolución. 3.- Que estimando en parte la demanda deducida por doña M.O.B.G., contra el MINISTERIO DE DEFENSA, en reclamación sobre Despido, debo declarar y declaro que la actora es personal laboral fijo de carácter discontinuo en temporada irregular, asimismo, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial verbal de fecha 19.12.02, constituye un despido que debe ser calificado como improcedente, condenando al MINISTERIO DE DEFENSA a que opte en el plazo de cinco días y de forma expresa ante este Juzgado entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo, con derecho a ser llamada para los cursos de formación en el año 2003 o la indemnización por importe de 5.481 euros o 911.962 ptas con abono cualquiera que sea el sentido de la opción, de los salarios de tramitación, causados entre 19.12.02 hasta 20.12.02, por importe de 48,72 euros, haciendo saber a la parte demandada, que en caso de no realizar la

opción en el término y forma señalados, se entenderá que opta por la readmisión".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sentencia de instancia, estima la demanda formulada por la actora y, entre otros extremos, declara que la decisión extintiva empresarial verbal de fecha 19 de diciembre de 2002, constituye un despido que debe ser calificado como improcedente; y frente a dicha resolución, se alza en suplicación el Sr. Abogado del Estado en la representación legal que ostenta del MINISTERIO DE DEFENSA, articulando un único motivo de recurso, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, que tiene por exclusivo objeto que se declare la incompetencia, por razón de la materia, de este orden jurisdiccional social para conocer de la demanda planteada por la actora, denunciando infracción de los artículos 5.2.a), del artículo 196.1º y 2º b) 4ª y 201 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en relación con los artículos 1 y 2.a) de la Ley de Procedimiento laboral (indebidamente aplicados) y con el (inaplicado) artículo 2.b) de la Ley 29/1998,de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se argumenta por la indicada representación, en esencia, que la naturaleza y contenido del servicio prestado no determinan su calificación como relación laboral si existe una norma con rango de Ley que la adscribe al área de la contratación administrativa con exclusión de la laboral. Y que la Administración cuenta con Ley que la habilita para concertar en régimen de contratación administrativa la actividad docente prestada por personas físicas en centros del sector público para la formación o perfeccionamiento del personal que está a su servicio, transcribiendo a continuación los artículos 196.1º y 2º b) y 200 del TRLCAP, de 16 de junio de 2000, señalando que dichos preceptos contemplan de manera expresa dos tipos de actividades de formación, y que ambas son consideradas como contratos administrativos: a).- las que se imparten en el ámbito de cursos de formación continuados; y, b).- las que se imparten puntualmente a través de seminarios, coloquios o mesas redondas, por lo que a la vista de la citada normativa y de las circunstancias concurrentes en la contratación de la actora, la conclusión no puede ser otra que la de negar el carácter laboral de tal contrato administrativo, añadiendo que con la nueva normativa el legislador permite esta clase de contratos administrativos superando las dificultades administrativas que había generado la anterior legislación. Concluye afirmando que la actora fue contratada al amparo de lo establecido en el artículo 200 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y por tanto sin sujeción a las normas de publicidad, sin tener que superar los procedimientos de selección que deben desarrollarse para acceder a un puesto de trabajo del sector público.

SEGUNDO.- Partiendo del incombatido relato fáctico de la sentencia recurrida, cabe destacar a los fines discutidos en la presente "litis", que la actora, licenciada en filología inglesa, ha venido prestando servicios como profesora de inglés, para el Ministerio de Defensa, con destino en la Zona Marítima del Cantábrico, en la Escuela Antonio Escaño de la Armada en Ferrol, impartiendo clases del indicado idioma al personal de tropa y marinería, mediante contratos administrativos, con autorización administrativa y visados por la Intervención del Ministerio de Defensa, y con cargo a los presupuestos del mismo, impartiendo cursos de inglés en periodos concretos comprendidos entre el 14 de marzo de 1995 al 30 de diciembre de 2002. Los periodos para los que fue contratada la actora se especifican en el hecho probado segundo, siendo los dos últimos el suscrito por la demandante al amparo del artículo 200 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en fecha 27 de marzo de 2002 hasta el 31 de julio de 2002, con una duración de cuatro meses, y un último contrato de igual naturaleza suscrito en fecha 02.09.02 hasta el 20 de diciembre de 2002. La demandante se halla de alta en el RETA y en el IAE, percibiendo una remuneración mensual en función de las horas de clase impartidas a razón de 19,23 euros/hora en el último curso impartido, retribución que le era abonada previas liquidaciones mensuales por medio de transferencia a la cuenta corriente de la actora. Los cursos que impartió iban destinados a la formación y perfeccionamiento en la materia de inglés del personal militar profesional (tropa y marinería) al servicio de la Armada.

TERCERO.- Pese al extenso y razonado recurso del Organismo recurrente, la Sala acoge el criterio mantenido por este Tribunal en la Sentencia de 6 de junio de 2003 (Rec. 4.884/02), en un caso sustancialmente igual al presente, también referente a una profesora de inglés, con un contrato similar al de la demandante, y que impartía enseñanzas de inglés en la Escuela Naval de La Graña- ESENGRA también para el personal de tropa y marinería de la Armada, en dicha sentencia se llega a la consideración de que nos encontramos ante una relación de carácter laboral habida cuenta de que, en síntesis, el objeto de la prestación no consistía en el desarrollo de trabajos específicos de carácter no habitual, sino que se trataba de impartir clases de lengua inglesa al personal de marinería y tropa profesional de la ESENGRA, -en este caso de la Escuela A.E.- durante los períodos reseñados, con horario determinado y percibiendo la oportuna contraprestación salarial, siendo de recordar que, como ya tuvo oportunidad de expresar esta propia Sala en anteriores ocasiones, por todas la Sentencia de 30.05.01, en la que se invocan las del Tribunal Supremo de 03.06.99, 21.01.99 y 29.09.99, que es competente el orden social para conocer de las irregularidades de la contratación administrativa para realización de trabajos específicos, concretos y no habituales, quedando condicionada la procedencia de tal contratación a la concurrencia de los presupuestos que la habilitan, exigencia que no se cumple cuando la actividad efectivamente realizada ha sido prestación de servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y dependencia", así como que "la procedencia de la contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, lo que exige que se trate de un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma", señalando, asimismo, la antes citada resolución de esta Sala que "la mera apariencia formal de contratación administrativa no puede alterar la verdadera relación existente entre las partes", de manera que, en atención a lo expuesto, deviene procedente afirmar el carácter laboral de la relación existente entre las partes en litigio, y, en consecuencia, declarar competente este orden jurisdiccional social para conocer de la relación mantenida entre las partes litigantes, procediendo la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto al único extremo combatido (el de la competencia jurisdiccional, por razón de la materia). En consecuencia:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del MINISTERIO DE DEFENSA, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, de fecha 12 de junio de 2003, en autos nº 69/03, seguidos a instancia de la actora doña M.O.B.G., frente al Ministerio recurrente, confirmamos la sentencia recurrida en el único punto combatido, sobre la competencia de este orden jurisdiccional social para conocer, por razón de la materia, de la pretensión ejercitada sobre reclamación por despido.

3756 **Recurso núm. 5.600/03**

S.S. DESPEDIMENTO NULO, AO SER DECRETADO UNICAMENTE POR CUMPRIR O TRABALLADOR A IDADE DE 65 ANOS, NON EXISTINDO NORMA CONVENCIONAL LEXÍTIMA QUE PUIDESE AMPARAR A EXTINCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a uno de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.600/2003 interpuesto por "A.E., S.A." 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 don A.O.M. en reclamación de Despido siendo demandado "A.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 429/03 sentencia con fecha 11 de julio de 2003 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El demandante enjutos don A.O.M., mayor de edad, con 65 años cumplidos el 27.12.01 y DNI nº …, vino prestando servicios para la patronal demandada "A.E., S.A.", Son centro de trabajo en … (Lugo), desde el 01.06.65, con la categoría profesional de ingeniero, nivel 14 H, comprendido dentro de la "Función Directiva, con una retribución bruta mensual de 5.204,05 € incluida la P.P. de Pagas Extras, equivalente a 173,47 € día a efectos de indemnización. No ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores. La empresa se dedica a la producción/fabricación de aluminio; un ejemplar del 12º convenio colectivo de empresa 2000-2004 obra en autos y se da aquí por reproducido.- 2º) El 27.03.03 recibió comunicación empresarial escrita de la misma fecha, cursada por correo electrónico, del tenor siguiente: "Según nuestra conversación reciente sirva éste para confirmar tu pase a la jubilación con fecha 30 del presente mes de marzo. Te reitero nuestra absoluta disponibilidad y la mía en concreto para ayudarte a preparar cuanta documentación te sea necesaria para la percepción de la pensión de la SS…".- 3º) Reúne los requisitos para acceder a la pensión pública de jubilación.- 4º) El 15.03.03 presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC de Lugo, celebrándose con fecha 30.03.03 el preceptivo acto de conciliación administrativa previa a la vía judicial social, concluyendo "sin avenencia".- 5º) El 07.05.03 se presentó demanda, siendo repartida por turno a este Juzgado de lo Social con fecha de entrada de 13.05.03.- 6º) El demandante quedaba excluido de las disposiciones del Convenio Colectivo a todos los efectos (art. 4º, contemplándose expresamente en el art. 7º que los PP.TT. denominados de "Función Directiva" no quedaban afectados por el contrato de relevo.- 7º) La omisión de Interpretación y vigilancia en Acta de 06.03.03 llega al acuerdo, ante el vacío existente en lo referente a la edad máxima de jubilación, relativo a que ésta lo sea la de 65 años, sin excepciones de ningún tipo.- 8º) El Jefe del Servicio General de Recurso Humanos, (don E.M.G.) remitió el 11.06.03 a la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, Delegación de Lugo, Acta de la Comisión Negociadora del 12º Convenio Colectivo de la empresa de modificación de los arts. 4 y 7 del mismo, para su registro y depósito. Se da aquí por reproducida el Acta de la Comisión Negociadora de 29.05.03, obrante en el ramo de prueba de la parte demandada.- 9º) El 31.03.03 (lunes) trató de incorporarse el actor a su PT habitual, lo que le fue impedido."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda deducida sobre Despido por don A.O.M., contra la empresa "A.E., S.A.", debo declarar y declaro aquél nulo, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión del demandante en su PT, en las condiciones que regían anteriormente, con el bono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (30.03.03) hasta la de la efectiva readmisión, a razón de 173,47 € diarios de sueldo, que ascienden hasta la fecha de la presente resolución incluida (104 días) a la cantidad de DIECIOCHO MIL CUARENTA EUROS CON OCHENTA Y OCHO CENTIMOS DE EURO (18.040,88 €)."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estima la demanda interpuesta por el actor, declara nulo su despido, y condena a la empresa a la inmediata readmisión de aquél, en las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión a razón de 137,47 euros diarios, que ascendía hasta la fecha de la sentencia incluida (104 días) a la cantidad de 18.040,88 euros. Decisión judicial, que es recurrida por la empresa, al objeto que se revoque la sentencia y se desestime la demanda, por entender que la relación laboral se había extinguido, no por despido, sino por jubilación del trabajador, pretendiendo como primer motivo de recurso la revisión de los hechos declarados probados y en concreto el ordinal sexto, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "El demandante, en la redacción inicial del convenio quedaba excluido de la aplicación del mismo al ser personal de los denominados de función directiva. En fecha 29 de mayo de 2003 se reúne la comisión negociadora del XII Convenio Colectivo de la empresa para elevar la modificación del ámbito funcional del Convenio, artículo 4 en el sentido

de excluir del ámbito de aplicación del Convenio al denominado personal de función directiva, con excepción de los dispuesto en el artículo 7.2 (jubilación obligatoria) que si les es de aplicación. Asimismo se modifica el artículo 7 y en lo que aquí interesa el apartado 2 que expresamente establece que la edad máxima de jubilación en la empresa será la de sesenta y cinco". Modificación que se acepta, al estar acreditada por la documental, (folios 16 y siguientes de los autos), y ser trascendente a los efectos de la resolución de la litis. Interesa igualmente la adición de un nuevo ordinal, el sexto bis, del tenor literal siguiente. "El Comité de empresa está formado por 23 miembros. Las cuatro personas que firmaron el acuerdo de 29 de mayo por la parte social a que se hace referencia en el hecho anterior son miembros del Comité de empresa". Adición que se acepta, al estar acreditada por la documental (folios 94 y 95 de los autos). Se interesa igualmente, la revisión del ordinal séptimo, en el sentido de modificar el inicio para introducir la palabra "previamente". Modificación que se rechaza, al ser irrelevante, dado que no contradice el ordinal que se trata de modificar; y en último término se interesa la modificación del ordinal octavo, en el sentido de que se adicione un párrafo (por error, se dice, se modifique) del tenor literal siguiente: "En fecha 29 de mayo de 2003 la Comisión negociadora eleva el acta referida de modificación del XII convenio colectivo de la empresa, que tuvo entrada en la Consellería de Asuntos Sociales de la Xunta de Galicia el día 11 de junio de 2003 a los efectos de su registro y publicación. La referida modificación del XII Convenio colectivo de la empresa "A.E., S.A." ha sido publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo, mediante Resolución de la Consellería de Asuntos Sociales, Emprego y Relaciones Laborais en fecha 2 de julio de 2003". Adición que se acoge, por resultar así de la documental (folios 36 a 38).

SEGUNDO.- Como segundo motivo sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida y con adecuado amparo procesal, se denuncia, infracción, por interpretación errónea, de los arts. 35, 37.1, 14 y 41 de la Constitución Española, 4.1.a), 4.2.c), 17.1., 49.1.k), 55.5, 56, 85 y 86.1 del ET y de la Disposición Degoratoria del Real Decreto Ley 5/01 de 2 de marzo, convalidado por la Ley 12/2001 de 9 de julio que suprime la Disposición Adicional Décima del ET, así como el art. 39.2 de la L.G.S.S., en relación con el art. 167 de la misma norma y con el 7.2 del convenio colectivo de empresa, en su redacción de fecha 29 de mayo, publicado en julio de 2003, en el BOP de Lugo, alegando, en esencia, que tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET (1995) operada por el Real Decreto Ley 5/01 de 2 de marzo, y la posterior Ley 12/01 de 9 de julio, las opiniones doctrinales han venido siendo dispares, oscilando entre las de quienes concluyen de un lado, que "nada im pide que la negociación colectiva pueda seguir fijando edades máximas de jubilación", o, también "que no existe norma prohibitiva o restrictiva de la capacidad negocial de los convenios colectivos respecto de la jubilación forzosa, por lo que no se aprecia inconveniente técnicamente jurídico para que se contemplen los mismos", y las de quienes, sostienen, -como lo hace la sentencia recurrida-", que la derogación ha causado estragos, pues, implica la prohibición de que por convenio colectivo se establezcan edades de jubilación, volviéndose a la regla de que el trabajador no puede ver extinguido su contrato de trabajo por jubilación forzosa, ya que tal causa de extinción, no válida constituiría un despido nulo por razón de edad, y por tanto discriminatorio o improcedente en tanto que, ausente de causa, de manera que, "en el futuro la negociación colectiva no puede afrontar el tema de la jubilación forzosa y las cláusulas vigentes de Convenios colectivos devendrían nulas e inaplicables", sin embargo esta dicotomía doctrinal se ha venido resolviendo a favor de la validez de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en C. Colectivo, señalando, en contra de lo que sostiene la sentencia del Juzgado de lo Social (que ahora se recurre) que la tan reiterada supuesta derogación no afecta a los convenios vigentes, ni implica imposibilidad de negociar tales cláusulas de futuro; así como, que la edad de jubilación para todos los trabajadores, es a los 65 años, y que en la fecha en que se produce el cese del actor, era de absoluta aplicación, tanto en cuanto a su contenido, como en cuanto a la retroactividad que en el mismo se contiene.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa y así se desprende del relato de hechos probados, deben destacarse los siguientes: El demandante ha venido prestando servicios desde el 1 de junio de 1965, para la demandada "A.E., S.A.", ostentando la categoría profesional de Ingeniero nivel 14-H, "comprendido dentro del colectivo denominado "función directiva", percibiendo una retribución bruta

mensual de 5.204, 05 euros, incluida la parte proporcional de pagas extras. Cumplió 65 años, el día 30 de marzo de 2003 y el día 27 de marzo, la empresa le remitió comunicación interna a través de la Dirección de Recursos Humanos, indicándole que no debía continuar trabajando sino que al haber cumplido los 65 años, debía pasar a la situación de jubilación. Con fecha 31 de marzo de 2003 trató de incorporarse a su puesto de trabajo habitual, lo que le fue impedido, iniciando acciones sobre reclamación por despido.

Esto sentado, la censura jurídica formulada no puede prosperar y ello por cuanto, de conformidad con la sentencia de esta Sala, de fecha 17 de noviembre de 2003 (R. nº 4.889/03) que resolvió un supuesto similar al de autos: "El XII Convenio Colectivo de la empresa demandada, que entró en vigor el 1º de enero de 2000, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004, vigente en el momento del cese, establecía: "Por razones de la función quedan excluidos de las disposiciones de este Convenio, a todos los efectos, los puestos denominados de "Función Directiva". Con el objeto de modificar este artículo, así como el artículo 7 del citado Convenio Colectivo, con fecha 6 de marzo de 2003, se reunieron los miembros de la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia del Convenio, cuatro miembros, y la patronal, alcanzando el acuerdo, entre otros, de que la edad máxima de jubilación en la empresa fuese la de 65 años, comprometiéndose la Representación de lo trabajadores al cumplimiento de lo pactado sin excepciones de ningún tipo, y ello, con el afán de rejuvenecimiento de la plantilla. Posteriormente, en fecha 2 de abril de 2003, se reúne el Comité de Empresa, al que se informa de las comisiones de trabajo, entre otras, del de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, dando cuenta de la reunión mantenida con la empresa, y del acuerdo de establecer la edad máxima de jubilación en la empresa a los 65 años. Posteriormente, con fecha 29 de mayo de 2.003 se reunieron, en calidad de Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el Centro de Trabajo de …, las personas que se indican en el mismo, cuatro miembros del Comité de Empresa y de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, y don E.M.G., en representación de la empresa, adoptando el acuerdo de dar nueva redacción a los artículos 4 y 7 del Convenio Colectivo. Con fecha 4 de junio de 2003, se reúne nuevamente el Pleno del Comité de Empresa, en el que se volvió a dar cuenta del Informe de las Comisiones de Trabajo, entre otros, del Informe de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, sobre el acuerdo adoptado el 28 de mayo sobre la edad de jubilación, dándose cuenta de la nueva redacción de los artículos 4 y 7.2 del Convenio, mostrando su conformidad las distintas representaciones sindicales de U.G.T., CC.OO. y C.I.G., (la C.C. Confederación de Cuadros, no asistió a la reunión). El acta de modificación del XII Convenio Colectivo de la Empresa sería remitido a la Consellería de Asuntos Sociales de la Xunta de Galicia el día 11 de junio de 2003 a los efectos de su registro y publicación, y la referida modificación se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo de fecha 24 de julio de 2003".

Los problemas jurídicos que se plantean en la presente litis, consisten: A) si se pueden pactar en convenio colectivo cláusulas de jubilación forzosa, sobre lo que existe una abundantemente doctrina jurisprudencial y constitucional, esta ultima contradictoria, singularmente a raíz de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET., por el Real Decreto Ley 5/2001, posteriormente convalidado por la Ley 12/01 de 9 de julio, en el sentido de que es perfectamente posible que en virtud de la negociación colectiva puedan pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de los dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos, (sentencias del T.S. de 14 de julio de 2000, y de 8 de marzo del mismo año, así como la muy reciente de esta Sala, de 16 de septiembre de 2002, R. nº 3.882/02), y B) si es válida y ajustada a la legalidad vigente, la modificación del XII C. Colectivo de la empresa "A.E., S.A." para su centro de trabajo de … (Lugo), en lo que hace referencia a la jubilación forzosa; debiendo señalarse al respecto, que al hallarnos en presencia de un proceso por despido, la cuestión que aquí se ventila viene constituida por el examen de la decisión extintiva de la relación laboral, acordada por la empresa, por lo que no cabe examinar aquí, si es válida y ajustada a la legalidad vigente la modificación del convenio colectivo, pues la Sala, únicamente examina esta cuestión a los meros efectos prejudiciales (art. 10 de la LOPJ) y a estos efectos, dicho convenio debe considerarse ineficaz, e inaplicable al actor, tanto por inobservancia del procedimiento establecido para la modificación del mismo durante su vigencia, como por razones de derecho temporal.

En cuanto a la inobservancia de procedimiento, la sentencia de la Sala de 17 de noviembre de 2003, señala: "No se han seguido las reglas del procedimiento previstas para la modificación del Convenio durante su vigencia, (posibilidad de modificación admitida por la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5.793) y 21 de febrero de 2000 (RJ 2000/2.052), que vienen a coincidir con las establecidas para el procedimiento de elaboración del mismo. Y es que los Convenios regulados por el Estatuto de los Trabajadores (Convenios Estatutarios), artículos 82 y siguientes, están sometidos a un procedimiento de tramitación de inexcusable cumplimiento, y el desarrollo formal de todo el proceso negociador no se deja a la voluntad de las partes negociadoras, sino que está sujeto a unos requisitos de tramitación o de procedimiento que obligan a seguir la vía marcada por el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores y cumplir los requisitos de legitimación previstos en el artículo 87, del citado texto estatutario".

"En efecto, el artículo 87. 1 del Estatuto de los Trabajadores establece que en los Convenios Colectivos de empresa o de ámbito inferior, que afecten a la totalidad de los trabajadores, las representaciones sindicales sólo estarán legitimadas cuando en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del Comité. En el presente caso, resulta evidente que las partes negociadoras de la modificación del Convenio Colectivo, en lo que se refiere a la Representación de los Trabajadores, no tenía la representatividad suficiente en ninguna de las reuniones en las que se alcanzó el acuerdo de modificar los artículos 4 y 7 del XII Convenio Colectivo de la Empresa". "Pero con independencia de la representatividad o no, que evidentemente no concurre, si se examina detenidamente el contenido de las actas levantada con motivo de las distintas reuniones sobre la modificación, operada en el Convenio Colectivo, se observa que nunca ha existido reunión alguna de una Comisión Negociadora, con el empleador, sino que la negociación sobre la tan citada modificación se inicia el 4 de marzo de 2003, por representantes de la empresa y por los miembros de la Comisión de Vigilancia e Interpretación del Convenio, cuatro miembros que, además de invadir claramente unas competencias que como miembros de la citada Comisión no les corresponden, tampoco ostentan, ni mucho menos, la representatividad legalmente exigida para operar la modificación de un Convenio Colectivo. En los convenios de empresa o de ámbito inferior las partes negociadoras tienen que estar constituidas por el empresario (o sus representantes) y por los representantes de los trabajadores en la empresa (artículo 88.1 del ET), y los cuatro miembros que integran la citada Comisión de Interpretación y Vigilancia del convenio, no ostentan la citada representación".

"Es lo cierto que en las reuniones del Pleno de Comité de Empresa celebradas el 2 de abril de 2003 y el 4 de junio siguiente, se dio cuenta de los acuerdos alcanzados y se debatió y se discutió la modificación del Convenio relacionada con los artículos en cuestión, y es cierto también que todas los miembros del Comité de Empresa presentes en la reunión, pertenecientes a distintas Centrales Sindicales, mostraron su conformidad con las negociaciones alcanzadas respecto al establecimiento de la edad de jubilación obligatoria a los 65 años de edad para todos los trabajadores sin excepción incluido el Colectivo de personal de función directiva (caso del actor). Ahora bien, los acuerdos alcanzados en la negociación no pueden presentarse como un hecho consumado para ser convalidado por el Comité de Empresa –como se hizo en el presente caso-, sino que es el propio Comité de Empresa –como representante de los trabajadores- el que tiene que estar presente en las deliberaciones y negociaciones con la empresa, sin que pueda válidamente delegar esta facultad en la Comisión de Interpretación del Convenio que negoció con la patronal, dado que este procedimiento no se ajusta a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, que exige la constitución de una Comisión Negociadora, y dicha Comisión es la que tiene la fundamental misión de discutir y, en su caso, adoptar el Convenio Colectivo o su modificación".

"En resumen, los acuerdos adoptados sobre modificación del Convenio Colectivo, lo han sido sin que haya existido reunión alguna de la Comisión Negociadora, como órgano representativo de los trabajadores, con la patronal, consecuentemente, al no haberse constituido válidamente una Comisión Negociadora, con la representatividad legalmente exigida, los acuerdos adoptados carecen de la eficacia necesaria para llevar a la modificación del Convenio, por lo que la modificación operada debe considerarse ineficaz e inaplicable al actor".

"En cualquier caso, aunque se admitiese la eficacia de la modificación, la misma no podría ser de aplicación al trabajador demandante, porque tal como se recoge en el relato fáctico, el actor fue cesado en el trabajo el 15 de abril del 2003 (hoy 30 de marzo de 2003), en esa fecha la norma convencional no amparaba el citado cese, por cuanto el Convenio vigente en esa fecha no preveía la extinción del contrato por jubilación forzosa, es decir, no establecía una edad máxima para jubilarse forzosamente, la jubilación forzosa para el trabajador al llegar a los 65 años, se estableció por primera vez, en la modificación introducida en el XII Convenio Colectivo y publicada en el BOP de Lugo de fecha 2 de julio de 2003. En materia de Derecho de Trabajo, como bien señala la doctrina científica, impera el principio general favorable a la irretroactividad de las normas, principio consagrado con carácter general para todo el ordenamiento jurídico en el artículo 2.3 del Código Civil, según el cual "las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario", y, en todo caso, son expresamente irretroactivas las disposiciones sancionadoras y las no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución). Cierto es que en las normas sectoriales (Convenios Colectivos) es frecuente el uso de la técnica de la retroactividad, caso de Convenios cuyos efectos se retrotraen a la iniciación de las negociaciones o a la del día de su entrada en vigor, pero con todo, es la retroactividad de grado mínimo la que suele aplicarse en el Derecho del Trabajo, es decir, aquella en que el nuevo Convenio se aplica solo a efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente. Pero en el presente caso, por la empresa se pretende otorgar a la modificación introducida en el Convenio una retroactividad de grado máximo, porque se pretende aplicar la modificación operada a situaciones anteriores y a todos sus efectos, incluso los nacidos y ejecutados con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del nuevo Convenio, lo que resulta inaceptable, por cuanto la modificación no puede alcanzar a situaciones y tener consecuencias futuras, derivadas de situaciones producidas con anterioridad. En consecuencia, hay que estar a lo dispuesto en el XII Convenio Colectivo, según la redacción que tenía en el momento del cese del trabajador el 15 de abril de 2003 (hoy 30 de marzo de 2003), y en esa fecha, como ya se dijo, el Convenio no amparaba la extinción del contrato por alcanzar una determinada edad".

TERCERO.- Así las cosas, resulta evidente que el cese del actor es constitutivo de despido, por cuanto, el artículo 4 del XII Convenio Colectivo de aplicación, establece, expresamente, que las disposiciones del mismo no resultan de aplicación a los puestos denominados de "función directiva", y el actor desempeñaba un puesto de tal naturaleza, y, en cualquier caso, en el Convenio Colectivo vigente en el momento del cese no se establecía un límite de edad máxima de jubilación a los 65 años, dicho límite se estableció en la modificación del Convenio, al introducir un nuevo apartado en el artículo 7, el 7.2, pero como la modificación ya se dijo que era ineficaz e inaplicable al actor, huelga cualquier comentario sobre la aplicación de la misma al caso enjuiciado.

Ahora bien, declarada la existencia del despido, y mostrando su conformidad la Sala con tal declaración, sin embargo debe examinarse, si el despido debe ser considerado nulo, -tal como entiende la Magistrada de instancia-, o si, por el contrario, la calificación correcta es la de improcedencia, que es la pretensión subsidiaria que se contiene en el Suplico de la demanda. La sentencia recurrida sostiene, que estamos ante un despido discriminatorio, y por tanto nulo, por estar en abierta contradicción con los artículos 14, 17 y 35.1 de la Constitución, señalando que la jubilación forzosa por razón de edad entraña una discriminación del trabajador por razón exclusiva de la edad, al no existir otra causa de extinción, que es contrario al artículo 14, añadiendo que la exclusión del trabajador por razón de edad cercena su libertad obligándole a abandonar el trabajo sin causa válida, lo que conculca el artículo 17 de la Constitución, y que la jubilación forzosa ha privado al trabajador de su derecho al trabajo, recogido en el artículo 35.1 de la norma constitucional. Con base en estos razonamientos, la sentencia de instancia considera que el hecho de que el actor fuese cesado por cumplir 65 años de edad, es suficiente para considerar que la decisión de la empresa obedece exclusivamente a esta circunstancia, y por tanto, por entenderla discriminatoria, declara la nulidad del despido, porque no se ha aportado otra justificación suficiente y razonable.

Sobre la problemática de pactar en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa, existe una abundante doctrina constitucional, jurisprudencial y científica,

esta última contradictoria, singularmente a raíz de la derogación de la disposición adicional 10ª del ET, por el Real Decreto Ley 5/2001, posteriormente convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio. El Convenio Colectivo de la empresa, no preveía esta posibilidad, tratando de introducirla por vía de modificación del Convenio, modificación que por las razones ya apuntadas se consideró ineficaz e inaplicable al actor. Ciertamente la conducta de la empresa, de cesar al trabajador por cumplir una determinada edad, en la creencia de que se trataba de una posibilidad prevista en el Convenio Colectivo, en el que se había establecido, tras la modificación, una edad máxima de admisión al trabajo o de jubilación forzosa, debe ser cuestionada desde la perspectiva Constitucional. En efecto, estamos ante una decisión estrictamente unilateral del empresario, cuya base o fundamento supone un atentado al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, que conforme a los arts. 14 de la Constitución y 17.1 del ET, debe respetar a todos los trabajadores. Efectivamente, el extinguir el contrato de trabajo al cumplir los 65 años de edad, sin que esta circunstancia se halle prevista en el Convenio Colectivo de aplicación, implica una desigualdad por la edad, sin razón justificativa de la misma, puesto que no se invocan otras circunstancia como justificativas del cese, sino simplemente por esa razón de edad, lo que viola de manera incuestionable lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española y el artículo 17 ET, que prohíben expresamente la discriminación, por razón entre otras, de la edad; consecuentemente, acierta la Magistrada de instancia, al calificar el cese del trabajador como constitutivo de un despido nulo.

En consecuencia, se rechaza la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurriíntegramente confirmada, con las consecuencias y efectos previstos en los artículos 202. 3 y 4 y 233.1 de la LPL. Por lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada "A.E., S.A.", contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, en los presente autos 429/2003, seguidos a instancia del actor don A.O.M., sobre reclamación por Despido, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3757 Recurso núm. 5.561/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. CALENDARIO LABORAL SEGUNDO O CONVENIO ESTATAL DA INDUSTRIA QUÍMICA. NON CONCORRE PRÓRROGA DO CALENDARIO DO ANO ANTERIOR. NULIDADE DO ELABORADO UNILATERALMENTE POLA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a tres de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.561/03, interpuesto por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA 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 CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO, siendo demandado "POLIGAL, S.A.", COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (USTG), COMITÉ DE EMPRESA POLIGAL y el MINISTERIO FISCAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 172/03 sentencia con fecha 02.07.03, 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 "POLIGAL, S.A." es una empresa dedicada a fabricar polipropileno, que cuenta con una plantilla de 250 trabajadores, que funciona en ciclo productivo continuo a turnos, durante todo el año y tiene una sección de producción, a la que están adscritos 150 trabajadores, que emplea máquinas cortadoras, metalizadoras y de embalaje que funcionan los 365 días del año, excepto la parada de mantenimiento. Tiene una sección de laboratorio y control de calidad. Además tiene una sección de expedición y almacén del

producto terminado. Tiene una sección de mantenimiento y tiene un departamento administrativo y comercial. SEGUNDO.- El Comité de Empresa de "POLIGAL, S.A.", está integrado por 8 miembros, de los cuales, 6 pertenecen a la central sindical C.I.G.A., 1 a CC.OO. y otro a U.T.S.G. TERCERO.- En fecha 07.02.02, la empresa "POLIGAL, S.A." y el Comité de Empresa alcanzaron un acuerdo colectivo, en el cual en el punto 5º se estableció una jornada laboral anual en la empresa que quedaba fijada en 1.728 horas anuales, siendo la jornada anual establecida en el Convenio Colectivo del Sector de Industrias Químicas, (B.O.E. 07.07.01) para el año 2002, de 1.760 horas. CUARTO.- El calendario fijado para el año 2002, que fue pactado con el Comité de Empresa, establecía la siguiente jornada para las siguientes secciones de la empresa: 1.- Sección administrativa y comercial: Se fijaba una jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario de dicha sección: Mañanas de 8,30 a 16,30 horas en invierno y en verano de 9,00 a 14,00. Tardes: 15,00 a 18,00 horas y verano: de 8,00 a 15,00 horas, estableciéndose cursos de formación de carácter voluntario, hasta un máximo de 15 horas fuera del horario de trabajo. 2.- Sección de producción: Se establecía una jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario a turnos de 9,00 a 14,00 horas y de 15,00 a 18,00 horas, con 15 horas de formación voluntaria, fuera de horas de trabajo. 3.- Sección de corte y embalaje: Jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario de 9,00 a 14,00 y de 15,00 a 18,00 y en verano de 8,00 a 15,00 horas. 4.- Jefes de turno y encargados de corte: Jornada laboral anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. 5.- Sección de producción y cortadoras: Jornada anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. 6.- Sección de metalización: Jornada anual de 1.728 horas, horario de 9,00 a 14,00 y de 15,00 a 18,00 en invierno y en verano jornada continuada de 8,00 a 15,00, con 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo. 7.- Sección de metalizadoras: Jornada anual de 1.728 horas, en horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de 10 al 14 de junio del 2002 y del 9 al 13 de diciembre del 2002. 8.- Sección de mantenimiento: Jornada anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. 9.- Personal de control de calidad: Jornada anual de 1.728 horas, horario de 9,00 a 14,00 y de 15,00 a 18,00 en invierno y en verano jornada continuada de 8,00 a 15,00, con 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo. 10.- Personal de laboratorio: Jornada anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. Las vacaciones del año 2002, eran de 22 días a disfrutar en el periodo comprendido de 01.06.02 a 30.09.02 y 8 días distribuidos a lo largo del año más las 12 fiestas nacionales y las 2 locales. QUINTO.- El calendario fijado para el año 2003, que no fue pactado con el Comité de Empresa, establece la siguiente jornada para las siguientes secciones de la empresa: 1.- Sección administrativa y comercial: Se fijaba una jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario de dicha sección: Mañanas de 8,30 a 16,30 horas en invierno y en verano de 9,00 a 14,00. Tardes: 15,00 a 18,00 horas y verano: de 8,00 a 15,00 horas, estableciéndose cursos de formación de carácter voluntario, hasta un máximo de 15 horas fuera del horario de trabajo. 2.- Sección de producción: Se establecía una jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario a turnos de 9,00 a 14,00 horas y de 15,00 a 18,00 horas, con 15 horas de formación voluntaria, fuera de horas de trabajo. 3.- Sección de corte y embalaje: Jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario de 9,00 a 14,00 y de 15,00 a 18,00 y en verano de 8,00 a 15,00 horas.

4.- Jefes de turno y encargados de corte: Jornada laboral anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. 5.- Sección de producción y cortadoras: Jornada

anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. 6.- Sección de metalización: Jornada anual de 1.728 horas, horario de 9,00 a 14,00 y de 15,00 a 18,00 en invierno y en verano jornada continuada de 8,00 a 15,00, con 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo. 7.- Sección de metalizadoras: Jornada anual de 1.728 horas, en horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de 10 al 14 de junio del 2002 y del 9 al 13 de diciembre del 2002. 8.- Sección de mantenimiento: Jornada anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. 9.- Personal de control de calidad: Jornada anual de 1.728 horas, horario de 9,00 a 14,00 y de 15,00 a 18,00 en invierno y en verano jornada continuada de 8,00 a 15,00, con 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo. 10.- Personal de laboratorio: Jornada anual de 1.728 horas, horario a turnos de mañanas de 7,00 a 15,00, tarde 15,00 a 23,00 y noche de 23,00 a 7,00, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de las máquinas los días 29,30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto del 2002. Las vacaciones del año 2002, eran de 22 días a disfrutar en el periodo comprendido de 01.06.02 a 30.09.02 y 8 días distribuidos a lo largo del año más las 12 fiestas nacionales y las 2 locales. SEXTO.- En fecha 26.11.02, se celebró reunión entre el Comité de Empresa y Dirección, en la que el propio Comité se compromete a presentar en breve una propuesta del calendario laboral para el año 2003. Los representantes de los trabajadores se negaron a la firma del Acta de la reunión alegando no estar de acuerdo con su redacción sin más especificaciones y a pesar de los requerimientos reiterados de la Dirección en tal sentido. La Dirección, ante la insistente pasividad para la presentación de propuesta, se ve obligada a establecer el calendario laboral en los mismos términos que el año anterior, sin realizar modificación alguna haciendo entrega del mismo al Presente del Comité de Empresa a través de escrito de fecha 14 de enero de 2003, por el que se daba contestación a la comunicación del Comité entregada en fecha 13 de enero. En dicho escrito, la dirección convoca la reunión solicitada por el Comité, para discusión del calendario laboral, para el día 21 de enero. En este punto es necesario incidir en el hecho de que los calendarios del año 2002 habían sido confeccionados por los representantes de los trabajadores, con la aceptación por parte de la empresa de las modificaciones que habían efectuado en relación a años anteriores. El 21 de enero de 2003 se celebra la reunió entre las partes a que asisten por la parte social los miembros del Comité de Empresa, en el cual se haya representado el Sindicato CIG por 2 miembros, y delegados de las secciones sindicales existentes en la empresa, incluida la sección sindical de la C.I.G., siendo esta última la demandante, sin que por la parte social citada se presentase tampoco en esta ocasión una propuesta concreta. Como consecuencia de la reunión, por la parte social se indica que en el calendario presentado al Comité de Empresa el día 14-01-03, existen unas diferencias en alguna sección en concreto con respecto al calendario vigente y consensuado del año 2002; comprobadas dichas diferencias la Dirección empresarial reforma el calendario modificando algunos errores involuntarios que, efectivamente, se habían cometido en el primero, con lo que el calendario definitivo se entrega a los representantes de los trabajadores el 26 de febrero de 2003. En cuento al Acta correspondiente a dicha reunión, y puesto que la parte social se había negado a firmar el última Acta por discrepancias en su redacción, se acordó que sería el Comité el encargado de redactarla para darle traslado posterior a la parte empresarial con el fin de firmarla, lo que tampoco se llevó a término, por lo que a fecha de hoy la Empresa continúa esperando. SEPTIMO.- En fecha 09.05.03, se celebró una primera reunión entre la empresa y el Comité de Empresa, en la cual la parte social solicitó la presencia del técnico, para que informara sobre el calendario laboral, aceptándose la misma y convocándose una segunda reunión para el día 22.05.03. En fecha 22.05.03, se celebró una segunda reunión en la cual las partes discutieron las propuestas presentadas en la mesa negociadora: La parte social, respecto a la propuesta recogida en el acto del 06.05.03 unificadora de rotaciones a todos los departamentos y especialmente al control de calidad, la empresa no recoge en su nueva propuesta dicho aspecto por lo que los repre-

sentantes de los trabajadores solicitan argumentación al respecto; la parte empresarial responde que están por necesidades del servicio. Al planteamiento de la parte social sobre una rotación 6 días trabajados y 4 de descanso con quince días continuados de vacaciones anexionables al descanso mínimo legal, la propuesta presentada por a empresa no siempre se ajusta y en cualquier caso representa una reducción del período vacacional inferior a los 15 días recogidos en la propuesta de la parte social; la empresa manifiesta que el calendario elaborado por la parte social manteniendo la rotación de 6 y 4 con las vacaciones de los 15 días supondría una reducción de jornada efectiva anual de las 1.728 horas actuales a l.674 horas, no cubriendo las necesidades de la empresa. La propuesta entregada la parte social ha sido efectuada a la petición de la parte social de 6 por 4 días trabajados de descanso, durante todo el año, con lo cual, manteniendo la jornada efectiva anual de 1.728 horas, es necesario retocar la duración del período vacacional continuo. No obstante, si dicha propuesta no es del agrado de la parte social está dispuesta a negociar la misma siempre bajo la premisa de mantener la jornada efectiva anual de 1.728 horas. La parte social aprovechando la nueva propuesta solicita de la empresa aclaraciones respecto a las funciones que los trabajadores adscritos a puestos en máquina realizarán durante la parada de las mismas, en caso de que dicha propuesta contemple su presencia. De la misma manera la propuesta de los trabajadores, conforme se podría acumular el tiempo de descanso de bocadillo, en suna reducción sobre el conjunto de días y horas trabajados no es aceptada por la empresa, solicita se fijen dichos15 minutos entendiendo que deben ser disfrutados por todos los trabajadores con jornada continua superior a 6 horas, y que si actualmente con la flexibilidad de 8 horas para disfrutarse no se disfruta de forma garantizada la propuesta empresarial debería garantizarlo a la empresa no entiende la pregunta o propuesta de la parte social, no obstante, la nueva propuesta de calendario regulará el descanso de 15 minutos establecidos por Ley. OCTAVO.- En fecha 27.05.03 se celebró una tercera reunión entre la Empresa y el Comité de Empresa, en la que se hizo constar lo siguiente: Dado que la empresa entrego para su estudio en el día de ayer, una nueva propuesta de calendario, se comienza haciendo una breve exposición por parte de la representación empresarial. Los representantes de los trabajadores entienden que si bien, la misma se atiende al calendario entregado sigue sin respetar los mínimos legales. No obstante, solicita nuevamente a la representación empresarial que clarifique cuales son sus necesidades específicas respecto a las cuestiones planteadas en la demanda, e incluso, se muestra dispuesta a renunciar a derechos siembr4e y cuando exista la posibilidad de encuentro. Sin embargo, a entender de la parte social las distintas propuestas presentadas por la parte empresarial, no supone ninguna modificación de los planteamientos defendidos inicialmente salvo el baile en el número de días de período vacacional. La parte social insiste, en que bajo otro tipo de fórmulas, (guardias, formación, etc.), incluso estaría dispuesta a una ampliación de jornada que llegará a ser la que la empresa considera como efectiva. A estos planteamientos la parte empresarial responde, ante la falta de posibilidad de llegar a un acuerdo sobre las propuestas presentadas en las distintas reuniones propone que se mantenga el calendario actual vigente, que cumple con el período mínimo vacacional en período de verano, consistente en 22 días de vacaciones consecutivos y mantiene a rotación existente. NOVENO.- En fecha 19.06.03, se celebró una última reunión entre la empresa y el Comité de Empresa, con el resultado siguiente: La parte empresarial solicita alguna propuesta alternativa a los planteamientos de la demanda. Por su parte, la parte social pregunta si la parte empresarial ha revisado alguno de sus planteamientos, Se responde que ya se comunicó el interés de solicitar una nueva propuesta de calendario por la parte social. La parte social retira la flexibilidad de 15 minutos para los turnos, y solicita el programa de trabajos para la parada, desglosando (tiempos, trabajos, cualificaciones, etc.). La parte empresarial no entrega dicho programa desglosado, manifestando que las labores durante la parada son las mismas que las efectuadas los años anteriores, de las cuales son conocedores la parte social. La parte social no conoce ni nunca se le ha entregado dicho desglose, y la movilidad funcional con carácter colectivo, jamás la llevó a término incumpliendo los requisitos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La parte empresarial manifiesta que en los 12 años de vida de la empresa el personal laboral ha intervenido siempre en las labores de mantenimiento, no habiendo producido ningún cambio sustancial de sus condiciones de trabajo; lo que la parte social muestra su discrepancia. No obstante, la parte social se compromete a elaborar un calendario que cubra todos los turnos de producción, aportando personal de líneas a la

parada y pregunta si cubiertos estos requisitos la empresa lo aceptaría. La patronal responde que es requisito indispensable cubrir 1.728horas de trabajo efectivo. DECIMO.- Los demandantes ostentan la condición de sección sindical, con implantación en el Comité de Empresa de la empresa "POLIGAL, S.A.". UNDECIMO.- En fecha 04.03.03, el Comité de Empresa emitió informe preceptivo sobre el calendario laboral aplicando una normativa derogada RDL 2.001/1983, Art. 4.3 en el que se hace constar lo siguiente: Recibida el acta de la votación de la asamblea del día 27.02.03, en donde sala elegida la opción c de la CIG (propuesta). El pleno del comité acuerda por unanimidad entregar ala empresa el calendario aprobado por los trabajadores, para defenderlo en negociación con la empresa. Acordamos por unanimidad solicitar el desglose de los atrasos a la empresa. Así como, solicitar confirmación del pago de los atrasos a aquellos que no tienen contrato urgente. También acordamos el fijar con la empresa las condiciones y pautas a seguir en las licencias y permisos remunerados. El comité continúa esperando copia definitiva de la Masa Salarial Bruta y la propuesta de distribución de las subidas salariales y los sistemas de aspiración individuales para algunos departamentos. UNDECIMO.- En fecha 19.03.03, se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose la conciliación administrativa previa, en fecha 01.04.03, con el resultado de intentada sin efecto."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que con desestimación íntegra de la demanda deducida por la Central Sindical C.I.G.A., contra la empresa "POLIGAL, S.A.", Comité de Empresa de la misma, las Centrales Sindicales CC.OO. y U.S.T.G. y el MINISTERIO FISCAL, en reclamación sobre CONFLICTO COLECTIVO, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada, de las pretensiones formuladas en su contra, en el escrito rector del procedimiento."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la pretensión deducida en la demanda de Conflicto Colectivo sobre impugnación de calendario laboral y contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la parte demandante, en cuyo primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. solicita la revisión del hecho probado primero de la resolución recurrida para que se añada lo siguiente: "Los trabajadores de la empresa están agrupados en las siguientes divisiones orgánicas funcionales: a) Producción; b) Mantenimiento; c) Servicios; d) Investigación y laboratorios; e) Administración e informática; f) Comercial".

Pretensión que se acepta, pues las mencionadas divisiones orgánicas y funcionales vienen reseñadas en el Convenio Colectivo aplicable a la empresa codemandada, más concretamente en la definición de los grupos profesionales que agrupan las diversas tareas y funciones que se realizan en la industria química.

Con el mismo amparo procesal pretende, sin base documental, la revisión del ordinal segundo para el que propone el siguiente texto: "El Comité de Empresa de "POLIGAL, S.A." está integrado por 9 miembros, de los que 4 pertenecen a CC.OO., 3 a USTG y 2 a CIG."

Pretensión que ha de venir rechazada de plano al no tener apoyo documental, pues es doctrina reiterada que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados solo impugnable cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos.

Propone también la modificación del hecho probado tercero para el que ofrece el siguiente texto alternativo: "En fecha 07.02.02 la empresa "POLIGAL, S.A." y el Comité de Empresa alcanzaron un acuerdo colectivo, en cuyo punto 5º se estableció una jornada laboral anual en la empresa que quedaba fijada en 1.728 horas anuales, siendo la jornada máxima anual establecida en el Convenio Colectivo del Sector de Industrias Químicas (BOE 26.06.01) para el año 2002 de 1.760 horas".

En realidad lo único que se pretende es intercalar la expresión "máxima" entre jornada anual. Y dicha pretensión ha de encontrar favorable acogida ya que el referido Convenio Colectivo hace referencia, en el artículo relativo a la jornada de trabajo, a "jornada máxima anual".

SEGUNDO.- Al amparo también del mencionado artículo 191.b) de la L.P.L. se pretende la revisión de los hechos probados cuarto y quinto de la resolución recurrida para los que se ofrece el siguiente texto alternativo:

"4º.- El calendario fijado para el año 2002, que fue pactado con el Comité de Empresa, establecía la siguiente jornada para las siguientes secciones de la empresa:

1. Sección de técnicos y administrativos:

Se fijaba una jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario de dicha sección: de 8.30 a 16.30 horas; de 9.00 a 14.00 y de 15.00 a 18.00 horas; y de 8.00 a 15.00 horas, en la jornada de 7 horas, acordándose la realización de cursos de formación de carácter voluntario, hasta un máximo de 15 horas fuera del horario de trabajo.

Esta sección disfruta sus vacaciones anuales en el mes de agosto.

2. Sección de producción:

Existe un calendario personalizado para don P.L., en el que se establecía una jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario de trabajo de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas, con 15 horas de formación voluntaria, fuera de horas de trabajo.

El disfrute de las vacaciones será del 26 de agosto al 10 de septiembre, ambos incluidos, y del 2 al 15 de diciembre, ambos incluidos (30 días).

3. Sección de corte y embalaje:

Existe un calendario para don J.E., en el que se establecía una jornada anual de 1.723 horas, quedando a disposición de la empresa 5 horas de trabajo que no están cubiertas. El horario de trabajo es de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas; y de 8.00 a 15.00 horas .

Disfruta las vacaciones entre el 3 y el 16 de junio y del 16 al 30 de septiembre (29 días).

4. Jefes de turno y encargados de corte:

La jornada anual para cada uno de los cinco grupos queda fijada en 1.720 horas, siendo el horario a turnos de mañana de 7.00 a 15.00 horas, de tarde de 15.00 a 23.00 horas, y de noche de 23.00 a 7.00 horas, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de líneas los días 29, 30 y 31 de julio, y del 1 al 8 de agosto de 2002.

Siguen un régimen de turnos de 7 días de trabajo y 5 días de descanso, durante dos ciclos, y en el tercero, 7 días de trabajo y 4 de descanso. Este régimen se modifica en los meses de junio a septiembre, en que siguen un régimen de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan de 20 días de vacaciones entre el 9 de junio y el 10 de septiembre, unidos a dos días de descanso.

5. Sección de producción y cortadoras:

La jornada anual para cada uno de los cinco grupos queda fijada en 1.720 horas, siendo el horario a turnos de mañana de 6.00 a 14.00 horas, de tarde de 14.00 a 22.00 horas, y de noche de 22.00 a 6.00 horas, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de líneas los días 29, 30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto de 2002.

El régimen de trabajo a turnos es de 6 días de trabajo y 4 días de descanso, excepto en los meses de junio a septiembre, que siguen un régimen de trabajo de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan 22 días de vacaciones, entre el 5 de junio y el 12 de septiembre, unidos a dos días de descanso.

6. Sección de metalización:

Existe un calendario personalizado para don M.S., en el que se establecía una jornada anual de 1.723 horas, quedando a disposición de la empresa 5 horas de trabajo que no están cubiertas. El horario de trabajo es de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas; y de 8.00 a 15.00 horas.

Disfruta sus vacaciones entre el 12 de agosto y el 1 de septiembre y del 16 al 24 de diciembre (30 días).

7. Sección de metalizadoras:

Jornada anual de 1.728 horas, en horario a turnos de mañana de 6.00 a 14.00 horas, de tarde de 14.00 a 22.00 horas y de noche de 22.00 a 6.00 horas, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas

de trabajo. Las paradas de mantenimiento tendrán el siguiente calendario: metalizadora 1, del 10 al 14 de junio y del 9 al 13 de diciembre de 2002; metalizadora 2, del 14 al 18 de enero y del 24 al 28 de junio de 2002; metalizadora 3, del 27 al 31 de mayo y del 25 al 29 de noviembre de 2002.

El régimen de trabajo a turnos es de 6 días de trabajo y de 4 días de descanso, excepto en los meses de junio a septiembre, que siguen un régimen de trabajo de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan 20 días de vacaciones (o 18+2 de descanso), entre el 15 de junio y el 18 de septiembre.

8. Sección de mantenimiento

Existen varios calendarios para el personal de mantenimiento:

Para el personal "en jornada" existen calendarios personalizados, que fijan jornadas anuales distintas: 1.733 horas, 1.724 horas, 1.722 horas, 1.731 horas, 1.732 horas, quedando, en cada caso, a disposición de los trabajadores o de la empresa las horas de diferencia con la jornada anual de 1.728 horas. Se acuerdan varios horarios distintos: de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas, de 8.00 a 15.00 horas, de 9.00 a 14.00 horas e de 16.00 a 19.00 horas, de 9.00 a 14.00 horas e de 15.30 a 18.30 horas, de 15.00 a 23 horas.

Todos los trabajadores disfrutan entre 28 y 30 días de vacaciones, fraccionadas a lo largo del año, entre los meses de febrero y octubre.

Existe un calendario personalizado para don A.G.F., por el que realiza 32 horas de más, pendientes de disfrutar a lo largo del año. El horario es de 6.00 a 14.00 horas, de lunes a viernes. Disfruta de 30 días de vacaciones entre el 19 de agosto y el 17 de septiembre.

Para el personal a turnos, la jornada anual para cada uno de los cinco grupos queda fijada en 1.704 horas, siendo el horario de mañana de 6.00 a 14.00 horas, de tarde de 14.00 a 22.00 horas, y de noche de 22.00 a 6.00 horas, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de líneas los días 29, 30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto de 2002.

El régimen de trabajo a turnos es de 6 días de trabajo y 4 días de descanso, excepto en los meses de junio a septiembre, que siguen un régimen de trabajo de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan entre 26 y 30 días de vacaciones, entre el 2 de junio y el 7 de septiembre.

9. Personal de control de calidad:

Existe un calendario personalizado para don C.A. y don A.M., en el que se establecía una jornada anual de 1.744 horas para el primero y de 1.728 horas para el segundo, quedando a disposición del trabajador don C.A. 16 horas de trabajo a definir con la empresa. El horario de trabajo es de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas; y de 7.00 a 15.00 horas, con 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo.

Disfrutan de 30 días de vacaciones en los meses de julio y agosto.

10.- Personal de laboratorio:

La jornada anual para cada uno de los cinco grupos queda fijada en 1.712 horas, siendo el horario a turnos de mañana de 6.00 a 14.00 horas, de tarde de 14.00 a 22.00 horas, y de noche de 22.00 a 6.00 horas, pactándose 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo, y siendo la parada de mantenimiento de líneas los días 29, 30 y 31 de julio y del 1 al 8 de agosto de 2002. Quedan 16 horas pendientes para cubrir con cursos de capacitación o cualquiera otra necesidad de la empresa.

El régimen de trabajo a turnos es de 5 días de trabajo, 3 días de descanso, 4 días de trabajo, 3 días de descanso, y vuelta a empezar el ciclo, excepto en los meses de junio a setiembre, que siguen un régimen de trabajo de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan de 22 días de vacaciones, unidos a 2 días de descanso, entre el 3 de junio y el 1 de setiembre.

11.- Personal de expedición:

Existe un calendario personalizado para el personal de expedición, en el que se establecía una jornada anual de 1.728 horas, siendo el horario de trabajo a turnos, de mañana de 6.00 a 14.00 horas (8 horas), de 7.00 a 14.00 horas (7 horas) y de 8.00 a 14.00 horas (6 horas) y de tarde de 14.00 a 22.00 horas (8 horas), de 14.00 a 21 horas (7 horas)

y de 14.00 a 20.00 horas (6 horas); y un turno los sábados de 9.00 a 14.00 horas (5 horas), y el horario de trabajo sin turno, de 8.30 a 13.30 horas y de 15.00 a 18.00 horas, con 15 horas de formación voluntaria fuera de horas de trabajo.

Todos los trabajadores disfrutan de 30 días de vacaciones, entre los meses de junio a noviembre.

12.- Personal de seguridad e higiene industrial:

Calendario personalizado de don F.C., con jornada anual de 1.718 horas, horario de 8.30 a 16.30 horas, quedando a disposición de la empresa 10 horas de trabajo que no están cubiertas. Se acuerda la realización de 15 horas de formación de carácter voluntario, fuera de horas de trabajo.

El trabajador disfruta de 30 días de vacaciones entre el 2 de setiembre y el 1 de octubre.

13.- Personal de planificación:

Calendario personalizado para los tres trabajadores de esta sección, con jornada anual de 1.724 horas, 1.729 horas y 1.721 horas respectivamente, quedando, en cada caso, a disposición de la empresa o del trabajador las horas de diferencia con la jornada anual de 1.728 horas anuales. El horario es de 8.30 a 16.30 horas, de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas, y de 8.00 a 15.00 horas.

Los trabajadores disfrutan de 30 días de vacaciones, en dos fracciones, entre el 17 de junio y el 24 de setiembre.

14.- Cortador de bujes:

Jornada anual de 1.728 horas, con jornada de 8 horas diarias, en horario de 6.00 a 14.00 horas y de 14.00 a 22.00 horas, y 24 días en el año con jornada de 7 horas diarias, en horario de 6.00 a 13.00 horas y de 14.00 a 21.00 horas.

Las vacaciones se disfrutan entre el 29 de julio y el 27 de agosto.

15.- Calendario para don J.V.R. - Almacén Recuperados:

Jornada anual de 1.728 horas, de lunes a viernes, de 9.00 a 17.00 horas.

El trabajador disfruta sus vacaciones de 1 a 30 de julio.

16.- Materia prima:

Calendarios personalizados para tres trabajadores de la sección, con horario de lunes a viernes, de 9.00 a 17.00 horas y de los que uno de ellos realiza 7 horas de más, pendientes de disfrutar.

Los trabajadores disfrutan de 30 días de vacaciones.

17.- Calendario vigilancia:

El personal de esta sección realiza turnos de trabajo de 6 días trabajados (2 días de mañana, 2 de tarde y 2 de noche) y 4 días de descanso, en jornadas de trabajo de 8 horas diarias, a lo largo de todo el año, sin que consten los periodos de vacaciones.

18.- Calendario limpieza:

El personal de limpieza trabaja en turnos de mañana, tarde y noche hasta el día 8 de marzo de 2002, pasando después a turnos de mañana y de tarde, en semanas alternas, en horario de 6.00 a 14.00 horas y de 14.00 a 22.00 horas.

El personal disfruta de 30 días de vacaciones de 2 de setiembre a 1 de octubre"

"5º.- El calendario fijado para el año 2003, que no fue pactado con el Comité de Empresa, presenta las siguientes diferencias con respecto al del año 2002:

1.- Se denomina "Oficinas", supuestamente, a la anterior "Sección de Técnicos y Administrativos"·

Se fija una jornada anual de 1.728 horas, con horarios personalizados para cada trabajador de dicha sección: de 8.30 a 16.30 horas; de 9.00 a 14.00 y de 15.00 a 18.00 horas o de 9.00 h a 17.00 h; de 8,45 h a 16,45 h; de 8.30 h a 16.30 h o de 9.00 a 14.00 h y de 15.00 h a 18.00h; de 8.00 h a 13.00 h y de 14.00 h a 16.00 h; de 8.30 h a 14.00 h y de 15.00 h a 17.30 h; y de 8.00 a 15.00 horas, en la jornada de 7 horas.

Los servicios médicos tendrán horario de 9.30 a 11.30 h y de 17.30 h a 19.30.

Esta sección disfruta de sus vacaciones anuales en el mes de agosto.

2.- Sección de producción:

En el calendario de don P.L. aparece una nueva jornada, de 8.00 h a 15.00h, sin que conste en qué periodo se realiza.

El disfrute de las vacaciones será de 25 de agosto a 8 de setiembre ambos incluidos y de 1 a 15 de diciembre ambos incluidos (30 días).

3.- Sección de corte y embalaje:

Existe un calendario personalizado para don J.E., en el que se modifica la jornada anual de 1.723 horas, pasando a realizar 1.728 horas. El horario de trabajo es de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas; y de 8.00 a 15.00 horas.

Cambia el periodo de disfrute de las vacaciones, entre el 30 de junio y el 14 de julio y de 15 a 29 de setiembre, y pasa de 29 a 30 días.

4.- Jefes de turno y encargados de corte:

Cambia la jornada anual para cada uno de los cinco grupos pasando de 1.720 horas a 1.728 horas. No aparece señalada la parada de mantenimiento de líneas.

Se mantiene el régimen de turnos de 7 días de trabajo y 5 días de descanso, durante dos ciclos, y en el tercero, 7 días de trabajo y 4 de descanso, así como la modificación del régimen de turnos en los meses de junio a setiembre, en el que siguen un régimen de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan de 20 días de vacaciones, entre el 11 de junio y el 10 de setiembre, unidos a dos días de descanso.

5.- Aparece una nueva sección de "Líneas, cortadoras, metalizadoras y embalaje" en lugar de la "Sección de producción y cortadoras".

Cambia la jornada anual para cada uno de los cinco grupos pasando de 1.720 horas a 1.728 horas, con el mismo horario del año anterior y sin que aparezca la fecha de la parada de mantenimiento de líneas.

Se mantiene el régimen de trabajo a turnos de 6 días de trabajo y 4 días de descanso excepto en los meses de junio a setiembre, que siguen un régimen de trabajo de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan igualmente de 22 días de vacaciones, entre el 7 de junio y el 14 de setiembre, unidos a dos días de descanso.

6.- Sección de metalización:

Existe un calendario personalizado para don M.S., en el que pasa a realizar una jornada anual de 1.734 horas, quedando a disposición del trabajador 6 horas de trabajo a definir. El horario de trabajo es de 9,00 a 14,00 horas y de 15,00 a 18,00 horas; y de 8,00 a 15,00 horas.

Disfruta sus vacaciones entre el 24 de febrero y el 2 de marzo y del 13 de agosto al 4 de setiembre. (30 días).

7.- Sección de metalizadoras:

El calendario para esta sección queda regulado en la sección de líneas, cortadoras, metalizadoras y embalaje.

8.- Sección de mantenimiento:

Se unifican en dos únicos los distintos calendarios que existían en el año 2002 para el personal de mantenimiento:

Para el personal "en jornada" existen calendarios personalizados, que modifican las jornadas distintas del año anterior (1.733 horas, 1.724 horas, 1.722 horas, 1.731 horas, 1.732 horas), y señalan una jornada anual de 1.728 horas, con horario distinto para cada trabajador: de 9,00 a 14,00 horas y de 16,00 a 19,00 horas, de 9,00 a 13.30 horas y de 15,00 a 18.30 horas, de 9,00 a 14,00 horas y de 15.30 a 18.30 horas, de 9,00 a 14,00 horas y de 15.30 a 18.30 horas.

Todos los trabajadores disfrutan 30 días de vacaciones, fraccionadas a lo largo del año, entre el 15 de abril y el 8 de setiembre.

Para el personal a turnos, la jornada anual para cada uno de los cinco grupos, pasa de 1.704 horas a 1.728 horas, siendo el horario de mañana de 6,00 a 14,00 horas, de tarde de 14,00 a 22,00 horas, y de noche de 22,00 a 6,00 horas, sin que se señale la parada de mantenimiento de líneas.

Todos los grupos disfrutan entre 23 y 30 días de vacaciones, entre el 6 de junio y el 8 de setiembre.

9.- La sección de "Personal de control de calidad" pasa a denominarse "laboratorio-control de calidad".

Los calendarios personalizados para don C.A. y don A.M., en los que se establecía una jornada anual de 1.744 horas para el primero y de 1.728 horas para el segundo, quedando a disposición del trabajador don C.A. 16 horas de trabajo a definir con la empresa

se modifican, pasando a realizar el primero 1.768 horas y el segundo 1.738 horas.

El horario de don C.A. es de 9,00 h a 14,00 h y de 15,00 h a 18,00 h. Don A.M. pasa a trabajar en horario de 7,00 h a 15,00 h y de 7,00 h a 14,00 h.

Los trabajadores disfrutan 30 días de vacaciones, entre el 30 de junio y el 21 de octubre.

Para el personal a turnos, la jornada anual para cada uno de los cinco grupos queda fijada en 1.728 horas, en lugar de las 1.712 horas del año anterior, siendo el horario a turnos de mañana de 6,00 a 14,00 horas, de tarde de 14,00 a 22,00 horas, y de noche de 22,00 a 6,00 horas. No se señala el periodo de parada de mantenimiento.

Se mantiene el régimen de trabajo a turnos, de 5 días de trabajo, 3 días de descanso, 4 días de trabajo, 3 días de descanso, y vuelta a empezar el ciclo, excepto en los meses de junio a septiembre, que siguen un régimen de trabajo de 6 días de trabajo y 2 días de descanso.

Todos los grupos disfrutan de 22 días de vacaciones, unidos a 2 días de descanso, entre el 3 de junio y el 12 de septiembre.

11.- La sección de expedición pasa a denominarse "Expedición y almacén de producto terminado".

Existe un calendario personalizado para el personal de expedición en el que se establece una jornada anual de 1.728 horas, modificando los horarios de trabajo a turnos, ya que desaparecen las jornadas de 6 horas; y al horario de trabajo sin turno, de 8.30 a 13.30 horas y de 15.00 a 18.00 horas, se añade un nuevo horario de 8.00 a 15.00 horas.

Todos los trabajadores disfrutan de 30 días de vacaciones entre los meses de junio y noviembre.

12.- Personal de seguridad e higiene industrial:

Según el calendario personalizado de don F.C., la jornada anual pasa de 1.718 horas a 1.729 horas, con horario de 8.30 a 16.30 horas, añadiendo una nueva jornada de 8.00 a 15.00 horas

El trabajador disfruta de 30 días de vacaciones entre el 28 de julio y el 26 de agosto.

13.- Personal de planificación:

En el calendario personalizado para los tres trabajadores de esta sección, estos pasan de una jornada anual de 1.724 horas, 1.729 horas y 1.721 horas a 1.730, 1.732 y 1.730 horas respectivamente, quedando en cada caso a disposición del trabajador las horas de diferencia con la jornada anual de 1.728 horas. El horario es de 8.30 a 16.30 horas, de 9.00 a 14.00 horas y de 15.00 a 18.00 horas, y de 8.00 a 15.00 horas.

Los trabajadores disfrutan de 30 días de vacaciones, en dos fracciones, entre el 16 de junio y el 30 de septiembre.

14.- Cortador de bujes:

Jornada anual de 1.728 horas, con jornada de 8 horas diarias en horario de 6.00 a 14.00 horas y de 14.00 a 22.00 horas, y con el cambio del periodo de 24 días por el de 62 días en el año con jornada de 7 horas diarias en horario de 6.00 a 13.00 horas y de 14.00 a 21.00 horas.

Las vacaciones de disfrutan entre el 4 y el 31de agosto (28 días).

15.- No existe el calendario para don J.V.R. – Almacén Recuperados.

16.- La sección de materia prima pasa a denominarse "Recepción y almacén Poligal".

Los tres calendarios personalizados para tres trabajadores de la sección para el año 2002 aparecen refundidos en un solo documento, con horario de lunes a viernes de 9.00 a 17.00 horas, con la novedad de un nuevo horario de 9.00 a 16.00 horas, y con jornada anual de 1.760 horas, 1.768 horas y 1.752 horas, por lo que hay un exceso de jornada sobre la que se fija, de 1.728 horas.

Los trabajadores disfrutan de 30 días de vacaciones.

17.- Calendario vigilancia: no consta en el calendario de trabajo de 2003.

18.- Calendario limpieza: no existe el calendario.

19.- Calendario de "Recepción y almacén exterior":

Aparece un calendario para el año 2003, para esta sección, que no aparece en el año 2002, y en el que se incluye a don J.V.R., que figuraba anteriormente en la sección denominada "Almacén Recuperados".

Se incluye en este calendario a otros dos trabajadores y se señala una nueva jorna-

da de trabajo de 7 horas durante 64 días en el año 2003, en horario de 8.00 a 15.00 horas.

Los tres trabajadores disfrutan de 30 días de vacaciones entre los meses de junio y septiembre."

La modificación propuesta para la revisión de los hechos cuarto y quinto de la resolución recurrida, ha de venir acogida al encontrar apoyo en la prueba documental aportada a los autos por la propia empresa codemandada. En lo referente al calendario laboral para el año 2002 se puede constatar en los folios 418 a 441, (ambos inclusive), en los que se puede verificar la jornada laboral que se describe para cada uno de las secciones de la empresa que se describen; y para el calendario laboral del año siguiente, la documentación aportada al expediente, al igual que en el caso anterior por la propia empresa, obrante a los folios 399 a 415, ambos inclusive.

TERCERO.- Para el ordinal sexto se proponen las siguientes modificaciones:

En el segundo párrafo se propone la supresión de la frase "en los mismos términos que el año anterior, sin realizar modificación alguna", con lo que este párrafo quedaría redactado del siguiente modo: "La dirección, ante la insistente pasividad para la presentación de propuesta, se ve en la obligación de establecer el calendario laboral, haciendo entrega del mismo al presidente del Comité de Empresa a través del escrito de fecha 14 de enero de 2003 por el que se da contestación a la comunicación del comité entregada en fecha 13 de enero."

En el último párrafo se pretende la modificación de la fecha que aparece como entrega del calendario definitivo a los representantes de los trabajadores, que fue el 31 de enero de 2003, en lugar del 26 de febrero de 2003, como recoge la sentencia.

Se aceptan ambas modificaciones, en el primer caso porque tal supresión viene impuesta por la modificación de los hechos anteriores en el que un examen comparado permite constatar las evidentes diferencias en los calendarios de los años 2002 y 2003. Y en lo referente a la fecha porque así consta en el folio 208 de los autos en el consta como fecha de entrega del calendario definitivo a los representantes de los trabajadores el día 31 de enero de 2003.

Para los hechos séptimo y octavo propone la siguiente redacción alternativa: "7º.- En fecha 06.05.03 tuvo lugar la primera reunión entre la empresa y los representantes de los trabajadores, tras la suspensión del acto del juicio, en la que la CIG entrega una propuesta de calendario como base de negociación, comprometiéndose la empresa a convocar la próxima reunión para seguir las negociaciones.

En fecha 09.05.03 se celebró la segunda reunión entre la empresa y el Comité de Empresa, en la que la parte social solicitó la presencia del técnico para que informase sobre el calendario laboral, no aceptándose la misma y convocándose la tercera reunión para el día 22.05.03. En esta fecha se celebró la tercera reunión, en la que las partes discutieron las propuestas presentadas en la mesa negociadora (…)."

En el hecho octavo pretende modificarse el ordinal asignado a la reunión celebrada el fecha 27.07.03, debiendo sustituirse "tercera reunión" por "cuarta reunión".

Ambas pretensiones también han de encontrar favorable acogida al encontrar apoyo en la documental de los folios 263 a 268, ambos inclusive, y en el folio 269, respectivamente.

CUARTO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado denuncia la parte recurrente, al amparo del párrafo c) del mencionado artículo 191 de la L.P.L., la infracción de lo dispuesto en el artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores sobre elaboración de calendario laboral, en relación con el artículo 46 del Convenio Colectivo de la Industria Química, así como la jurisprudencia que lo interpreta, alegando que la infracción se produce porque el Juez de instancia considera adecuada la prórroga del calendario del año 2002, cuando esa prórroga no se produce pues lo que hace la empresa es elaborar un nuevo calendario.

El Juzgador de instancia considera que siendo la facultad de confeccionar el calendario, una facultad legal y unilateral de la empresa, incluida dentro del poder de dirección de esta, y acreditada la falta de acuerdo en relación al calendario del año 2003, y habiéndose observado el requisito de la negociación previa para elaborar el calendario del año 2003 de la forma más consensuada posible y habiendo resultado dicha negociación colectiva frustrada, la decisión de

la empresa de prorrogar el calendario del año 2002, en principio es ajustada a derecho.

Es indudable que la común voluntad de las partes fue la de establecer y elaborar el calendario laboral para el año 2003, y ha habido repetidos intentos para alcanzar tal fin, sin embargo las negociaciones llevadas a cabo no se han plasmado en ningún acuerdo al existir puntos discrepantes que impedían conseguir cualquier acuerdo. Ante tal situación el Juzgador "a quo" ha considerado que la decisión de la empresa de prorrogar el calendario anterior es una decisión acertada y ajustada a derecho.

Sin entrar a considerar, por resultar innecesario por lo que a continuación se dirá, si la empresa podía prorrogar el calendario laboral anterior o si la normativa aplicable habilita a la empresa, en este concreto caso, para la prórroga del calendario del año anterior, lo que sería discutible y en todo caso opinable, como apunta la parte recurrente, a tenor de los artículos 34.6 del E.T. y 46 del Convenio Colectivo; lo cierto es que en el caso de autos, y a la vista de las revisiones llevadas a cabo, en modo alguno cabe considerar, como ha entendido la sentencia de instancia, que se ha producido una prórroga del calendario laboral del año 2002; pues si toda prórroga supone una continuación de la misma cosa por un tiempo determinado resulta imprescindible que dicha prolongación se produzca en iguales términos e idénticas condiciones a las que entonces venían rigiendo, y mucho más tratándose de un calendario laboral cuya prórroga implicaría que su vigencia y aplicación se va a prolongar durante un tiempo determinado. Pero bien entendido que para que ello se produzca, ha de ser el mismo calendario laboral que hasta el momento de la prórroga se viniera aplicando, pues cualquier cambio o alteración en su contenido hace que estemos ante un nuevo calendario y, ante esta situación ya no sería posible hablar de prórroga ya que esta solo opera sobre situaciones ya conocidas y reguladas, pues no es posible continuar lo que hasta entonces no existe.

Trasladada esta reflexión al caso de autos, basta un mero examen comparativo de ambos calendarios laborales para advertir las profundas diferencias que existen entre ellos y que hace que uno y otro calendario sean totalmente diferentes. Y en semejante situación no es posible entender, como hizo la sentencia de instancia, que la decisión de la empresa ha sido la de prorrogar el calendario del año 2002, pues como se ha puesto de relieve no existe tal prórroga ya que lo que ha hecho la empresa codemandada ha sido elaborar un nuevo calendario laboral para el año 2003 que contempla y regula situaciones distintas al anterior del año 2002. Es por ello que procede acoger el recurso de suplicación formulado y la revocación de la resolución recurrida, y con estimación de la petición principal deducida en el escrito rector declarar la nulidad del calendario laboral elaborado unilateralmente por la empresa codemandada.

En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación formulado por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA contra la sentencia de fecha 02.07.03, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Ferrol, en proceso promovido por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA frente a "POLIGAL, S.A.", COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (USTG), COMITÉ DE EMPRESA POLIGAL debemos revocar la expresada resolución y con estimación de la petición principal deducida en el escrito rector debemos declarar y declaramos la nulidad del calendario laboral elaborado unilateralmente por la empresa codemandada, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y tener por nulo y sin efecto dicho calendario laboral.

3758 **Recurso núm. 779/01**

S.S. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. TRABALLO RETRIBUÍDO POR CONTA E DEPENDENCIA DO EMPREGADOR Á MARXE DO ARRENDAMENTO DE SERVIZOS CONCERTADO ENTRE O MESMO E UNHA COMUNIDADE DE BENS NA QUE O DEMANDANTE ERA SOCIO.

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

A Coruña, a cuatro de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 779-01 interpuesto por "A., S.L." y don A.G.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 194/00 se presentó demanda por don C.B.U. en reclamación de SALARIOS siendo demandado "A., S.L." y don A.G.T. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiuno de noviembre de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El demandante en autos don C.B.U., mayor de edad, provisto de DNI nº …, vecino de Lugo, a finales de diciembre de 1998, luego de concluir en septiembre de 1998 sus Estudios Superiores de Informático de Gestión en Madrid (Universidad Privada), constituyó con don M.G.S., ambos como socios trabajadores, y con otras 3 personas más como comuneros fundadores únicamente socios de capital y avalistas, una C.B. denominada "S.I. 108 P.", cada uno con un porcentaje de participación del 20%, cuyo objeto lo era la prestación de Servicios Informáticos. Se nombró a don M.G.S., compañero que había sido de estudios del actor desde 1994, representante de la Comunidad de Bienes, fijándose en 12.98 el comienzo de la actividad de la C.B. El domicilio social se estableció provisionalmente en Madrid. 2º).- El 15.01.99 se celebró contrato privado de arrendamiento de servicios ante la C.B. representada por don M.G.S. y don A.G.T. con DNI-NIF nº …, padre del anterior, por virtud del cual la C.B. "S.I. 108 P." debía realizar, a partir de entonces (plazo máximo de 1 mes) y hasta 12.99, en la empresa titularidad de don A.G.T., "A., S.L.", dedicada a la actividad de estudios técnicos y de delineación, las siguientes actividades: 1- Implantación de red física. 2- Mantenimiento de la red física. 3- Estructura virtual de la red informática. 4- Mantenimiento y configuración de red virtual. 5- Gestión documental y relacional de datos sobre clientes, Bancos, Administraciones Públicas, etc. 6- Mantenimiento y desarrollo informático del proceso de edificación. 7- Mensajería electrónica y telecomunicaciones. 8- Mantenimiento de la mensajería electrónica interna e internet. 9- Formación en el manejo de las aplicaciones informáticas desarrolladas. Se fijó como precio del arriendo 7.500.000 ptas. + I.V.A. a satisfacer por don A.G.T., suma a hacer efectiva antes de la finalización del 1er. semestre de 1999, siempre y cuando en esta fecha estuviese ya operativo el sistema informático, debiendo quedar ultimado completamente en 12.99. 3º).- El actor durante la citada vigencia pactada del arrendamiento de servicios concertado entre don A.G.T. y la C.B., además de hallarse en los locales de "A., S.L.", realizando los servicios arrendados que constituían el objeto de la C.B. constituida, trabajó a las órdenes de don A.G.T. en la Patronal "A., S.L.", indiferenciadamente para ambos, con la categoría profesional de Técnico de Cálculo, desde finales de 01.99 hasta aproximadamente 30.11.99, por lo que le correspondía una retribución bruta anual de ptas. 1.931.623 (12 ptas + 2 gratificaciones extraordinarias), más el plus anual del Convenio de 240.884 ptas. (art. 38 Convenio Colectivo). Entre otras funciones realizaba las siguientes: entregaba la documentación precisa que le requerían los Arquitectos que contrataban con don A.G.T., recibiendo de los últimos a su vez la documentación, consultaba con éstos las posibles dudas que surgían entre ellas las relativas a cobros y pagos, realizaba cálculos de algunas instalaciones, ayudaba y colaboraba con los delineantes, a los que transmitía las órdenes recibidas de don A.G.T., trababa con clientes y proveedores, … 4º).- El actor el 02.06.99 percibió en concepto de beneficios de la C.B. con arreglo a su cuota del 205 1.500.000 ptas., lo mismo que los restantes 4 comuneros. El 29.03.00 el demandante solicitó la disolución de la C.B., aduciendo haber desaparecido la finalidad que se perseguía con su creación hace mucho tiempo, y que en la liquidación le correspondía por su participación del 20% según sus cálculos 1.000.000 ptas. 5º).- La Sociedad "A., S.L.", según sus Estatutos tiene como objeto la realización, ejecución material, dirección facultativa y técnica de toda clase de proyectos, estudios, análisis, informes y asesoramientos relativos a arquitectura, urbanismo, ordenación del territorio, medio ambiente, ingeniería, industria y comercio, así como la construcción y promoción de terrenos y edificaciones en su sentido tan amplio. Ni "A., S.L.", ni don A.G.T., tenían participación alguna en la C.B. "S.I. 108 P.". 6º).- El actor aduce en su demanda que trabajó para los demandados con antigüedad de 01.06.98 a 02.12.99, con la categoría profesional de técnico de cálculo, salario anual bruto de 2.003.161 ptas., por lo que tenía que haber

cobrado 3.439.800 ptas percibiendo únicamente a lo largo de la relación laboral 500.000 ptas., reclamando por ende 2.939.800 ptas. 7º).- En reclamación de la misma cantidad presentó el actor papeleta conciliatoria ante el SMAC el día 25.02.00, celebrándose preceptivo acto de conciliación previa con data 08.03.00, que concluyó "intentada sen efecto", por la incomparecencia de los demandados. 8º).- Se interpuso demanda que fue repartida a este Juzgado de lo Social con fecha 14.03.00, luego de su presentación y registro ante el Decanato de los de Lugo el día 10.03.00".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda deducida por don C.B.U., en Proceso sobre Reclamación de Cantidad, contra don A.G.T. y la Empresa "A., S.L.", y previo rechazo de las excepciones de prescripción e incompetencia de jurisdicción aducidas por los demandados, debo condenar y condeno a don A.G.T. y a la empresa "A., S.L." a que solidariamente abonen al actor la suma de pesetas brutas un millón trescientas tres mil cuatrocientas setenta y ocho (1.303.478 ptas.), por retribuciones salariales devengadas durante la prestación de servicios laborales del actor para aquéllos en el período 01.02.99 a 30.11.99".

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.

QUINTO.- Que con fecha 04.11.03 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, devolviéndolo en fecha 10.11.03.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren los demandados en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se declare la incompetencia del orden social, con imposición de la sanción del art. 97.3 LPL, o, en otro caso, se acoja la prescripción o que el Convenio aplicable es el de Edificación y Obras Públicas de la Lugo "con las consecuencias legales y económicas a que hubiere lugar y, teniendo en cuenta que lo percibido por el actor fue 1.500.000 ptas.". A estos efectos y al amparo del art. 191 b y c LPL interesa la parte la revisión de los HP y denuncia la infracción de los arts. 1 LPL, 1, 2 y 3 ET, 21 LOPJ y 533 LEC y Jurisprudencia, citando SSTS de 26.02.74, 07.05.75... y 29.10.85 y 01.12.86 (apartado I); la infracción el art. 59 ET (apartado II); impugna "los Fundamentos de Derecho 1º, 2º y 3º" con base al art. 1.214 CC y STS de 20.05.65 y las que menciona STCT (apartado III), y finalmente (apartado IV) impugna el Fundamento de Derecho 4º por vulneración del art. 1 del Convenio de "Edificación y Obras Públicas" de la provincia de Lugo.

Si bien resulta preferente el examen de la competencia jurisdiccional, la Sala, siguiendo el planteamiento de la parte, aborda por su orden los motivos al ser factible como luego se dirá.

SEGUNDO.- Pretende la parte recurrente se adicione al HP.1º, intercalándolo en su contenido, que "se procedió a dar de alta en las obligaciones fiscales a la C.B. y por su parte, don C.B.U., como obligación individual tributaria presentó su declaración censal individual, modelo 037". Al efecto se invoca la documental de los folios 61 a 71 de los autos.

A los folios dichos obra alta en el IAE de la CB "S.I. 108 P." en dic. de 1998 (F. 61 y 62); declaración de la misma respecto del impuesto sobre transmisiones patrimoniales de igual fecha (F. 63); y su declaración censal de inicio de actividad ante la Agencia Tributaria en dic/98 (F. 64) y de relación de miembros… (F. 65 a 68). Y así procede incorporar al HP.1º que se llevaron a cabo tal alta y declaraciones por ser la documental invocada oportuna a tal efecto.

Asimismo, a los folios 69 a 71 obra declaración censal, modelo 037, de comienzo de actividad de don C.B.U. en 17.12.98, haciendo constar en el apartado "situación tributaria" su condición de socio-comunero-partícipe en "S.I. 108 P.", incorporándose al HP.1º que se efectuó tal declaración y en estos términos por debidamente acreditado.

En el expresado sentido, por consiguiente, procede la revisión interesada al ser lo que justifica la documental invocada.

TERCERO.- Asimismo solicita la recurrente se revise el HP.3º de modo que pase a declarar lo siguiente: "3º.- El actor, Titulado Superior de Informática de Gestión, durante la citada vigencia pactada del arrendamiento de servicios concertado entre don A.G.T. y la C.B., y en cumplimiento del mismo, impartió la formación necesaria para el manejo de los programas. Asimismo, el actor realizó otros

trabajos para la C.B. "S.I. 108 P.", concertando con la empresa "C.C.A." la prestación de servicios por importe de 2.520.761 pesetas en el período junio-septiembre de 1999.".

Lo que en esencia viene a impugnar la recurrente mediante tal revisión es la declaración que hace el Juzgador de Instancia en el sentido de que el actor, durante la vigencia pactada del arrendamiento de servicios concertado entre don A.G.T. y la C.B., trabajó además "a las órdenes de don A.G.T. en la patronal "A., S.L." indiferenciadamente para ambos…".

Sostiene el recurrente que el Juzgador incurre en evidente error "al señalar que existe una relación laboral que se desarrolla paralelamente a la de los servicios arrendados" e invocando al efecto que el actor ostenta una titulación superior de informático de gestión, citando los F. 55 a 58 (punto 1), que (punto 2) el actor, en su condición de comunero trabajador de la C.B., realizó gestiones con otras empresas, invocando los folios 53, 54 y 80 respecto de CAFI y la firma reconocida por el actor, y (punto 3) que "a la vista de lo expuesto no es posible afirmar, tal y como hace el Juzgador de instancia que el actor transmitía órdenes recibidas de don A.G.T.", argumentando al respecto que conforme al libro de matrícula (F. 83 a 86) nunca se contrató a un técnico de cálculo y aduciendo el punto 5 del contrato suscrito entre la C.B. y don A.G.T. (F. 73 y 74) y el punto 9 de la cláusula 1ª del mismo contrato…

Se viene a plantear así también la cuestión relativa a la incompetencia de jurisdicción, que como se dirá posteriormente debe ser resuelta a partir esencialmente de los HECHOS DECLARADOS PROBADOS en la instancia de incidencia en la cuestión y que con motivo de la revisión que de los mismos previamente plantea la parte, quedan ya justificados como los pertinentes en todo caso.

CUARTO.- Siguiendo precedentes sentencias de este Tribunal como, entre otras muchas, las de 23.12.02, 16.01.03, 18.06.03…, ha de reiterarse nuevamente que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una 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 de 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, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12.06.75 Ar. 2.709–, 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. 316, 326, 348 y 376 LEC, así como el art. 97.2 LPL. 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 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».

La naturaleza extraordinaria que se ha referido del recurso de Suplicación se traduce –SSTSJ Galicia 28.02.03 R. 551/00, 16.01.03 R. 5.384/02, 29.06.02 R. 1.775/99, 07.02.02 R. 6.499/01 ... – en:

a.- Que carezcan de virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical (SSTSJ Galicia 10.01.01 R. 2.952/98, 29.03.01 R. 4.594/00, 04.04.01 R. 1.464/00, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.11.01 R. 5.426/01, 07.02.02 R. 6.499/01, 22.02.02 R. 3.164/98, 23.12.02 R. 1.744/02 ...).

b.- Que el acta de juicio resulte conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados, por no constituir «documento» en el sentido del art. 191.b LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el art. 194.2 LPL, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél (STS 24.02.92 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.02.99 AS 5.261, 12.05.00 R. 1.748/00, 07.02.02 R. 6.499/01, 23.12.02 R. 1.744/02...).

c.- Que a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17.10.90 Ar. 7.929 y 13.12.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que 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 03.03.00 R. 499/00, 14.04.00 R. 1.077/00, 15.04.00 R. 1.015/97, 22.06.00 R. 2.756/00, 13.07.00 R. 1.340/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 26.10.00 R. 4.397/00, 20.09.01 R. 3.892/01...).

A partir de lo anterior, la Sala rechaza la modificación de los términos del HDP.3º de la sentencia recurrida, entendiéndose ya que se está abordando desde esta perspectiva la cuestión de la competencia de jurisdicción.

Dice el Juzgador de instancia (Fto. Jurídico 3º) que "…. se reclaman cantidades salariales devengadas por su indudable y paralela prestación laboral en la empresa del demandado don A.G.T., "A., S.L.", con la categoría profesional de técnico de cálculo… que realizó con las características propias de toda relación laboral y no mercantil: dependencia, ajeneidad, voluntariedad… y que resultan de los testimonios del Sr. A.F. (arquitecto) y de don C.B.U.…". En el Fundamento Jurídico 1º asimismo dice el Juzgador que los HDP lo están por la documental aportada "así como singularmente atendidas las testificles de los Sres. don J.A.F. y don I.D.U., y la confesión judicial del demandado don A.G.T., evasiva y vacilante…".

Así pues, la declaración fáctica de que se habla y que se hace en el HP.3º de la sentencia recurrida es consecuencia del imparcial criterio valorativo del juzgador sobre el conjunto de la prueba practicada, también con apoyatura cierta directa en testifical, que este juzgador, en función de la inmediación, ha considerado veraz.

Nada de ello se desvirtúa en el recurso, pretendiendo la parte sustituir incausalmente el imparcial y fundado criterio judicial por el suyo interesado de parte. En concreto, la documental invocada en el motivo no acredita error en el criterio judicial dicho: 1) Los folios 55 a 58 nada justifican de incidencia al respecto, invocándose junto con las manifestaciones del demandante para afirmar que este ostenta la titulación superior de informático de gestión, lo cual ya se declara en el HP.1º.B) La documental de los folios 53,54 y 80 se refiere a un fax de "C.C.A., S.L." dirigido al actor en 20.09.99 que dice adjuntar "información" y a movimientos de cuenta y detalle de movimientos del BBV acerca de "S.I. 108 P." no del actor, constatándose así las operaciones a que aluden los documentos bancarios pero sin relevancia a los efectos presentes por sí solas y en sí mismas. Y c) Si el libro de matrícula de la empresa (F. 83 a 86) no aporta en sí mismo y por su propio contenido y aptitud probatoria nada trascendente a partir de los términos de la sentencia recurrida, tampoco lo supone la documental de los folios 73 y 74, que recogen el contrato de fecha 15.01.99 entre la C.B y don A.G.T. que se declara en el HP.2º; que en sí no justifica otra cosa que el contrato celebrado, sin que los términos del mismo y las argumentaciones que lo acompañan en el motivo revisor acerca del punto 5, del punto 9 de la cláusula 1ª… supongan justificación de la revisión propuesta, dado que no implican error en el criterio judicial cuando en este HP.3º impugnado declara, con base a prueba cierta, que el demandante, además de los servicios arrendados a la C.B., efectuó trabajos por cuenta y orden de don A.G.T. y "A., S.L." con las funciones que en él se dicen, extraídas éstas de prueba testifical especialmente. Y D) Se confirma también el rechazo de las invocaciones probatorias y argumentaciones que se hacen para la revisión de este HP.2º. A través de la valoración de estos trabajos dichos en términos asimismo jurídicos y en el contexto de la contratación de 15.01.99 entre la C.B. y don A.G.T., lo que en la instancia ha llevado a considerar y concluir que existió una "paralela prestación laboral" del actor para don A.G.T. y "A., S.L." y al rechazo de la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la empresa. Reiterada en suplicación la excepción de incompetencia de jurisdicción en el apartado 1 del motivo formulado al amparo del art. 191.c) LPL, la Sala aborda acto seguido definitivamente la cuestión, a partir del rechazo de la revisión que del HP.3º y con carácter previo ha interesado la recurrente vía art. 191.b) LPL, al margen de que se pueda considerar justificada –incorporándolo como acreditado- la existencia de relaciones entre la C.B. y CAFI motivante de la documental de los F. 53 y 54 que se dan por reproducidos en sus propios términos.

QUINTO.- Sosteniendo la parte recurrente que el vínculo que unía al actor y las demandadas era civil "pues en ningún caso se cumplían los requisitos necesarios para conceptuar la relación como laboral", se aduce en

el recurso que al ser el tema de la incompetencia jurisdiccional cuestión de orden público no cabe someterse a los límites de la declaración de HP de la sentencia de instancia, al hilo de lo cual valora interesadamente prueba documental, testifical …. Si bien en tales casos no juegan en rigor aquellos límites, no cabe que la parte valore interesadamente toda la prueba practicada, incluidas la testifical y confesión, las que fueron inmediadas por el Juzgador dentro del conjunto probatorio y respecto a las que en esta fase de suplicación procede respetar su imparcial criterio, sin que en el caso presente aparezcan razones para que la Sala no atienda sino y fundamentalmente a los HDP en la sentencia de instancia, que se estiman los procedentes, en concreto al HP.3º según quedó expuesto.

Cuestionándose en el proceso la existencia de relación laboral, para resolver tal cuestión tiene competencia el orden jurisdiccional social sin perjuicio de los resultados que procedan en uno u otro caso, según se concluya la existencia entre las partes de una relación civil o laboral. A partir de ello, la Sala considera ajustado a derecho el pronunciamiento de instancia que afirma la existencia de una relación laboral entre el actor y la parte demandada, aparte de la de servicios de la C.B., y dado que se reclaman salarios por derivación de la misma, rechaza la incompetencia de jurisdicción alegada.

Dice la sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico 3º que no es objeto de esta litis ni el pago del precio del arrendamiento de servicios concertado en 15.01.99 (ya saldado) ni la participación o liquidación que compete al actor en la C.B. "S.I. 108 P." por su cuota del 20%, sino que "se reclaman cantidades salariales devengadas por su indudable y paralela prestación laboral en la empresa del demandado don A.G.T., "A., S.L.", con la categoría profesional de Técnico de Cálculo, a tenor de las funciones que se detallan en el ordinal 3º de HP de la presente, que realizó con las características propias de toda relación laboral y no mercantil: dependencia, ajeneidad, voluntariedad… y que resulta de los testimonios del Sr. A.F.". Y efectivamente, de los HDP, que se mantienen en suplicación por tener el aval probatorio oportuno y obedecer al imparcial criterio judicial de instancia que asume la Sala, no desvirtuado por los argumentos y valoraciones probatorios que hace la parte en este motivo y en el precedente que asimismo formuló para revisar los HP, resulta la relación laboral afirmada por el Juzgador de Instancia.

En los HDP.1º y 2º se refleja que el demandante, luego de concluir sus estudios superiores de informático de gestión en Madrid, constituyó con don M.G.S. y otras tres personas más una C.B. denominada "S.I. 108 P.", con las particularidades que se dicen en el HP.1º; y que en 15.01.99 se celebró contrato de arrendamiento de servicios entre la C.B. y don A.G.T., padre de don M.G.S., por el que la C.B. debía realizar a partir del 15.01.99 y hasta el 12.99 en la empresa de don A.G.T., "A., S.L.", dedicada a la actividad de estudios técnicos y de delineación, con objeto social descrito en el HP. 5º, las actividades que se dicen en el HP.2º. Y en el HP. 3º se declara que el actor, durante la vigencia del arrendamiento de servicios dicho "además de hallarse en los locales de "A., S.L." realizando los servicios arrendados que constituían el objeto de la C.B. constituida, trabajó a las órdenes de don A.G.T. en la patronal "A., S.L.", indiferenciadamente para ambos, con la categoría profesional de técnico de cálculo, desde finales de 01.99 hasta aproximadamente 30.11.99, por lo que le correspondía una retribución bruta anual de ptas. 1.931.623 (12 ptas + 2 gratificaciones extraordinarias), más el plus anual del Convenio de 240.884 ptas. (art. 38 Convenio Colectivo). Entre otras funciones realizaba las siguientes: entregaba la documentación precisa que le requerían los Arquitectos que contrataban con don A.G.T., recibiendo de los últimos a su vez documentación, consultaba con éstos las posibles dudas que surgían, entre ellas las relativas a cobros y pagos, realizaba cálculos de algunas instalaciones, ayudaba y colaboraba con los delineantes, a los que transmitía las órdenes recibidas de don A.G.T., trataba con clientes y proveedores,….".

Queda así expresada una relación laboral con sus características propias. En esencia, y de acuerdo con el art. 1.1. y 8.1 ET, una prestación de servicios retribuidos por cuenta y dependencia del empleador, dependencia que no ha de ser entendida (STS de 13.11.89 y 29.05.90) como subordinación absoluta, sino más bien como obediencia a las órdenes e instrucciones del empresario para la ejecución del contrato, en términos que van más allá del cumplimiento propio de toda obligación, o como el sometimiento a la esfera organicista, rectora y disciplinaria (STS de 23.10.89).

Así se constata en el proceso y así lo declara el Juzgador valorando la prueba del proceso, y dentro de ella y, en su contexto, en concreto la testifical que dice, practicada en juicio, sin que lo desvirtúe la relación de servicios que asimismo existía entre la C.B. "S.I. 108 P." y don A.G.T. y su empresa "A., S.L.", y menos la que pudiera existir entre aquella con otros clientes, como "C.C.A., S.L.". Aparecen diferenciadas las relaciones y se ha constatado que efectivamente, y asumiendo las partes la titulación concurrente, el demandante realizó para la empresa demandada y según instrucciones al efecto las funciones que se dicen en el HP.3º (constatadas vía testifical), las que no pueden ser consumidas o embebidas en las propias que constituían el arrendamiento de servicios concertado en 15.01.99 entre la C.B. y don A.G.T.

Se declara que el demandante realizó en la empresa funciones de entrega de documentación que pedían los arquitectos que contrataban con don A.G.T. y recibía de estos documentación, resolvía cuestiones de cobros y pagos, realizaba cálculos de algunas instalaciones, ayudaba y colaboraba con los delineantes, a los que transmitía órdenes recibidas de don A.G.T., trataba con clientes y proveedores. Tales funciones efectivamente realizadas en y para la demandada no son subsumibles en el objeto del arrendamiento de servicios que aparece en el HP.2º, siendo en concreto también diferenciables- por su propio signo, contenido y dimensión, y siendo el contexto del arrendamiento, HP 2º, poner operativo el sistema informático-de las reseñadas en aquel contrato de 15.01.99 como " gestión documental y relacional de datos sobre clientes bancos, A. Publicas…." y " formación en el manejo de las aplicaciones informáticas desarrolladas" u otras. Por otra parte, y asi ya lo puntualiza la sentencia recurrida, no cabe confundir, a partir de lo expuesto, ambas vinculaciones, de tal manera que lo que se declara en el HP 4º recibido por el actor en 2-6-99 por importe de 1500.000 ptas, lo fue en concepto de beneficios de la C.B. con arreglo a su cuota del 20%, y lo único que se constata y declara percibido por el actor en razón y a lo largo de la relación laboral de que aquí se trata fue la cantidad de 500.000 ptas, así reflejándolo el HP 6º y fundamento jurídico 4º de la sentencia de instancia.

SEXTO.- Consecuentemente, se rechaza la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada y se mantiene la declaración de existencia de relación laboral hecha en la instancia. Al hilo de ella, aparece la alegación de prescripción que con base al art. 59 ET también efectúa la recurrente.

Se dice al efecto en el recurso que la reclamación extrajudicial del actor se produce el 25.02.00 y que " por tanto han de entenderse prescritas todas las presuntas percepciones anteriores a 24.02.99 por haber transcurrido un año. El Juzgador de instancia no lo hace, fijando arbitrariamente el inicio de la relación, que conceptúa como laboral, a finales de enero del 99…..".

Es HDP (el tercero) que el actor trabajó como consecuencia de la relación laboral que se constata " desde finales de 01.99 hasta aproximadamente 30.11.99…."; y por ello, y al haberse interpuesto la reclamación ante el SMAC en febrero de 2000, el juzgador de instancia rechaza la prescripción de las cantidades salariales a que condena, por correspondientes al periodo 01.02.99 al 30.11.99 (fundamento Jurídico 2º). Así pues, mantenida la declaración probada de instancia, no cabe la prescripción alegada al no haber transcurrido el plazo legal al efecto, sin que sea dable replantear de nuevo cuestiones fácticas y de valoración probatoria, respondiendo en todo caso el criterio judicial de instancia a una fundada consideración de alegaciones y prueba practicada (incluida testifical, e incluso confesión del Sr. A.G.T., dentro del conjunto probatorio de Autos), como ya quedó anteriormente dicho.

Lo razonado implica el mantenimiento de los fundamentos de derecho 1º, 2º y 3º de la sentencia recurrida, concluyéndose asímismo el devengo salarial que concreta esta resolución en su fundamento jurídico 4º, de lo que extrae la suma total final a que condena de 1.303.478 ptas (descontando previamente 500.000 ptas " ya recibidas a cuenta"), por " retribuciones salariales devengadas durante la prestación de servicios laborales del actor para aquellos en el periodo 01.02.99 a 30.11.99, de acuerdo con los arts. 17, 33 y 38 del Convenio Colectivo N. de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos.

También impugna la recurrente esta fundamento jurídico 4º "por entender vulnerado el art. 1 del convenio para la actividad de "Edificación y Obras Publicas" de la provincia de Lugo, aduciendo que la actividad de las demandadas es la contemplada en este precepto, reseñando dentro de él la de " 2- Constructores-promotores de edificios urbanos" y "

20-Oficinas consultoras y de proyectos de edificación y obras publicas".

No se aprecia la vulneración. La aplicación que del Convenio Colectivo Nacional hace la sentencia recurrida encuentra respaldo en que la actividad social-empresarial de "A., S.L." se ajusta al mismo, en cuento prevé el convenio su obligada aplicación en todo el territorio nacional en todas las empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, incluidas las de delineantes, cuya actividad de servicios de asistencia técnica, estudios y proyectos de ingeniería civil, agraria, medioambiental….. y cuando resulta que la actividad social empresarial que se declara en el proceso (HP 5º) abarca la realización, ejecución material, dirección facultativa y técnica de toda clase de proyectos, estudios, análisis, informes y asesoramientos relativos a arquitectura, urbanismo, ordenación del territorio, medio ambiente, ingeniería, industria y comercio….. . A partir de ello, la sentencia recurrida fija el salario reclamado atendiendo al referido convenio y para la categoría que se ha considerado, a cuyo efecto y siguiendo los arts. 17, 33 y 38 del convenio establece el haber bruto anual, 14 pagas + plus convenio, de un técnico de calculo (que según aquel primer precepto no precisa titulación), y descuenta del total correspondiente al periodo de 01.02 al 30.11.99, 500.000 ptas. que da por recibidas a cuenta (150.000 ptas), que asimismo percibió el actor fue- HP 4º - en concepto de beneficios de la C.B. y conforme a su cuota; ajeno por tanto a la relación laboral de que aquí se trata). Y aunque en el recurso también se cuestiona el cálculo que efectúa el juzgador, lo cierto es que la parte no solo no concreta por partidas y cantidades la incorrección que aduce, sino que tampoco denuncia la infracción de los preceptos del convenio conforme a los que el Juzgador de instancia fija el salario debido y la cuantía de lo devengado y no pagado, considerando en concreto los arts. 17, 33 y 38 del convenio relativos a categorías, salarios y plus de convenio, limitándose el recurso a denunciar como vulnerado el art. 1 del Convenio de " Edificación y O. Publicas" de Lugo; y como este Tribunal viene reiteradamente afirmando, la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación determina que la exigencia del art. 194 LPL se traduzca en la necesidad de denunciar adecuadamente la infracción de una especifica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre únicamente es rectificable en virtud de una apreciada vulneración normativa que previamente se hubiera señalado, so pena, en otro caso, de que el recurso devenga estéril y haya de ser desestimado.

SÉPTIMO.- Por lo expuesto, no se acogen las infracciones denunciadas en el recurso y argumentos que las acompañan, procediendo su rechazo y la confirmación de la resolución de instancia. Proceden costas (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don A.G.T. y "A., S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Lugo de fecha 21.11.00 en autos nº 194/00 seguidos a instancias de don C.B.U. frente a la parte recurrente, confirmamos la sentencia recurrida.

3759 **Recurso nº 7.963/2000**

S.CA. RECLAMACIÓN DE DÉBEDA Á SEGURIDADE SOCIAL. MOTIVACIÓN DAS RESOLUCIÓNS ADMINISTRATIVAS. AXUDAS ECONÓMICAS PARA TRIPULANTES E ARMADORES. ARBITRARIEDADE DE OBRAR ADMINISTRATIVO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Blanca Fernández Conde

A Coruña, a nueve de diciembre de 2003

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 7963/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por doña M.F.B., que interviene también en representación de su esposo don J.J.B.R., con D.N.I. número …, domiciliada en A Coruña, representada por el procurador don M.V.G. y dirigida por la letrada doña F.D.A.C., contra resolución de 24.03.99 desestimatoria de recurso ordinario contra otra del Instituto social de la Marina sobre ayuda a tripulantes prevista en la Orden del Ministerio de Trabajo de 09.05.95. Expediente 8.619/96. Es parte la administra-

ción demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS (2.854 euros).

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, se señaló para votación y fallo el día veintisiete de noviembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna en este recurso contencioso administrativo la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de marzo de 1999, que desestima el recurso ordinario interpuesto por el recurrente contra la resolución del Director General del Instituto Social de la Marina de 22 de marzo de 1996 que decidió desestimar la reclamación de deuda efectuada a la Seguridad Social, por el periodo comprendido entre la fecha 7 de junio y la fecha de paralización del paro forzoso, que fija el 22 de noviembre de 1995.

El recurrente como motivos de impugnación de la resolución denegatoria de su petición aduce falta de motivación y arbitrariedad de la Administración. Afirma haber sido trabajador de la empresa "P.H.R., S.L.", dedicada a la actividad de "palangre-pesca" desde el 16 de mayo de 1995, hasta el 22 de noviembre de 1995, en el barco "E.M.", y que la citada empresa le dio de baja en la Seguridad Social con fecha 6 de junio de 1995, por "desembarque", sin que tal desembarque existiera, ya que la flota estaba amarrada y los marineros percibían ayudas del Gobierno como consecuencia de la falta de Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos. Celebrado Acto de Conciliación la empresa manifiesta literalmente…" que la baja del trabajador con fecha 6 de junio de 1995, lo fue por error, ya que la flota estaba amarrada, debiendo estar incluido el conciliaste en el listado de tripulantes afectado por el amarre de la flota. El conciliante no causo baja en la empresa hasta el 22 de noviembre de 1995..." Con estos antecedentes, invoca la Orden de 9 de mayo de 1995 y solicita que la ayuda que le fue otorgada durante el mes de mayo y hasta el 6 de junio, se le continúe abonando hasta el 22 de noviembre fecha efectiva de la baja.

De contrario la administración demandada mantiene, que el recurrente no ha acreditado la permanencia del interesado en el Rol de la embarcación hasta la fecha real de la baja, y por ello interesa la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- Del análisis del expediente administrativo y de las actuaciones, se deduce que el trabajador don J.J.B.R. presto servicios en la embarcación denominada "P.B.", - lo cual es una contradicción con lo manifestado en la demanda en la que se dice que presto sus servicios en la embarcación "E.M." -, afectada por la paralización de la flota por falta de Acuerdo de pesca entre La Unión Europea y el Reino de Marruecos, consecuencia de lo cual percibió las ayudas económicas previstas en la Orden de 9 de mayo de 1995, hasta el 6 de junio de 1995, fecha en la que fue dado de baja en dicha embarcación – así se manifiesta en la demanda.

Posteriormente un año después, en fecha 14 de marzo de 1996, entre la empresa "P.H.R., S.L.", y el recurrente se celebra Acto de Conciliación, en el que la empresa manifiesta literalmente "…que la baja del trabajador con fecha 6 de junio de 1995, lo fue por error, ya que la flota estaba amarrada, debiendo estar incluido el conciliante en el listado de tripulantes afectado por el amarre de la flota". El conciliante no causo baja en la empresa hasta el 22 de noviembre de 1995..."

Consta en autos parte de alta con fecha 06.06.95, y baja 22.11.95, en la embarcación "P.B.", no en el "E.M.", que es la embarcación en la que el recurrente manifiesta en su demanda, ser aquella en la que ejercía su actividad.

La Orden de 9 de mayo de 1995, tiene por objeto regular unas ayudas económicas

previstas para tripulantes y armadores, tendentes a paliar los efectos negativos de la paralización por falta de Acuerdo de pesca entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, y no prevé el pago de las mismas cuando se trata de situaciones en las que el vinculo laboral entre el trabajador y el armador ha dejado de existir, puesto que la protección para estos casos se encuentra regulada en otras vías.

La administración mantiene que no esta justificado ni acreditado que el trabajador haya permanecido en el Rol de la embarcación hasta la fecha de la baja, puesto que no consta certificado de Capitanía en tal sentido.

TERCERO.- La primera alegación, que se refiere a la falta de motivación de la resolución, debe ser desestimada, y ello, por cuanto constituye doctrina jurisprudencial reiterada que siendo verdad que los actos administrativos comprendidos en el apartado 1 del artículo 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo deben ser motivados con sucinta remisión a los hechos y fundamentos jurídicos en que se basen, y esa motivación ha de ser necesariamente lo suficientemente amplia como para que se puedan conocer las razones determinantes de la decisión de que se trate, de tal suerte que si la motivación no existe, o se formula en términos tan genéricos e inexpresivos que ninguna luz aporta sobre dichas razones, el acto debe considerarse anulable -Sentencias de 13 de julio de 1998, 25 de junio de 1999 y de 20 de diciembre de 2000-, lo cierto es, que la exigencia aludida no puede superar el límite indicado, convirtiendo esa necesidad de sucinta expresión de los motivos en exhaustiva expresión justificativa del acto administrativo, y así, basta, por el contrario, que se suministren los elementos necesarios para que el destinatario del mismo pueda conocer suficientemente el razonamiento lógico y jurídico que ha conducido a la decisión de que se trate. Así se señala en SSTS de 29 de abril de 1997, 9 de marzo de 1998 y 16 de diciembre de 1999.

En el caso que ahora examinamos, tal y como consta en la resolución inicial, la Orden no prevé el pago de las ayudas, cuando se trata de situaciones en las que el vinculo laboral entre trabajador y armador ha dejado de existir, puesto que la protección para estos casos se encuentra regulada en otras vías, y en la que resuelve el recurso, se especifica que no se aporta certificado de la Capitanía Marítima, acreditando la permanencia del interesado en el Rol de la embarcación hasta la fecha real de la baja, siendo este el motivo por el cual el Instituto de la Marina considera que no procede el abono de las cantidades solicitadas; por tanto la motivación no solo es suficiente sino además precisa y clara y por ello la parte recurrente no puede alegar indefensión, que no se ha producido, dado que ésta conoció las razones que fundamentan la resolución impugnada y con tales razones ha intentado el control jurisdiccional de las mismas ante este Juzgado, bastando que el acto sea sucintamente motivado como dispone el art. 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTO.- Como segundo motivo de oposición, la parte recurrente demanda la nulidad por considerar arbitrario el obrar administrativo.

La tesis sobre la que, más o menos explícitamente, se asienta este motivo de oposición, la existencia de una discriminación injustificada del actor que invoca, porque la Administración, no ofrece motivos razonables y suficientes para otorgar en unos casos si y en otros no la ayuda solicitada, se formula como si la situación enjuiciada hubiera surgido de la nada y sin causa o razón alguna. Esta tesis es inaceptable porque parte de negar una situación real manifiesta, obviando una parte de los razonamientos de las resoluciones impugnadas, en las que se concreta que el vinculo laboral entre trabajador y armador ha dejado de existir, de una parte, y de otra que el interesado no ha acreditado su permanencia en el Rol de la embarcación presentando el oportuno certificado de la Capitanía Marítima, hasta la fecha real de la baja. El principio de igualdad no tienen otra razón de ser y justificación, sino que se dé a todos un trato igualitario y razonable. En un caso como el que examinamos lo que exige el principio de igualdad es que los interesados conserven la misma posición relativa entre todos ellos, y no ha sido comprobado, ni detallado en casos concretos, que la Administración hubiera procedido diferentemente en las mismas circunstancias, por lo que en modo alguno puede hablarse de arbitrariedad.

QUINTO.- Lo cierto es que las subvenciones, en cuanto medidas de fomento de carácter económico, que establecen, y por las consecuencias propias de su ordenación, suponen, una especial relación de sujeción que incide de forma singular en la actuación que debe seguir tanto la Administración como el subvencionado, imponiéndose mutuamente una serie de comportamientos y la asunción

de distintos modos, cargas y obligaciones que, generalmente, encuentran concreta plasmación en la normativa reguladora de la particular acción de fomento en que se incardina la subvención, y si el establecimiento de la subvención se inscribe, en principio, dentro de la potestad discrecional de la Administración, y así se ha destacado en diversas sentencias del Tribunal Supremo entre las que se puede citar la de 3 de marzo de 1993, 21 de septiembre de 1995 y 28 de noviembre de 1997, una vez que la subvención ha sido establecida y regulada normativamente, termina la discrecionalidad y comienza la regla y su atribución concreta escapa del puro voluntarismo de la Administración. El otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

Quiere esto decir, aplicado a este concreto supuesto, que a la Administración no le consta que el recurrente cumpla los requisitos exigidos, al no acreditar la permanencia en el Rol de la embarcación hasta la fecha de la baja a que se refiere el acto de conciliación, y ante esta sala tampoco se acredita esa permanencia, por lo que su pretensión de reconocimiento de su derecho a la ayuda, no puede ser atendida.

Por todo lo expuesto y razonado, la demanda no puede ser acogida.

SEXTO.- El art. 139.1 L.J.C.A. dispone que el órgano jurisdiccional impondrá las costas procesales razonándolo debidamente, a aquella parte que sostuviese su acción o interpusiere recursos con mala fe o temeridad.

No apreciando ninguna de estas circunstancias procede no hacer pronunciamiento expreso respecto a las costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de doña M.F.B., que actúa por sí y en nombre de su esposo don J.J.B.R., contra resolución de 24.03.99 desestimatoria de recurso ordinario contra otra del Instituto social de la Marina sobre ayuda a tripulantes prevista en la Orden del Ministerio de Trabajo de 09.05.95, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, por ser conforme a derecho. No se hace imposición de costas.

3760 Recurso nº 8.272/2000

S.CA. PENSIÓN ASISTENCIAL POR ANCIANIDADE A FAVOR DE EMIGRANTES ESPAÑOIS. CANTIDADE LÍMITE PARA A CONCESIÓN DE AXUDAS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Blanca Fernández Conde

A Coruña, a nueve de diciembre de 2003

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 8.272/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don L.N.G., domiciliado en Argentina, representado por el procurador don M.P.G. y dirigido por el letrado don M.F.R., contra resolución de 14.06.00 desestimando el recurso contra otra de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones sobre pensión asistencial por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, recurso 10.387/99. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por 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, se señaló para votación y fallo el día cuatro de diciembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la resolución del Subdirector General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 14 de junio de 2000, desestimatoria del recurso ordinario formulado por el recurrente contra otra resolución de la Dirección General de Ordenación de Migraciones de fecha 27 de septiembre de 1999, en la que se acuerda denegar al interesado la pensión asistencial por ancianidad a favor de emigrantes españoles, con efectos de 1.5.97 al 30.6.98, pero no reunir las condiciones exigidas para causar derecho a la pensión, al no resultar acreditado carecer de rentas e ingresos suficientes.

La parte actora funda su pretensión de nulidad de la resolución impugnada, alegando en síntesis, que la finalidad de la normativa es establecer mecanismos de protección que garanticen en términos de derecho subjetivo, un mínimo de subsistencia para los españoles de origen residentes en el extranjero.

SEGUNDO.- Es de recordar que la concesión de las ayudas asistenciales previstas en el R.D. 728/1993, de 14 de mayo modificado por el R.D. 667/1999, de 23 de abril, esta condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos:

El articulo 2.d.: este precepto señala como requisito para tener derecho a la pensión el "carecer de rentas e ingresos suficientes en los términos establecidos en el artículo 5 de este Real Decreto".

El limite para considerar que se esta en situación de carecer de ingresos se fijo para 1997 en la cantidad de 2.907 pesos argentinos.

El recurrente, percibe una pensión de 3.068 pesos.

La Administración, en este caso, fundamenta su negativa al reconocimiento del derecho a la ayuda solicitada, por considerar que el recurrente percibe una pensión mensual de 3.068 pesos, es decir superior al límite fijado por la norma. A juicio de la Administración ello significa que no se dan los requisitos exigidos.

TERCERO.- Es innegable que la finalidad de la norma es la protección de las personas españoles de origen residentes en el extranjero, que llegadas a la edad de jubilación, carezcan de recursos. Ahora bien, no puede decirse que vaya contra la finalidad de la norma el hecho de que es establezca una cantidad como limite para la concesión de las ayudas, y esto es ni mas ni menos lo ocurrido en el supuesto que hoy contemplemos; la Administración le deniega la pensión al recurrente, porque sus ingresos que ascienden a 3.068 pesos superan el limite establecido, - 2.907 -, cierto es que mínimamente, pero lo superan, y por ello no puede entenderse que carezca de recursos en el sentido exigido por la norma. Igualmente, y como la propia parte actora manifiesta en su demanda, incluso teniendo en cuenta que su esposa percibe como pensión una cantidad inferior, si este dato, fuera tenido en cuenta, el total de los ingresos superaría igualmente los limites establecidos.

Por todo lo expuesto y razonado, la demanda no puede ser acogida.

CUARTO.- El art. 139.1 L.J.C.A. dispone que el órgano jurisdiccional impondrá las costas procesales razonándolo debidamente, a aquella parte que sostuviese su acción o interpusiere recursos con mala fe o temeridad.

No apreciando ninguna de estas circunstancias procede no hacer pronunciamiento expreso respecto a las costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don L.N.G. contra la resolución del Subdirector General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 14 de junio de 2000, sobre pensión asistencial por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, y en consecuencia, debe declararse conforme a derecho. Sin expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.

3761 **Recurso nº 7.771/2001**

S.CA. PROCEDEMENTO DE LIQUIDACIÓN DE COTAS DA SEGURIDADE SOCIAL: CADUCIDADE. PROCEDEMENTO SANCIONADOR: DIFERENCIAS. PLUS DE DISTANCIA E TRANSPORTE: EXTRASALARIAL E NON COTIZABLE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Cristina Paz Eiroa.

A Coruña, a nueve de diciembre de 2003

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 03/7771/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "G., S.L.", con D.N.I. número …, domiciliado en Vigo, representado por el procurador don A.P.F. y dirigido por el letrado don J.M.F.L., contra Resolución de 17.04.01 desestimatoria de recurso de alzada contra otras de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Lugo sobre actas de liquidación por descubierto de cuotas; expedientes 492 a 495/2000. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. Así mismo comparece como codemandado la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada y dirigida por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La cuantía del asunto es 1.279,57 euros.

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.- En iguales términos se manifestó la representación procesal de la parte codemandada.

IV.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, se señaló para votación y fallo el día cuatro de diciembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso se deduce en relación con la resolución del Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Galicia, de fecha 17 de abril de 2001, por la que se acuerda desestimar del recurso de alzada interpuesto por la empresa "G., S.L." y confirmar las resoluciones que elevaron a definitivas las actas de liquidación núms. 144, 145, 146 y 147/00.

Se pide que "dicte, en su día, sentencia por la cual:/ a) Anule y deje sin efecto las actas de liquidación recurridas, las resoluciones que las elevaron a definitivas y el acuerdo que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra las mismas, referenciados en el encabezamiento de esta demanda./ b) Acuerde la cancelación de los avales bancarios constituidos para posibilitar la interposición del recurso de alzada y, en todo caso, para suspender la ejecución de los actos impugnados./ c) Condene a la administración demandada al abono de los gastos bancarios derivados de la constitución de los citados avales, con sus correspondientes intereses./ d) Condene a la Administración demandada al pago de las costas del presente juicio".

SEGUNDO.- Sobre los motivos del recurso, por el orden en que corresponde su estudio:

1.- Se alegó la "Caducidad del procedimiento administrativo seguido para el dictado de las liquidaciones recurridas (…) Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo(…) vacío de la norma procedimental sectorial(…) LRJ-PAC, cuyo art. 42, núms.. 2 y 3(…) Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses(…) art. 45(…) las actas se extendieron el día 16 de mayo de 2000(…) fecha de inicio del cómputo, según determina el art. 1.2 del Reglamento de Procedimiento(…) art. 2.2(…) art. 33.2(…), finalizando el cómputo del plazo en la fecha de su notificación al interesado de tal resolución(art. 42.2 LRJ-PAC), que tuvo lugar el día 18 de septiembre del 2000, CUATRO MESES Y DOS DÍAS después del inicio del expediente, sobrepasando en UN MES Y DOS DIAS el plazo máximo legalmente fijado para el dictado de la resolución, provocando su caducidad, por lo que debió ser archivado./ Expresamente se hace

constar que, como figura en el encabezamiento de las actas(…) no se levanta acta de infracción, por lo que no se da el supuesto de tramitación conjunta de actas del art. 38 del Reglamento que pudiera transferir a la tramitación de las actas de liquidación de cuotas aquí recurridas al más amplio plazo de caducidad(…) en ningún momento, el procedimiento ha estado paralizado por causa imputable a mi representado(…) debió haber sido apreciada de oficio"- fundamento de derecho 2.sexto de la demanda-.

Procede estudiarlo en primer lugar.

El Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, en su Capítulo III- "Procedimiento Sancionador"-, Sección Segunda, artículo 20.3, dispone que "Si no se hubiese recaído resolución transcurridos 6 meses desde la fecha del acta, sin cómputo de las interrupciones por causas imputables a los interesados o de la suspensión del procedimiento a que se refiere este reglamento, se iniciará el cómputo del plazo de 30 días establecido en el art. 43,4 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Transcurrido el plazo de caducidad el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de actuaciones".

El Capítulo VI- "De los expedientes de liquidación"-, del mismo Real Decreto 928/1998, no contiene precepto similar al artículo 20.3. El artículo 29.2, se limita a disponer que "El procedimiento administrativo para la práctica de actas de liquidación y demás documentos liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social y conceptos de ingreso conjunto, se ajustará a las disposiciones del presente capítulo y, subsidiariamente, a lo dispuesto en la Ley 30/1992 de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Serán sujetos responsables quienes así resulten por aplicación de las normas reguladoras del Sistema de Seguridad Social".

Ello no significa que proceda la aplicación supletoria de los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre la obligación de resolver.

La institución de la caducidad tiene su razón de ser en la previa fijación de un plazo, al que queda supeditada la actuación al que se refiere, en la que inicio y finalización de dicha actuación aparecen fatalmente unidos. La consecuencia jurídica de la inactividad durante dicho plazo es el decaimiento del derecho no accionado.

En la materia que nos ocupa- expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social-, la ley no fija un plazo de duración a dichas actuaciones. El artículo 29.2 del Real Decreto 928/1998, no fija un plazo máximo para resolver sino que se limita a regular los trámites en relación con el procedimiento derivado de actas de liquidación.

En consecuencia, ante la inexistencia de la fijación de la duración del plazo para los expedientes de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, no procede la aplicación de la caducidad a los mismos; sin que ello sea óbice a la aplicación de la prescripción.

Por otra parte, es cierto que el artículo 87 de la Ley 30/1992 de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla la declaración de caducidad como causa de terminación del procedimiento administrativo, pero la inactividad subyacente no se predica de la Administración, sino del interesado, y en procedimiento iniciado la solicitud del interesado, conforme dispone el artículo 92 de la citada Ley.

Esta caducidad es distinta a la caducidad prevista en el artículo 43.4 de la Ley 30/92, inserta en el Titulo IV, de rúbrica de la actividad de las Administraciones Públicas, circunscrita a la obligación de resolver, y, de forma más concreta, al vencimiento del plazo para resolver, en relación con los actos presuntos. Este precepto establece que, cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio- en este caso, con el acta de liquidación- no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento.

Como se ha dicho, este precepto se refiere al incumplimiento por parte de la Administración del plazo para resolver, para dictar resolución expresa. No está previsto como causa de terminación del procedimiento, al que la Ley fija un plazo de duración, y concluye con una resolución expresa, cual es la declaración de caducidad, susceptible de los correspondientes recursos, sino que, en el supuesto del artículo 43.4, la consecuencia de la caducidad del plazo para dictar resolución es el archivo de las actuaciones, que ha de ser solicitado por el interesado o acordado de oficio por la Administración.

En definitiva, se puede afirmar que mientras en la caducidad del procedimiento se pone término al mismo al dictarse la resolución expresa de declaración de caducidad, por el contrario, en la caducidad del plazo para dictar resolución expresa, no se produce terminación del procedimiento como consecuencia del archivo de las actuaciones, entrando en juego el régimen de los actos presuntos.

Este régimen, en los procedimientos de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, en los que las actas de liquidación se configuran como actuación administrativa que cierra y concluye la actuación inspectora previa(sin perjuicio de los trámites de alegaciones y de impugnación posteriores), se ha de entender que no puede tener virtualidad dado el fundamento y características de las actuaciones inspectoras, cuya realidad o existencia, así como su resultado, no pueden ser objeto de un acto presunto.

En todo caso, sin perjuicio de reconocer la diferencia entre procedimiento sancionador y liquidatorio a que se refiere la demanda, hay que decir que no sería coherente que se pudiera producir la caducidad del procedimiento liquidatorio sin que se produjera la caducidad del procedimiento sancionador, siendo estos los procedimientos en los que de forma más estricta ha de operar tal institución.

Procede la desestimación del motivo.

2.- También es motivo del recurso la existencia de "Defectos formales de las actas practicadas, al no reunir los requisitos fijados en el art. 32.1 h) del Reglamento(…) Los documentos alegados se componen de tres partes, de las que, la denominada 'Cuerpo C' comprensiva de la relación de trabajadores afectados, importe de las cantidades que se entienden no cotizadas y los períodos en los que fueron devengadas, figura suscrito únicamente por el Subinspector de Empleo y Seguridad Social(…) todos los cuerpos del acta deben ser suscritos por los dos funcionarios, inspector y subinspector, y sobre todo el comentado, expresivo de las cantidades que conceptualmente se estiman cotizables que resulta ser, en esta caso, en último término, la razón de ser de toda la actuación liquidatoria inspectora(…) deben ser anuladas (…)"- fundamentos de derecho 2.séptimo de la demanda-.

El artículo 32 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, alegado como infringido por la parte demandante, dispone, en su apartado 1, que "Las actas de liquidación contendrán los siguientes requisitos: h) Indicación del funcionario que extiende el acta de liquidación con su firma y, en su caso, firma del inspector que la conforme con su visado".

No es, pues, requisito legal de las actas de liquidación que "todos los cuerpos del acta deben ser suscritos por los dos funcionarios, inspector y subinspector".

En todo caso, no se discute que las actas (y, en términos de la propia demanda, el "cuerpo C" es "parte" del acta) han sido firmadas por el funcionario que las extendió y por el inspector que las conformó con su visado.

Tampoco procede la estimación.

3.- En la demanda se dice, además, lo que sigue: "Análisis de los hechos comprobados y de los preceptos que se consideran infringidos en las actas (…) mediante el único examen de las nóminas aportadas por la empresa y de la consulta de la base de datos de la Gerencia Informática de la Seguridad Social (…) de donde deduce que 'Todos los trabajadores afectados se habían incorporado a la empresa mediante contratos 'para obra o servicio determinado' (Art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (…) para prestar sus servicios exclusivamente en el centro de trabajo que la empresa posee en B. (…) y sin que se hayan efectuado desplazamientos fuera del citado centro de trabajo (…) art. 4 del R.D. 1.841/91 de 30 de diciembre (…) dichas cantidades no pueden tener la condición de dietas y, por lo tanto, dejar de tenerse en cuenta para el cálculo de las bases de cotización de los trabajadores (…) incorrecta valoración de la prueba de presunciones (…) art. 1.249 (…) Es preciso que se explique(art. 32.1 c (…) cómo es posible que del

solo examen de las nóminas de los trabajadores relacionados en las actas y de la consulta del banco de datos de la Seguridad Social se deduzca que tales trabajadores han sido contratados mediante la modalidad prevista en el art. 15 ET (…) única forma de establecer el 'hecho base' del que extraer la conclusión de que, al no poderse devengar dietas bajo tal modalidad contractual(…) las cantidades hechas constar en las nóminas en tal concepto encubren retribuciones salariales no exentas de cotización. El único dato que consta en el banco de datos de la Seguridad Social es la clave que define el modelo de contrato personal relacionado en el modelo TC2 (…) que, en el presente caso, debido a un error de mi representada, figura como clave 14, que responde a esa clase de contratación- de tipo de cotización más elevado-, pero bastaría con observar la antigüedad de los trabajadores afectados en su relación con mi poderdante consultando su vida laboral obrante en el mencionado banco de datos para comprender que resulta impensable una vinculación de varios años de contratación por obra o servicio determinado, que, de ser así, se transformaría en indefinida por aplicación de la institución del fraude de ley (…) art.15.3 ET (…) además, ¿ de dónde deduce el funcionario actuante que tal hipotética contratación lo era 'para prestar sus servicios exclusivamente en el centro de trabajo que la empresa posee en B. (…) los trabajadores relacionados en el acta lo son de relación contractual indefinida, la mayoría por agotamiento del objeto de su contratación originaria por obra determinada (…) son desplazados, en función de las necesidades del servicio a prestar (…) art. 22 del Convenio Colectivo Provincial (…) mi principal es una empresa auxiliar de la construcción naval y que la práctica totalidad de los trabajos que realiza lo son fuera de su propio centro de trabajo (…) se encuentran incluidos en las actas trabajadores que han prestado y prestan servicios en diferentes centros de trabajo de la empresa y que otros deben desplazarse desde poblaciones distintas a las de sus centros de trabajo (…) no se cumple el requisito primigenio motivador de las actas de que todos los trabajadores han sido contratados exclusivamente para prestar sus servicios en el centro de trabajo de B. (…) con referencia a la (…) imposibilidad del percibo de dietas por trabajadores vinculados por contrato temporal (…) de la invocación de un único pronunciamiento judicial, como se ha efectuado en el presente caso, no surge doctrina jurisprudencial (…) además, el supuesto allí relatado no guarda la debida analogía (…) Es errónea la conclusión enunciada en términos absolutos de que en los contratos por obra no es posible que el trabajador devengue dietas. Habrá que analizar cada supuesto concreto para constatar si las tareas comprendidas en el objeto del contrato pueden generar desplazamientos (…) art. 26.2 ET no contempla exclusión alguna por razón del carácter de la contratación (…) no se han contemplado las circunstancias de domicilio de los trabajadores afectados (…)"- fundamentos de derecho 2.octavo de la demanda-.

La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala, en sus sentencias de 28 de julio y 15 de septiembre de 2003, entre otras, en los siguientes términos.

"La determinación de la base de cotización de los trabajadores sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, como es el caso, no es disponible por las partes, ya que su resultado viene determinado por la inclusión de todas las remuneraciones que perciba o tenga derecho a percibir el trabajador, con las exclusiones de algunos conceptos señalados expresamente por ser extrasalariales (que son los que aquí se discuten), y dentro de los límites que anualmente se determinan reglamentariamente, todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 105, 109 y 110 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de julio; en el mismo sentido se pronuncia la constante jurisprudencia, que considera que, si bien los convenios colectivos tienen un efecto vinculante para los trabajadores, no se extiende esa vinculación a lo que afecte a la determinación de las bases y tipos de cotización y demás de régimen jurídico aplicable en la materia, pues se trata de "ius cogens" que se impone a la voluntad de los particulares (SsTs de 30.04.94, 11.10.94 o 05.12.96).

Por lo demás, está fuera de toda duda que las indemnizaciones por dietas y gastos de locomoción abonados a los trabajadores no son cotizables cuando correspondan a desplazamientos efectivamente realizados por cuenta de la empresa y de modo temporal fuera del centro o lugar habitual de trabajo, pero no de los que habitualmente se realizan desde este al domicilio del trabajador (artículo 109.2.a); pero, también debe tenerse presente que, en la medida en que esa ausencia de cotización supone un beneficio para la patronal, pesa sobre ella la carga de su prueba a fin de exonerarse de tal ingreso, aún a pesar de que ni en el artículo 109.2 del TRLGSS, ni en el 23.1 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto

2.064/1995, de 22 de diciembre, se dispone que los conceptos abonados como gastos de locomoción tengan que justificarse debidamente, omisión que no significa que deban quedar relevados de toda acreditación cuando se objeta esta cuestión por la Administración competente, al tiempo que, en principio, hay que presumir el carácter salarial de cualquier percepción económica entregada a un trabajador, como así lo afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 14.05.91, sin olvidar que en sentencia de 11.06.96 ha declarado igualmente que tienen también carácter salarial las remuneraciones cuando, siendo la cantidad por gastos de locomoción (o de otro género) fijas o se integren en las pagas extraordinarias, no se justifica adecuadamente el carácter indemnizatorio de esos gastos.

En suma, existe un concepto cuya naturaleza remuneratoria no ofrece ninguna duda, si bien debe ser debidamente probado (…) el plus de distancia y transporte.

El plus de distancia y transporte que, como ha quedado indicado, es extrasalarial y no cotizable, pero siempre que responda a la finalidad ya recogida de compensar gastos efectivamente realizados por los trabajadores cuando se desplazan desde su lugar de trabajo a otro diferente para prestar los servicios que les son propios, de modo que, cuando esto no sea así, tales pluses se considerarán salariales o remuneratorios y se integrarán en la cuantía de las bases de cotización en la medida en que no puedan engarzarse como verdaderas dietas de viaje o gasto de locomoción en la inteligencia indemnizatoria que ofrece el artículo 109.2 del TRLGSS; y esto es lo que sucede en el presente caso.

En efecto, no cabe duda que todo trabajador necesita desplazarse desde su domicilio al centro de trabajo, pero no es ese el presupuesto de hecho que hace nacer el abono que aquí se examina, que es el desplazamiento del centro o lugar habitual de trabajo a otro diferente realizado a costa del empleado y por cuenta de la empresa, de modo que, si este no es el caso, el abono constante e idéntico para todas las categorías de trabajadores debe considerarse salarial, ello con independencia de que no resulta creíble que tenga naturaleza no remuneratoria una percepción que se percibe en cuantía fija sin tomar en consideración los desplazamientos efectivamente realizados, las distancias de un lugar a otro o los medios de locomoción públicos o privados empleados, siendo posible que existan trabajadores que no necesiten desplazarse por encontrarse de baja, de permiso temporal o disfrutando de sus vacaciones, supuestos en que también se perciben los pluses fijos convenidos.

Siendo ello así, ya se comprende que los pluses de transporte que perciban los trabajadores por los desplazamientos que realicen desde su residencia al centro de trabajo no pueden considerarse extrasalariales, por más que así lo califique el artículo 22 del Convenio Colectivo Provincial -en este caso-, por lo que este plus de transporte se integra en la noción de salario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, sin que quede exento de su cómputo en la determinación de la cuantía de la base de cotización; pero es que tampoco podrían considerarse remuneratorios si, frente a la presunción de veracidad del contenido de las actas donde la funcionaria tuvo presentes los importes consignados en los recibos de salarios de los trabajadores en ese concepto, no realiza la empresa un esfuerzo probatorio que desvirtúe el carácter salarial recogido en el acta, de modo que, al no aparecer acreditación alguna de que tales pluses responden a la finalidad que la norma especial anuda al beneficio contributivo, debe reputarse conforme a derecho tal liquidación, como así declara la STS de 05.12.96 en supuestos idénticos al presente caso.

Es verdad que sobre este particular existen sentencias contradictorias de diversos órganos judiciales, así, según unas (aportadas con la demanda) se consideran extrasalariales esos conceptos por el mero hecho de que así se definan en el convenio colectivo de aplicación, de lo que resulta que su importe no sea cotizable, mientras que otras vinculan esos abonos a la acreditación de la eventual indemnización percibida por el trabajador en sus desplazamientos efectivamente realizados; la primera línea fue seguida por esta misma Sala en sentencia dictada en el recurso de apelación 7.922/00 sobre un asunto idéntico, en la que se efectuaron tres declaraciones, en primer lugar, que el hecho de que esos pluses se abonaran en quince pagas no presuponía que aquéllos tuvieran carácter salarial, extremo correcto, como se ha indicado, en segundo lugar, que existe una limitación legal en el importe a percibir, de suerte que aquello que traspase el límite del 20% del salario mínimo interprofesional se presume, con valor "iuris et de iure" que es salarial, extremo también cierto, y, en tercer lugar, que existía un indicio

nada desdeñable que provenía de la naturaleza o carácter de la función o servicio que prestan los trabajadores de la empresa entonces apelante (guardas de seguridad), que hace innata o sobreentendida la concurrencia de las causas que motivarían el gasto que se pretende indemnizar con los referidos pluses, lo que permite construir la presunción del carácter extrasalarial y no cotizable de los referidos pluses, presunción que favorece a la empresa en el sentido de invertir la carga probatoria, de modo que le corresponde a la Administración acreditar que no se han producido los hechos causales o determinantes del devengo y percepción de tales pluses, criterio seguido en esa sentencia del que debemos ahora aparatarnos a la vista del superior criterio jurisprudencial que se dejó citado y que hoy sigue ya de forma pacífica esta misma Sala.

En definitiva, no sólo no existe prueba alguna por quien pretende favorecerse de una norma convencional que exonera de la inclusión de determinados pagos en las bases de cotización, sino que -lo que es más importante aún-, no encaja el concepto de desplazamiento abonado entre los excluidos legalmente de esas bases, ya que no se trata del que efectúan los trabajadores desde su lugar habitual de trabajo a otro eventual al que sean comisionados, sino del que se produce desde el domicilio del trabajador al centro habitual de trabajo, por lo que este primer motivo de nulidad debe ser desestimado y confirmada la infracotización que por ese concepto se produjo".

Con tales fundamentos procede la desestimación del motivo; y del recurso.

SEGUNDO.- En esta instancia, las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

No se aprecia la concurrencia de dichas circunstancias.

No ha lugar a la imposición de costas.

Fallamos

Por lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador don A.P.F., en nombre y representación de "G., S.L." en relación con la resolución del Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Galicia, de fecha 17 de abril de 2001, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la empresa recurrente y confirmar las resoluciones que elevaron a definitivas las actas de liquidación núms. 144, 145, 146 y 147/00; y declaramos que el acto recurrido es conforme a derecho; sin imposición de costas.

3762 Recurso núm. 5.174/03

S.S. DESPEDIMENTO. CONTRATO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADO. FRAUDE DE LEI: NECESIDADES PERMANENTES DA EMPRESA. ENCADEAMENTO DE CONTRATOS TEMPORAIS. ANÁLISE DE TODOS ELES. NON CONCORRE DIMISIÓN. ANTIGÜIDADE. CÓMPUTO DESDE O PRIMEIRO CONTRATO, AGÁS QUE ENTRE UN E OUTRO TRANSCURRIRAN MÁIS DE VINTE DÍAS HÁBILES.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a nueve de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En n ombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.174/2003 interpuesto por "T.V.G., S.A." y don M.C.L. y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.C.L., D. E.J.C.G., D. M.D.P., D. J.G.J., D. C.J.L.R., D. J.M.M.S., D. M.M.B., D. J.P.T., D. M.P.F. y D. A.V.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "T.V.G., S.A.", "S.S.E. E.T.T., S.A.U.", "V.T.T. E.T.T. S.A", y "V.V.T.V., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose

dictado en autos núm. 188/2002 sentencia con fecha 30 de diciembre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Los actores prestaron servicios para la demandada "T.V.G., S.A." por los períodos, con el tipo de contratos y con la duración que se especifica en la documental unida para mejor proveer, que consta en el tomo II, y que fue presentada por la "T.V.G., S.A." a requerimiento de esta juzgadora el 11 de octubre de 2002, y que por su extensión damos por reproducida por evidentes razones prácticas. Los actores figuran dados de alta, y la empresa demandada cotizó por los mismos en la Seguridad Social, por los períodos que figuran en los informes de vida laboral que constan unidos a los autos como documental, y que damos por reproducidos por razones prácticas de evitar una excesiva extensión da resolución. La categoría profesional de los actores en los sucesivos contratos era la de especialista de montaje, a excepción de algunos contratos de interinidad suscritos por el Sr. J.P.T. con la categoría de almacenista. El salario que venían percibiendo de facto los actores era de 53 euros/día. Nunca formó parte de sus retribuciones el complemento por antigüedad. SEGUNDO.- Los actores prestaron servicios para las siguientes empresas de trabajo temporal y durante los siguientes períodos, siendo empresa usuaria "T.V.G., S.A.": 1.- Don M.C.L.: "P.G. E.T.T., S.L.": De 09.02.97 a 09.02.97. De 24.07.97 a 25.07.97. De 24.08.97 a 24.08.97. 2.. E.J.C.G.: "P.G. E.T.T., S.L.": De 22.09.96 a 24.11.96. De 21.11.96 a 23.12.96. De 10.01.97 a 26.01.97. "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 07.02.97 a 09.02.97. De 21.02.97 a 23.02.97. De 01.09.97 a 26.01.97. 3. M.D.P. "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 19.06.97 a 20.06.97. De 29.06.97 a 29.06.97. De 06.07.97 a 06.07.97. De 20.07.97 a 20.07.97. De 24.07.97 a 25.07.97. De 01.08.97 a 02.08.97. De 01.08.97 a 02.08.97. De 09.08.97 a 10.08.97. De 11.08.97 a 14.08.97. De 21.08.97 a 22.08.97. De 28.08.97 a 29.08.97. De 26.09.98 a 31.01.99. De 11.02.99 a 11.02.99. De 13.02.99 a 13.02.99. De 15.02.99 a 19.II.)). De 08.05.99 a 09.05.99. "L.E.T.T. S.A.": De 23.09.98 a 25.09.98. De 28.09.98 a 13.10.98. 4. Don J.G.J.: "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 07.02.97 a 07.02.97. De 21.02.97 a 23.02.97. De 27.05.97 a 27.05.97. De 28.05.97 a 28.05.97. De 05.06.97 a 06.06.97. De 14.06.97 a 15.06.97. De 19.06.97 a 20.06.97. De 22.06.97 a 22.06.97. De 06.07.97 a 06.07.97. De 24.07.97 a 25.07.97. De 14.09.97 a 14.09.97. "P.G. E.T.T., S.L.". De 10.01.97 a 12.01.97. De 24.01.97 a 26.01.97. 5. C.J.L.R.: "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 25.07.97 a 25.07.97. 6. Don J.M.M.S.: "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 24.07.97 a 25.07.97. De 07.07.97 a 08.07.97. De 09.08.97 a 10.08.97. De 06.11.97 a 09.11.97. 7. Don M.M.B.. "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 14.06.97 a 15.06.97. De 29.06.97 a 29.06.97. De 24.07.97 a 25.07.97. De 09.08.97 a 10.08.97. De 06.09.97 a 06.09.97. 8. Don J.P.T.: "P.C. E.T.T., S.L.": De 15.02.96 a 29.02.96. "P.G. E.T.T., S.L.": De 01.03.96 a 04.03.96. 9. M.P.F.: "P.G. E.T.T., S.L.": De 21.12.96 a 23.12.96. De 10.01.97 a 10.01.97. "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 07.02.97 a 09.02.97. De 21.02.97 a 23.02.97. De 24.07.97 a 25.07.97. De 24.07.97 a 25.07.97. De 01.08.97 a 02.08.97. De 16.08.97 a 16.08.97. De 14.09.97 a 14.09.97. 10. Don A.V.L. "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 16.08.97 a 16.08.97. En los siguientes períodos los actores prestaron servicios para las siguientes empresas de trabajo temporal, siendo empresa usuaria "V.V.T.V., S.A.": 1. Don J.G.J. "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 21.02.97 a 23.02.97. De 07.02.97 a 07.02.97. "P.G. E.T.T., S.L.": De 24.01.97 a 26.01.97. De 10.01.97 a 12.01.97. 2. Don M.P.F.: "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 07.02.97 a 09.02.97. De 21.02.97 a 23.02.97. "P.G. E.T.T., S.L.": De 21.12.96 a 23.12.96. De 10.01.97 a 10.01.97. 3. Don E.J.C.G. "P.T.T. E.T.T., S.A.": De 07.02.97 a 09.02.97. De 21.02.97 a 23.02.97. "P.G. E.T.T., S.L.". De 21.12.96 a 23.12.96. De 10.01.97 a 12.01.97. De 24.01.97 a 26.01.97. 4. Don M.C.L.: "P.G. E.T.T., S.L.". De 21.12.96 a 23.12.96. "P.T.T. E.T.T., S.A.". De 09.02.97 a 09.02.97. La empresa "T.V.G., S.A." por una parte, y por otra "V.V.T.V., S.A." y "C.P.M.,L", firmaron el 9 de octubre de 1996 un contrato en virtud del cual por estas dos últimas empresas se ofrece la producción de una serie de programas, en cuanto a elaboración del guión de cada capítulo, en base a un argumento que les es propio, y a la realización material de programas, y la "T.V.G., S.A." las contrata para la realización de dichas prestaciones en la producción de 26 programas de entretenimiento, con el título de "Con Perdón", En el pacto número nueve del referido contrato, se señala que corresponde a las empresas la contratación como personal propio de todo lo relacionado en los Pactos accesorios anteriores. Y en el pacto 9.3 se señala que de ninguna forma las relaciones del personal que aporten las empresas se regirán por las normas propias que vinculan las relaciones de la "T.V.G., S.A." con sus trabajadores, y que la "T.V.G., S.A." no mantiene ningún tipo de relación laboral con el personal aportado por las empresas. La

empresa "V.V.T.V., S.A." firmó con la empresa CTV S.A el 11 de noviembre de 1996, un contrato de alquiler de las instalaciones situadas en Montouto-Teo, identificadas con el Plató 1000, para la grabación del programa CON PERDÓN que la productora estaba a preparar para la "T.V.G., S.A." TERCERO.- Don E.J.C.G. presentó el 5 de diciembre de 2001 una solicitud para su admisión en el concurso-oposición de la "T.V.G., S.A.", en la convocatoria de 26.09.01 para el destino de almacenista. Don J.P.T. presentó el 29 de noviembre de 2001 idéntica solicitud y para el mismo destino. Cuarto.- Los hoy actores presentaron el 5 de febrero de 2002 papeleta de conciliación ante el SMAC, con el fin de solicitar que la empresa "T.V.G., S.A." reconozca que la relación laboral que les une con la misma es de carácter fijo e indefinido desde el inicio de la relación laboral en adelante. Conciliante y conciliada, oponiéndose esta última al contenido de la papeleta de conciliación por lo que el acto remato sin avenencia. El 14 de marzo de 2002 los conciliantes presentaron demanda ante el Juzgado de lo Social de esta ciudad judicializando la pretensión objeto de la conciliación. Desde las fechas que se refieren a continuación y hasta el 8 de marzo de 2002 ninguno de los actores fue llamado por la demandada para prestar servicios: Desde el 10 de febrero, el Sr. M.M.B. y el Sr. J.M.M.S.; desde el día 12 de febrero C.J.L.R. y A.V.L.; desde el día 13 de febrero don M.C.L. y don E.J.C.G., desde el día 17 de febrero de 2002, don J.P.T., desde el día 18 de febrero de 2002, J.G.J., desde el día 22 de febrero, M.D.P. y desde el día 23 de febrero M.P.F.. Los actores presentaron papeletas de conciliación por despido los días 5, 12 y 14 de marzo de 2002, celebrándose el acto de conciliación el 21 de marzo de este año, el cual remató sin avenencia. Quinto.- A partir del día 8 de marzo de 2002, la "T.V.G., S.A." remitió diversos burofaxes en distintas fechas a los actores proponiéndoles su contratación para distintas obras (damos por reproducido todos los burofaxes que constan unidos a los autos). Ninguno de los actores acepto dichas ofertas, y muchos de dichos burofaxes fueron contestados mediante un escrito en el que el trabajador hacía constar que no se podía por menos que considerar una broma de mal gusto el texto del telegrama, teniendo en cuenta que tenían instando acciones judiciales por un lado para la declaración como trabajador fijo por tiempo indefinido en esa empresa, y por otro lado tendiente a la impugnación del despido tácito de lo que fue objeto por la misma, y añadiendo que dicho telegrama no supone rectificación ninguna del despido sino una simple oferta de un contrato de obra el servicio determinado que viene violentar sus derechos adquiridos (trabajador por tiempo indefinido y nulidad del despido del que fue objeto reivindicados en la jurisdicción competente). Concluyen mostrando su absoluta disponibilidad a reincorporarse a su puesto de trabajo, en lo bien entendido de que esa reincorporación debe realizarse con absoluto respeto a los derechos ya mencionados y en las condiciones anteriores al inicio de las acciones legales, siendo ese momento de iniciación de las acciones legales a partir del que la empresa vario las condiciones establecidas entre ambos (damos por reproducidos los telegramas unidos como documental a los autos). Sexto.- Durante el tiempo en que los actores prestaron servicios para la empresa S.A. realizaron las funciones propias de categoría de especialistas de montaje, desempeñando funciones como las de montaje de decorado, mantenimiento, sonido, cableado, conducción, ayudantes de amada, operadores de sonido, instalación. Por el reducido número de personal fijo de la "T.V.G., S.A." con la categoría de especialista de montaje, sin el concurso de los actores, non sería posible realizar los programas. En las convocatorias de transmisión de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2001, aparecen convocados los actores tanto como montadores de las unidades móviles como montadores de sonido. A partir del mes de febrero respecto de cada uno de los actores desde las fechas que se señalaron como de último llamamiento en el hecho probado cuarto) no aparecen los actores en esas convocatorias. Para sustituir a los actores a partir del mes de febrero se contrato a otros trabajadores en régimen de contratación temporal. Séptimo.- Don J.G.J. prestó servicio militar desde el 30 de marzo de 1990 al 6 de julio de 1990. Don M.C.L. presto servicio militar desde el 28 de noviembre hasta el 30 de noviembre de 1990. Octavo.- Los actores no ejercieron durante el año anterior la fecha de despido a condición de delegados de personal o miembros del comité de empresa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo estimar la demanda interpuesta por don M.C.L., don E.J.C.G., don M.D.P., don J.G.J., don C.J.L.R., don J.M.M.S., don M.M.B., don J.P.T., don M.P.F., don A.V.L., contra la "T.V.G., S.A." y "S.S.E. E.T.T., S.A.U.",

declarando el despido de los actores improcedente, y condenando a ambas empresas a estar y pasar por esta declaración, y condenando a la empresa "T.V.G., S.A." a readmitir a los trabajadores en las mismas condiciones que regían al producirse los despidos, o a elección de aquella, a que les abone las siguientes cantidades en concepto de indemnización, así como las siguientes cantidades en concepto de salarios de tramitación tanto si optan por la readmisión como por la indemnización: A don M.C.L.; indemnización: 49.878,78 euros. Salarios de tramitación 26.265,60 euros. A don E.J.C.G. indemnización 41.479,63 euros. Salarios de tramitación 26.265,60 euros. A don M.D.P. indemnización 46.701,27 euros. Salarios de tramitación 25.526,088 euros. A don J.G.J. indemnización 53.602,74 euros. Salarios de tramitación 25.855,20 euros. A don C.J.L.R. indemnización 42.714,21 euros. Salarios de tramitación 26.347,68 euros. A don J.M.M.S. indemnización 41.601,07 euros. Salarios de tramitación 26.511,84 euros. A don M.M.B. indemnización 41.570,71 euros. Salarios de tramitación 26.511,84 euros. A don J.P.T. indemnización 47.267,96 euros. Salarios de tramitación 25.937,28 euros. A don M.P.F. indemnización 51.680,04 euros. Salarios de tramitación 25.444,80 euros. A don A.V.L. indemnización 46.296,49 euros. Salarios de tramitación 26.347, 68 euros. Las cantidades señaladas como salario de tramitación deberán aumentarse respecto de cada uno de los actores, con los salarios de tramitación que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta la de su notificación a razón de un haber diario de 82,08 euros. Desestimo la demanda interpuesta contra "L.E.T.T. S.A." y "V.V.T.V., S.A."

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 la demanda y declara improcedentes los despidos de los actores y frente a ella interponen recurso de suplicación ambas partes, los demandantes pretendiendo la declaración de nulidad de aquellos y la demandada la desestimación de la demanda.

Comenzando por el Recurso de la demandada al amparo del art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la revisión de los hechos declarado probados y en concreto A)- del hecho primero que en el último párrafo afirma: A categoría profesional dos actores nos sucesivos contratos era a de especialistas de montaxe, a excepción dalgúns contratos de interinidade subscritos polo Sr. J.P.T. coa categoría de almacenista. O salario que viñan percibindo de facto os actores era de 53 euros/día. Nunca formou parte das súas retribucións o complemento por antigüidade."

Para que sea redactado en estos términos: A categoría profesional dos actores nos sucesivos contratos era a de especialista de montaxe, a excepción dalgúns contratos de interinidade subscritos polo Sr. J.P.T. coa categoría de almacenista. O salario que viñan percibindo os actores era de 53 euros brutos/día, no ano 2002", incluíndo as vacacións e a prorrata das pagas extraordinarias".

La modificación se admite ya que así consta en las nominas y aceptan los demandantes en la impugnación del Recurso, pero no procede suprimir que en dicho importe no se contempla el complemento de antigüedad, ya que es una afirmación de hecho obtenida por el juez de instancia de la valoración de todo el material probatorio y que no ha sido evidenciado error alguno en su determinación a través de la documental alegada por el recurrente, consistente en las nominas y el convenio colectivo.

B)- La modificación de HDP 4º para que diga: .- Os hoxe actores presentaron o 5 de febreiro de 2002 papeleta de
conciliación perante o SMAC, co fin de solicitar que a empresa "T.V.G., S.A." se aveña a recoñecer que a relación laboral que lles une coa mesma e de carácter fixo e indefinido desde o inicio da relación en diante.

Posteriormente a devandita data, os actores prestaron servicios para "T.V.G., S.A." en distintas obras previo ofrecemento por parte de esta.

O 20 de febreiro de 2002, tivo lugar o acto de conciliación ao que concorreron conciliantes e conciliada, opoñéndose esta última ao contido da papeleta de conciliación polo que o acto rematou sen avinza.

Posteriormente a devandita data os actores M.P.F. e M.D.P. tamén prestaron servicios para "T.V.G., S.A." para unha obra, previo ofrecemento por parte de esta.

O 14 de marzo de 2002 os conciliantes presentaron demanda perante o Xulgado

do Social desta cidade xudicializando a pretensión obxecto da conciliación.

Con anterioridade á devandita data e posteriormente, os actores foron chamados pola demandada para prestar servicios en distintas obras.

Os actores amais, presentaron papeletas de conciliación, por despedimento os días 5,12 e 14 de marzo de 2002, celebrándose o acto de conciliación, o 21 de marzo deste ano, o cal resultou sen avinza."

Posteriormente á presentación das papeletas de conciliación por despedimento, e con anterioridade e posterioridade a celebración do acto de conciliación os actores foron chamados pola demandada para prestar servicios en distintas obras.

Y fundamenta la revisión en los distintos contratos suscritos, en la vida laboral aportada y buro fax remitido a los actores. El contenido de esta redacción es cierto y no discutido por que ya lo recoge la sentencia de instancia, los actores fueron llamados a trabajar y algunos lo hicieron después de la demanda de relación laboral indefinida y después de los despidos la propia demandada hizo diferentes ofertas de trabajo a los demandantes; por lo que la revisión carece de contenido.

C)- En cuanto a la modificación del hecho probado5º se pretende sustituir la expresión "en distintas fechas" por "en muchas y distintas"; y "muchos burofaxes" por "algunos...".

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 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 (SSTS 17.10.90, Ar. 7.929 y 13.12.90, Ar. 9.784) hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa de manera que 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, entre otras, 03.03.00, 14.04.00, 15.04.00, y 12.04.02). Por ello y conforme a esta doctrina la revisión no se admite al tratar de modificar la redacción del juez de instancia por la propia del recurrente.

D)- Se pretende dar nueva redacción al HDP 6º y suprimir el ultimo punto del primer párrafo, el hecho probado dice: Durante o tempo en que os actores prestaron servicios para a empresa "T.V.G., S.A." realizaron as funcións propias da categoría de especialistas de montaxe desempeñando funcións como as de montaxe de decorado, mantemento, cableado, conducción, axudantes de cámara, operadores de son, instalacion. Dado o reducido número de persoal fixo coa categoría de especialist montaxe, sen o concurso dos actores, non sería posible realizar os programas

Nas convocatorias de transmisión dos meses de outubro, novembro e decembro de 2001, aparecen de xeito constante convocados os actores tanto como montadores das unidades movis como montadores de son. A partir do mes de febreiro, (respecto de cada un dos actores desde as datas que se sinalaron de último chamamento no feito probado cuarto) non aparecen os actores nesas convocatorias. Para substituír aos actores a partir do mes de febreiro contratouse a outros traballadores en réxime de contratación temporal.

Y la nueva redacción la siguiente: Durante o tempo en que os actores prestaron servicios para a empresa "T.V.G., S.A.", realizaron as funcións propias da categoría de especialistas de montaxe, desempeñando funcións como as de montaxe de decorado, mantemento, son, cableado, conducción, axudantes de cámara, operadores de instalación.

Nas convocatorias de transmisión dos meses de outubro, novembro e decembro e 2001, aparecen convocados os actores tanto como montadores das unidades movis como montadores de son. A partir de finaís do mes de febreiro, non aparecen os actores nesas convocatorias, xa Que non aceptaron os ofrecementos realizados pola "T.V.G., S.A."".

La supresión no se admite por ser precisamente un HDP extraído por el juez de instancia de la prueba practicada y así lo recoge incluso en la fundamentación jurídica donde hace constar que estos extremos han sido extraídos de la testifical rendida en el acto del

juicio oral. Y respecto de que no se aceptaron los ofrecimientos, tampoco se admite porque dicha afirmación tan general no se extrae de la documental en que pretende apoyarse y por lo mismo es de aplicación la doctrina ya trascrita.

E)- Por último y por esta vía de revisión se pretende añadir al HDP 7º que : Don E.J.C.G., percibió prestaciones por desempleo previa a su solicitud desde el 01.0.93 al 07.12.93, desde el 11.12.93 al 30.12.93, desde el 09.01.94 al 30.01.94, desde el 02.02.94 al 28.02.94 y desde 07.03.94 hasta el 10.04.94, además de prestar servicios para otras empresas, entre otras para "A.M., S.A.", en el período que va desde el 31.10.97 a 30. 11.97"

Fundamenta la revisión en los documentos obrantes en autos en los Folios 8 a 8.624 inclusive e 8.625 (vida laboral del Sr. E.J.C.G.). La adición se admite.

SEGUNDO.- En sede jurídica y con amparo procesal correcto se denuncia la vulneración del artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores que dice: a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados. Los convenios colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

Del artículo 2 del RD 2.720/1998: 1. El contrato para obra o servicio determinados es el que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta.

Cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización.

2. El contrato para obra o servicio determinados tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto. b) La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio. Si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior.

Y el convenio colectivo de la demandada en el artículo 21.1.1 que establece que el personal interino, eventual o temporal será seleccionado a través de de un banco de datos; este banco regirá igualmente para los contratados con categoría profesional.

Es doctrina constante del Tribunal Supremo recogida entre otras en sentencia de 17.03.98; 26.06.01; 21.03.02; 22.04.02 (RJ 2002/7.796) la siguiente:"el problema de determinar si en el supuesto de contratación sucesiva el control de legalidad debe abarcar toda la serie contractual o extenderse, únicamente al último contrato. La jurisprudencia social, como recuerda la STS de 20 de febrero de 1997 (RJ 1997\1.957), ha mantenido una doctrina constante expresiva, en síntesis, de que un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su propia regulación, con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida. Carácter que no se pierde por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales, sobretodo cuando la interrupción no alcanza el período de veinte días, en que el trabajador pudo reclamar el despido. Esta misma resolución resalta, contundentemente, la existencia de una doctrina consolidada al señalar que «la afirmación realizada en "alguna sentencia" de que, en el supuesto de contrataciones temporales sucesivas, el examen de los contratos debe limitarse al último de ellos, que es el impugnado, es sin duda inadecuada en los términos absolutos y puede llevar a la equivocada idea de que la Sala olvida o rectifica lo que ha sido una constante y matizada línea jurisprudencial». En suma, la irregularidad padecida por un contrato temporal que inicia la serie de los concertados entre la empresa y el trabajador produce la indefinidad del contrato, desde su origen, con la consecuencia natural de nulidad de todos los contratos temporales celebrados con posterioridad y de considerar tiempo de servicio, del art. 56.1.b) ET, a efectos indemnizatorios, todo el período trabajado".

–Conforme establece el artículo 15.1.a) ET el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza porque la actividad a realizar por la empresa consiste en la ejecución de una determinada actividad 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. Sólo puede acudirse a este tipo de contratos cuando la obra o servicio tenga autonomía o 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, que es lo que ocurre en el caso de autos, en el que el origen del contrato tenía por objeto la realización de un servicio de tal carácter permanente. Ello acarrea que la contratación ha de reputarse fraudulenta (artículo 6.4 del Código Civil) y que, consecuentemente, según lo dispuesto en el artículo 15.3 ET, la primitiva relación laboral es indefinida. En igual sentido se pronuncia la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999\7.838) relativa a una profesora de un centro privado de enseñanza que suscribió sucesivos contratos calificados como de obra o servicio determinado y 1 de octubre de 2001.

Conforme a la misma normativa denunciada como infringida y a la anterior doctrina, el recurso no puede ser admitido porque no estamos en presencia de una contratación laboral temporal validamente celebrada, por que la contratación original para obra y servicio determinado debe ser tachada de fraudulenta lo que determina la nulidad de las posteriores contrataciones temporales realizadas, ya que no pueden ser objeto de contratación para obra o servicio aquellas actividades que constituyen la actividad principal y única de la empresa, puesto que la retransmisión de los diferentes programas para los que los actores fueron contratados son la actividad de la TV, y no puede diferenciarse cada una de las retrasmisiones como actividad independiente para tratar de justificar la contratación temporal en cada retrasmisión, porque es actividad única. Y por ello la afirmación de la sentencia de instancia de que es el objeto de cada contrato lo que permite y posibilita la actividad de la programación y que sin su trabajo, el de los actores , sería imposible la realización de los programas, es determinante, porque no significa como alega la recurrente que sean imprescindibles porque al no aceptar ellos las ofertas de trabajo posteriores el trabajo fue hecho por otros, sino que significa que, sin la actividad por ellos desarrollada, las retrasmisiones no podrían llevarse a cabo. Nadie es imprescindible, el trabajo podía ser hecho por cualquiera, como así se hizo, pero lo que no se podía hacer sin aquellos ni estos, es retrasmitir la programación porque la actividad de especialistas de montaje y de sonido es imprescindible y por lo mismo no es una actividad que tenga sustantividad propia, sino que es la actividad normal de la demandada.

Todo ello determina la declaración de que los contratos lo fueron en fraude de ley y por lo mismo la relación laboral devino indefinida y a tiempo completo, al no haberse acreditado una jornada inferior y ser solo alegación de parte.

TERCERO.- En segundo lugar y siguiendo el recurso de la demandada no hay infracción del artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, por que no hay dimisión de los demandantes, porque que la decisión unilateral de la empresa de readmitir a los trabajadores con nuevas ofertas de contratación con posterioridad a la interposición de la demanda de despido no puede impedir la resolución judicial que ponga fin al litigio. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1996 (RJ 1996\5.628), y en el mismo sentido la de 30 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6.483), entienden que la acción ejercitada por la trabajadora es una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo. Por ello, desde el mismo momento en que se ejercita, mediante la presentación de la papeleta de conciliación y de la demanda, se ha de considerar constituida la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial que califique el acto extintivo unilateral del empresario y, en su caso, en la restauración del vínculo contractual reparando los perjuicios causados, salvo desistimiento posterior del trabajador. En consecuencia, no cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior, como sería el ofrecimiento de readmisión, se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente; ni mucho menos podemos admitir que la negativa de la trabajadora a reincorporarse implique dimisión de ésta por entenderse que con la decisión empresarial dicha trabajadora dejaba de estar despedida, puesto que ello supondría privarle de una acción, como la de despido, ya ejercitada y del derecho a la calificación del acto empresarial olvidando la naturaleza consensual y bilateral del contrato de trabajo con obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, y que su finalización tuvo por causa la sola voluntad del empleador". Conforme a esta doctrina los ofrecimientos posteriores a través de los burofaxes remitidos por la demandada con las ofertas de nuevas contrataciones y su no aceptación por parte de los demandantes, no constituye un desistimiento de aquellos, ni reanuda la relación laboral ya

extinguida y frente a la que los demandantes interpusieron la demanda.

CUARTO.- Respecto al computo de la antigüedad a los efectos del cálculo del la indemnización por despido entendemos, admitiendo en este punto el Recurso de suplicación, que deberá computarse no desde el primero de los contratos, sino desde el 1º de los contrato que con respecto al anterior tuviese un tiempo de interrupción superior a 20 días, que es el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por despido, ya que la inactividad de los actores durante tanto tiempo consintiendo esas contrataciones supone una actuación casi negligente y de aceptación tacita de la contratación por la existencia de solución de continuidad en la sucesión de contratos temporales al mediar esa interrupción superior al tiempo de caducidad de la acción de despido. Entendiendo que se rompe la continuidad de la relación de trabajo.

En las SSTS/IV 30.03.99 (recurso 2.594/1998) y 29.09.99 (RJ 1999\7.540) (recurso 4.936/1998), se establece que «el tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1 a) del ET 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» y que 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»(TS. 15.02.00 RJ 2000/2.040).

Conforme a ello la antigüedad a tener en cuenta a todos los efectos y también para el cálculo de la indemnización es la de:

M.M.B. 18.09.95
J.M.M.S. 09.09.94
C.J.L.R. 06.08.00
A.V.L. 22.01.92
J.P.T. 01.11.98
M.C.L. 25.01.92
E.J.C.G. 01.02.97
J.G.J. 21.08.92
M.D.P. 07.02.99
M.P.F. 06.01.92

QUINTO.- Por lo que se refiere al salario entendemos que este, debe ser fijado en la sentencia de despido, así diferentes sentencias del TS (TS. S. 08.06.98 RJ 1998/5.114- (Sentencias de 7 de diciembre de 1990 [RJ 1990\9.760] y 3 de enero de 1991 [RJ 1991\47]) han 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»); sino que además admitimos que en la cuantía del salario debe incluirse la antigüedad, puesto que aunque el convenio colectivo de la empresa diga que este complemento solo se abonará al personal fijo, lo cierto es que los actores de haber sido su contratación conforme a la ley y no fraudulenta, mantendrían una relación laboral indefinida lo que les da derecho al plus de antigüedad: Así la sentencia del TS 20.01.98, RS 1998/1.000, donde crea la figura de la contratación indefinida y no fija, en relación con las administraciones publicas y donde no hace distingos para el abono del complemento de antigüedad a este personal e incluso a los temporales (STS 07.10.02, RJ 2002/10.912 y 23.10.02, RJ 2002/10.916).

Y admitimos el salario que la sentencia fija, modificado por aplicación del art.47 del convenio colectivo que regula el abono de trienios y quinquenios, ya que al fijar una antigüedad diferente a la reconocida en la sentencia de instancia, como hemos fundamentado en el párrafo anterior, los salarios de los demandantes s.e.u.o ascienden a:

M.M.B. 1.918,80 €
J.M.M.S. 1.996,8 €
C.J.L.R. 1.560 €
A.V.L. 2.199,6 €
J.P.T. 1.716 €
M.C.L. 2.199,6
E.J.C.G. 1.840,8
J.G.J. 2.199,6 €
M.D.P. 1.638 €
M.P.F. 2.199,6 €

SEXTO.- Por ultimo y consecuencia de lo anterior es la calificación del despido como improcedente, lo que nos lleva a la desestimación del recurso interpuesto por los demandantes que pretenden la declaración de nulidad conforme al art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y art. 24 de la Constitución, por entender que se trata de una represalia frente a su reclamación y demanda de relación laboral indefinida.

La denuncia no se admite ya que ha sido declarado probado que después de la

presentación de la demanda los actores fueron nuevamente llamados a trabajar y algunos lo hicieron por lo que esto rompe toda idea de represalia, y es mas justifica la temporalidad que la empresa demandada defiende; y no hay indicios racionales de discriminación en la conducta de la empresa, sino que esos llamamientos posteriores acreditan la legalidad de su conducta (desde el punto de vista de la nulidad).

En consecuencia

Fallamos

Que desestimando el Recurso de suplicación interpuesto por don M.C.L., D. E.J.C.G., D. M.D.P., D. J.G.J., D. C.J.L.R., D. J.M.M.S., D. M.M.B., D. J.P.T., D. M.P.F. y D. A.V.L. y estimando parcialmente el interpuesto por la empresa "T.V.G., S.A." declaramos la improcedencia del despido de que han sido objeto los demandantes condenando a la demandada recurrente a que opte entre la readmisión o la indemnización, siendo el importe de estas indemnizaciones el siguiente:

M.M.B. 18.428,37 (salarios 63,96)
J.M.M.S. 22.246,54 (salarios 66,56)
C.J.L.R. 3.558,08 (salarios 52)
A.V.L. 33.210,95 (salarios 73,32)
J.P.T. 8.490,67 (salarios 57,2
M.C.L. 33.192,87 (salario 73,32)
E.J.C.G. 13.904,34 (salario 61,36)
J.G.J. 31.348,82 (salario 73,32)
M.D.P. 7.478,70 (salario 54,6)
M.P.F. 33.455,01 (salario 73,32)

Con el abono en todo caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia en la cuantía antes señalada. Confirmando la sentencia en el resto de los pronunciamientos.

3763 Recurso nº 7.631/2000

S.CA. SUCESIÓN EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE NO PAGAMENTO DAS COTAS DEBIDAS Á SEGURIDADE SOCIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA. SUCESIÓN DE FACTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a diez de diciembre de 2003

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 7631/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "C.C., S.L.", domiciliada en Pontevedra, representada por el procurador don I.E.O. y dirigida por la letrada doña M.V.B.C.B., contra resolución de 28.02.00 desestimatoria de recurso ordinario contra la declaración de responsabilidad solidaria de la sociedad "C.C., S.L.", respecto a "C.A.N., S.L." Expediente 92/99. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es SETENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA EUROS (70.480 euros).

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, se señaló para votación y fallo el día veintiséis de noviembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Según consta en el expediente administrativo, don C.A.A. y su hijo don A.A.B. constituyeron en fecha 18.04.96 la empresa "C.A.N., S.L.", dedicada a la construcción en general y con domicilio social en M. (Pontevedra); poco después se inscribió en la Seguridad Social, donde dejó un descubierto

por el período comprendido entre el 01.01.98 y el 09.09.99, que fue reclamado a la empresa "C.C., SL", constituida en fecha 09.07.99 por don C.A.A. y su otro hijo don F.A.B., dedicada a la misma actividad y a la promoción de edificaciones, pero con domicilio social en T. (Pontevedra); la resolución declarativa de la responsabilidad, de 28.01.00, fue después confirmada en vía de recurso ordinario por el titular de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra en Vigo por medio de la resolución de 28.02.00 que aquí se impugna.

En el escrito de demanda se pretende la nulidad de la resolución impugnada y de la declarativa de la responsabilidad, por entender que no ha existido sucesión empresarial alguna, ya que si bien don C.A.A. era titular del 50% de las participaciones de la empresa deudora, con fecha 09.03.99 las vendió al otro socio y fundó una nueva empresa con otro hijo para realizar la actividad a la que siempre estuvo vinculado, y si bien de los siete trabajadores que su nueva empresa tenía seis procedían de la anterior, el número total que esta tenía era de 35; finalmente, sostiene que existen errores en la suma de los importes parciales y en la aplicación del recargo del mes de agosto de 1998.

A esa pretensión y motivos se opone la Abogacía del Estado.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión principal debe comenzarse por recordar que la responsabilidad en el pago de las cuotas debidas a la Seguridad Social se contempla en el artículo 127.2 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, que establece que la empresa que suceda a otra en la titularidad de una explotación, industria o negocio será responsable solidaria en el pago de las cuotas sociales devengadas antes de la sucesión en dicha titularidad; la declaración de tal responsabilidad debe venir precedida de la oportuna tramitación del procedimiento establecido que, a tenor de lo dispuesto en el punto 2 de la adicional sexta de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se rige por su propia normativa, esto es, la contenida en el artículo 11 del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre, donde, a propósito de la responsabilidad solidaria, establece que el pago de la deuda irá precedido tanto de la previa declaración de dicha responsabilidad, como de la reclamación administrativa de la deuda, que es lo que se ha hecho en el presente caso.

Por lo demás, y ya en lo que se refiere a los aspectos sustantivos, que son los que ahora interesan, debe recordarse que la jurisprudencia constante y pacífica admite la sucesión en las deudas sociales en el caso de que no se hubiera llegado a perfeccionar un negocio jurídico entre la empresa sucedida y la sucesora, puesto que ello no obsta para que se entienda producida esa transmisión si existen suficientes indicios para apreciar la continuidad empresarial, entre los cuales se encuentran determinados factores o circunstancias de hecho que constituyen los denominados cambios "no transparentes", tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, el domicilio social, la denominación, los vínculos entre los titulares de ambas empresas o la plantilla total o parcial de trabajadores (SsTS de 02.12.83, 18.06.89, 16.01.90, 18.07.95, 03.03.97, 28.11.97 o 17.02.98, entre otras); y es que el instituto de la sucesión empresarial está regulado con gran amplitud en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que en él se establecen unas pautas para que se entienda producida la sucesión empresarial, criterio que se acaba de mencionar a través de la concurrencia de una serie de elementos que aisladamente considerados no son determinantes de la existencia de la transmisión de la empresa, pero que en su conjunto sí deben ser considerados para formar la convicción de este Tribunal. Se trata, en definitiva, de trasladar la responsabilidad del pago de las cuotas sociales que adeuda una empresa cuando transmite en su globalidad el conjunto organizativo a otra para permitir la continuidad de la misma actividad empresarial, o de la fundamental, aunque no sean los mismos alguno o algunos de sus elementos o componentes parciales, de forma tal que la segunda se va a aprovechar de la cartera de clientes y de la imagen de la precedente, conservando su estructura, de modo que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa sea el auténtico nervio de la misma (STS de 10.05.91).

Aunque es frecuente que no opere una transmisión formal de los elementos de la empresa, sucede también a menudo que los expedientes de responsabilidad solidaria en el pago de las cuotas sociales por suce-

sión empresarial se muevan dentro de imprecisos contornos que ofrecen serias resistencias a su precisa y acertada fiscalización, pero esto no se aprecia en el presente caso, donde no sólo se observa que uno de los socios de ambas empresas era la misma persona, sino que con el otro existían unos innegables vínculos, puesto que había constituido la primera empresa con uno de sus hijos y la segunda con otro; por lo demás, aunque es verdad que había vendido al primero sus participaciones en la empresa deudora, ello había tenido lugar cuando esta ya se encontraba en situación deudora con la Seguridad Social, pues los débitos comenzaron en enero de 1998 y la venta de las participaciones tuvo lugar en marzo del año siguiente. Ya en lo que se refiere a la actividad y a los trabajadores existen igualmente identidades no negadas, pues la primera es la construcción y los trabajadores (seis sobre siete) procedían de la deudora, circunstancias entendibles y legítimas, pues es lógico que el empresario continúe en el ejercicio de aquello que conoce, como también resulta comprensible que contrate a trabajadores igualmente conocidos, pero estas son dos de las circunstancias que el ordenamiento jurídico considera como determinantes de la sucesión empresarial, como sucede también con los vínculos entre los cuerpos sociales de una y otra a que se ha hecho ya referencia.

Finalmente, es cierto que no se aprecia una identidad en el emplazamiento de ambas empresas, pues se ubican en distintas localidades de la provincia de Pontevedra, pero ello no obsta para que se entienda producida la sucesión "de facto", por cuanto la nueva empresa creada pasó a cubrir, de forma legítima, el lugar, mercado, cartera de clientes y la imagen de que disponía la empresa deudora, desaparecida el 15.01.00, por lo que en estas condiciones se cumplen los requisitos que la mencionada jurisprudencia impone para que surja la responsabilidad solidaria en el pago de las cuotas sociales, por lo que este motivo de nulidad debe decaer.

TERCERO.- En lo que atañe a los posibles errores advertidos debe significarse que, en efecto, el descubierto correspondiente al mes de agosto de 1998 ha aplicado incorrectamente el recargo, de lo que resulta que la deuda sea de 8.352,81 euros y no de 9.886,79 euros, pero esta diferencia se compensa en parte con la que se aprecia por el descubierto de julio de 1999, que se ha consignado de forma incorrecta en la resolución de lo que resulta que proceda un incremento de 436,16 euros.

En suma, debe acogerse este motivo, lo que supone minorar el débito en 1.097,82 euros, y dejarlo en 69.382,07 euros.

CUARTO.- No concurren méritos para hacer una expresa condena en costas (artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación;

Fallamos

Que estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la entidad "C.C., S.L.", contra resolución de 28.02.00 desestimatoria de recurso ordinario contra la declaración de responsabilidad solidaria de la sociedad "C.C., S.L.", respecto a "C.A.N., S.L.", dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, y, en consecuencia, declaramos conforme a derecho la sucesión empresarial, pero minoramos el importe del débito, que queda fijado en 69.382,07 euros, por ser ajustado a derecho. No se hace condena en costas.

3764 **Recurso núm. 4.776/03**

S.S. TERCEIRÍA DE MELLOR DEREITO. EXECUTANTE QUE É AO MESMO TEMPO TERCEIRO EN VIRTUDE DE TÍTULO DISTINTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a doce de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 4.776/2003 interpuesto por don A.N.R. contra el Auto del Juzgado de lo Social número 2 de

Ourense, de fecha 9 de junio de 2003 que resolvió recurso de reposición contra el Auto de 20 de mayo de 2003.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En los autos sobre despido instados por F.G.B., M.Q.C., C.L.D., A.N.R., J.M.Q.Q., J.A.N.Q., E.G.F. y E.F.M., contra "I.N., S.L.", con el nº 626/98 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, se trabó embargo sobre el siguiente bien inmueble propiedad de dicha mercantil, a la sazón, Parcela nº …, del Polígono industrial de …, con una superficie de 3000 m2, inscrita en el folio 131 del Libro 48, Tomo 1224, del Registro de la Propiedad nº 2 de Ourense, finca registral 5002.

SEGUNDO.- Instada la ejecución antedicha, la parte actora solicitó que se sacase a subasta el referido inmueble, haciéndose la pertinente tasación por el perito designado al efecto, y, en fecha 18 de marzo de 2003, tuvo entrada en el Juzgado de lo Social nº 2 de lo Social de Ourense una demanda de tercería de mejor derecho, interpuesta por don A.N.R. contra la sociedad ejecutante, F.G.B. y otros, en cuya suplico interesó que "se dicte sentencia donde se declare que mi representado se subrogó en los derechos del crédito con garantía hipotecaria que afectó a la nave objeto de embargo, y estableciendo la prelación del derecho de crédito a favor de aquel frente a los demandados a los efectos que quede acreditado el mismo como carga subyacente al presente embargo a los efectos de la subasta del bien o, subsidiariamente, se conceda a mi representado el derecho preferente de cobro del resultante de la subasta frente a los trabajadores ejecutantes, con imposición de costas a la parte (que) se oponga a tales pretensiones".

TERCERO.- Por providencia de fecha 19.03.03, el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, acordó "a la vista de las actuaciones y del escrito anterior de tercería de mejor derecho, presentado por el también actor don A.N.R., dese traslado de copia de la misma a las partes actora, Fondo de Garantía Salarial y a la demandada "I.N., S.L." a través de publicación en Estrados a fin de que en el plazo de 10 días, manifiesten lo que estimen oportuno a su derecho, y evacuado dicho traslado, con fecha 27 de marzo de 2003, la representación procesal de los ejecutantes, F.G.B. y otros, codemandados en la tercería de mejor derecho, dirigió escrito al Juzgado de lo Social nº 2 en el que manifestó que "se tenga por allanada esta representación a la tercería interpuesta, sin perjuicio del derecho de mis representados a cobrar el resultado de la ejecución de los bienes embargados de forma sucesiva y preferente al de las sucesivas cargas inscritas y con el derecho al cobro preferente de los gastos procesales de ejecución".

CUARTO.- En fecha 15 de mayo de 2003, se celebró acto de conciliación y juicio ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, en el cual, concedida la palabra a la parte actora, la misma manifestó que "a la vista del allanamiento no tiene mas que aclarar que, respecto al documento nº 13, si se acepta su validez bien y si no se compromete a formalizar el que se estime oportuno", en tanto que la Letrada de los demandados – ejecutantes se limitó a ratificar el escrito presentado en fecha 27 de marzo de 2003, en el que hizo constar su voluntad de allanamiento a las pretensiones del demandante en la tercería.

QUINTO.- Con fecha 20 de mayo de 2003, el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense dictó Auto, en cuya parte dispositiva estableció que: " Se desestima la demanda de tercería de mejor derecho promovida por don A.N.R., por no tener la cualidad de tercero en este procedimiento". A medio de escrito de fecha 27 de mayo de 2003, el demandante de tercería interpuso recurso de reposición frente a la citada resolución a fin de que se revocase la misma "reconociendo el derecho de mi representado como tercerista de mejor derecho al cobro preferente sobre los ejecutantes en el resultado de la ejecución", y con fecha 2 de Junio de 2003, la representación de F.G.B. y otros manifestó su voluntad de no oposición a las pretensiones del actor alegando que "en su día se allanaron a la tercería presentada por don A.N.R.".

SEXTO.- En fecha 9 de Junio de 2003, el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense dictó Auto resolviendo el recurso de reposición, en cuya parte dispositiva determinó que: "Se desestima el recurso de reposición interpuesto y se confirma el Auto de fecha 20 de mayo de 2003".

SÉPTIMO.- Frente al referido Auto, que resolvió el recurso de reposición, formuló la parte demandante de tercería recurso de suplicación y, elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandante de tercería se alza en suplicación contra el Auto

de fecha 9 de junio de 2003, por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de fecha 20 de mayo de 2003, habiendo sido dictadas ambas resoluciones en la demanda de tercería derivada de la ejecutoria nº 27/99 del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, 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, en tanto que, en sede jurídica, denuncia la infracción del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y la violación de los artículos 614, 619 y 620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por remisión de la Disposición Adicional primera de la Ley de Procedimiento Laboral, desarrollando en el cuerpo del escrito diversos argumentos y concluyendo en la solicitud de que "se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso, se revoque la de instancia, estimando la demanda y se declare la procedencia de la pretensión inicial y, subsidiariamente, se decrete la nulidad de actuaciones retrotrayendo las actuaciones al momento de la infracción procesal subsanable, con todos los pronunciamientos favorables que procedan".

SEGUNDO.- En el motivo primero, interesa la "modificación del hecho segundo" para que donde establece que "don A.N.R. formuló demanda de tercería de mejor derecho contra la sociedad ejecutante formada por los actores don F.G.B. y otros, tramitándose la misma con el resultado que obra en autos", se haga constar que" Se dio traslado de la demanda a la parte actora, al Fondo de Garantía Salarial y a la demandada. Se aclaró por parte actora frente al Fondo de Garantía Salarial y toda vez que aclarado que éste conserva sus derechos y la demanda no le afecta, continuó el procedimiento. En el acto de la vista oral, se allanó (sic) a la misma los ejecutantes, se declaró en rebeldía y por no opuesto a la demanda al ejecutado "I.N., S.L."" e invoca, en pro de sus pretensiones, los folios 457, traslado a las partes; 460, aclaración frente al Fogasa; 452, allanamiento de los ejecutantes y 556, acta del juicio.

Así las cosas, por más que el auto recurrido no contiene, propiamente, hechos probados, sino realmente una suerte de antecedentes de hecho meramente explicativos de las vicisitudes por las que atravesó la presente ejecución, no puede soslayarse que las únicas resoluciones de los Órganos Jurisdiccionales respecto de las cuales se prevé que su formalización contenga hechos probados son las Sentencias, como se desprende de los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en tanto que, en lo atinente a los Autos, determina el artículo 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que contendrán hechos, razonamientos jurídicos y parte dispositiva, por lo que, en atención a ello, la pretensión de que se modifique el relato de "hechos declarados probados" no parece contar con apoyatura asaz, si bien, en todo caso, cabe expresar que aún en la consideración de que se entendiese procedente el acudir a la vía de la revisión de hechos a que se contrae el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de rechazarse la pretensión de modificación fáctica a que se contrae el motivo primero del recurso, por cuanto el contenido de los folios que invoca como medio de prueba hábil para la modificación, no tiene acomodo en el ámbito de las pruebas documentales y periciales a que hace mención el referido precepto de la Ley Adjetiva Laboral y, en todo caso, tampoco pone de relieve la concurrencia de error de valoración o interpretación de las actuaciones por parte de la Magistrada de instancia, llegando a la consideraciones que se plasman en la resolución ahora impugnada, cuyos antecedente fácticos, en consecuencia, han de permanecer inalterados, debiendo señalarse, a mayor abundamiento, que no es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del Juzgador.

TERCERO.- La sentencia de instancia, así en el Auto de fecha 20 de mayo de 2003, como en el de 9 de junio de 2003, que resuelve el recurso de reposición articulado frente al anterior, determina que el actor no reúne la condición de tercerista por cuanto "el que ejercita la tercería promovió la ejecución junto con los demás ejecutantes".

Es incuestionable que en la tercería de mejor derecho, como considera un amplio sector de la doctrina, se ejercita una acción constitutiva que tiene por objeto la modificación de una situación jurídica a que se contrae el artículo 1.520 de Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que se pretende reintegrar al tercero en su crédito, antes que el acreedor ejecutante y cuyo fundamento radica en la preferencia del crédito sobre el del ejecutante y si bien es cierto que no cabe la interposición de dicha tercería entre los trabajadores que, ocupando la misma posición procesal de ejecutantes, estén acumuladas las ejecuciones

derivadas de los respectivos créditos que ostenten frente a la empresa ejecutada, pues las preferencias vendrían establecidas a través de un incidente de distribución de cantidades, no es menos cierto que, en el presente supuesto fáctico, el demandante de tercería invoca, a tal efecto, la titularidad, por subrogación, de un derecho de crédito con garantía hipotecaria que afectó a la nave objeto de embargo, esto es, no descansa su acción de tercería en la consideración de acreedor derivada de relación laboral alguna, por lo que, a priori, es atribuible al ahora recurrente la legitimación activa para la interposición de la demanda de tercería, si bien, ello no determina "per se" el éxito de su acción pues, en todo caso, ha de ponerse de manifiesto la concurrencia del título que asevera esgrimir y la preferencia que pudiera derivarse del mismo en relación con el de la parte ejecutante, siendo así que tales circunstancias no han sido objeto de análisis y pronunciamiento en la resolución impugnada.

CUARTO.- Sentado lo anterior, la Sala, en atención a lo expuesto, considera procedente declarar la nulidad de actuaciones, acordando reponer las mismas al momento inmediatamente anterior al Auto de fecha 20 de mayo de 2003, para que por el Juzgado de lo Social, entre a pronunciarse en relación con el objeto de la cuestión litigiosa, principiando por la determinación de si el demandante de tercería ostenta título suficiente que le habilite para las pretensiones que auspicia y si, de concurrir, dicho título es preferente, así como las demás circunstancias que el Juzgador considere procedentes, dictando la resolución oportuna con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción, en uso de las facultades que le son propias. En consecuencia,

Fallamos

Declaramos la nulidad de las actuaciones desde el momento inmediatamente anterior al Auto de 20 de mayo de 2003 y en consecuencia, reponemos dichas actuaciones al momento antes referido, a fin de que por el Juzgado de instancia se proceda a resolver el objeto del litigio, determinando si el demandante de tercería ostenta título suficiente que le habilite para las pretensiones que auspicia y si de concurrir, dicho título es preferente, así como las demás circunstancias que el Juzgador considere procedentes, con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción, en uso de las facultades que le son propias.

3765 **Recurso núm. 5.355/03**

S.S. INCOMPETENCIA DE XURISDICIÓN SOCIAL. EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDADE POLO CESAMENTO DAS TRABALLADORAS AO ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE. NON CONCORRE DESPEDIMENTO TÁCITO. DOUTRINA XERAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a doce de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.355/03 interpuesto por doña A.B.C.C. y siete más contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.B.C.C., doña S.P.R., doña M.E.P.V., doña M.C.C., doña P.C.S.P., doña A.F.D., doña P.J.M. y doña L.R.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado don A.Q.P., W.S.I. OURENSE. S.L.U., "W.S.I.K., I.E.P., S.L.", FONDO DE GARANTIA SALARIAL, W.S.I. SANTIAGO S.L., "I.F., S.L.", W.S.I. PONTEVEDRA S.L., W.S.I. MARBELLA S.L. y W.S.I. SPAIN S.A. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 406/03 sentencia con fecha cinco de junio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, en relación con la pretensión de condena dirigida en la demanda contra don A.Q.P. y desestimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Las actoras doña A.B.C.C., doña S.P.R., doña M.E.P.V., doña M.C.C., doña P.C.S.P., doña A.F.D., doña P.J.M. y doña L.R.G., vinieron prestando servicios para la empresa W.S.I. Ourense S.L.U., con la antigüe-

dad, categoría profesional y percibiendo el salario que para cada una de ellas se señalan a continuación: 1.- A.B.C.C.; desde el 25 de agosto de 1997, con la categoría profesional de Auxiliar Recepcionista, percibiendo un salario bruto mensual de 715,73 euros. 2.- M.C.C.: desde el 26 de mayo de 1998, habiendo prestado con anterioridad servicios en los períodos de 14 de abril de 1997 al 31 de julio de 1997 y de 11 de agosto de 1997 al 10 de mayo de 1998, con la categoría profesional de Asesora Comercial, percibiendo un salario bruto mensual de 818,01 euros. 3.- M.E.P.V.: desde el 15 de marzo de 2000, con la categoría profesional de Instructora, percibiendo un salario bruto mensual de 807,25 euros. 4.- P.C.S.P.: desde el 9 de diciembre de 1998, con la categoría profesional de Auxiliar no Docente, percibiendo un salario bruto mensual de 467,78 euros. 5.- S.P.R.: desde el 1 de septiembre de 1997, con la categoría profesional de Instructora, percibiendo un salario bruto mensual de 6.- A.F.D.: desde el día 2 de abril de 2001, con la categoría profesional de Agente Comercial, percibiendo un salario bruto mensual de 680,27 euros. 7.- P.J.M.: desde el 13 de mayo de 2002, con la categoría profesional de Profesor/Jefe de Estudios, percibiendo un salario bruto mensual de 1.161,18 euros. 8.- L.R.G.: desde el 13 de noviembre de 2002, con la categoría profesional de Instructora, percibiendo un salario bruto mensual de 130,85 euros. SEGUNDO. W.S.I. Ourense S.L.U., firmó en fecha 10 de julio de 1996 un contrato de Franquicia, con la Compañía Mercantil W.S.I. Spain S.A., cuyo contenidos por constar en autos se da por reproducido, y que le permitía impartir clases de inglés, según el método y material didáctico elaborado por esta sociedad, en local ubicado en la calle … de esta ciudad. TERCERO. En fecha 26 de Diciembre de 2002 "W.S.I.K., I.E.P., S.L.", le remitió Carta a W.S.I. Ourense S.L.U., en la que se le decía: "…Muy Sr. Mío, Me dirijo a Uds. En nombre y representación de "W.S.I.K., I.E.P., S.L." en relación con el Contrato de Franquicia sobre el método de enseñanza W.S.I..- Como Ud. Sabe, una de las obligaciones fundamentales asumidas por el franquiciado con la firma del citado Contrato de Franquicia, es el pago de las cantidades devengadas por Royalties. Sin embargo, dicha obligación ha sido reiteradamente incumplida por Uds. de tal forma que 30 de octubre pasado, adeudan a "W.S.I.K., I.E.P., S.L." la cantidad de 16.871,28 euros por el concepto de Royalties, así como otras cantidades adeudadas a la empresa delegada. A la vista de lo anterior y dado que ya les hemos requerido varias veces de pago de las citadas cantidades, le informo que por parte de "W.S.I.K., I.E.P., S.L." damos formalmente inicio al procedimiento previsto por el Contrato de Franquicia para la resolución anticipada del mismo, por lo que le requiero para que en el plazo improrrogable de 30 días procedan al abono de las cantidades antes expuestas, pues en caso contrario consideraremos definitivamente terminada la relación contractual entre ambas partes con efectos inmediatos. Atentamente…" CUARTO. En fecha 24 de enero de 2003 fue recibida por W.S.I. K.F.T. , carta a "W.S.I.K., I.E.P., S.L." Ourense del siguiente tenor literal. "…Muy señor nuestro. En contestación a su carta de fecha 27 de diciembre de 2002, por la que nos requieren -en nombre de su representada "W.S.I.K., I.E.P., S.L."- a fin de que procedamos al abono de la suma de 14.759,48 euros en concepto de Royalties, derivados del Contrato de Franquicia suscrito con fecha 1 de julio de 1995, hemos de participarles los siguientes extremos: 1º) como ustedes bien saben, es absolutamente improcedente que exijan el pago de cantidad alguna, pues su representada ha incumplido, y sigue incumpliendo en la actualidad, con sus obligaciones; de forma gravísima y persistente -tal y como se les ha expuesto en reiteradas ocasiones- con sus obligaciones, hasta el punto de ocasionar a este franquiciado importantísimos daños y perjuicios, para cuyo resarcimiento se reserva el ejercicio de las acciones de toda índole que en derecho me asistan. Es por ello que no procederemos a realizar abono alguno. 2º) Ante esta situación, les requeriremos a fin de que procedan a comunicarnos de forma fehaciente si el próximo día 27 del presente mes (transcurrido el plazo de 30 días de su comunicación), hemos de entender que el contrato ha sido resuelto -unilateralmente y sin justa causa- por su representada. 3º) En caso de no obtener contestación al requerimiento a que se refiere el punto anterior en el plazo de 24 horas desde la recepción de este burofax, entenderemos que contestan afirmativamente al mismo y que, por tanto, proceden a rescindir el contrato de fecha 1 de julio de 1995 unilateralmente y sin justa causa. 4º) En este caso, y dado que su representada pretende rescindir el contrato -de forma unilateral y sin justa causa, reiteramos al amparo de los dispuesto en la estipulación trigésimo cuarta del mismo, les requerimos a fin de que en el improrrogable plazo de siete días allí contemplado, procedan a designar a un nuevo director a fin de que se haga cargo por completo de la gestión del negocio, con asunción de todas las responsabilidades del mismo…" En fecha 4 de febrero de 2003 por W.S.I. Ourense S.L.U., fue remitida

por burofax Carta del siguiente tenor literal: "…Muy Señor nuestro: En relación con su representada "W.S.I.K., I.E.P., S.L.", al no haber recibido contestación alguna a nuestra carta de fecha 23 de enero próximo pasado, remitida por burofax que le fue entregado el día 24 del mismo mes, y dados los términos de la misma, entendemos que han procedido a la resolución del contrato de franquicia suscrito con fecha 10 de julio de 1996. Hemos esperado 7 días -de conformidad con lo estipulado en dicho contrato- a fin de que nombrasen un director para que se hiciese cargo por completo de la gestión del negocio, asumiendo las responsabilidades del mismo. Dicho nombramiento no se ha producido o, por lo menos, no se nos ha comunicado. Por ello, dado que el contrato ha sido resuelto -de forma unilateral y sin justa causa por su representada "W.S.I.K., I.E.P., S.L."- y nos vemos imposibilitados para continuar prestando a nuestros alumnos los servicios contratados, les participamos que hemos procedido al cierre del centro "W.S.I.K., I.E.P., S.L.", sito en la calle … de Orense. Reiteramos la reserva expresa del ejercicio de las acciones legales de todo tipo que puedan correspondernos, tanto por sus incumplimientos contractuales, como por la resolución unilateral y sin justa causa del contrato de franquicia, así como, por el incumplimiento de su obligación de nombrar un nuevo director…" QUINTO. En fecha 4 de febrero de 2003 por don A.Q.P. administrador de "W.S.I.K., I.E.P., S.L." Ourense se comunica a las actoras que debido a la rescisión del contrato de franquicia existente con "W.S.I.K., I.E.P., S.L." y no haberse hecho esta Sociedad cargo de las relaciones laborales, ante la imposibilidad de poder continuar desarrollando la enseñanza con el método W.S.I. se vía en la necesidad de tramitar un expediente de regulación de empleo para extinguir los contratos, citando a las trabajadoras para que acudiesen al Hotel Francisco II a las 10 horas, poniendo en su conocimiento además que el período de consultas se iniciaba el día 7. Dicha comunicación por constar en autos se da por reproducida. En esa fecha se cerró el centro de trabajo, no pudiendo las actoras desde entonces desarrollar su actividad, se celebró la reunión señalada, explicando don A.Q.P. las razones que a su juicio motivaba el cierre del centro de trabajo. SEXTO. En fecha 7 de febrero de 2003 se celebró reunión entre 7 trabajadoras y don A.Q.P., en la que se informó a las trabajadoras que no se le podía entregar la documentación necesaria, acordándose suspender la reunión hasta que ello ocurriese. SEPTIMO. En fecha 18 de febrero de 2003 por W.S.I. Ourense S.L.U., se presentó solicitud de expediente de regulación de empleo. En fecha 6 de marzo de 2003 se celebró reunión entre don A.Q.P. y la Delegada de Personal doña A.B.C.C., levantándose acta que por constar en autos -prueba actorasse da por reproducida, en la que se daba por finalizado el periodo legal de consultas. Por resolución de fecha 31 de marzo de 2003 del Delegado Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Empleo y Relaciones Laborales, se acordó autorizar a W.S.I. Ourense S.L.U., para que procediese a la extinción de los contratos con sus trabajadores. Dicha resolución ha sido recurrida en alzada por las trabajadoras. En fecha 15 de abril de 2003 se remitió Carta a las actoras por la cual W.S.I. Ourense S.L.U., se les comunicaba que haciendo uso de la autorización concedida se procedía a extinguir sus contratos, carta que fue recibida por todas ellas, y que por constar en autos se da por reproducida. OCTAVO. Don A.Q.P. es administrador de las empresas W.S.I. Ourense S.L.U., W.S.I. Pontevedra S.L., W.S.I. Santiago S.L., "I.F., S.L." y W.S.I. Marbella S.L., todas ellas con domicilio social en calle … Santiago. Las empresas W.S.I. Pontevedra S.L., W.S.I. Santiago S.L. e "I.F., S.L." se encuentran en procesos de Quiebra. Todas ellas tenían concertado contrato de Franquicia con W.S.I. El Director del Centro de Ourense era el mismo que el de Ferrol. Entre las distintas empresas, se intercambiaban material, no se percibía cantidad alguna por los alumnos trasladados de Ferrol, la contable de Santiago, supervisaba la contabilidad de las Ourense y Ferrol y estuvo 5 días en Marbella. NOVENO. Las actoras no ostentan ni han ostentado durante el último año el cargo representativo de las trabajadoras, salvo doña A.B.C.C. que es la Delegada de personal. DECIMO. En fecha 28 de febrero de 2003 se celebró Acta de conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "Sin Efecto", presentando demanda las actoras ante el juzgado de lo Social Decano el 5 de marzo de 2003."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: A) Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, en relación con la pretensión de condena dirigida en la demanda contra don A.Q.P., debo declararme incompetente por razón de la materia para conocer la misma, señalando que la jurisdicción competente par ello es la Jurisdicción Civil. B) Que desestimando la demanda formulada por doña A.B.C.C., doña S.P.R., doña M.E.P.V., doña M.C.C., doña P.C.S.P., doña

A.F.D., doña P.J.M. y doña L.R.G. contra W.S.I. Ourense S.L.U., W.S.I. Santiago S.L., "I.F., S.L.", W.S.I. Pontevedra S.L., W.S.I. Marbella S.L. W.S.I. Spain S.A. "W.S.I.K., I.E.P., S.L." e Internacional Educational Provider, S.L., debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos por las actoras. Se alza el embargo preventivo acordado en el presente procedimiento.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte doña A.B.C.C. y siete más 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 excepción de incompetencia de jurisdicción, en relación con la pretensión de condena dirigida contra el Administrador de las empresas codemandadas, don A.Q.P., y desestimando la demanda formulada por las actoras sobre reclamación por despido, absuelve a todos los codemandados de las pretensiones frente a ellos ejercitadas. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de las actoras, al objeto de que se revoque la sentencia y se estime la demanda y, en consecuencia, se declare su despido improcedente con las consecuencias legales inherentes, articulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados y referido el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La revisión de hechos pretende, en primer lugar, la modificación del hecho probado quinto de la sentencia, proponiendo la siguiente redacción alternativa: "El día 4 de febrero de 2003,se cerró el Centro de Trabajo, no pudiendo las actoras, desde entonces desarrollar su actividad laboral. El mismo día, don A.Q.P., comunica a las actoras la rescisión del contrato de franquicia existente con WSI KFT, al no haberse hecho esta sociedad cargo de las relaciones laborales, y ante la imposibilidad de poder continuar desarrollando la enseñanza con el método WSI, se ve en la necesidad de tramitar un expediente de regulación de empleo para extinguir los contratos, citando a las trabajadores para que acudiesen al Hotel Francisco II a las 10 horas, y poniendo en su conocimiento además que el periodo de consultas se iniciaba el día 7-Dicha comunicación por constar en Autos se da por reproducida".

La modificación instada por las actoras, tiene por objeto demostrar que el cierre del centro de trabajo se produjo con anterioridad a la comunicación y tramitación del expediente de regulación de empleo, pero dicha revisión no puede ser acogida, porque se sustenta en la demanda, y en la contestación a la misma que hace WSU-Ourense, SLU y don A.Q.P., y estos documentos no tienen eficacia revisora, porque no tienen la consideración de tales documentos a los efectos de revisión.

En segundo lugar, se interesa que se adicione al relato fáctico un hecho probado nuevo, y que se intercale entre los declarados probados sexto y séptimo de la sentencia de instancia, con el contenido siguiente: "Con fecha 14 de febrero de 2003, las actoras presentaron papeleta de Conciliación por Despido ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Ourense". Modificación que no se acepta, pues además de ser irrelevante para alterar el signo del fallo, de los documentos citados en apoyo de la revisión, no consta la fecha de presentación de la papeleta, sino tan solo la fecha de celebración del acto de conciliación, que tal como se declara probado en el hecho probado décimo, se celebró el 28 de febrero de 2003.

Y, finalmente, se solicita la inserción entre los párrafos Primero y Segundo del Hecho probado séptimo de la sentencia recurrida, del siguiente texto: "El contrato de arrendamiento del local en donde desarrollaba su actividad WSI Orense, SLU, fue resuelto por don A.Q.P. y la arrendadora del mismo, con fecha 21 de marzo de 2003". Modificación que tampoco se acoge, porque los folios indicados como soporte de la revisión, no consta la rescisión que se afirma en el texto propuesto.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, las recurrentes denuncian infracción, por no aplicación de los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como del artículo 69.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Igualmente se denuncia también infracción, por no aplicación, de los artículos 1.2 y 4.2 a), f) y g) y artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil y artículo 24.1 de la Constitución, y de las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1999, 20 de

diciembre de 1999 y 5 de abril de 2.001. De la argumentación contenida en el único motivo destinado a censura jurídica se desprenden dos cuestiones distintas: a).- una, referida a la extensión de responsabilidad a don A.Q.P., señalando que ha sido llamado al proceso como Administrador y representante legal de cinco franquicias y como el responsable del cierre de todos los centros, lo que evidencia su posición como empresario, debiendo entenderse demandado como persona física y no sólo cómo Administrador, por lo que también se debe considerar infringido el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, que menciona como empresarios a las comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios, y, en relación con esta cuestión, las recurrentes concluyen solicitando la condena para don A.Q.P., por ser éste además de Administrador de todas las empresas, la persona que ha procedido al cierre de los centros, la persona que ha ejercido como empresario en todas ellas y asumido el poder de dirección, y por ser quien ha constituido un grupo de empresas, confundido en todo momento su dirección, administración y patrimonio, con la persona de su propietario. Y, b).- la segundas de las cuestiones que plantean, va referida a la reclamación por despido (despido tácito), aduciendo, en síntesis, que a las actoras el día del cierre del centro de trabajo (4 de febrero de 2003) se comunicó la voluntad de tramitar ante la autoridad laboral un expediente de regulación de empleo, sin que se hubiese expresado voluntad alguna de extinguir las relaciones laborales o voluntad de suspenderlas hasta la tramitación del citado expediente. Y que desde ese día, a las actoras no se les dio ocupación efectiva, ni se les abonó retribución alguna, incurriendo el empresario en incumplimientos de sus obligaciones tanto de procurar ocupación efectiva, como de abonar los salarios, dándose indicios suficientes para poder presumir la voluntad extintiva del empresario, existiendo indicios que revelan de forma inequívoca la decisión empresarial de extinguir la relación laboral. Añadiendo que el ERE presentado ante la autoridad laboral con fecha 18 de febrero de 2003, no enerva la acción de despido, iniciada previamente por las actoras, con la presentación de la papeleta de conciliación el día 14 de febrero de 2003, y se concluye señalando que existiendo un despido tácito, se han de aplicar las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, y dado que la readmisión es imposible, se debe aplicar lo establecido en el artículo 284 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral.

CUARTO.- En relación con la primera de la cuestiones planteadas en el recurso, sobre extensión de responsabilidad por el cese de las actoras al Administrador y representante legal de las sociedades demandadas, don A.Q.P., derivada del incumplimiento de sus deberes de Administrador, denunciándose expresamente como infringidos los artículos 133 y 135 del Real Decreto Legislativo 1.564/1989, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dicha cuestión no resulta acogible, pues pretendiendo las recurrentes trasladar o extender las posibles consecuencias derivadas de un despido tácito, a través de un pago solidario, al citado Administrador, resulta correcta la decisión adoptada por el Magistrado de instancia de declarar la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la citada extensión de responsabilidad. Sobre la cuestión de la competencia o incompetencia del orden jurisdiccional social para determinar la posible responsabilidad de los administradores de sus actos como tales, ya se ha pronunciados la Sala IV del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7.680), 21 de julio de 1998 (RJ 1998, 6.211) y 9 de junio de 2000 (RJ 2000, Ar. 5.109). El Alto Tribunal distingue dos situaciones: 1.- Cuando la pretensión de condena se basa en las posibles responsabilidades solidarias que pudieran recaer sobre los citados administradores societarios por deudas contraídas por la sociedad, o incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 262 y 265 del Real Decreto Legislativo 1.564/89, de 22 de diciembre, en cuanto impone a los administradores la obligación de convocar junta general para adoptar el acuerdo de disolución, o solicitar la disolución judicial de la sociedad; y, 2.- Cuando la responsabilidad de los Administradores societarios se fundamenta en el incumplimiento del mandato de la Disposición Transitoria 3ª del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por no haber adoptado los Estatutos Sociales a la nueva normativa, elevando el capital social al mínimo legalmente establecido, cuantía que se cifra en diez millones de pesetas.

En el caso enjuiciado, a la vista de los incumplimientos atribuidos al Administrador don A.Q.P., y de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, no ofrece duda que se incardinan en el primer apartado, y en tales casos, la Jurisprudencia declara que la competencia tiene que venir atribuida a los órganos jurisdiccionales del Orden Civil, porque "el conocimiento de las pretensiones relativas a la

responsabilidad de los administradores por incumplimientos de las obligaciones de su cargo, no constituyen, en el proceso laboral, una cuestión prejudicial de la que pueda conocer conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el Orden Social, aunque no le esté atribuido orgánicamente", además, tal como señala el Alto Tribunal en su Sentencia de 28 de febrero de 1997, resulta procedente "... la declaración de incompetencia del orden social cuando se trata de la responsabilidad de los administradores fundada en la omisión de los deberes societarios impuestos en los artículos 133.1 y 262.5 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobada por Real Decreto Legislativo 1.564/1989 de 22 de diciembre". Consecuentemente, la Sala entiende que en este caso está bien negada la competencia del Orden Social de la Jurisdicción, porque no se trata de un supuesto de responsabilidad de los Administradores fundada en no haber adaptado los Estatutos Sociales a la nueva normativa, en cuyo caso para conocer del citado incumplimiento la jurisprudencia sí atribuye la competencia al Orden Jurisdiccional Social, sino que se trata de un supuesto de responsabilidad del artículo 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, expresamente denunciado por las recurrentes.

QUINTO.- Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones, referida a un posible despido tácito de las trabajadoras recurrentes, alegando éstas que la relación laboral se extinguió por despido, dado que el centro de trabajo cerró y se dejó de dar ocupación efectiva y de retribuir a las demandantes con anterioridad a la tramitación del expediente de regulación de empleo. Esta pretensión tampoco resulta acogible, pues según una reiterada doctrina, la extinción del contrato de trabajo, por despido, exige una voluntad unilateral del empresario de extinguir el vínculo, lo que puede operar de forma expresa -cumpliendo o no los requisitos formales- o de forma tácita, pero, en este caso, es preciso que la voluntad de la empresa de extinguir el contrato se derive de hechos concluyentes de poner fin a la relación laboral, lo que no sucede en el presente supuesto, al no constar dicha voluntad, ni la misma puede deducirse de los actos de la empleadora, que ha procedido a extinguir los contratos de trabajo una vez se dictó resolución administrativa autorizando la extinción de los mismos.

Al presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, no es de aplicación la doctrina sobre el despido tácito, según la cual y tal como expresa el Tribunal Supremo a propósito de esta modalidad de despido: «el acto de despido tiene que constituir un acto indubitado o inequívoco de ruptura del vínculo y debe constituir un hecho cierto y tangible en tal sentido (SSTS de 21.04.86, RJ 1986/2.213 y 05.05.87 RJ 1987/3.234]), de tal manera que, "..no puede la parte basarse en las conductas equívocas y contrarias al principio de buena fe, que es básico en las relaciones laborales», sentencia de 04.12.89, RJ 1989/8.925). En dicha línea y a mayor abundamiento: «Para que pueda apreciarse la figura del despido tácito, es necesario que la voluntad extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídico-laboral, tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica» (STS de 5 de mayo de 1988, RJ 1988/3.563), debiendo recordarse que, por regla general «la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito, que se pretenda deducir de conductas equívocas de la empresa, por contrariar los principios de buena fe, básico en las relaciones contractuales y generar situaciones de inseguridad al trabajador, que nunca deben beneficiar a quien las ha provocado...» (STS de 4 de diciembre de 1989, RJ 1989/8.925). Todo ello significa, en definitiva, que toda decisión empresarial extintiva debe manifestarse inequívocamente y resultar de actos concluyentes, que, sin necesidad de ser expresos, revelen claramente la voluntad del empleador de poner fin a la relación de trabajo. En suma, la Jurisprudencia recalca, la necesidad de que el despido tácito constituya un acto indubitado e inequívoco de ruptura del vínculo laboral (SSTS de 27 de abril; RJ 1987/2.799 y 5 de mayo de 1987 RJ 1987/3.232), y ello porque sería contrario al principio de buena fe, y generaría situaciones de inseguridad jurídica para el trabajador, la figura del despido tácito que se pretenda deducir de conductas equívocas de la empresa (STS de 4 de diciembre de 1989 [RJ 1989\8.925])".

Analizando el caso concreto, se hace preciso determinar cuál fue la intención empresarial a la hora de comunicar a los demandantes el cierre del centro de trabajo, a la que se refiere el ordinal quinto del relato fáctico: a).- si es expresiva de una extinción contractual por el empleador; b).- o bien, se descarta toda intención de extinguir las relaciones laborales. Según el citado hecho proba-

do quinto, en fecha 4 de febrero de 2003, don A.Q.P., administrador de W.S.I. Ourense S.L.U., comunicó a las actoras que debido a la rescisión del contrato de franquicia existente con W.S.I: KFT y al no haberse hecho cargo esta sociedad de las relaciones laborales, ante la imposibilidad de poder continuar desarrollando la enseñanza con el método W.S.I. se veía en la necesidad de tramitar un expediente de regulación de empleo para extinguir los contratos, citando a las trabajadoras para que acudiesen al Hotel Francisco II a las 10 horas, poniendo en su conocimiento además que el periodo de consultas se iniciaba el día 7. Y en esa misma fecha (4 de febrero de 2003), se cerró el centro de trabajo, sin que las actoras pudieran desarrollar su actividad.

A la vista de este incombatido hecho probado, a juicio de la Sala no existió por parte del empresario una voluntad de incumplimiento de sus obligaciones, sino que desde el inicio mismo de los problemas surgidos con la franquicia, su intención fue llevar a cabo las extinciones de la relación laboral mediante la tramitación de un ERE y buscando hacer un uso legítimo de lo preceptuado en el artículo 51.1 del ET, esto es, ejercita su derecho a extinguir la relación laboral que mantenía con todos sus trabajadores mediante un despido colectivo.

Es por tanto una decisión que no puede calificarse de despido tácito, primero porque existe una voluntad de mantener las relaciones de trabajo, y luego porque se buscó la extinción a través de un despido colectivo que se invoca como causal y la causa es la imposibilidad de prestación de servicios, lo cual configura el supuesto típico del despido objetivo, colectivo, con cumplimiento de los requisitos formales impuestos por la Ley.

Es cierto, como bien se afirma en la sentencia recurrida, que hay supuestos en que se ha considerado despido tácito no trabajar ni percibir salarios, pero en el análisis de esta cuestión deben ponderarse todos los datos realmente concurrentes para evaluar si se ha producido un despido tácito, esto es, si en la situación concreta, tal incumplimiento obligacional adquiere dicha categoría. Y en el presente caso, atendiendo a las singularidades específicas del supuesto de autos, cabe afirmar que no existió «despido tácito», singularmente concurriendo circunstancias tan especiales, como la imposibilidad para la empresa de las actoras, de continuar impartiendo clases de inglés por la rescisión del contrato de franquicia que vinculaba a W.S.I Ourense S.L.U. y W.S.I Spain S.A. En consecuencia, la Sala considera que no se ha constatado una voluntad extintiva cierta y concluyente de la empresa con anterioridad al 15 de abril de 2.003, que es la fecha en que la empresa remite carta a las actoras comunicándoles la extinción de sus contratos, tras la resolución dictada por la Autoridad Laboral autorizando las mismas; y, de otra parte, la voluntad empresarial, del modo en que se expresa en el relato fáctico de la sentencia, evidencia que no cabe aplicar la doctrina del despido tácito.

En virtud de cuanto se deja expuesto, procede rechazar la censura jurídica que las actoras dirigen a la sentencia recurrida, que debe ser íntegramente confirmada. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por las demandantes doña A.B.C.C., doña S.P.R., doña M.E.P.V., doña M.C.C., doña P.C.S.P., doña A.F.D., doña P.J.M. y doña L.R.G., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Ourense, de fecha 5 de junio de 2003, en virtud de demanda interpuesta por las citadas recurrentes frente a don A.Q.P., "W.S.I." Ourense S.L.U., "W.S.I.K., I.E.P., S.L.", así como frente al Fondo de Garantía Salarial, W.S.I Santiago S.L., "I.F., S.L.", W.S.I. Pontevedra S.L., W.S.I. Marbella, S.L. y W.S.I. SPAIN, S.A., en reclamación por despido, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3766 **Recurso núm. 5.562/03**

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. DEREITO A LIBERADO SINDICAL SEGUNDO ACORDO COLECTIVO NO SERGAS DENEGACIÓN XUSTIFICADA. INEXISTENZA DE DISCRIMINACIÓN.

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

A Coruña, a doce de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.562/03 interpuesto por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. número Uno de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO en reclamación de TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL siendo demandado SERGAS, CSII-CSIF, la AGRUPACIÓN DE ELECTORES PLATAFORMA SINDICAL ALTERNATIVA, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, COMISIONES OBRERAS, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, UNIÓN SINDICAL OBRERA, CESM, SAE, SATSE, OMEGA y SINDICATO GALEGO DE PROFESIONAIS DA SANIDADE, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 211/03 sentencia con fecha veintiséis de julio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"Primero.- Por la Confederación General del Trabajo de Galicia se presentó demanda de tutela de los derechos fundamentales de igualdad y libertad sindical, demanda rectora del presente procedimiento, contra los demandados citados en el encabezamiento de la presente resolución alegando sustancialmente: que en el Servicio Galego de Saúde se estaba celebrando un proceso electoral sindical del personal de sus instituciones sanitarias en todo el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia y que la votación estaba fijada para el día 27 de marzo; que dicho sindicato había obtenido dos representantes en el proceso electoral de 1998-1999 en el Área Sanitaria Sur de Pontevedra y en el actual presentaba candidaturas en dicha Área y también en el Área Norte; que al igual que en anteriores elecciones sindicales la Comisión de Seguimiento del Proceso Electoral Sindical de la Xunta de Galicia había acordado en reunión celebrada el 2 de septiembre de 2002 conceder a los sindicatos participantes en dicho proceso un determinado número de liberados, unos por proceso electoral y otros por campaña electoral; que había solicitado la liberación de doña T.V.A. para el proceso electoral en el ámbito del Área Sanitaria Sur y no se le había concedido a pesar de que la Mesa Sectorial de Sanidad había cordado concederlos a los sindicatos con representación en dicha Mesa y a los que tenían representación en alguna Área Sanitaria; y que la citada doña T.V.A. había solicitado en el Complexo Hospitalario de Pontevedra el censo electoral del Área Sanitaria Norte y se le había denegado porque el sindicato demandante no había tenido representación en las últimas elecciones sindicales en dicha Área y no podía promover el proceso electoral, por lo que el Servicio Galego de Saúde consideraba que no tenía derecho a recibir el censo electoral. Y solicitaba que se condenase al Servicio Galego de Saúde a cesar en dicha conducta y se restableciese la situación al momento de inicio del proceso electoral en las dos Áreas citadas, anulando las actuaciones electorales posteriores y ordenando al Servicio Galego de Saúde que le concediese un liberado así como el censo electoral y a abonarle el sindicato demandante, tras aclaración de la demanda, una indemnización de 6.000 euros por el perjuicio ocasionado.- Segundo.- El día 21 de enero de este año don M.L.P., en calidad de Secretario General de la Federación Local de Vigo de la Confederación General del Trabajo, solicitó del Servicio Galego de Saúde la liberación a la mayor brevedad posible y como máximo hasta el 31 de mayo de doña T.V.A., auxiliar de enfermería que prestaba servicios de técnico especialista de laboratorio en el Complejo Hospitalario Xeral-Cíes, no recibiendo contestación del Servicio Galego de Saúde, ante lo que doña T.V.A. solicitó el 10 de febrero un permiso sin sueldo del 24 de febrero al 25 de marzo, ambos inclusive, que sí le concedió el Servicio Galego de Saúde, mediante comunicación del 13 de febrero.- Tercero.- En reunión de la Mesa Sectorial de Negociación del Personal al Servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas del Servicio Galego de Saúde celebrada en Santiago de Compostela el 19 de diciembre de 2002 las Organizaciones Sindicales integrantes de dicha Mesa (CSI-CSIF, Confederación Intersindical Galega, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, CESM y SATSE) plantearon al Servicio Galego de Saúde el tema del régimen de permisos para las elecciones sindicales previstas para marzo del presente año, haciendo entrega la UGT del pacto alcanzado en el año 1995, y la Administración acordó lo siguiente: "que autorizará o mesmo número de permisos que os concedidos no proceso electoral anterior e coa mesma duración".- Cuarto.- El 12 de enero de 1995, la Administración Sanitaria y las Organi-

zaciones Sindicales integrantes de la Mesa Sectorial se llegó a diversos acuerdos sobre los procesos electorales y sobre liberación de representantes sindicales elegidos, acuerdos aportados y que aquí se dan por reproducidos, de los que conviene destacar en la presente litis el siguiente: "Finalmente conveñen en que por parte da Administración se concedan ás Centrais Sindicais e coalicións, para facilita-la preparación e execución do próximo período electoral, os seguintes permisos a tempo total, durante o período de xaneiro a marzo inclusive:- 9 CCOO, 9 UXT, 9 CIG CESM-SATSE, 4 CSIF".- Quinto.- El 31 de octubre de 1995 la Administración Sanitaria y los citados sindicatos integrantes de la Mesa Sectorial llegaron a un pacto sobre permisos retribuídos, uso y acumulación de crédito horario y caracterización de los delegados de sección sindical de los representantes sindicales del personal al servicio de las instituciones sanitarias dependientes del Servicio Galego de Saúde, pacto publicado en el DOGA del 29 de noviembre de 1995 en virtud de Resolución del 10 de noviembre de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, pacto en el que, por lo que aquí interesa y respecto a los liberados sindicales propiamente dichos (representantes elegidos en proceso electoral que son liberados por acumulación de crédito horario sindical) se disponía:-"Por iso, considérase razoable que as organizacións sindicais, asonantes do presente pacto, que acreditan alomenos un 10% do global de representantes ás xuntas de persoal das áreas sanitarias da Comunidade Autónoma, dispoñan para as funcións do seguinte número de permisos:- 40 que se repartirán proporcionalmente á representación acreditada

Organizacións sindicais	Representación na C.A. Galega	Nº Permisos retribuidos

no último proceso electoral, con desagregación seguinte:-

CIG	56	12
CEMSATSE	50	11
CC.OO	45	10
UGT	30	7

12 que se repartirán, de xeito lineal, entre esas organizacións sindicais, un número igual para cada unha delas.- No que respecta ás centrais sindicais CSIF e SAE, se ben non atinxen ó 10%, aludido, ó ter representación en alomenos catro áreas sanitarias, resulta equitativo, co obxecto de posibilitar mínimamente o ejercicio do seu cometido, concederlles un permiso retribuído a tempo total a cada unha delas".- Sexto.- En aplicación de los pactos referidos en los dos hechos anteriores y aparte de los permisos para proceso electoral reseñados en el hecho cuarto de esta sentencia, el Servicio Galego de Saúde concedió en el año 1995 a SAE y USO 2 permisos aunque no alcanzaban el citado 10%, pero teniendo SAE representación en 7 Áreas Sanitarias y USO en 2.- Para el proceso de 1.999 se ampliaron los permisos al crecer el censo electoral y se concedieron 10 a CIG, CCOO, CEMSATSE y UGT y 5 al CSI-CSIF y, solicitados por S.A.E. y USO se les concedieron 2 a cada uno para preparar las elecciones.- Y para el proceso electoral actual del año 2.003 el Servicio Galego de Saúde reconoció mediante resolución del 13 de enero, los siguientes permisos para preparar el proceso electoral:- 10 cada uno a CSI-CSIF, CCOO, UGT, CIG y CEMSATSE y 2 cada uno a SAE y USO, no teniendo estos dos en el proceso electoral de 1999 el 10% de representantes en la junta de personal y habiendo obtenido representación en 8 Áreas Sanitarias S.A.E. y en 5 USO, no concediéndose permisos a SEGA, CGT y CIC que en dicho proceso electoral obtuvieron representación respectivamente en 2, 1 (en Área Sur de Pontevedra) y 1 Áreas Sanitarias.- Séptimo.- El día 19 de febrero de este año se personó en el Complexo Hospitalario de Pontevedra en representación del sindicato Confederación General del Trabajo para solicitar el censo electoral del Área Norte, a lo que la Coordinadora del Área le contestó por escrito del mismo día que "Elevada consulta al Coordinador Provincial, se informa que dicho Sindicato no tuvo representación en las últimas elecciones por lo que no tiene capacidad para promover elecciones y, por tanto, no tiene derecho a recibir el censo".- Octavo.- La Confederación General del Trabajo no promovió las elecciones sindicales para el personal de instituciones sanitarias del Servicio Galego de Saúde a celebrar en el presente año 2003 y en el proceso electoral celebrado en 1999 obtuvo 2 representantes en el Área Sur de Pontevedra.- Noveno.- El censo electoral del Área Sur de Pontevedra no le fue facilitado al Sindicato demandante y estuvo expuesto en el tablón de anuncios del Complexo Hospitalario de Pontevedra".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO:- Que desestimando la demanda interpuesta por la Confederación General del Trabajo contra el Servicio Galego de Saúde y los sindicatos CSI-CSIF, la Agrupación de Electores Plataforma Sindical Alternativa, la Confederación Intersindical Galega, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Unión Sindical Obrera, CESM, SAE, SATSE, OMEGA y Sindicato Galego de Profesionais da Sanidade, y con intervención del Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos 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.- Recurre CGT de Galicia en solicitud –literal- de que "revocando parcialmente la de instancia en cuestión, estime parcialmente las pretensiones de la demanda inicial, elevadas a definitivas en conclusiones de la vista oral", a cuyo efecto y al amparo del art. 191.B y C LPL interesa la revisión del HP 6º y denuncia la infracción de los arts. 14 y 28.1 CE.

La Sentencia dictada en la instancia desestima la demanda de tutela de los derechos fundamentales de igualdad y libertad sindical interpuesta por la hoy recurrente, en la que se solicitaba -y así también se dice en el HDP 1º- que se condenase al Sergas a cesar en la conducta que describía y "se restableciese la situación al momento de inicio del proceso electoral en las dos Áreas citadas, anulando las actuaciones electorales posteriores y ordenando al Sergas que le concediese un liberado así como el censo electoral y a abonarle al Sindicato demandante, tras aclaración de la demanda, una indemnización de 6000 Euros por el perjuicio ocasionado".

SEGUNDO.- Invocando exclusivamente la documental de los folios 79, 80, 248, 249 y 257, interesa la recurrente se revise el HP 6º de modo que pase a declarar lo siguiente. "Mediante resolución de fecha 12.01.99, el Director General de la División de Recursos Humanos del SERVICIO GALEGO DE SAÚDE acordó conceder dos permisos sindicales a tiempo completo para la preparación de las elecciones sindicales a cada una de las organizaciones sindicales SAE, que había obtenido representación en 7 áreas sanitarias en el proceso electoral de 1995, y USO, que había obtenido representación en 2 áreas sanitarias.- En dicha resolución se dice textualmente que "As organizacións sindicais SAE e USO solicitan deste Centro Directivo a concesión de permisos sindicais a tempo total para levar a cabo as eleccións sindicais previstas para o mes de marzo de 1999, tal como se fixo no anterior proceso electoral do ano 1995.- Dita solicitude fundaméntase no feito de ter obtido representatividade nalgunha das áreas sanitarias, se ben sen acadar o 10% do total de representantes ás Xuntas de persoal das áreas sanitarias". Para el proceso electoral actual del año 2.003, en reunión de la Mesa Sectorial de Sanidad de fecha 19.12.02 se adoptó un acuerdo por el cual la Administración autorizaría el mismo número de permisos que los concedidos en el proceso electoral anterior, con la misma duración y tomando como base las instrucciones que rigieron el proceso anterior".

Al folio 80, repetido al folio 249, obra resolución del Director Xeral da División de Recursos Humanos del Sergas de 12.01.99 concediendo dos permisos sindicales especiales a tiempo completo a cada una de las organizaciones sindicales SAE y USO para la preparación de las elecciones Sindicales, complementado por el Folio 79, repetido al folio 248, que en referencia a la participación de USO y SAE en el proceso electoral de 1995, viene a reflejar lo que al respecto de su representación en áreas sanitarias ya declara el H P 6º, precisándose en todo caso que se refiere a la obtenida en tal proceso. La concesión de los dos permisos sindicales a SAE y USO para el proceso de 1999 los refleja asimismo el H P 6º; y a partir de ello, y de la precisión referida, lo único que procede en términos de art. 191. B LPL es adicionar al H P 6º la resolución ya dicha, que es lo que acredita la documental de que se habla, si bien en aquello que "resuelve", que es lo antes transcrito, no siendo tal cuando se hace eco de la solicitud y el fundamento de ésta, sin perjuicio de darla por reproducida como tal.

Y al folio 257, también alegado en el motivo revisor, obra el acta de la reunión de la Mesa Sectorial de 19.12.02 a que ya se refiere el HP 3º de la Sentencia recurrida, en que se recoge literalmente lo que la Administración acordó en cuanto al número de permisos a autorizar, en referencia al proceso electoral del 2003. En este sentido, no cabe admitir modificación del HP por la vía del último párrafo del texto revisor propuesto en cuanto que alude al

acuerdo de la mesa de 19.12.02. - Únicamente cabe puntualizar, vía adición a los HP, que posteriormente a lo indicado sobre la autorización de permisos se acordó asimismo en la reunión dicha que se crearía una Comisión de coordinación y que "co obxecto de regula-lo proceso dictaránse as instruccións precisas tomando como base as instruccións que rexeron o proceso anterior".

No aduciéndose otra prueba que la indicada, y teniendo ésta la eficacia dicha a los efectos del art. 191.B LPL, no cabe modificar los términos del HP 6º de la sentencia recurrida fuera de lo expresado y sin perjuicio de insertar en ellos las adiciones que se dejaron concretadas –compatibles entre sí-. De un lado, porque es fruto del imparcial criterio judicial de instancia sobre el conjunto de la prueba practicada; y de otro, porque la documental indicada para revisar no tiene otra eficacia que la ya expresada, a partir de lo cual no es dable sustituir inmotivadamente el imparcial criterio del Juzgador por el interesado de la parte.

TERCERO.- La denuncia que al amparo del art. 191.C LPL se formula en el recurso se reduce a la infracción de los arts. 14 y 28.1 CE; y la argumentación que la acompaña se refiere a la pretensión de que se le conceda al Sindicato actor el liberado solicitado en su día al Sergas respecto del proceso electoral sindical del año 2003, terminando el motivo de recurso diciendo, literalmente: "Sentado lo que antecede, resulta claro que al Sindicato actor le habría correspondido el liberado solicitado para la preparación del proceso electoral 2002/2003 al haber obtenido, en las elecciones de 1999, representación en el Área Sanitaria Sur de la provincia de Pontevedra, caso de que el Sergas hubiera aplicado el criterio aprobado, según ya se ha dicho. La negación de este derecho por parte del Sergas atenta contra el derecho fundamental a la igualdad en relación al derecho a la libertad sindical, en su manifestación de participación en el proceso electoral".

El recurso omite toda denuncia jurídica respecto de la restante pretensión contenida en la demanda, referente a la entrega del censo electoral, e incluso al abono de indemnización por el perjuicio ocasionado, en armonía con lo cual la demandante interesa en el suplico del recurso meramente la revocación parcial de la sentencia de instancia y se "estime parcialmente las pretensiones de la demanda inicial".

Así pues, a aquel examen dicho se ha de limitar el Tribunal, quedando en todo caso, incólumes los argumentos de la sentencia recurrida que relativos a la cuestión planteada en torno a la entrega del censo electoral del Área Norte de Pontevedra, se contienen en su Ftº. Jurídico 2º (que el sindicato actor no obtuvo en 1999 representación sindical en dicha área y no promovió las elecciones sindicales de 2003; el art. 7 de la LOLS; que el censo estaba expuesto en el tablón de anuncios del C. H. de Pontevedra…) y que avalan la desestimación de esta pretensión.

CUARTO.- Dice la sentencia recurrida (Ftº J. 1º) respecto a la cuestión de la no concesión al actor de un liberado para el proceso electoral, que fue el acuerdo suscrito el 31.10.95 entre la Administración Sanitaria y las organizaciones sindicales integrantes de la Mesa Sectorial, y publicado en virtud de resolución de fecha 10.11.95 de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, el que, respecto a los liberados sindicales propiamente dichos (representantes elegidos en proceso electoral que son liberados por acumulación de crédito y horario sindical) y no respecto de liberados para el proceso electoral, "si bien todas las partes están conformes en que se aplica también a éstos ",dispuso: "Por iso, considérase razoable que as organizacións sindicais, asinantes do presente pacto, que acreditan alomenos un 10% do global de representantes ás xuntas de persoal das áreas sanitarias da Comunidade Autónoma, dispoñan para as funcións do seguinte número de permisos…..", añadiendo que "no que respecta ás Centrais Sindicais CSIF e SAE, se ben atinxen ó 10% aludido, ó ter representación en alomenos catro áreas sanitarias, resulta equitativo, co obxecto de posibilitar mínimamente o ejercicio do seu cometido, concederlles un permiso retribuído a tempo total a cada unha delas". Y de ello concluye que en base a dichos criterios, 10% de la representación en la junta de personal o sin tal porcentaje teniendo representación al menos en 4 áreas sanitarias (no "en algún Área Sanitaria", como aducía el actor), fue a los que el Sergas concedió liberados sindicales en el proceso electoral realizado en 1999 y en el actual del 2003 "no concediéndoselos al sindicato demandante ni a SEGA y CIC porque en el proceso electoral de 1999 no alcanzaron dicho 10% y sólo obtuvieron representación respectivamente en 1 (en Área Sur de Pontevedra), 2 y 1 Áreas Sanitarias y no en las 4 de que habla el citado pacto de 31.10.95".

Los HDP reflejan el pacto dicho de fecha 31.10.95; y su extrapolación a los liberados para el proceso electoral de que aquí se trata la afirma la sentencia recurrida y no se desvirtúan en Suplicación, al margen incluso de lo acaecido en el proceso de 1999; también reflejan aquéllos que para el proceso electoral de 2003 el Sergas reconoció mediante resolución de 13.01.03 los siguientes permisos para preparar el proceso electoral: 10 cada uno a CSI-CSIF, CCOO, UGT, CIG y CEMSATSE y 2 cada uno a SAE y USO, no teniendo estos dos en el proceso electoral de 1999 el 10% de representantes en la junta de personal pero habiendo obtenido en dicho proceso representación en 8 Áreas sanitarias SAE y en 5 USO; no concedió permisos a SEGA, CGT y CIC, que en dicho proceso electoral obtuvieron representación respectivamente en 2, 1 (área Sur de Pontevedra) y 1 Áreas Sanitarias. Asimismo consta que en reunión de la Mesa Sectorial de Negociación del Personal al Servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas del Sergas celebrada el 19.12.02 las organizaciones sindicales integrantes de dicha Mesa plantearon al Sergas el tema del régimen de permisos para las elecciones del 2003, haciendo entrega UGT del pacto del año 1995 y acordando la Administración "que autorizará el mismo número de permisos que los concedidos en el proceso electoral anterior y con la misma duración"; también fue objeto de dicha reunión lo que se dejó dicho en el Ftº. J. 2º precedente.

A partir de todo ello y con independencia de las sentencias (del año 1999) a que se alude en el motivo, la infracción jurídica resolutorias de pretensiones distintas y con sus presupuestos fácticos propios (dice también la jurisprudencia –STS 04.06.76, 05.07.90…… y T.S.J.G. de 25.01 y 07.02.02…- que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba en el correspondiente proceso y no viene determinada por las conclusiones deducidas por otro órgano judicial en proceso diverso y diferente prueba), el pronunciamiento recurrido debe ser confirmado. Al margen de que en la reunión de 19.12.02 la Administración dijese que autorizaría el mismo número de permisos que en el proceso anterior y con su misma duración, referencia cuantitativa más que cualitativa y en todo caso sometida a los condicionantes aplicables de concesión, y sin que en la misma y en este aspecto se viniese a asumir el proceso anterior (la referencia que se hizo a éste fue diciendo que para regular el proceso se dictarían las instrucciones precisas sin perjuicio de tomar como base las del proceso anterior), la concesión de liberados para el proceso electoral de 2003 aparece siendo regido por el pacto alcanzado con los Sindicatos de la Mesa Sectorial antes transcrito, como afirma el Sergas y asimismo ha considerado el Juzgador de Instancia. Siendo esto lo fundamental, así como que el Sergas otorgó para este proceso electoral liberados exclusivamente a los que reunían los requisitos previstos en aquel pacto y negándoselos a los que no los reunían, entre ellos al Sindicato demandante, que en el proceso electoral de 1999 no alcanzó el 10% de los representantes en la junta de personal y sólo obtuvo representación en un área sanitaria, siendo lo preciso en 4 áreas.

No es óbice el que el Sergas concediese en 1999 a SAE y USO dos permisos aunque en el proceso electoral de 1995, sin alcanzar el citado 10%, SAE obtuviese representación en 7 áreas y USO en 2, según se dejó anteriormente expuesto. Esto no trasciende al proceso electoral de 2003, el que aquí interesa, en la forma pretendida por el recurrente. Este proceso, en lo relativo a los liberados y según se dijo, aparece rigiéndose por el pacto de 1995, conforme al que el Sindicato actor no tenía los requisitos para que se le otorgase el liberado que solicitó (según dice en el recurso "para la preparación del proceso electoral 2002/2003", si bien –HDP 2º- el Sergas concedió permiso sin sueldo a la persona que la CGT había indicado como "liberada"), precisamente no concediéndose en este proceso liberados a nadie que no los tuviera (SAE y USO habían obtenido en el proceso de 1999 representación en 8 y 5 áreas sanitarias y no se concedió permisos a SEGA, CGT y CIC, que en dicho proceso electoral de 1999 habían obtenido representación respectivamente en 2, 1 y 1 Áreas Sanitaria). Por otra parte, si bien para el proceso de 1999 se concedieron dos permisos a SAE y USO cuando concurrían con representación en 7 y 2 áreas sanitarias, lo cierto es que para este proceso (HP 6º) "se ampliaron los permisos al crecer el censo electoral", resultando decisión específica por y para este contexto y proceso, sin que en ningún caso, al igual que en 1995, se concedieran a sindicato con solo representación en un área sanitaria, que fue lo que alcanzó el sindicato actor en el proceso de 1999 y respecto de lo cual y para el proceso que aquí interesa no hay norma de amparo oportuna ni fue admitido o aplicado.

Por lo expuesto, se rechaza el recurso y la infracción que denuncia y se confirma la resolución de Instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Confederación General del Trabajo – CGT, confirmamos la sentencia dictada con fecha 26.07.03 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo en autos nº 211/2003, seguidos a instancias del recurrente frente al Sergas y otros por tutela de derechos fundamentales –igualdad y libertad sindical-.

3767 Recurso núm. 5.572/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. VACACIÓNS DE TRABALLADORAS FIXAS-DISCONTINUAS DE CHAMAMENTO CERTO. DEREITO AO SEU DESFRUTE EFECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a doce de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.572-2003, interpuesto por la empresa "S.G.F., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 410-2003 se presentó demanda por SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA (CC.OO.) en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandados la empresa "S.G.F., S.L." y COMITÉ DE EMPRESA DE "S.G.F., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 21 de agosto de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La Entidad Mercantil "S.G.F., S.L." dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, tiene contratados sus servicios con el Ayuntamiento de S. con objeto de efectuar las labores de limpieza de sus Colegios Públicos durante la duración de los correspondientes cursos escolares entre los meses de setiembre a junio, ambos inclusive.- 2º.- Las trabajadores fijas discontinuas, 15 en total, que prestan sus servicios en las referidas contratas de limpieza de los Colegios Públicos de S., por cuenta de la mercantil "S.G.F., S.L." y vinculadas al curso escolar, vienen disfrutando de sus periodos vacacionales en función del calendario de vacaciones elaborado por la mercantil codemandada que parte de la consideración de cada ciclo de trabajo, setiembre a junio, y no del año natural.- 3º.- Las referidas trabajadoras son mantenidas en alta en seguros sociales durante la duración del curso escolar, de setiembre a junio, de modo que, a su finalización, se les da de baja y se les liquida la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas hasta esa fecha, disfrutando determinados periodos vacacionales en coincidencia con las fiestas de Navidad, Semana Santa y la siguiente semana de vigencia de sus contratos de trabajo.- 4º.- La practica habitual de la mercantil "S.G.F., S.L." de cara a asignar los periodos vacacionales de cada uno de las referidas 15 trabajadoras consisten en, a través de su encargada, Sra. G., entregar con anterioridad a las fiestas de Navidad, un calendario individual de vacaciones a cada una de las trabajadoras afectadas para que, si están de acuerdo con los fechas asignadas, firmen su conformidad, y en caso contrario, no firmen (prueba documental de la mercantil codemandada).- 5º.- El Comité de Empresa de la mercantil codemandada, ante la negativa de determinadas trabajadoras de mostrar su conformidad con los calendarios de vacaciones presentados por "S.G.F., S.L.", pretenden negociar su elaboración sin obtener resultado positivo alguno por parte de la empleadora.- 6º.- Se intentó sin avenencia, respecto a la entidad mercantil "S.G.F., S.L." y sin efecto, respecto del Comité de Empresa, 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: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA

(CC.OO.), contra la Entidad Mercantil "S.G.F., S.L." y el COMITE DE EMPRESA DE "S.G.F., S.L.", declaro: 1. Que para la elaboración del calendario de vacaciones se parta de la consideración del año natural, de enero a diciembre.- 2. Que las vacaciones anuales se establezcan en el periodo establecido en el Convenio Colectivo, entre junio y setiembre, ambos inclusive.- 3. Que de establecerse dentro de este periodo, en meses diferentes a junio y setiembre, se prolongue el periodo de la actividad con alta en la empresa en los meses de julio a agosto.- En su consecuencia, condeno a la Entidad Mercantil "S.G.F., S.L.", a estar y pasar por esta declaración.- Queda absuelto el Comité de Empresa de "S.G.F., S.L.""

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda articulada por el Sindicato Nacional de Comisións Obreiras de Galicia (CC.OO.), contra la empresa "S.G.F., S.L." y el Comité de Empresa de la referida mercantil, declaró: 1º) Que para la elaboración del calendario de vacaciones se parta de la consideración del año natural, de enero a diciembre. 2º) Que las vacaciones anuales se establezcan en el período establecido en el Convenio Colectivo, entre junio y septiembre, ambos inclusive. 3º) Que de establecerse dentro de este período, en meses diferentes a junio y septiembre, se prolongue el período de actividad con alta en la empresa en los meses de julio y agosto, condenando a la entidad mercantil "S.G.F., S.L." a estar y pasar por tal declaración y absolviendo al Comité de Empresa de "S.G.F., S.L."

Frente a dicha resolución, se alza en suplicación la empresa "S.G.F., S.L." fundamentando su recurso en dos motivos, el primero de los cuales, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se dirige a la revisión del hecho probado tercero de la sentencia de instancia, mientras que, en el segundo motivo, con apoyo en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la parte recurrente, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, denunciando la infracción, por aplicación indebida, del artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores, y, en el suplico del recurso, solicita que, revocando la sentencia recurrida, se desestime la demanda rectora del procedimiento y se absuelva a la empresa recurrente de los pedimentos allí contenidos.

SEGUNDO.- En lo concerniente a la modificación del relato histórico de la sentencia de instancia, pretende recurrente que se revise el ordinal tercero de aquella resolución a fin de que se le de nueva redacción del tenor literal siguiente: "As referidas traballadoras son mantidas en alta en seguros sociais durante la duración do curso escolar, de setembro a xuño, de modo que, a sua finalización, se lles da de baixa, disfrutando de determinados períodos vacacionais en coincidencia coas festas de Nadal, Semana Santa y a derradeira semán de vixencia dos seus contratos de traballo". Se apoya en "los calendarios de vacaciones de cada una de las trabajadoras aportados por esta parte y de los que resulta que todas y cada una de ellas disfruta de treinta días de vacaciones entre diciembre de un año y julio del año siguiente, no liquidándoles mi representada cantidad alguna,..".

Como esta Sala ha venido estableciendo, en aplicación de reiterada doctrina Jurisprudencial, de ociosa cita, "...en recta aplicación de lo prevenido por el invocado apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, cualquier modificación o alteración en el relato de hechos consignados como acreditados por el juzgador "a quo" no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en los autos, patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a argumentaciones lógicas, naturales o razonables el error de aquel juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los elementos de convicción - concepto más amplio que el de medios de prueba - aportados a los autos, le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones directas de parte interesada,..", siendo así que, en aplicación de la referida doctrina, habida cuenta de que, no solo la prueba invocada adolece de falta de precisión, pues ni siquiera se reflejan los folios en que consta ni el concreto contenido de la misma que sirviera de base asaz para la auspiciada revisión, sino que, en todo caso, aún en la consideración de que la prueba en cuestión fuese la obrante a

los folios 29 a 38 de autos, lo allí plasmado no pone de relieve, del modo directo, inconcuso y sin necesidad de hipótesis, elucubraciones o razonamientos que se requiere dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, lo pretendido por la recurrente, siendo de destacar que, la propia documental, proclama que se trata de una "programación", cosa harto diferente a la plasmación de la efectividad de lo programado, sin que se ponga de manifiesto la concurrencia de error de la Juzgadora de instancia en la valoración e interpretación de los elementos probatorios de autos que justificasen la modificación fáctica interesada. En consecuencia, ha de permanecer inalterado el hecho probado tercero en el que se determina que: "As referidas traballadoras son mantidas en alta en seguros sociais durante a duración do curso escolar, de setembro a xuño, de modo que, a sua finalización, se lles da de baixa e se lles liquida a parte proporcional das vacacións non disfrutadas ata esa data, disfrutando de determinados períodos vacacionais en coincidencia coas festas de Nadal, Semana Santa y a derradeira semana de vixencia dos seus contratos de traballo".

TERCERO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia, la parte recurrente, la infracción, por aplicación indebida, del artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Conviene tener presente que, el precepto cuya vulneración se denuncia en el recurso, establece que "1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días", en tanto que el modo en que deben planificarse las vacaciones anuales lo regula el propio artículo 38, en el párrafo 2º al referir que, dichos períodos vacacionales, se fijarán de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones, siendo de tener en cuenta que, en el presente litigio, las trabajadoras afectadas por el conflicto, tienen la consideración de fijas discontinuas, por mas que, dadas las características de la actividad en que se encuadran, pueda determinarse, en lo esencial, la duración del período de ocupación laboral efectiva y por ende, su comienzo y término, que se sitúan respectivamente en el inicio y finalización de cada curso escolar, en Septiembre y Junio respectivamente, pues prestan sus servicios en las contratas de limpieza de los Colegios Públicos de S. por cuenta de la mercantil demandada, vinculadas al curso escolar, lo que, per se, no implica necesariamente la imposibilidad de que las trabajadoras a que afecta el presente procedimiento ostente derecho al disfrute "in natura" de sus vacaciones, pues no se evidencia causa que justificase una situación de distinto tratamiento jurídico en relación con los demás trabajadores a que se contrae el ámbito de aplicación de la norma convencional, en la que según reseña el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, sin que nadie lo discuta, se establece que "El personal afectado por este convenio gozará de 30 días ininterrumpidos de vacaciones anuales retribuidas para aprovechar entre los meses de Junio a Septiembre ambos inclusive..", por cuanto si los trabajadores a tiempo completo gozan de la garantía de efectividad de sus vacaciones anuales ex artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 12 del Convenio 132 de la OIT, en lo atinente a vacaciones anuales pagadas, no debe ser otra la consideración que haya de otorgarse a los trabajadores fijos discontinuos de temporada cierta, en cuanto son trabajadores a tiempo parcial, que deben ser tratados de modo igualitario, lo que viene reforzado por la prohibición de discriminación de los trabajadores temporales a tenor del artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que ha de rechazarse la censura jurídica a que se contrae el motivo segundo del recurso, y debe mantenerse la tesis argumental recogida en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia y plasmada en el punto 1º de la parte dispositiva de dicha resolución en orden a que para la elaboración del calendario de vacaciones se ha de partir de la consideración del año natural de enero a diciembre.

CUARTO.- Así las cosas, por mas que, expresa y concretamente, el recurso interpuesto por la empresa demandada no se refirió a ningún otro de los puntos o apartados que se insertan en la parte dispositiva de la resolución impugnada, lo que, per se, obviaría cualquier disquisición o comentario acerca de tales cuestiones, no esta de mas reseñar, a mayor abundamiento, que los puntos segundo y tercero del fallo de la sentencia "a quo", en cuanto señalan, respectivamente, que "Las vacaciones anuales se establezcan en el período establecido en el Convenio Colectivo, entre junio y septiembre, ambos inclusive" y "Que de establecerse dentro de este período, en meses

diferentes a junio y septiembre, se prolongue el período de actividad con alta en la empresa en los meses de julio y agosto", se ofrecen como consecuencia de lo contemplado en el apartado primero de la citada parte dispositiva, antes reseñado, y se dirigen a establecer el derecho del colectivo de trabajadoras a que se contrae el proceso a disfrutar de sus vacaciones anuales en los períodos de referencia y, de ser ello necesario, a prolongar el período de alta en la empresa abarcando tanto el período de actividad como el de las vacaciones correspondientes, lo que, a la luz de lo hasta ahora expuesto, se ofrece procedente.

En consecuencia,

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la entidad "S.G.F., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de fecha 21 de agosto de 2003, en autos nº 410/03, sobre Conflicto Colectivo, instados por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), confirmamos la resolución de instancia.

3768 Recurso núm. 5.358/03

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL FRAUDULENTO, QUE DEBE SER CUALIFICADA COMO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a doce de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.358/2003 interpuesto por actores y "T.V.G., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.B.M. y otros en reclamación de Despido siendo demandado "T.V.G., S.A.", "S.S.E.E.T.T., S.A.", "P.E.T.T., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 235/2002 sentencia con fecha veinticuatro de junio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimo parcialmente la demanda.

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

"PRIMERO.- Que don M.B.M. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada "T.V.G., S.A.", con domicilio en Santiago de Compostela, el seis de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como especialista de montaje, con motivo del programa especial retransmisión deportiva y por término de un día. Posteriormente suscribió contratos del mismo tipo y por idéntico término, para retransmisiones deportivas, en fechas ocho de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, catorce de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, trece de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, diecisiete de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, veinticinco de mil novecientos ochenta y nueve, siete de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, trece de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, de veinte a veintidós de octubre de mil novecientos ochenta nueve, veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, de veintisiete a veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, ocho de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, de nueve a doce de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, de veintiséis de noviembre a uno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, dos de diciembre de mil novecientos ochenta nueve, cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, diez de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, de quince a diecisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, veintiséis de diciembre de mil novecientos ochenta y

nueve, veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, otros 60 contratos por uno o varios días en mil novecientos noventa; otros 38 contratos por uno a varios días en mil novecientos noventa y uno; otros 24 contratos por varios días en mil novecientos noventa y dos; otros cinco contratos por varios días en mil novecientos noventa y tres, pasando a percibir prestaciones por desempleo desde el veintisiete de febrero al dos de marzo de mil novecientos noventa y tres y suscribiendo otros 16 contratos de varios días a continuación y percibiendo prestaciones por desempleo desde el dieciséis al diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y tres, suscribiendo 3 nuevos contratos por varios días y percibiendo prestaciones por desempleo desde el veintiuno de mayo hasta el once de junio de dos mil tres, suscribiendo a continuación cinco contratos de varios días y pasando a percibir prestaciones por desempleo desde el veintiocho de junio de mil novecientos novena y tres hasta el tres de agosto de mil novecientos noventa y tres, suscribiendo a continuación cuatro contratos de varios días de duración y percibiendo prestaciones por desempleo desde el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres hasta el dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y tres; suscribiendo a continuación cuatro contratos de varios días de duración y percibiendo prestaciones por desempleo desde el uno de octubre de mil novecientos noventa y tres hasta el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres; suscribiendo a continuación dos contratos de varios días y percibiendo prestaciones de desempleo desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y tres hasta el quince de noviembre de mil novecientos noventa y tres y suscribiendo cinco contratos de varios días hasta finales de mil novecientos noventa y tres. En mil novecientos noventa y cuatro suscribió 50 contratos de varios días de duración y percibió prestaciones por desempleo desde del veintinueve de mil novecientos noventa y cuatro hasta el cuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro y desde el veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cuatro hasta el tres de marzo de mil novecientos noventa y cuatro. En mil novecientos noventa y cinco suscribió 51 contratos de varios días de duración. En mil novecientos noventa y seis suscribió 44 contratos de varios días de duración, percibiendo prestaciones de desempleo entre veintiocho y el treinta de septiembre de mil novecientos noventa y seis, entre uno y el diez de octubre de mil novecientos noventa y seis, entre el quince y el dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y seis, entre diecinueve y veintidós de octubre de mil novecientos noventa y seis, entre el veintiséis y treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis, entre el uno y el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y seis, entre el dieciocho y veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y seis, entre el veinticinco y treinta de noviembre de mil novecientos novena y seis, el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y seis, entre el uno y el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis y el treinta de diciembre de mil novecientos noventa y seis. En mil novecientos noventa y siete suscribió 56 contratos de varios días de duración, percibió prestaciones de desempleo entre el dieciocho y diecinueve de enero de mil novecientos noventa y siete, el treinta de enero de mil novecientos noventa y siete, entre el uno de febrero y el seis de marzo de mil novecientos noventa y siete; entre el diez y el diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y siete, entre el veintitrés y veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y siete, y prestó servicios en "T.V.G., S.A.", por cuenta de la empresa de Trabajo Temporal "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, en los siguientes periodos: el veintinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, el seis de julio de mil novecientos noventa y siete, entre el diez y el once de junio de mil novecientos noventa y siete, el veinte de julio de mil novecientos noventa y siete, entre el veinticuatro y el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y siete, entre el uno y el dos de agosto de mil novecientos noventa y siete; entre el siete y el ocho de agosto de mil novecientos noventa y siete, entre el nueve y el diez de agosto de mil novecientos noventa y siete, entre el once y el catorce de agosto de mil novecientos noventa y siete, entre el veintiuno y veintidós de agosto de mil novecientos noventa y siete, entre el veintiocho y el veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete. En mil novecientos noventa y ocho suscribió 105 contratos de uno o varios días de duración. En mil novecientos noventa y nueve suscribió 116 contratos de uno o varios días de duración. En el dos mil suscribió 122 contratos de uno o varios días de duración. En dos mil uno suscribió 121 contratos de uno o varios días de duración. En el dos mil dos y hasta cuatro de marzo de dos mil dos, suscribió 15 contratos de uno o varios días de duración. SEGUNDO.- Que don F.J.C.R. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la

demandada "T.V.G., S.A.", con domicilio en Santiago de Compostela, el cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como especialista de montaje, con motivo del programa especial visita del Papa y por término de dos días. Posteriormente y en mil novecientos ochenta y nueve suscribió 25 contratos de uno o varios días de duración. En mil novecientos noventa suscribió 58 contratos de uno o vario días de duración. En mil novecientos noventa y uno suscribió 38 contratos de uno o varios días de duración. En mil novecientos noventa y dos suscribió 24 contratos de uno o varios días de duración, percibiendo prestaciones por desempleo entre el uno y el quince de diciembre de mil novecientos noventa y dos. En mil novecientos noventa y tres suscribió 53 contratos de uno o varios días de duración, habiendo percibido prestaciones por desempleo entre el dos y el dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y tres, entre el veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y tres y el dos de abril de mil novecientos noventa y tres, entre el uno y el catorce de mayo de mil novecientos noventa y tres, entre el uno y el catorce de junio de mil novecientos noventa y tres, entre el uno y el diez de julio de mil novecientos noventa y tres, entre el uno y el catorce de agosto de mil novecientos noventa y tres, entre el uno y el veinte de septiembre de mil novecientos noventa y tres, entre el uno y el catorce de octubre de mil novecientos noventa y tres, entre el uno y el once de noviembre de mil novecientos noventa y tres. En mil novecientos noventa y cuatro suscribió 52 contratos de uno a varios días, habiendo percibido prestaciones por desempleo entre el uno y el catorce de enero de mil novecientos noventa y cuatro, entre el uno y el once de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, entre el uno y el ocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, entre el uno y el seis de abril de mil novecientos noventa y cuatro, entre el trece y el catorce de abril de mil novecientos noventa y cuatro. En mil novecientos noventa y cinco suscribió 68 contratos de uno o varios días de duración. En mil novecientos noventa y seis suscribió 42 contratos de uno o varios días de duración, habiendo percibido prestaciones por desempleo entre el uno y el seis de septiembre de mil novecientos noventa y seis, entre el once y el dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y seis, entre el veintiuno y el veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y seis, entre el veintiocho de septiembre y el diez de octubre de mil novecientos noventa y seis, entre el diecinueve y el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y seis, entre el veintiséis de octubre y el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y seis, entre el dieciocho y el veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y seis, entre el veinticinco y el veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, entre el treinta de noviembre y el tres de diciembre de mil novecientos noventa y seis, entre el ocho y el doce de diciembre de mil novecientos noventa y seis, entre el diecinueve y el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, entre el veintitrés y el veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis y entre el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y seis y el dos de enero de mil novecientos noventa y siete. En mil novecientos noventa y siete suscribió 61 contratos de uno o varios días de duración; percibió prestaciones por desempleo desde el cinco hasta el nueve de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el doce hasta el quince de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el dieciocho hasta el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el treinta de enero hasta el seis de febrero de mil novecientos noventa y siete, desde el once hasta el veinte de febrero de mil novecientos noventa y siete, desde el veintisiete de febrero hasta el cinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, desde el diez hasta el trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, desde el dieciséis hasta el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, desde el veintitrés de marzo hasta el tres de abril de mil novecientos noventa y siete, desde el ocho de abril hasta el trece de mayo de mil novecientos noventa y siete, desde el dieciocho hasta el treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, desde el uno hasta el doce de julio de mil novecientos noventa y siete, y prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de la empresa de Trabajo Temporal "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, en los siguientes periodos: desde el catorce hasta el quince de junio de mil novecientos noventa y siete, el veintinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, el seis de julio de mil novecientos noventa y siete, desde el diecisiete hasta el veinte de julio de mil novecientos noventa y siete, desde el veintitrés hasta el veintisiete de julio de mil novecientos noventa y siete, desde el uno hasta el dos de agosto de mil novecientos noventa y siete, el siete de agosto de mil

novecientos noventa y siete, el dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y siete, el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y siete, el veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y siete, desde el veintiocho hasta el veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y siete. En mil novecientos noventa y ocho suscribió 98 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y nueve suscribió 104 contratos por uno o varios días y percibió prestaciones por desempleo desde el uno hasta el dos de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el once de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el catorce de febrero de mil novecientos noventa y nueve, desde el dieciséis hasta el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, desde el veintidós hasta el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, desde el veintiocho de enero hasta el dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve, desde el nueve hasta el quince de marzo de mil novecientos noventa y nueve, desde el dieciocho hasta el diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve, desde el veinticuatro hasta el veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, el treinta de marzo de mil novecientos noventa y nueve, el cuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve, el doce de abril de mil novecientos noventa y nueve, desde el veintidós hasta el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve, el veintinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve, desde el tres hasta el cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve, desde el once hasta el doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, desde el diecinueve hasta el veinte de mayo de mil novecientos noventa y nueve, desde el veinticuatro hasta el veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve, el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, desde el uno hasta el tres de junio de mil novecientos noventa y nueve, desde el uno hasta el dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve, desde el uno hasta el dos de julio de mil novecientos noventa y nueve, el seis de julio de mil novecientos noventa y nueve, desde el trece hasta el catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve, desde el diecinueve hasta el veintiuno de julio de mil novecientos noventa y nueve, desde el uno hasta el dos de agosto de mil novecientos noventa y nueve, el uno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, el veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, desde el treinta de septiembre hasta el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, desde el veintiocho hasta el veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve y desde el dos de diciembre de mil novecientos noventa y nueve hasta el cuatro de enero de dos mil. En el dos mil suscribió 79 contratos por uno o varios días, habiendo percibido prestaciones por desempleo desde el siete hasta el veinticinco de enero de dos mil, desde el tres hasta el siete de febrero de dos mil. En el dos mil uno suscribió 109 contratos de uno o varios días de duración. En el dos mil dos y hasta el seis de marzo suscribió 18 contratos de uno o varios días de duración y percibió prestaciones por desempleo el seis de marzo de dos mil dos. TERCERO.- Que don F.R.S. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada "T.V.G., S.A.", con domicilio en Santiago de Compostela, el cinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como especialista de montaje, por término de un día, prestando servicios con posterioridad el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho. Posteriormente y en mil novecientos ochenta y nueve suscribió 59 contratos por uno o varios días a partir del veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y nueve. En mil novecientos noventa suscribió 59 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y uno suscribió 38 contratos de uno o varios días. En mil novecientos noventa y dos prestó servicios desde el diez hasta el catorce de enero de mil novecientos noventa y dos y desde el veintiocho hasta el treinta de diciembre de mil novecientos noventa y dos, habiendo percibido prestaciones por desempleo desde el quince de enero hasta el veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y dos. En mil novecientos noventa y tres suscribió 45 contratos de uno o varios días, habiendo percibido prestaciones por desempleo desde el veinticinco de enero hasta el trece de abril de mil novecientos noventa y tres. En mil novecientos noventa y cuatro suscribió 51 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y cinco suscribió 50 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y seis suscribió 41 contratos por uno o varios días, habiendo percibido prestaciones por desempleo desde el uno hasta el seis de octubre de mil novecientos noventa y seis, desde el diecisiete hasta el dieciocho de octubre de

mil novecientos noventa y seis, desde el veintiuno de octubre hasta el quince den noviembre de mil novecientos noventa y seis, desde el veintiuno hasta el veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y seis, desde el veinticinco hasta el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, desde el veintinueve de noviembre hasta el siete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, desde el dieciséis hasta el dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y seis, el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis y desde el veinticuatro hasta el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, y prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de la empresa de Trabajo Temporal "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contrato de duración determinada, desde el veintiuno hasta el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis. En mil novecientos noventa y siete suscribió 60 contratos por uno o varios días, disfruto de prestaciones por desempleo desde el uno hasta el dos de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el siete hasta el nueve de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el catorce hasta el quince de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el diecinueve hasta el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el veintisiete de enero hasta el cuatro de febrero de mil novecientos noventa y siete, desde el diez hasta el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, desde el veinticuatro de febrero hasta el ocho de marzo de mil novecientos noventa y siete, desde el doce hasta el trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, desde el diecisiete de marzo hasta el seis de abril de mil novecientos noventa y siete, desde el catorce hasta el dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete y prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de las empresas de Trabajo Temporal "P.G.E.T.T., S.A." y "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, el diez de enero de mil novecientos noventa y siete, desde el siete hasta el nueve de febrero de mil novecientos noventa y siete, desde el veintiuno hasta el veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y siete, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, desde el veinticuatro hasta el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y siete, el dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y siete, el catorce de septiembre de mil novecientos noventa y siete. En mil novecientos noventa y ocho suscribió 92 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y nueve suscribió 103 contratos por uno o varios días. En dos mil suscribió 83 contratos por uno o varios días. En dos mil uno suscribió 88 contratos por uno o varios días. En dos mil dos y hasta cinco de marzo de dos mil dos suscribió 17 contratos por uno o varios días, habiendo percibido prestaciones por desempleo desde el quince de febrero hasta tres de marzo de dos mil dos. CUARTO.- Que don J.R.L. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada "T.V.G., S.A.", con domicilio en Santiago de Compostela, el treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como especialista de montaje, por término de un día. Posteriormente y en mil novecientos ochenta y nueve suscribió 39 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa suscribió 54 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y uno suscribió 37 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y dos suscribió contrato desde el diecinueve hasta el veintidós de enero de mil novecientos noventa y dos y desde el veinticinco hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y dos, percibiendo prestaciones por desempleo desde el veintitrés de enero hasta el veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y dos y desde el uno de diciembre de mil novecientos noventa y dos hasta el cuatro de febrero de mil novecientos noventa y tres. En mil novecientos noventa y tres suscribió 51 contratos por uno o varios días, percibiendo prestaciones por desempleo desde el uno de marzo de mil novecientos noventa y tres hasta el cinco de marzo de mil novecientos noventa y tres, desde el dieciocho de marzo hasta el tres de agosto de mil novecientos noventa y tres. En mil novecientos noventa y cuatro suscribió 51 contratos por uno o más días. En mil novecientos noventa y cinco suscribió 73 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y seis suscribió 43 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y siete suscribió 57 contratos por uno o varios días y prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de la empresa de Trabajo Temporal "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, desde el cinco hasta el seis de junio de mil novecientos noventa y siete, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, desde el diez hasta el once de julio de mil novecientos noventa y siete, el veinte de julio de mil novecientos noventa y siete, desde el

veintitrés hasta el veintisiete de julio de mil novecientos noventa y siete, desde el siete hasta el ocho de agosto de mil novecientos noventa y siete, desde el nueve hasta diez de agosto de mil novecientos noventa y siete, desde el once hasta el catorce de agosto de mil novecientos noventa y siete, el dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y siete, desde el veintiuno hasta el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y siete, el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y siete, desde el veintiocho hasta el veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete y el siete de septiembre de mil novecientos noventa y siete. En mil novecientos noventa y ocho suscribió 94 contratos de uno o varios días de duración y prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de la empresa de Trabajo Temporal "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, desde veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el diecinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve. En mil novecientos noventa y nueve suscribió 98 contratos de uno o varios días de duración y prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de la empresa de Trabajo Temporal "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, desde el veinte hasta el treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y nueve, el once de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el catorce de febrero de mil novecientos noventa y nueve, desde el quince hasta el diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve, desde el catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve hasta el dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve. En dos mil suscribió 116 contratos por uno o varios días. En dos mil uno suscribió 104 contratos por uno o varios días y prestó servicios para la empresa "E.V., S.L." el catorce de febrero de dos mil uno. En dos mil dos y hasta el cuatro de marzo de dos mil dos, suscribió 18 contratos por uno o varios días, habiendo prestado servicios para la empresa "E.V., S.L." el veintinueve de enero de dos mil dos, el ocho de marzo de dos mil dos, desde el cinco de abril de dos mil dos hasta el seis de abril de dos mil dos y el veintiuno de abril de dos mil dos, para la empresa "S., S.L." desde el seis de febrero de dos mil dos hasta el siete de febrero de dos mil dos y para "S.S.E.E.T.T., S.A." desde el doce de marzo de dos mil dos hasta el catorce de marzo de dos mil dos. QUINTO.- Que don M.A.V.D. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada "T.V.G., S.A.", con domicilio en Santiago de Compostela, el cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como especialista de montaje, en el programa especial Visita del Papa, por término de dos días. Posteriormente y en mil novecientos ochenta y nueve suscribió 18 39 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa suscribió 61 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y uno suscribió 35 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y dos suscribió 23 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y tres suscribió 45 contratos por uno o varios días, habiendo percibido prestaciones por desempleo desde el uno de diciembre de mil novecientos noventa y dos hasta el treinta de marzo de mil novecientos noventa y tres. En mil novecientos noventa y cuatro suscribió 52 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y cinco suscribió 41 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y seis suscribió 39 contratos por uno o varios días, habiendo percibido prestaciones por desempleo desde el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y seis hasta el quince de junio de mil novecientos noventa y seis, desde el dieciséis de junio de mil novecientos noventa y seis hasta el veintiséis de junio de mil novecientos noventa y seis, el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis, desde el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis hasta el veintitrés de julio de mil novecientos noventa y seis, desde el veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis hasta el treinta de julio de mil novecientos noventa y seis, desde el uno de agosto de mil novecientos noventa y seis hasta el diez de agosto de mil novecientos noventa y seis, desde el veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y seis hasta el treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis, desde el uno de septiembre de mil novecientos noventa y seis hasta el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y seis, el veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y seis, desde el uno de octubre de mil novecientos noventa y seis hasta el ocho de octubre de mil novecientos noventa y seis, desde el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y seis hasta el veintidós de octubre de mil novecientos noventa y seis, desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y seis hasta el quince de noviembre de mil novecientos noventa y seis, desde el veintitrés de noviembre de mil

novecientos noventa y seis hasta el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, desde el uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis hasta el seis de diciembre de mil novecientos noventa y seis, desde el once de diciembre de mil novecientos noventa y seis hasta el doce de diciembre de mil novecientos noventa y seis y desde el diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis hasta el dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y seis y prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de las empresas de Trabajo Temporal "P.C.E.T.T., S.A." y "P.G.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, desde quince de febrero de mil novecientos noventa y seis hasta el veintinueve de febrero de mil novecientos noventa y seis, desde el uno de marzo de mil novecientos noventa y seis hasta el cuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis. En mil novecientos noventa y siete suscribió 56 contratos por uno o varios días, prestó servicios en "T.V.G., S.A." por cuenta de la empresa de Trabajo Temporal "P.E.T.T., S.A.", hoy "S.S.E.E.T.T., S.A.", en virtud de contratos de duración determinada, desde cinco de junio de mil novecientos noventa y siete hasta el seis de junio de mil novecientos noventa y siete, desde el catorce de junio de mil novecientos noventa y siete hasta el quince de junio de mil novecientos noventa y siete, desde el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete hasta el veinte de junio de mil novecientos noventa y siete, el veintidós de junio de mil novecientos noventa y siete, desde el veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y siete hasta el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y siete, desde el seis de septiembre de mil novecientos noventa y siete hasta el siete de septiembre de mil novecientos noventa y siete, el catorce de septiembre de mil novecientos noventa y siete y prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "V.V.T.V. S.A." desde el uno de noviembre de mil novecientos noventa y siete hasta el dos de noviembre de mil novecientos noventa y siete. En mil novecientos noventa y ocho suscribió 96 contratos por uno o varios días. En mil novecientos noventa y nueve suscribió 108 contratos por uno o varios días. En dos mil suscribió 112 contratos de uno o varios días. En dos mil uno suscribió 109 contratos de uno o varios días de duración. En dos mil dos y hasta el seis de marzo suscribió 15 contratos de uno o varios días de duración, pasando a percibir prestaciones por desempleo a partir del siete de marzo de dos mil dos. SEXTO.- Que los actores perciben un salario diario de 53 euros. SEPTIMO.- Que ya en fecha once de febrero de mil novecientos noventa y uno el Comité de Empresa se dirigió al Consello de Administración, denunciando la contratación precaria de un gran número de especialistas de montaje asignados a unidades móviles, con contratos por obra de duración un día. OCTAVO.- Que por Resolución de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y uno, publicada en el DOG de siete de enero de dos mil dos, se convocaron tres plazas de especialistas de montaje. NOVENO.- Que en fecha cinco de febrero de dos mil dos los actores y 10 compañeros más presentaron ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación de Santiago, papeleta demanda de conciliación en reclamación de relación laboral fija e indefinida desde el inicio de sus relaciones laborales, celebrándose el correspondiente acto en fecha veinte de febrero de dos mil dos, con el resultado de celebrado sin avenencia. DÉCIMO.- Que el día tres de marzo de dos mil dos don M.B.M. y don J.R.L. cesaron por fin de contrato; en fecha cuatro de marzo de dos mil dos lo hicieron don F.J.C.R. y don F.R.S. y en fecha cinco de marzo de dos mil dos lo hizo don M.A.V.D., siendo llamados posteriormente por la empresa, por si les interesaba suscribir nuevos contratos de obra o servicio, llegando en algunos casos las convocatorias con posterioridad a las fechas en las que debían de prestar servicios. DECIMOPRIMERO.- Que los actores realizan las siguientes funciones: las propias de su categoría profesional (especialistas de montaje) a tiempo completo, precisas para llevar a efecto las múltiples retransmisiones desarrolladas por la empresa demandada. De igual modo, efectúan también otros trabajos como el montaje de decorados, mantenimiento, iluminación, sonido, instalaciones de todo tipo de equipos de televisión, cableado, conducción, funciones de ayudantes de cámara y operadores de sonido, todo ello, dentro y fuera de las instalaciones de "T.V.G., S.A." que, en absoluto, pueden merecer el calificativo de obra o servicio determinado ya que responden a la actividad productiva propia y constante de la misma. DECIMOSEGUNDO.- Que desde el uno de febrero de dos mil dos hasta el treinta de junio de dos mil dos se contrataron 386 jornadas en la categoría de especialistas de montaje y el promedio de duración de los contratos fue de dos días. DECIMOTERCERO.- Que desde febrero de dos mil uno a enero de dos mil dos la plantilla media de personal temporal fue de 69 personas, teniendo la demandada, a febrero

de dos mil dos, una plantilla de 461 personas, de las que 411 son trabajadores fijos y 50 temporales, existiendo tres plazas de especialistas de montaje fijos y 7 temporales, siendo el catálogo de puestos de trabajo de tres personas, estando todas ocupadas por personal fijo, que superó las correspondientes pruebas de concurso oposición público convocado al efecto, no realizando ninguno de ellos en estos momentos dichas funciones. DECIMOCUARTO.- Que en el último año "T.V.G., S.A." suscribió 3.811 contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal, contratándose por esta vía a 222 personas. DECIMOQUINTO.- Que los actores no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha de su cese. DECIMOSEXTO.- Que en fecha diez de abril de dos mil dos tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando las excepciones de caducidad de la acción y falta de ligitimación pasiva formuladas por la representación de "S.S.E.E.T.T., S.A." y estimando parcialmente la demanda formulada por don M.B.M., don F.J.C.R., don F.R.S., don J.R.L. y don M.A.V.D., contra la empresa "T.V.G., S.A.", en cuanto a su petición subsidiaria, debía de declarar y declaraba la improcedencia de los despidos efectuados, 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 la 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 indemnizaciones por despido: a don M.B.M. la de veintidós mil setecientos cinco euros y cincuenta y cuatro céntimos (22.705,54 euros); a don F.J.C.R. la de treinta y dos mil ciento ochenta y un euros y cincuenta y seis céntimos (32.181,56 euros); a don F.R.S. la de diecisiete mil ochocientos setenta euros y setenta y un céntimos (17.870,71 euros); a don J.R.L. la de treinta y tres mil ciento diecinueve euros y treinta y siete céntimos (33.119,37 euros) y a don M.A.V.D. la de treinta y dos mil ochocientos cincuenta y dos euros y ochenta y tres céntimos (32.852,83 euros), y a que les abone, en cualquier caso, las siguientes cantidades, en concepto de salarios de tramitación: a don M.B.M. la de treinta y siete mil trescientos diecisiete euros y cuarenta y seis céntimos (37.317,46 euros), devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de setenta y ocho euros y siete céntimos (78,07 euros), desde esta fecha hasta la fecha de notificación de despido; a don F.J.C.R. la de cuarenta mil cuatrocientos treinta y cinco euros y treinta y cinco céntimos (40.435,35 euros), devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de ochenta euros y siete céntimos (80,07 euros) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia; a don F.R.S. la de treinta y ocho mil cuatrocientos cinco euros y veinticinco céntimos (38.405,25 euros), devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de setenta y seis euros y cinco céntimos (76,05 euros) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia; a don J.R.L. la de 38.273,46 euros, devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de 80,07 euros desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia y a don M.A.V.D. la de treinta y ocho mil ciento trece euros y treinta y dos céntimos (38.113,32), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de ochenta euros y siete céntimos (80,07euros) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia, desestimando la demanda formulada, en cuanto a la petición principal, diferencias de antigüedad y salarios reguladores reclamados, absolviendo a la demandada de los citados pedimentos y desestimando la demanda formulada contra "S.S.E.E.T.T., S.A.", debía de absolverla y la absolvía de los pedimentos contenidos en la misma."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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 dictada en la instancia desestima las excepciones de caducidad de la acción y falta de legitimación pasiva y declara improcedentes los despidos de los 5 demandantes con sus correspondientes consecuencias, condenando al efecto a "T.V.G., S.A." y absolviendo a "S.S.E.E.T.T., S.A." Recurren de la misma los demandantes y la condenada "T.V.G., S.A."

Los demandantes, a través de su recurso, solicitan la declaración de nulidad de sus despidos con abono salarial de 80,08 € diarios o, de modo subsidiario, que se fijen indemnizaciones y salarios de tramitación como dicen en el motivo 2º del recurso. A estos efectos interesan al amparo del art. 191.B y C LPL la revisión de los HP 9º y 2º y denuncian la infracción del art. 55.5 ET y arts. 24 y 14 CE y jurisprudencia que los desarrolla (ap. 1), de los arts. 56.1.A y 59 ET y jurisprudencia de desarrollo (ap. 2), de los arts. 47 y 59 del CC de RTV de Galicia DOG de 18.08.99 (ap.3), y (ap. 4) infracción del art. 56.1.A ET.

La empresa "T.V.G., S.A." interesa con su recurso la desestimación íntegra de la demanda o, subsidiariamente, que se fijen como cantidades a abonar a los actores las sumas que dice en el apartado A del motivo 6º en su apartado B. A estos efectos y al amparo del art. 191 B y C LPL interesa la revisión de los HP 10, 11 y 16 (motivo 1º) y denuncia la infracción del art. 49.1 C en relación con el art. 15.1.A ET (motivo 2º), del arts. 12.3B ET (motivo 3º), del art. 49.1 d ET (motivo 4º), del art. 12.4 ET y arts. 43, 44, 45, 47 y 49 del convenio colectivo de la "T.V.G., S.A." (motivo 5º) y (motivo 6º) la del art. 56.1.A y B ET.

SEGUNDO.- La parte demandante interesa las dos siguientes revisiones de los HP: A) Añadir al HP 9º el siguiente párrafo: En fecha 05.03.03 (si bien debe ser 2002), 6 de los 15 trabajadores en cuestión presentaron papeleta de conciliación sobre despido alegando vulneración de derechos fundamentales. Y B) Añadir al HP 2º lo siguiente: Del mismo modo, don F.J.C.R. prestó sus servicios para la empresa "T.V.G., S.A." durante los siguientes periodos: 03.02.93 a 06.02.93, 11.02.93 a 13.02.93, 19.02.93 a 22.02.93, 24.02.93 a 26.02.93 y 28.02.93 a 01.03.93.

La adición solicitada respecto del HP 9º es procedente, si bien la fecha es 05.03.02, pues acredita su contenido la documental invocada al efecto, la de los folios 346 a 348, apta para revisar al tratarse de la propia papeleta de conciliación ante el SMAC con fecha de presentación de 05.03.02 formulada por 6 trabajadores, ninguno de los aquí actores, en la que se invoca vulneración de derechos fundamentales, con mención concreta de la igualdad y tutela judicial efectiva.

También procede la adición solicitada al HP 2º, puesto que el invocado informe de vida laboral de la T.G.S.S. acredita los servicios para "T.V.G., S.A." de que se trata, obrando aquel al folio 31 del tomo 1º del ramo de prueba. La prueba es apta por su propia naturaleza y contenido, máxime cuando el juzgador de instancia también viene a asumir las certificaciones de vida laboral como prueba oportuna (Fto. Jurídico 3º de la sentencia recurrida). En todo caso, también ha de estarse a las declaraciones que con su correspondiente valor fáctico se hacen en el Fto. Jurídico 4º de la sentencia de instancia, a valorar y complementar en lo compatible los HP en cuanto unos y otros reflejan la vida y actividad laboral de los demandantes.

TERCERO.- La empresa recurrente interesa, aparte de la revisión del HP 10, a la que luego se aludirá, las dos siguientes revisiones: A) Del HP 11, para suprimir la frase: "En absoluto puede merecer el calificativo de obra o servicio determinado, ya que responden a la actividad productiva propia y constante de la misma". Y B) Se adicione al HP 16 que "la papeleta de conciliación fue presentada por los actores el día 21.03.02".

Las dos revisiones proceden: esta última por justificarla el folio 5 y ser admitida expresamente por la parte actora; aquella primera porque el párrafo cuestionado es, inequívocamente, valorativo-conclusivo, no fáctico, y, por tanto, impropio de los HP; al margen de su posible consideración en términos jurídicos estrictos a partir de los HDP.

CUARTO.- Interesa también "T.V.G., S.A.", como ya se anticipó, la revisión del HP 10º. Revisión consistente en sustituir –"manteniendo todo lo demás"- la frase que dice "siendo llamados posteriormente por la empresa", por los siguientes literales párrafos:

"1º.- Don M.B.M. (carpetilla 190 de la caja 9) fue llamado, el 08.03.02 para contrato en los días 15 y 16, retransmisión del congreso del Partido Popular –doc. Fol 19 y 20-, el 21.03.02 para contrato el 22, 23 y 24, retransmisión de los programas LUAR nº 402 y Liga de Gaitas desde Viana do Bolo –doc. Fol 23, 24, 28, 29-, el 25.03.02 para contrato el 27, retransmisión del partido de fútbol –Celta-Alavés –doc. fol.30, 31-, el 03.04.02 para contrato el 6, retransmisión del partido de fútbol Deportivo-Mallorca –doc. fol 35, 36-, el 09.04.02, para contrato el 12, retransmisión de programa LUAR nº 405 –doc. fol 37, 38-, el 16.04.02 para contrato el 19, retransmisión del programa LUAR nº 406 –doc. fol 42, 43-el 02.05.02 para contrato los días 4 y 5, retrans-

misión del partido de fútbol Ourense-Alavés –doc. Fol 46, 47-, el 08.05.02 para contrato el día 10, retransmisión del programa LUAR nº 408 –doc. Fol 48, 49-, el 13.05.02 para contrato el 15, retransmisión del encuentro de baloncesto Ourense-Lucentun Alicante –doc. Fol 50, 51-, el 14.05.02 para contrato el 19, retransmisión del partido de Hoquei Liceo-Barcelona –doc. Fol 52, 53-, el 30.04.02 para contrato el 03.05.02, retransmisión del programa LUAR nº 407 –doc. Fol 54-. El 20.05.02 para contrato el 24, retransmisión del programa LUAR nº 410 –doc. Fol 55, 56-,

2º.- Don F.J.C.R. (carpetilla 200 folios de la caja 9) fue llamado el 21.03.02 para contrato el 24, retransmisión del partido de fútbol Deportivo-Tenerife –doc. fol 19, 20-, el 25.03.02 para contrato el 30, retransmisión del partido de fútbol Celta-Alavés –doc. fol 24, 25-, el 03.04.02 para contrato el día 6, retransmisión del partido Deportivo-Mallorca –doc. fol 29, 30-, el 09.04.02 para contrato el 14, retransmisión del partido Deportivo-Español –doc. fol 31, 32-, el 16.04.02 para contrato el 19, retransmisión del programa LUAR nº 406 –doc. fol 36, 37-, el 02.05.02 para contrato el 4, retransmisión del partido de fútbol sala O Parrulo-Playas de Castellón –doc. fol 39, 40-, el 08.05.02 para contrato el 10, retransmisión del programa LUAR nº 408 –doc. fol 41, 42, el 14.05.02 para contrato el 18, retransmisión del partido Ferrol.-Albacete –doc. fol 43, 44-, el 13.05.02 para contrato los días 15 y 16, retransmisión del partido de baloncesto Ourense-Lucetun alicante y programa LUAR nº 409 –doc. fol 45, 46-, el 02.05.02 para contrato desde el día 4, para la grabación de exteriores en Vigo, Ourense e Lalín de la serie de ficción Feitos –doc. fol 47, 48-, 22.05.02 para contrato el 25, retransmisión del programa especial Xabarín Natural, los 29 y 30 y 4 y 05.06, para la retransmisión del programa "Bravo Polos Amigos" –doc. fol 49, 50-.

3º.- Don F.R.S. (carpetilla 155 de la caja 9), fue llamado el 06.03.02 para contrato el 8 y 9 y el 13.03.02 para contrato el 17, retransmisión del partido Celta-Las Palmas –doc. fol 18, 19, 20-, el 21.03.02 para contrato el 24, retransmisión de partido Deportivo-Tenerife –doc.fol 22, 23-, el 25.03.02 para contrato el 30, retransmisión del partido Celta-alavés –doc. fol 27, 28, el 03.04.02 para contrato el 6, retransmisión de partido Deportivo-Mallorca –doc. fol 32, 33-, el 09.04.02 para contrato el 14, retransmisión del partido Deportivo-español –doc. fol 36, 37-, el 17.04.02 para contrato el 21, retransmisión del partido Ferrol-Huelva –doc. fol 38,39-, el 02.05.02 para contrato el 5, retransmisión del partido Celta-Sevilla –doc. fol 41, 42-, el 14.05.02 para contrato el 15, retransmisión del programa A Chave –doc. fol 43, 44-, el 16.05.02 contrato para el 20, retransmisión del programa A Chave –doc. fol 45, 46-, el 23.05.02 contrato para el 25, retransmisión del programa XVII Xuntanza Inernacional de Gaiteiros y, para el 26, retransmisión del partido Pontevedra-Español B –doc. fol 47, 48-, el 22.05.02 contrato para los días 29 y 30, retransmisión del programa Bravo Polos Amigos –doc. fol 49, 50-.

4º.- Don J.R.L. (carpetilla 180 de la caja 9), fue llamado el 06.03 y 13.03.02 para contratos los días 7, 8, 9, 17, retransmisión del partido Ferrol-Eibar –doc. fol 19, 20, 21-, el 21.03.02 para contrato el 22, retransmisión del programa LUAR nº 402 –doc. fol 25, 26-, el 21.03.02 para contrato los días 23, 24, retransmisión Liga de Gaitas desde Viana do Bolo –doc. fol 27, 18-, el 25.03.02 contrato para el 30, retransmisión del partido Celta-alavés –doc. fol 29-, el 03.04.02 contrato para el 6, retransmisión del partido Deportivo-Mallorca –doc. fol 36, 37-, el 09.04.02 contrato para el 14, retransmisión del partido Deportivo-Español –doc. fol 38, 39-, el 16.04.02 contrato para 19, retransmisión del programa LUAR nº 406 –doc. fol 43, 44-, el 30.04.02 contrato para el 3.MAY, retransmisión del programa LUAR nº 407 –doc. fol 45, 46-, el 02.05.02 contrato para el 4 y 5, retransmisión de la final del Trofeo Fúltbol Cadete y Ourense-Alavés B –doc. fol 47, 48-, el 08.05.02 contrato para el 10, retransmisión del programa LUAR nº 408 –doc. fol 50, 51-, el 13.05.02 contrato para el 15, retransmisión del encuentro Ourense-Lucetun Alicante –doc. fol 52,53-, el 14.05.02 contrato para el 19, retransmisión del Hoquei Liceo-Barcelona –doc. fol 54, 55-, el 20.05.02 contrato para el 24, retransmisión del programa LUAR nº 410 –doc. fol 56, 57-, el 22.05.02 contrato desde el 03.06 para 40 capítulos Serie Avenida de América –doc. fol 58, 59-.

5º.- Don M.A.V.D. (carpetilla 176 de la caja 9) fue llamado 08.03.02 para contrato el 15 y 16, retransmisión del Congreso del Partido Popular –doc. Fol 18, 19-, el 21.03.02 contrato para el 24, retransmisión del partido Deportivo-Tenerife –doc. Fol 22, 23-, el 25.03.02 contrato para el 31, retransmisión de la final Internacional Sub-20 de baloncesto –doc. Fol 24, 25-, el 03.04.02 contrato para el 7 retransmisión del partido Ferrol-Levante –doc. fol 20, 30-, el 09.04.02 contrato para el 12,

retransmisión del programa LUAR nº 405 –doc. fol 33, 34-, el 17.04.02 contrato para el 21, retransmisión partido Ferrol-Huelva –doc. fol 38, 39-, el 02.05.02 contrato para el 4 y 5, retransmisiones final del trofeo Futbol Cadete y partido Ourense-Alavés B –doc. Fol 42, 43-, el 7, 14 y 16.05.02 contratos para los días 10, 11, 15 y 20, retransmisiones homenaje a Camilo José Cela, programa A Chave, partido Ferrol-Albacete –doc. Fol 45, 46, 47, 48, 49, 50-.

Se admite la revisión en los términos interesados por así acreditarla los documentos invocados (todos obrantes en la caja "9" de la documental), en armonía además con el contenido del HP 10, y Fto Jurídico 6º, en tanto que ya declaran que los actores fueron llamados por la empresa con posterioridad al 3, 4 y 5 de marzo de 2002 para suscribir "contrato temporal por obra", como consta en la documental invocada; si bien remitiendo a los diversos documentos respecto de las recepciones de las llamadas en sus respectivas formas y momentos, aunque ello a la postre no resulte trascendente en términos de valoración de consecuencias jurídicas.

QUINTO.- La sentencia dictada en la instancia declara improcedentes los despidos de los demandantes, que dice ocurridos (HDP 10º y Fto. Jurídico 6 de la Sentencia recurrida) los días 3, 4 y 5 de marzo de 2002, cuando cesaron por "fin de contrato", y fija las correspondientes consecuencias. Y en trance de examinar las infracciones de derecho que denuncian ambas partes recurrentes al amparo del art. 191.C LPL, la Sala atiende en primer lugar a los que formula la empresa denunciando la infracción del art. 49.1.C en relación con el 15-1 A ET, extinción de los contratos por realización de la obra o servicio determinado (motivo 2º), del art. 12.3.B ET, contratos fijos discontinuos (motivo 3º) y del art. 49.1.d ET, dimisión del trabajador (motivo 4º). Posteriormente, según los resultados de tal examen, procede resolver el motivo formulado por la parte actora en que se denuncia infracción del art. 55.5 ET y 24 y 14 CE para interesar declaración de nulidad de los despidos (motivo 2º.1). Finalmente, procederá el examen de los restantes motivos de ambos recursos en cuanto destinados a cuestionar el salario, la antigüedad y, por tanto y en su caso, las indemnizaciones fijadas en la instancia.

SEXTO.- Los HDP ponen de relieve lo fundamental siguiente: A) Los 5 demandantes prestaron servicios para la "T.V.G., S.A." como se indica en los HP 1º a 5º (el 2º con la revisión efectuada en suplicación), que reflejan la multitud de contratos suscritos. En concreto, el Sr. M.B.M. desde el 06.08.89; el Sr. F.J.C.R. desde el 04.08.89; el Sr. F.R.S. desde el 05.12.88; el Sr. J.R.L. desde el 31.01.88, y el Sr. M.A.V.D. desde el 04.08.89. Además, con su valor fáctico correspondiente, lo que se hace constar en el fundamento Jurídico 4º de la sentencia recurrida acerca de interrupciones en las relaciones de los actores. B) Con fecha 03.03.02 cesaron los actores Srs. M.B.M. y J.R.L. por fin de contrato; al día siguiente lo hicieron los Srs. F.J.C.R. y F.R.S., y al día siguiente el Sr. M.A.V.D.. Presentaron conciliación ante el SMAC por despido el 21.03.02, celebrada el 10.04.02, y demanda el propio 10.04.02. Con posterioridad a los ceses dichos fueron llamados por la empresa a suscribir nuevos contratos temporales de obra o servicio, como se dice en el Fto. Jurídico 4º precedente. C) Los actores realizaban las funciones que se dice en el HP 11; del siguiente tenor: "las propias de su categoría profesional (especialistas de montaje) a tiempo completo, precisas para llevar a efecto las múltiples retransmisiones desarrolladas por la empresa demandada. De igual modo, efectúan también otros trabajos como el montaje de decorados, mantenimiento, iluminación, sonido, instalaciones de todo tipo de equipos de televisión, cableado, conducción, funciones de ayudantes de cámara y operadores de sonido, todo ello, dentro y fuera de las instalaciones de "T.V.G., S.A." D) En 05.02.02 los actores y 10 compañeros más presentaron ante el SMAC de Santiago papeleta de conciliación en reclamación de relación laboral fija e indefinida desde el inicio de sus relaciones laborales, celebrado sin avenencia el 20.02.02. Asimismo, la conciliación por despido de otros trabajadores a que se alude en el Fto. Jurídico 2º precedente. E) En torno a los especialistas de montaje en la empresa, HP 7º y 8º y 12; que declaran lo siguiente: Séptimo.- Que ya en fecha once de febrero de mil novecientos noventa y uno el Comité de Empresa se dirigió al Consello de Administración, denunciando la contratación precaria de un gran número de especialistas de montaje asignados a unidades móviles, con contratos por obra de duración un día. Octavo.- Que por resolución de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y uno, publicada en el DOG de siete de enero de dos mil dos, se convocaron tres plazas de especialistas de montaje. Décimo Segundo.- Que desde el uno de febrero de dos mil dos hasta el treinta de junio de dos mil dos se contrataron 386 jornadas en la categoría de especialistas de montaje

y el promedio de duración de los contratos fue de dos días. Y F) finalmente, HP 13 y 14 del siguiente tenor: "Que desde febrero de dos mil uno a enero de dos mil dos la plantilla media de personal temporal fue de 69 personas, teniendo la demandada, a febrero de dos mil dos, una plantilla de 461 personas, de las que 411 son trabajadores fijos y 50 temporales, existiendo tres plazas de especialistas de montaje fijos y 7 temporales, siendo el catálogo de puestos de trabajo de tres personas, estando todas ocupadas por personal fijo, que superó las correspondientes pruebas de concurso oposición público convocado al efecto, no realizando ninguno de ellos en estos momentos dichas funciones". "Que en el último año "T.V.G., S.A." suscribió 3.811 contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal, contratándose por esta vía a 222 personas"

SÈPTIMO.- La Sala, a partir de lo que se ha dejado consignado, considera ajustada a derecho la conclusión de la sentencia recurrida, en relación con la prestación de servicios de los demandantes, de que se está en presencia de una actividad ordinaria y permanente de la empresa que no puede ser calificada sino como relación laboral indefinida "en los términos previstos en el art. 15 ET en relación con los arts. 6.4 y 7.2 CC, por el fraude cometido" (Fto.J. 2º de la sentencia recurrida).

OCTAVO.- En orden a los requisitos del contrato temporal para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, la doctrina unificada –SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– ha indicado que son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas».Y la misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTS de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467, 17.03.98 Ar. 2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad.

Reitera asimismo la jurisprudencia (STS 10.01.99, 03.02.99, 22.04.02...) que son indefinidos los contratos celebrados para obra o servicio determinado cuando su objeto es el desarrollo de una actividad normal o permanente de la empresa, aunque y en su caso los trabajadores no puedan considerarse fijos de plantilla. Asimismo, la sentencia última ahora citada, la de 22.04.02 (RJ 7.796), abordando también el problema de la contratación sucesiva deja argumentado lo siguiente: "Se ha planteado concierta frecuencia ante los tribunales, el problema de determinar si en el supuesto de contratación sucesiva el control de legalidad debe abarcar toda la serie contractual o extenderse, únicamente al último contrato. La jurisprudencia social, como recuerda la STS de 20 de febrero de 1997 (RJ 1997/1.957), ha mantenido una doctrina constante expresiva, en síntesis, de que un contrato temporal inválido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su propia regulación, con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida. Carácter que no pierde por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales, sobretodo cuando la interrupción no alcanza el período de veinte días, en que el trabajador pudo reclamar el despido. Esta misma resolución resalta, contundentemente, la existencia de una doctrina consolidada al señalar que la afirmación realizada en "alguna sentencia" de que, en el supuesto de contrataciones temporales sucesivas, el examen de los contratos debe limitarse al último de ellos, que es el impugnado, es sin duda inadecuada en los términos absolutos y puede llevar a la equivocada idea de que la Sala olvida o rectifica lo que ha sido una constante y matizada línea jurisprudencial. En suma, la irregularidad padecida por un contrato temporal que inicia la serie de los concertados entre la empresa y el trabajador produce la indefinidad del contrato, desde su origen, con la consecuencia natural de nulidad de todos los contratos temporales celebrados con posterioridad y de considerar tiempo de servicio, del art. 56.1.b) ET, a efectos indemnizatorios, todo el período trabajado". Por otro lado, también es doctrina jurisprudencial la de que no se rompe la continuidad de la relación en estos casos por la

suscripción de recibo de finiquito entre los distintos actos contractuales.

De acuerdo con esta normativa y doctrina, no puede acogerse la pretensión de la empresa recurrente de que los contratos reflejados en los HDP no son fraudulentos e inválidos y que no determinan la existencia de una contratación indefinida. La cantidad de contratos suscritos, su objeto y duración ponen inequívocamente de relieve que los demandantes prestaron servicios como especialistas de montaje, con ciertas funciones añadidas, para una actividad permanente de la empresa, como es el montaje, dentro y fuera de las instalaciones empresariales, del entramado técnico preciso para efectuar las retransmisiones de diverso signo, deportivas, programas de larga duración de realización semanal……, y ello de una manera continúa a lo largo de años; tanto más cuando (HP 13) la plantilla de la empresa de especialistas de montaje es de tan solo 3 fijos y 7 temporales, sin que aquellos realicen tales funciones. La retransmisión de los diferentes programas para los que fueron contratados los demandantes es ciertamente la actividad de "T.V.G., S.A.", sin que quepa considerar cada una de las retransmisiones como una actividad autónoma; y menos en orden a legitimar contrataciones temporales breves y continuas durante años. Es el objeto de los contratos lo que permite la actividad de la "T.V.G., S.A." y da efectividad a su programación como tal, de manera que el trabajo efectuado por los demandantes de especialistas de montaje y demás tal como se describe en el HP 11, no respondía realmente a un programa determinado que tuviese un duración limitada en el tiempo y que respondía a necesidades autónomas, sino que era imprescindible y permanente constituyendo la actividad normal de la empresa, aquélla que no puede ser cubierta con personal temporal. En este sentido, se ratifica la argumentación contenida en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida (que también alude a la intervención coyuntural de una ETT, razonando al efecto lo oportuno), y se hace de aplicación la doctrina de la STS de 22.04.02 en el sentido de que solo puede acudirse a contratos temporales de obra o servicio determinado " cuando la obra o servicio tenga autonomía o 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, que es lo que ocurre en el caso de autos, en el que el origen del contrato tenía por objeto la realización de un servicio de tal carácter permanente. Ello acarrea que la contratación ha de reputarse fraudulenta (artículo 6.4 del Código Civil) y que, consecuentemente, según lo dispuesto en el artículo 15.3 ET, la primitiva relación laboral es indefinidida.

Así pues, se ajusta a derecho la declaración de que los contratos de que se trata lo fueron en fraude de ley, deviniendo la relación laboral subyacente indefinida y a tiempo completo, que era como realizaban sus funciones los actores (HP 11), complementado por lo que, aparte de la cuestión de la antigüedad, acto seguido se dirá en torno al carácter "continuo", que no "discontinuo", de la relación.

Efectivamente, también resulta rechazable la alegación que asimismo se hace del art. 12.3 B ET. No cabe calificar la relación de los demandantes, como asimismo se pretende, de indefinida discontinua en razón de la argumentación que se dejó hecha y dado que esta vinculación exige la ejecución de trabajos permanentes pero de carácter cíclico o periódico, que no se repitan en fechas ciertas o, en su caso, igual si se repiten en fechas ciertas, conexo esto con la regulación a tiempo parcial por tiempo indefinido.

Distinto radicalmente es el caso de autos, obviando incluso que ni siquiera los contratos suscritos lo fueron formalmente como fijos discontinuos. Como ya quedó expuesto, los contratos de los actores fueron continuos a lo largo de años, llevándose a cabo la actividad a tiempo completo y subyaciendo en los mismos la realización habitual y ordinaria de tareas que constituían la actividad permanente empresarial, revelándose en suma una relación jurídica laboral indefinida permanente y continua, cuyas circunstancias concretas de antigüedad y salario serán puntualizadas posteriormente, con rechazo de una naturaleza discontinua en razón del vinculo y de la actividad, por no consistente en trabajos descontinuos, cíclicos o periódicos, repetidos en o sin fechas ciertas.

NOVENO.- Consecuentemente con lo anterior, la Sala tampoco aprecia la existencia de dimisión por parte de los trabajadores (art. 49.1 ET). Se viene a fundar la alegación en que "T.V.G., S.A." siguió llamando a los demandantes "para contratos de idéntica naturaleza y tiempo " tras las fechas en que se fijan –HP 10- producidos los despidos.

En el fundamento Jurídico 6º de la sentencia recurrida se deja argumentado que

existieron los denunciados despidos de los actores al ser cesados por "fin de contrato" los días 3, 4 y 5 de marzo de 2002, como así se declara en el HP 10. La existencia de los despidos es una consecuencia de que la empresa extingue la relación laboral, con expresa e inequívoca voluntad al efecto, invocando una finalización de un contrato temporal que no era tal, sino que el vinculo que preexistía era una relación laboral indefinida -tampoco, y según quedó dicho, fija discontinua- por derivación de una contratación temporal en fraude de ley. Por consiguiente, los ceses efectuados por la empresa en aquellas fechas fueron reales, efectivos y con voluntad y efecto extintivo laboral; y al no estar amparados por una causa legal derivada de una contratación temporal licita-tampoco por el contexto, inaplicable, del art. 12.3.B ET-, constituían auténticos despido; improcedentes en principio si bien posteriormente será abordada la cuestión planteada acerca de su posible nulidad.

A partir de ello, las ofertas contractuales que aparece haciendo la empresa recurrente a los demandantes ex post despidos (HP 10, objeto de revisión) carecen de aptitud para generar vinculación jurídica a la "aceptación" o deber sui generis de reincorporación so pena de causarse una dimisión o abandono de la relación por parte de los trabajadores. Al margen de que febrero de 2002 se hubiera ejercitado por los actores acción en orden al reconocimiento de su condición de fijos e indefinidos (HP 9º), los llamamientos eran exclusivamente para suscribir nuevos y distintos contratos temporales de obra o servicio determinado, que en las circunstancias de autos se traducían en una propuesta de continuidad del fraude, y además cuando ya se habían producido los despidos que se dejaron anteriormente puntualizados e iban a ser y estaban siendo judicialmente impugnados. En esta situación no cabe hablar de dimisión o abandono, no pudiendo impedir la resolución judicial del litigo la mera decisión unilateral de la empresa de readmitir a los trabajadores con nuevas ofertas de contratación, en el caso viciadas como se dijo. La STS de 01.07.96 (RJ. 5.628) entiende que la acción ejercitada por la trabajadora es una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo. Por ello, desde el mismo momento en que se ejercita, mediante la presentación de la papeleta de conciliación y de la demanda, se ha de considerar constituida la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial que califique el acto extintivo unilateral del empresario y, en su caso, en la restauración del vínculo contractual reparando los perjuicios causados, salvo desistimiento posterior del trabajador. En consecuencia, no cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior, como sería el ofrecimiento de readmisión, se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente; ni mucho menos podemos admitir que la negativa de la trabajadora a reincorporarse implique dimisión de ésta por entenderse que con la decisión empresarial dicha trabajadora dejaba de estar despedida, puesto que ello supondría privarle de una acción, como la de despido, ya ejercitada y del derecho a la calificación del acto empresarial olvidando la naturaleza consensual y bilateral del contrato de trabajo con obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, y que su finalización tuvo por causa la sola voluntad del empleador.

Por consiguiente, no hay en autos dimisión o abandono, sin que lo impliquen los ofrecimientos o llamadas a la contratación efectuadas tras los despidos y su no aceptación por los actores, carentes de aptitud jurídica para reanudar una relación extinguida por los despidos o vincular a los actores.

DECIMO.- Examinando la pretensión de los demandantes de que se declaren nulos los despidos, la Sala considera inviable la pretensión. En argumentado con lo resuelto al respecto en el fundamento jurídico 7º de la sentencia recurrida.

Reiteran los demandantes que sus despidos "obedecen a una pura y dura represalia por el hecho de haber acudido en la defensa de sus legítimos derechos a la jurisdicción competente en demanda de su declaración como trabajadores fijos por tiempo indefinido de la empresa "T.V.G., S.A."…..".

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 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 cubrir 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".

En el caso presente consta que los demandantes presentaron la papeleta de demanda de conciliación ante el SMAC reclamando relación laboral fija e indefinida en 05.02.02 con otros 10 compañeros más, celebrándose el acto sin avenencia el día 20 siguiente, y que sus despidos tuvieron lugar los días 3, 4 y 5 de marzo de 2002, así como que también en 05.03.02 se presentó conciliación por despido alegando vulneración de derechos fundamentales por 6 trabajadores distintos de los aquí demandantes. En esta realidad acreditada, con el contexto de la relación que mantenían las partes y las circunstancias que cualificaron los despidos de los actores según quedaron expresados en los fundamentos precedentes, se inserta el hecho cierto de que la empresa, en coherencia con su postura previa acerca de la naturaleza de la relación que mantenía con los trabajadores, siguió llamando a los demandantes después de los ceses dados en 3, 4 y 5 de marzo de 2002, formalmente por fin de contrato, a los efectos de que trabajasen para ella mediante el mismo tipo de contratación de siempre; y estas comunicaciones de contratación fueron numerosas y ya en el propio mes de marzo de 2002, según explicita la revisión admitida vía art. 191.B LPL del HP 10º.

Una valoración integral de lo expuesto conduce a que en la conducta de la empresa no aparezcan indicios de la lesión constitucional invocada, a que no se muestre la vulneración pretendida de los arts. 24.1 y 14 CE y 55.5 ET. Y es que no aparece la represalia y demás invocado al efecto en los despidos producidos, destacándose, por un lado, el hecho de que la empresa, tras la conciliación promovida para obtener la declaración de fijeza laboral, siguió llamando a trabajar a los actores tal como venía haciéndolo desde años, e incluso siguió haciéndola tras los ceses contractuales en virtud de los que los actores interpusieron acción por despido; conducta inequívocamente desvirtuadora de lo pretendido en términos de nulidad de los despidos dado que, al margen de que a la postre los contratos temporales suscritos y consumados y los ofertados y rechazados fueran en fraude de ley y la relación laboral subyacente indefinida, la empresa siguió con la misma actuación y criterio que ex ante al ejercicio de acciones legales por los actores, limitándose la infracción habida al ámbito de la legalidad laboral ordinaria, en cuyo contexto la empresa ha argumentado lo que consideró oportuno sin que de ello se puedan extraer razones valorables en orden a la nulidad de los despidos. Por otra parte, no desvirtúa lo anterior la situación en "T.V.G., S.A." que explicitan los HDP 12, 13 y 14; en concreto cuando este último se limita a declarar, sin más precisiones, que " en el último año" "T.V.G., S.A." suscribió 3811 contratos de puesta a disposición con ETT, contratándose por esta vía a 222 personas.

Consecuentemente, no se acoge el motivo del recurso de los actores examinado ni sus argumentaciones, ratificándose en este sentido el pronunciamiento de instancia, declarativo de despidos improcedentes con rechazo de la pretensión de la existencia de despido nulo.

UNDECIMO.- Las cuestiones restantes que se plantean en ambos recursos presentan la vinculación suficiente en orden a su tratamiento conjunto, encontrando respuesta a partir de los presupuestos fácticos y jurídicos que se han dejado establecidos en los fundamentos precedentes.

Y es que la parte actora pretende con sus restantes motivos de recurso que las antigüedades de los actores- si bien no se menciona "nominatim" a don J.R.L.- han de ser las de demanda, en que se iniciaron los servicios para "T.V.G., S.A.", a pesar de no venir a cuestionar las interrupciones laborales que se dicen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia excepto respecto de don F.J.C.R., por las razones que expone; y que por tanto, aún reconociendo que los cálculos y cuantías de salario e indemnizaciones consignadas por el

juzgador de instancia en el fundamento jurídico 5º de su sentencia " son correctos" atendiendo a las fechas de antigüedad que consigna, calcula salario de los actores e indemnizaciones atendiendo a aquellas antigüedades, materializando el salario regulador diario en 82,08 euros y unas distintas indemnizaciones a partir de todo ello, así cuantificándolas.

Y "T.V.G., S.A." pretende, por su parte, que el salario de los actores ha de ser el del HP 6º, 53 euros, y no el del fundamento jurídico 5º (que se fija en consideración a ser los actores fijos continuos y computándoles el premio de antigüedad), porque afirma que se trata de trabajadores discontinuos y no fijos continuos y aun de ser indefinidos " no procede el cómputo de bienios por antigüedad"; sosteniendo, por tanto, que las indemnizaciones y salarios de trámite fijados en la instancia no son correctos " tanto si los contratos se consideran indefinidos continuos como indefinidos discontinuos" y calculando las indemnizaciones de los trabajadores en función de los días realmente trabajados (2.757 días el Sr. M.B.M.; 2.638 días el Sr. F.J.C.R.; 2.291 días el Sr. F.R.S.; 2.214 días el Sr. J.R.L.; y 2.247 días el Sr. M.A.V.D.); subsidiariamente y atendiendo a las antigüedades del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, cuantifica las indemnizaciones a partir de un salario sin bienios (el mismo que dice la sentencia recurrida pero sin las sumas que esta fija por bienes).

DUODECIMO.- Respecto de la antigüedad, la Sala considera, con el juzgador de instancia, que debe fijarse no desde el primero de los contratos sino desde el contrato que con respecto al anterior tuviese un tiempo de interrupción superior a 20 días, plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido. En ningún caso cabe acoger la tesis de la empresa relativa a días realmente trabajados por tener el presupuesto rechazado de considerar los contratos como de trabajos indefinidos discontinuos, y así ya quedó anteriormente razonado.

Al respecto de la antigüedad según se admite por la Sala, puntualizar la propia doctrina jurisprudencial que se dejó mencionada en el fundamento jurídico 8º precedente (en concreto, STS de 20.02.97, 22.04.02…). Este Tribunal ha venido resolviendo en el indicado sentido en diversas ocasiones, haciéndose eco de que en SSTS de 30.03.99, 29.09.99… se establece que "el tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.A del ET 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" y que 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" (TS. 15.02.00 RJ 2000/2.040).

En suma, existiendo una sucesión de contratos de trabajo sin solución significativa de la continuidad entre ellos, el cómputo de los años de servicio no es el derivado del último contrato sino, en principio, la suma de todos ellos; sin embargo, esto se produce cuando entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de caducidad, si bien hay matices de excepción al respecto; continuidad que tampoco se rompe por la suscripción de recibo de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos.

Todo ello en el caso presente, valorando lo oportuno concurrente, lleva a la decisión antes dicha, en esencia la del juzgador de instancia. Las interrupciones habidas en la relación laboral superiores a los 20 días hábiles, aparte de que en algún caso –el del Sr. J.R.L.- fue de gran magnitud y en otros fueron no una sino varias, explicitan una ruptura de la continuidad contractual –tampoco desvirtuada con la apelación a supuestas vacaciones que incluso se hace -, conectando también con una cierta postura de los actores de asunción de la contratación habida durante tanto tiempo con existencia de solución de continuidad en la sucesión contractual en determinados momentos, tanto más si hubo percepción de prestaciones por desempleo.

Por lo tanto, de conformidad con lo que con su correspondiente valor fáctico se declara en el fundamento jurídico 4º de la sentencia recurrida (cuestionándolo solo la parte actora respecto del Sr. F.J.C.R. y no haciéndolo la empresa), las antigüedades de los actores Srs. M.B.M., F.R.S., J.R.L. y M.A.V.D.son las apreciadas en la instancia de 17.09.95, 16.11.96, 25.12.92 y 23.01.93, puesto que en dicho fundamento jurídico se dicen constatadas interrupciones superiores a los 20 días hábiles en los siguientes términos: respecto del Sr. M.B.M., la comprendida entre el 17.08 y el 17.09.95; respecto del Sr. F.R.S., entre el 20.10 y el 16.11.96; respecto del Sr. J.R.L., entre el 22.01 y el 25.12.92; y respecto del Sr. M.A.V.D. entre el 28.12.92 el 23.01.93. Caso relativamente distinto

es el del actor don F.J.C.R., puesto que se ha declarado probado (fundamento jurídico 2º precedente) que trabajó en febrero de 1993 del 3 al 6, 11 a 13, 19 a 22, 24 a 26 y 28.02 a 01.03.93, con lo que se desvirtúa la interrupción concreta a que respecto de este demandante alude la sentencia recurrida en su Ftº. J. 4º, que era del 31.01 al 03.03.93. Sin embargo, ello no supone que haya de tomarse la antigüedad de la primera contratación –como asimismo viene a aducir "T.V.G., S.A." en la impugnación-, sino que se acuda a la anterior primera interrupción superior a 20 días hábiles que conste a través de la "vida laboral" que la propia parte actora invocó para introducir la modificación fáctica referida; por derivación y en armonía precisamente con el hecho de que en aquel Ftº. J. 4º de la sentencia recurrida se deja establecido también con valor fáctico que el Sr. F.J.C.R. tenía "otras interrupciones superiores a 20 días" con anterioridad a la que toma de enero de 1993. Interrupción ésta que visto lo expresado por el Juzgador y la prueba invocada por el recurrente Sr. F.J.C.R. de informe de vida laboral, es la acaecida entre el 27.08.92 al 23.09.92 (no la que llega a mencionar "T.V.G., S.A.", que tampoco interesó en su recurso revisión factica al efecto), pues al folio 29 del referido informe, obrante al tomo 1º del ramo de prueba actora, consta alta en "T.V.G., S.A." en 10.08.92 y baja en 27.08.92 y nueva alta en 23.09.92, habiendo transcurrido entre estas últimas fechas más de 20 días hábiles. Esta declaración, en realidad y ciertamente, se encuentra embebida en la propia que al respecto se hace en el Ftº. J. 4º de la sentencia de instancia y conduce a que la antigüedad computable del actor don F.J.C.R. no sea la de 03.03.93 sino la de 23.09.92, con su correspondiente incidencia indemnizatoria. En tal único sentido cabe estimar las alegaciones del recurso del actor al respecto.

DECIMOTERCERO.- En lo relativo al salario, procede mantener el fijado en la sentencia recurrida, precisando esta todo lo oportuno al efecto en cuanto a los diversos conceptos en su Ftº. J. 5º (asumiéndolo como correcto la propia parte actora a partir de las antigüedades que fija el juzgador).

No cabe modificar los salarios por razón de la antigüedad que dice la parte actora, pues no se admitió su pretensión de acudir al primer contrato y la rectificación que se ha hecho en la antigüedad del Sr. F.J.C.R. no incide –por su dimensión- en una modificación salarial (en concreto, los bienios). Tampoco procede por virtud de las alegaciones de "T.V.G., S.A.", pues si la relativa a que los actores son trabajadores indefinidos discontinuos ya quedó sin eficacia por falta de su presupuesto propio, la relativa a que aún "siendo indefinidos" no procedería el cómputo de bienios por antigüedad, tampoco es acogible.

Aunque el Convenio Colectivo de la empresa (art. 47) diga que el complemento personal de antigüedad solo se abonará al personal fijo, lo cierto es que los actores de haber sido su contratación conforme a la ley y no fraudulenta, mantendrían una relación laboral indefinida, siendo tal la naturaleza de su vinculación, lo que les da derecho al plus de antigüedad: Así, la sentencia del TS 20.01.98 RS 1998-1.000, donde crea la figura de la contratación indefinida y no fija, en relación con las Administraciones Públicas y donde no hace distingos para el abono del complemento de antigüedad a este personal e incluso a los temporales (STS 07.10.02 RJ 2002/1.912 y 23.10.02 RJ 2002/10.916). Y por supuesto, la cuestión del salario procedente cabe ser debatido en estos términos en el proceso de despido.

En definitiva, a partir de lo razonado ninguna de las restantes alegaciones y argumentaciones de los recurrentes en torno al salario resultan admisibles.

DECIMOCUARTO.- La consecuencia de lo resuelto en torno a antigüedad y salario de los demandantes conduce asimismo a rechazar las pretensiones contenidas en ambos recursos acerca de las indemnizaciones y salarios de trámite por los despidos, por decaer automáticamente los presupuestos de las mismas. Únicamente cabe rectificar la indemnización fijada en la instancia respecto del actor don F.J.C.R. a consecuencia de que su antigüedad se ha fijado en 23.09.92, y no en la de 03.03.93 como se hizo en la instancia; lo que se traduce en una mayor indemnización, la que sobre el salario probado se cuantifica en 34.047,16 euros de conformidad con lo dispuesto en el art. 56.1 E.T.

En este único extremo se estima uno de los recursos y se revoca la sentencia de instancia, confirmándose sus restantes pronunciamientos, también el absolutorio de "S.S.E.E.T.T., S.A.", sin real impugnación en Suplicación.

Proceden costas respecto de "T.V.G., S.A." (art. 233 L.P.L.).

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por "T.V.G., S.A." y los también interpuestos por los demandantes don

M.B.M., don F.R.S., don J.R.L. y don M.A.V.D. y estimando en parte el interpuesto por el asimismo actor don F.J.C.R., todos contra la sentencia dictada con fecha 24.06.03 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago en autos nº 235/2002 tramitados por despido contra la recurrente "T.V.G., S.A." y otra confirmamos dicha sentencia en todos sus pronunciamientos -que se dan por reproducidos- excepto en el relativo a la indemnización que fija a favor del demandante don F.J.C.R. por importe de 32.181,56 euros; el cual revocamos y dejando sin efecto tal montante, fijamos la indemnización en 34.047,16 euros, a cuyo abono condenamos en los términos de la resolución de instancia y con la posibilidad de "T.V.G., S.A." de cambiar el sentido de la opción respecto de este actor de conformidad con el art. 111.1.B de la L.P.L.

3769 **Recurso núm. 5.598/03**

S.S. DESPEDIMENTO NULO, AO SER DECRETADO UNICAMENTE POR CUMPRIR O TRABALLADOR A IDADE DE 65 ANOS, NON EXISTINDO NORMA CONVENCIONAL LEXÍTIMA QUE PUIDESE AMPARAR A EXTINCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a doce de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5598/2003 interpuesto por "A.E., S.A." 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 don E.R.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "A.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 444/03 sentencia con fecha 11 de julio de 2003 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El demandante en autos don E.R.L., mayor de edad, con 65 años cumplidos el 09.02.03 y DNI nº …, vino prestando servicios para la patronal demandada "A.E., S.A.", con centro de trabajo en Lugo, desde el 01.08.78, con la categoría profesional de oficial de 1ª Administrativo, nivel 7 H, comprendido dentro de la "Función Directiva", con una retribución bruta mensual de 2.990,27 € incluida la P.P. de Pagas Extras, equivalente a 99,68 € día a efectos de indemnización. No ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores. La empresa se dedica a la producción/fabricación de aluminio; un ejemplar del 12º convenio colectivo de empresa 2000-2004 obra en autos y se da aquí por reproducido.- 2º) El 14.04.03 recibió comunicación empresarial escrita de la misma fecha del tenor siguiente: "Asunto. Baja empresa: De acuerdo con las conversaciones mantenidas al respecto en fechas pasadas, le confirmamos pase a la jubilación con efectos del día de hoy (14.04.03). Te reitero una vez más nuestra disponibilidad para ayudarte a preparar la documentación que te sea necesaria para la percepción de la Pensión de la Seguridad Social…".- 3º) Reúne los requisitos para acceder a la pensión pública de jubilación.- 4º) El 25.04.03 presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC de Lugo, celebrándose con fecha 09.05.03 el preceptivo acto de conciliación administrativa previa a la vía judicial social, concluyendo "sen avinza".- 5º) El 13.05.03 se presentó demanda, siendo repartida por turno a este Juzgado de lo Social con fecha de entrada de 16.05.03.- 6º) El demandante quedaba excluido de las disposiciones del Convenio colectivo a todos los efectos (art. 4º), contemplándose expresamente en el art. 7º que los PP. denominados de "Función Directiva" no quedaban afectados por el contrato de relevo.- 7º) La comisión de Interpretación y Vigilancia en Acta de 06.03.03 llega al acuerdo, ante el vacío existente en lo referente a la edad máxima de jubilación, relativo a que ésta lo sea la de 65 años, sin excepciones de ningún tipo.- 8º) El Jefe del Servicio General de Recursos Humanos (don E.M.G.) remitió el 11.06.03 a la Consellería de Asuntos Sociales, Emprego e Relacións Laborais, Delegación de Lugo, Acta de la comisión negociadora del 12º Convenio Colectivo de al empresa, de modificación de los arts. 4 y 7 del mismo, para su registro y depósito. Se da aquí por reproducida el Acta de la Comisión Negociadora de 29.05.03, obrante en el ramo de prueba de la

parte demandada, y que aparece suscrita por cuatro personas."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda deducida sobre Despido por don E.R.L., contra la empresa "A.E., S.A.", debo declarar y declaro aquél nulo, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión del demandante en su, en las condiciones que regían anteriormente, con el bono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (14.04.03) hasta la de la efectiva readmisión, a razón de 99,68 € diarios de sueldo, que ascienden hasta la fecha de la presente resolución incluida (89 días) a la cantidad de OCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y DOS CENTIMOS DE EURO (8.871,52 €).

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, declara nulo su despido y condena a la inmediata readmisión del actor, en las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al abono de los salarios dejado de percibir desde la fecha del despido (14 de abril de 2003) hasta la efectiva readmisión, a razón de 99,68 euros diarios de sueldo. Frente a dicha resolución, interpone recurso la representación procesal de la Empresa "A.E., S.A.", al objeto de que se revoque la sentencia de instancia, se desestime la demanda y, en definitiva, se absuelva a la citada empresa recurrente, articulando a tal objeto seis motivos de Suplicación, dedicando los cuatro primeros a la revisión de hechos declarados probados, y los dos restantes al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita la empresa recurrente, en primer lugar, revisión del hecho probado sexto de la sentencia, ofreciendo un texto alternativo del tenor literal siguiente: "El demandante, en la redacción inicial del convenio quedaba excluido de la aplicación del mismo al ser personal de los denominados de función directiva. En el acta del Pleno del Comité de Empresa nº 4/03 que damos por íntegramente reproducida (folio 44), se recoge, como Información de las Comisiones de Trabajo y, en concreto, respecto de la Interpretación y Vigilancia que hubo una reunió paritaria el día 6 en el que se trató, entre otros temas, el de la jubilación a los 65 años, sin que conste en el referido acta ningún comentario u objeción por parte de los asistentes al respecto.

En el acta del Pleno del Comité de Empresa nº 6/03 (folios 48 a 52), que damos por íntegramente reproducida se recoge, a continuación de Temas Nuevos el debate sobre la inicial convocatoria de la Comisión de Vigilancia e interpretación del convenio colectivo y el debate que se suscrita en el seno del comité de empresa respecto a la misma, manifestando los representantes del Comité de empresa por cada uno de los sindicatos existentes lo siguiente:

UGT está de acuerdo con esta modificación siempre que sirva para rejuvenecer la plantilla creemos que a los 65 años ya está más que cumplida la vida laboral y habiendo firmado en el Convenio de Contrato de Relevo mejor justificado, lo que si hay que seguir pidiendo a la empresa es que hagan contratos indefinidos.

CC.OO. está de acuerdo con loo expuesto anteriormente y lo firmará porque con esto se rejuvenece la plantilla y se genera empleo en la comarca.

USO está de acuerdo en todo pero con una matización, que los trabajadores a los 65 años se pueden jubilar teniendo 35 años cotizados y los que no los tengan que los dejen continuar hasta conseguirlo esto sería para los de dentro y fuera de Convenio.

CIG lamenta la ausencia de la CC que son los afectados actualmente.

Mantiene la misma opinión de la reunión anterior del 6 de marzo favorable a la jubilación a los 65 años y donde manifestó los problemas expuestos por USO.

Finalmente en fecha 29 de mayo de 2003 se reúne la comisión negociadora del XII Convenio Colectivo de la empresa para elevar las modificaciones debatidas en las sesiones referenciadas del comité de empresa, y, en concreto, la modificación del ámbito funcional del Convenio, articulo 4 en el sentido de excluir del ámbito de aplicación del Convenio al denominado personal de función directiva, con excepción de lo dispuesto en el articulo

7.2 (jubilación obligatoria) que si les es de aplicación. Asimismo remodifica el artículo 7 y en lo que aquí interesa el apartado 2 que expresamente establece que la edad máxima de jubilación en la empresa será la de sesenta y cinco."

Modificación que se acoge por resultar así de la documental citada en apoyo de la revisión, concretamente de los folios 44 al 52, obrando en las actuaciones actas levantadas con motivo de la reunión de la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia del Convenio con representantes de la patronal, aunque dicha modificación, como luego se razonará, resulta irrelevante para alterar el signo del fallo.

El segundo de los motivos del recurso se formula con el mismo amparo procesal que el motivo anterior, y tiene por objeto la incorporación al relato fáctico de un hecho probado nuevo, con el número sexto bis), del siguiente tenor literal: "Sexto bis).- El Comité de Empresa está formada por veintitrés miembros. Las cuatro personas que firmaron el acuerdo de 29 de mayo por la parte social a que se hace referencia en el Hecho anterior son miembros del Comité de Empresa y tres de ellos ostentan cargos en el mismo, en concreto don J.L.C.I. el Presidente, don F.J.C. el Vicepresidente y don M.J.F.R. el Secretario del Comité de Empresa". También esta modificación es irrelevante para alterar el signo del fallo, no existiendo inconveniente por la Sala para que la misma se incorpore al relato fáctico, con el fin de completar el mismo.

En el tercero de los motivos de revisión se interesa la modificación del hecho probado séptimo, para que se adicione al mismo, al inicio del texto, la palabra "previamente". Modificación que no se acoge, por cuanto de la modificación del hecho probado sexto ya resulta que, previamente a la modificación del Convenio Colectivo sobre la jubilación obligatoria, existieron reuniones de la Comisión Paritaria de Vigilancia e Interpretación del Convenio, extendiéndose las actas referidas en dicho ordinal.

Por último, se pretende revisar el hecho declarado probado octavo de la Sentencia, para que sea sustituido por otro del tenor literal siguiente: "En fecha 29 de mayo de 2003 la Comisión Negociadora eleva el acta de modificación del XII Convenio Colectivo de la Empresa, que tuvo entrada en la Consellería de Asuntos sociales de la Xunta de Galicia el día 11 de junio de 2003 a los efectos de su registro y publicación. La referida modificación del XII Convenio Colectivo de la Empresa "A.E., S.A." ha sido publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo, mediante resolución de la Consellería de Asuntos Sociales, Emprego e Relacións Laborais en fecha 2 de julio de 2003".

La Sala acoge la revisión invocada, a la vista de los documentos en que se sustenta, folios 39 a 43, y si bien en la pieza del recurso no obra un ejemplar del Boletín Oficial de la Provincia de Lugo de fecha 2 de julio de 2003 como se dice en el recurso, sin embargo, a la Sala le consta la certeza de tal publicación, porque un ejemplar del citado BOP, sobre las modificaciones operadas en el XII Convenio Colectivo de la Empresa, se incorporó a la pieza del recurso 4899/03 de esta Sala, en un caso referido a otro trabajador de la misma empresa.

TERCERO.- En el motivo inicial de censura jurídica, la Empresa recurrente, por el correcto cauce procesal de amparo del artículo 191.c), de la LPL, denuncia infracción por interpretación errónea y aplicación indebida de lo establecido en los artículos 35, 37,1, 14 y 41 de la Constitución Española y de los artículos 4.1.a), 4.2 c), 17.1, 49.1.k), 55.5, 56, 85 y 86.1 del Estatuto de los Trabajadores y de la Disposición Derogatoria del Real Decreto 5/01, de 2 de marzo, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio que suprime la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, así como del artículo 39.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 167 del mismo texto legal y del artículo 7.2 del Convenio Colectivo de la empresa en su redacción dada por la Comisión Negociadora de fecha 29 de mayo de 2003 y publicada en el BOP de Lugo de 2 de julio de 2003, todo ello sobre la base de la validez de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en Convenio Colectivo.

Este motivo de recurso debe examinarse conjuntamente con el siguiente motivo articulado por la empresa recurrente, dado que, como luego se razonará, el XII Convenio Colectivo de la empresa, ni antes ni después de la reforma, resulta de aplicación al actor, por lo que es totalmente innecesario en este caso examinar la validez o no de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en Convenio.

CUARTO.- En el sexto, y último, de los motivos del Recurso, la empresa "A.E., S.A." denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 14, 17 y 35 de la Consti-

tución, así como infracción, por interpretación errónea, de los artículos 82.1 y 3 párrafo primero, 82.4, 83.1, 86.1, 88.1, párrafo primero, 88.3, 90.1, 2, 3, 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1.282 del Código Civil, así como inaplicación de los artículos 2.2, 1.203 y 1.204 del mismo texto legal, también denuncia infracción, por interpretación errónea, de los artículos 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 7.2 y 4 del XII Convenio Colectivo de la Empresa para su Centro de ... Se argumenta por la Empresa recurrente, en esencia, que la variación efectuada en el Convenio de la Empresa ha cumplido con las exigencias procedimentales que impone el Estatuto de los Trabajadores, mostrando su disconformidad con las apreciaciones contenidas en la sentencia recurrida, y haciendo una enumeración de todas las reuniones habidas hasta llegar a la de 29 de mayo de 2003, concluye afirmando la validez de la modificación de los Convenios durante su vigencia, transcribiendo parcialmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 15 de junio de 2001.

La censura jurídica que se dirige contra la Sentencia recurrida, resulta inacogible. Según el relato de hechos probados, el demandante don E.R.L. venía prestando servicios desde el 1º de agosto de 1978 para la demandada "A.E., S.A.", ostentando la categoría profesional de "Oficial 1º-Administrativo", -nivel 7H-, percibiendo una retribución bruta mensual de 2.990,27 eutros, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias. El puesto de trabajo del demandante era considerado dentro del Colectivo denominado "Función Directiva". El actor cumplió 65 años el día 9 de febrero de 2003, y el día 14 de abril siguiente, la empresa remitió al trabajador una comunicación, indicándosele que no debía continuar trabajando, sino que al haber cumplido 65 años de edad, había pasado a la situación de jubilación. Como consecuencia de dicha comunicación, el demandante se vio obligado a abandonar la empresa, iniciando acciones sobre reclamación por despido.

El XII Convenio Colectivo de la empresa demandada, entró en vigor el 1º de enero de 2.000, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004. El artículo 4 del citado Convenio Colectivo, vigente en el momento del cese, establecía que "Por razones de la función quedan excluidos de las disposiciones de este Convenio, a todos los efectos, los puestos denominados de "Función Directiva". Con el objeto de modificar este artículo, así como el artículo 7 del citado Convenio Colectivo, con fecha 6 de marzo de 2003, se reunieron los miembros de la Comisión Paritaria de Interpretación y Vigilancia del Convenio, cuatro miembros, y la patronal (folio 37 de las actuaciones), alcanzando el acuerdo, entre otros, de que la edad máxima de jubilación en la empresa fuese la de 65 años, comprometiéndose la Representación de lo trabajadores al cumplimiento de lo pactado sin excepciones de ningún tipo, y ello, con el afán de rejuvenecimiento de la plantilla. Posteriormente, en fecha 2 de abril de 2003, se reúne el Comité de Empresa, al que se informa de las comisiones de trabajo, entre otras, del de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, dando cuenta de la reunión mantenida con la empresa, y del acuerdo de establecer la edad máxima de jubilación en la empresa a los 65 años (folio 44 de las actuaciones). Posteriormente, con fecha 29 de mayo de 2003 se reunieron, en calidad de Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el Centro de Trabajo de … (hecho probado sexto revisado), las personas que se indican en el mismo, (folio 40 de los autos) cuatro miembros del Comité de Empresa y de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, y don E.M.G., en representación de la empresa, adoptando el acuerdo de dar nueva redacción a los artículos 4 y 7 del Convenio Colectivo. Con fecha 4 de junio de 2003, se reúne nuevamente el Pleno del Comité de Empresa, (folio 48 de los autos) en el que se volvió a dar cuenta del Informe de las Comisiones de Trabajo, entre otros, del Informe de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Convenio, sobre el acuerdo adoptado el 28 de mayo sobre la edad de jubilación, dándose cuenta de la nueva redacción de los artículos 4 y 7.2 del Convenio, mostrando su conformidad las distintas representaciones sindicales de UGT, CC.OO. y CIG, (la C.C. Confederación de Cuadros, no asistió a la reunión). El acta de modificación del XII Convenio Colectivo de la Empresa sería remitido a la Consellería de Asuntos Sociales de la Xunta de Galicia el día 11 de junio de 2003 a los efectos de su registro y publicación, y la referida modificación se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Lugo de fecha 24 de julio de 2003.

Y teniendo en cuenta estos antecedentes fácticos, la cuestión que debe resolverse consiste en determinar si es válida y ajustada a la legalidad vigente la modificación del XII Convenio Colectivo de la empresa "A.E., S.A." para su centro de trabajo de … (Lugo). Y sobre esta cuestión ya se pronunció esta

misma Sala, al resolver el recurso 4.899/03 (Sentencia de 29 de octubre de 2003), referido a un caso de un trabajador de la misma empresa, que también había sido despedido al cumplir los 65 años de edad, por lo tanto los argumentos utilizados en la anterior sentencia, han de ser los mismos que aquí se empleen para desestimar el recurso de la empresa "A.E., S.A."

Se decía en la anterior sentencia, que nos hallamos en presencia de un proceso por despido, y por lo tanto la cuestión que aquí se ventila, viene constituida por el examen de la decisión extintiva de la relación laboral acordada por la empresa, por lo que no cabe examinar aquí si es válida y ajustada a la legalidad vigente la modificación del Convenio Colectivo tal como se planteaba en aquel recurso por la empresa recurrente. La Sala únicamente examina esta cuestión a los meros efectos prejudiciales (art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y a estos efectos, dicho convenio debe considerarse ineficaz e inaplicable al actor, tanto por inobservancia del procedimiento establecido para la modificación del mismo durante su vigencia, como por razones de derecho temporal.

En cuanto a la inobservancia de procedimiento, no se han seguido las reglas del procedimiento previstas para la modificación del Convenio durante su vigencia, (posibilidad de modificación admitida por la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/5.793) y 21 de febrero de 2000 (RJ 2000/2.052), que vienen a coincidir con las establecidas para el procedimiento de elaboración del mismo. Y es que los Convenios regulados por el Estatuto de los Trabajadores (Convenios Estatutarios), artículos 82 y siguientes, están sometidos a un procedimiento de tramitación de inexcusable cumplimiento, y el desarrollo formal de todo el proceso negociador no se deja a la voluntad de las partes negociadoras, sino que está sujeto a unos requisitos de tramitación o de procedimiento que obligan a seguir la vía marcada por el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores y cumplir los requisitos de legitimación previstos en el artículo 87 del citado texto estatutario.

En efecto, el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que en los Convenios Colectivos de empresa o de ámbito inferior, que afecten a la totalidad de los trabajadores, las representaciones sindicales sólo estarán legitimadas cuando en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del Comité. En el presente caso, resulta evidente que las partes negociadoras de la modificación del Convenio Colectivo, en lo que se refiere a la Representación de los Trabajadores, no tenía la representatividad suficiente en ninguna de las reuniones en las que se alcanzó el acuerdo de modificar los artículos 4 y 7 del XII Convenio Colectivo de la Empresa.

Pero con independencia de la representatividad o no, que evidentemente no concurre, si se examina detenidamente el contenido de las actas levantadas con motivo de las distintas reuniones sobre la modificación operada en el Convenio Colectivo, se observa que nunca ha existido reunión alguna de una Comisión Negociadora, con el empleador, sino que la negociación sobre la tan citada modificación se inicia el 4 de marzo de 2003, por representantes de la empresa y por los miembros de la Comisión de Vigilancia e Interpretación del Convenio, cuatro miembros que, además de invadir claramente unas competencias que como miembros de la citada Comisión no les corresponden, tampoco ostentan, ni mucho menos, la representatividad legalmente exigida para operar la modificación de un Convenio Colectivo. En los convenios de empresa o de ámbito inferior las partes negociadoras tienen que estar constituidas por el empresario (o sus representantes) y por los representantes de los trabajadores en la empresa (artículo 88.1 del ET), y los cuatro miembros que integran la citada Comisión de Interpretación y Vigilancia del convenio, no ostentan la citada representación.

Es lo cierto que en las reuniones del Pleno de Comité de Empresa celebradas el 2 de abril de 2003 y el 4 de junio siguiente, se dio cuenta de los acuerdos alcanzados y se debatió y se discutió la modificación del Convenio relacionada con los artículos en cuestión, y es cierto también que todas los miembros del Comité de Empresa presentes en la reunión, pertenecientes a distintas Centrales Sindicales, mostraron su conformidad con las negociaciones alcanzadas respecto al establecimiento de la edad de jubilación obligatoria a los 65 años de edad para todos los trabajadores sin excepción incluido el Colectivo de personal de función directiva (caso del actor). Ahora bien, los acuerdos alcanzados en la negociación no pueden presentarse como un hecho consumado para ser convalidado por el Comité de Empresa –como se hizo en el presente caso-, sino que es el propio Comité de Empresa –como representante de los trabajadores- el que tiene que estar presente en las

deliberaciones y negociaciones con la empresa, sin que pueda válidamente delegar esta facultad en la Comisión de Interpretación del Convenio que negoció con la patronal, dado que este procedimiento no se ajusta a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, que exige la constitución de una Comisión Negociadora, y dicha Comisión es la que tiene la fundamental misión de discutir y, en su caso, adoptar el Convenio Colectivo o su modificación.

En resumen, los acuerdos adoptados sobre modificación del Convenio Colectivo, lo han sido sin que haya existido reunión alguna de la Comisión Negociadora, como órgano representativo de los trabajadores, con la patronal, consecuentemente, al no haberse constituido válidamente una Comisión Negociadora, con la representatividad legalmente exigida, los acuerdos adoptados carecen de la eficacia necesaria para llevar a la modificación del Convenio, por lo que la modificación operada debe considerarse ineficaz e inaplicable al actor.

CUARTO.- A mayor abundamiento, y aunque se admitiese la eficacia de la modificación, la misma no podría ser de aplicación al trabajador demandante, porque tal como se recoge en el relato fáctico, el actor fue cesado en el trabajo el 14 de abril de 2003, en esa fecha la norma convencional no amparaba el citado cese, por cuanto el Convenio vigente en esa fecha, además de no ser de aplicación al actor por tratarse de personal con funciones directivas, no preveía la extinción del contrato por jubilación forzosa, es decir, no establecía una edad máxima para jubilarse forzosamente, la jubilación forzosa para el trabajador al llegar a los 65 años, se estableció por primera vez, en la modificación introducida en el XII Convenio Colectivo y publicada en el BOP de Lugo de fecha 2 de julio de 2003. En materia de Derecho de Trabajo, como bien señala la doctrina científica, impera el principio general favorable a la irretroactividad de las normas, principio consagrado con carácter general para todo el ordenamiento jurídico en el artículo 2.3 del Código Civil, según el cual "las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario", y, en todo caso, son expresamente irretroactivas las disposiciones sancionadoras y las no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución). Cierto es que en las normas sectoriales (Convenios Colectivos) es frecuente el uso de la técnica de la retroactividad, caso de Convenios cuyos efectos se retrotraen a la iniciación de las negociaciones o a la del día de su entrada en vigor, pero con todo, es la retroactividad de grado mínimo la que suele aplicarse en el Derecho del Trabajo, es decir, aquella en que el nuevo Convenio se aplica solo a efectos de la situación anterior que nazcan y se ejecuten después de estar vigente. Pero en el presente caso, por la empresa se pretende otorgar a la modificación introducida en el Convenio una retroactividad de grado máximo, porque se pretende aplicar la modificación operada a situaciones anteriores y a todos sus efectos, incluso los nacidos y ejecutados con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del nuevo Convenio, lo que resulta inaceptable, por cuanto la modificación no puede alcanzar a situaciones y tener consecuencias futuras, derivadas de situaciones producidas con anterioridad. En consecuencia, hay que estar a lo dispuesto en el XII Convenio Colectivo, según la redacción que tenía en el momento del cese del trabajador (14 de abril de 2003), y en esa fecha, como ya se dijo, el Convenio no amparaba la extinción del contrato por alcanzar una determinada edad, por lo que este motivo del recurso, tampoco puede ser acogido.

QUINTO.- Así las cosas, resulta evidente que el cese del actor es constitutivo de despido, por cuanto, el artículo 4 del XII Convenio Colectivo de aplicación establece, expresamente, que las disposiciones del mismo no resultan de aplicación a los puestos denominados de "función directiva", y el actor desempeñaba un puesto de tal naturaleza, y, en cualquier caso, en el Convenio Colectivo vigente en el momento del cese no se establecía un límite de edad máxima de jubilación a los 65 años, dicho límite se estableció en la modificación del Convenio, al introducir un nuevo apartado en el artículo 7, el 7.2, pero como la modificación ya se dijo que era ineficaz e inaplicable al actor, huelga cualquier comentario sobre la aplicación de la misma al caso enjuiciado.

Ahora bien, declarada la existencia de despido, y mostrando su conformidad la Sala con tal declaración, sin embargo debe examinarse si el despido debe ser considerado nulo, tal como entiende la Magistrada de instancia, o si, por el contrario, la calificación correcta es la de improcedencia, que es la pretensión subsidiaria que se contiene en el Suplico de la demanda. La sentencia recurrida sostiene que estamos ante un despido discriminatorio, y por tanto nulo, por estar en abierta contradicción con los artículos 14, 17 y 35.1 de la Constitu-

ción, y de los artículos 2 y 6 de la Directiva 78/2000, y para fundamentar su decisión transcribe parcialmente una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de diciembre de 2002.

Sobre la problemática de pactar en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa, existe una abundante doctrina constitucional, jurisprudencial y científica, esta última contradictoria, singularmente a raíz de la derogación de la disposición adicional 10ª del ET, por el Real Decreto Ley 5/2001, posteriormente convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Resulta innecesario examinar en este caso esta polémica cuestión, por ser irrelevante para la decisión del litigio, cuando, además, el Convenio Colectivo de la empresa, no preveía esta posibilidad, tratando de introducirla por vía de modificación del Convenio, modificación que por las razones ya apuntadas se consideró ineficaz e inaplicable al actor. Ciertamente la conducta de la empresa, de cesar al trabajador por cumplir una determinada edad, en la creencia de que se trataba de una posibilidad prevista en el Convenio Colectivo, en el que se había establecido tras la modificación una edad máxima de admisión al trabajo o de jubilación forzosa, debe ser cuestionada desde la perspectiva Constitucional. En efecto, estamos ante una decisión estrictamente unilateral del empresario, cuya base o fundamento supone una atentado al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación que conforme a los arts. 14 de la Constitución y 17.11 del Estatuto de los Trabajadores debe respetar a todos los trabajadores. Efectivamente, el extinguir el contrato de trabajo al cumplir los 65 años de edad, sin que esta circunstancia se halle prevista en el Convenio Colectivo de aplicación, implica una desigualdad por la edad, sin razón justificativa de la misma, puesto que no se invoca otras circunstancia como justificativa del cese, sino simplemente por esa razón de edad, lo que viola de manera incuestionable lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española y el artículo 17 ET que prohíben expresamente la discriminación por razón entre otras de la edad, consecuentemente acierta la Magistrada de instancia al calificar el cese del trabajador como constitutivo de despido nulo.

En consecuencia, se rechaza la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida, que debe ser íntegramente confirmada, con las consecuencias y efectos previstos en los artículos 202. 3 y 4 y 233.1 de la LPL. Por lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada "A.E., S.A.", contra la sentencia de fecha 11 de julio de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Lugo, en los presente autos 444/2003, seguidos a instancia del actor don E.R.L., sobre reclamación por despido y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir, al que se dará el destino legal, una vez alcance firmeza la presente resolución, manteniéndose el aseguramiento prestado.

3770 **Recurso nº 8.312/2000**

S.CA. SUBVENCIÓNS TRABALLADORES CONTRATADOS DENTRO DE PLAN DE FORMACIÓN. PRAZO DE SOLICITUDE. NORMAS EXCEPCIONAIS E TEMPORAIS. SOLICITUDE FÓRA DE PRAZO E EQUIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a dieciséis de diciembre de 2003

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 8.312/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "E., S.A.", domiciliada en Barcelona, representada por la procuradora doña M.P.C.R. y dirigida por el letrado don M.F.S., contra resoluciones de 14.07.00 desestimatorias de recurso contra otras de la Dirección provincial del INEM de A Coruña sobre solicitud de liquidación por formación teórica de aprendices. Recursos 991590000 al 991590017. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por 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, se señaló para votación y fallo el día tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La entidad mercantil "E., SA", centro de formación homologado por el Instituto Nacional de Empleo para la formación profesional a distancia de trabajadores, solicitó, con fechas 20.09.99 y 04.10.99, las subvenciones correspondientes a 18 trabajadores contratados dentro del Plan de Formación de octubre de 1994; con fundamento en que esas solicitudes se habían formulado pasados cuatro meses desde las fechas de la finalización de los contratos, que habían tenido lugar entre los meses de noviembre de 1997 y junio de 1998, la Dirección Provincial del INEM de A Coruña desestimó las solicitudes, luego confirmadas en vía de recurso de alzada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en las resoluciones que aquí se impugnan.

Con fundamento en la expectativa de derechos generada por "E., SA" y en razones de equidad, solicita la demanda que se reconozca su derecho al abono de las subvenciones solicitadas, a lo que se opone el Abogado del Estado, que sostiene la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas, en la medida en que habían denegado las subvenciones por haberse solicitado fuera del plazo reglamentario.

SEGUNDO.- No se pueden compartir los débiles razonamientos de la demanda en orden a amparar su pretensión de reconocimiento de las situaciones jurídicas individualizadas, más aún cuando no plantea ninguna controversia sobre la norma de aplicación ni niega que todas las solicitudes se habían formulado fuera del plazo establecido.

En efecto, no se pone en duda que las normas aplicables son la disposición transitoria única de la Orden ministerial de 14 de julio de 1998, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación, que entró en vigor el 29.07.98, y la disposición transitoria segunda de la Resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo de 26 de octubre de 1998, por la que se aprueba el modelo de contrato para la formación y se dictan instrucciones para el desarrollo y aplicación de la Orden de 14 de julio de 1998, por la que se regulan los aspectos formativos, que entró en vigor el 09.12.98; según la primera norma citada, el abono de las subvenciones por los contratos formativos que todavía se encuentren vigentes en la fecha de la referida orden ministerial se solicitarán al INEM "en un plazo máximo de cuatro meses a partir de la finalización del contrato inicial o de sus prórrogas", a lo que añade el punto 1º de la transitoria segunda de la resolución de 26.10.98 que si los contratos ya hubieran finalizado antes de la entrada en vigor de aquella Orden de 14.07.98 sin haberse presentado las solicitudes, los interesados "dispondrán de un plazo de dos meses, a partir de la entrada en vigor de la presente resolución, para presentar tales solicitudes".

Pues bien, según consta en los expedientes administrativos, todos los contratos formativos habían finalizado entre los meses de noviembre de 1997 y junio de 1998, esto es, antes de que entrara en vigor la Orden ministerial de 14.07.98, de modo que ya que según la última resolución citada era posible hacerse beneficiario de las subvenciones siempre que se solicitaran hasta el 09.02.99, resulta manifiesto que debían denegarse todas las solicitudes que aquí se fiscalizan, dado que habían sobrepasado aquel plazo excepcional, pues catorce se formularon el 15.09.99, dos el 29.07.99, otra el 14.09.99 y la última el 04.10.99; por lo demás, no puede olvidarse que las normas excepcionales y las temporales no pueden ser aplicadas en momentos distintos de los expresamente comprendidos en ellas, por prohibirlo el artículo 4.2 del Código civil, ni tampoco puede sostenerse que "EPIDE, SA" hubiera adquirido derechos sobre las subvenciones, dado que todavía no se habían patrimonializado, ni tampoco contraviene el principio de

equidad la denegación por presentar las solicitudes fuera de plazo, vulneración que sí se produciría en el caso de que se hubieran reconocido las subvenciones; finalmente, las sentencias que la demanda reproducen nada tienen que ver con el asunto que aquí se trae, ya que ninguno de los supuestos analizados se refiere a la presentación de solicitudes de subvención fuera de plazo, por todo lo cual debe confirmarse la adecuación a derecho de las resoluciones impugnadas y desestimarse el presente recurso.

TERCERO.- Al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa, no se hace imposición de costas a ninguno de los litigantes (artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la entidad "E., S.A.", contra resoluciones de 14.07.00 desestimatorias de recurso contra otras de la Dirección provincial del INEM de A Coruña sobre solicitud de liquidación por formación teórica de aprendices, dictadas por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. No se hace condena en costas.

3771 Recurso nº 8.319/2000

S.CA. ABONO DE HORAS DE FORMACIÓN TEÓRICA POR CONTRATOS DE FORMACIÓN/APRENDIZAXE. EMENDA DE FALTA DE DOCUMENTACIÓN REQUIRIDA. XESTIÓN CENSAL DO IAE. FALTA DE COMPETENCIA DO INEM.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Blanca Fernández Conde

A Coruña, a dieciséis de diciembre de 2003

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 8.319/00, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "C.T.E., S.A.", domiciliada en Barcelona,..., representada por el procurador don J.B.F. y dirigida por la letrada doña C.S.M., contra resolución de 12.11.99 desestimatoria de solicitud de liquidación por abono de las horas de formación teórica por contratos de formación y aprendizaje. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS (5.956 euros).

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 cuatro de diciembre de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugnan en este recurso contencioso-administrativo, las resoluciones dictadas por el Director Provincial del INEM de la Coruña de fecha 12 de noviembre de 1999,que denegaban al recurrente "C.T.E., S.A.", la solicitud del abono de las horas de formación teórica por contratos de formación/aprendizaje, correspondientes a los meses de mayo, junio y agosto de 1999, contra las que el recurrente interpuso recurso de alzada, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda constara resolución expresa de los recursos.

SEGUNDO.- Analizado el expediente administrativo, debe señalarse que:

Las resoluciones impugnadas desestiman la solicitud de liquidación por concurrir el desistimiento en la petición, y fundan la decisión en que la entidad recurrente no aporto la documentación requerida, en el plazo establecido, al amparo del artículo 71 de la PAC.

A la entidad recurrente se le requirió, para que aportara original o fotocopia debidamente compulsada del Impuesto sobre Actividades Económicas del año 1998, clave nacional epígrafe 934 actividad: enseñanza fuera del establecimiento principal.

La entidad contesta al requerimiento alegando que el Centro había realizado una consulta a la Agencia Tributaria y se había interpretado que el epígrafe correspondiente a su actividad era el 932.1 que es por el cotizaron y no el 934 como se les solicitaba, presenta documento acreditativo de la cotización al IAE por el epígrafe 932.1, correspondiente al ejercicio 1998.

La Administración reitera los requerimientos, otorgando el plazo de diez días hábiles para subsanar la falta de la documentación requerida, indicando, que si así no se hiciera, se le tendría por desistida de su petición archivándose esta sin más trámites.

TERCERO.- En el recurso se ejercita una pretensión anulatoria apoyada en síntesis, en la alegación de que la actuación de la Administración es contraria a derecho, al plantear una exigencia inédita, es decir obligar al CTE a estar dado de alta en el epígrafe 934, que es una exigencia no contemplada en la normativa que regula los contratos de aprendizaje y/o para la formación teórica; invoca el articulo 5º de la resolución de 8 de octubre de 1994, que no exige precisamente ese requisito, sino a.- certificado que acredite estar al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, b.- solicitud de liquidación c.- comunicación del acuerdo sobre formación teórica. Y en escrito de conclusiones se añade que el Inem de La Coruña no es Administración competente para obligar a un Centro homologado por el propio Instituto Nacional de Empleo a tributar en un determinado epígrafe.

CUARTO.- En primer término debe significarse, que la formación de la matrícula del impuesto, que incluye, entre otros, la determinación de las actividades sujetas al mismo, los sujetos pasivos y las cuotas mínimas, son cuestiones que afectan a la gestión censal, cuya competencia corresponde a la Administración del Estado, según deriva del régimen jurídico contenido en el artículo 92.1, 3º y 4º de la Ley de Haciendas Locales L. 39/88 de 28 de diciembre, y del Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, de gestión del IAE. De manera que, si como plantea la Administración demandada el epígrafe en el que debe figurar la solicitante no es aquel por el que consta que ha cotizado en el Impuesto sobre Actividades Económicas sino otro, que entiende es mas acorde con la actividad desempeñada, es claro que se están planteando cuestiones que afectan a aquella gestión censal del impuesto, y por ello no son las adecuadas para denegar como ha ocurrido en este concreto supuesto la solicitud de una liquidación, pues no es el INEM, a quien, como se ha dicho, corresponde la competencia para variar los elementos de la matrícula.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las resoluciones impugnadas tienen por desistida a la entidad recurrente, por no presentar un documento - declaración de IAE en un determinado epígrafe 934 -, siendo así que la entidad si presenta aquel por el que ha cotizado epígrafe 932.1, entiende esta Sala que existe base jurídica suficiente para estimar el recurso contencioso.

QUINTO.- Por todo lo expuesto y razonado, la demanda debe ser acogida.

SEXTO.- El art. 139.1 L.J.C.A. dispone que el órgano jurisdiccional impondrá las costas procesales razonándolo debidamente, a aquella parte que sostuviese su acción o interpusiere recursos con mala fe o temeridad.

No apreciando ninguna de estas circunstancias procede no hacer pronunciamiento expreso respecto a las costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la entidad "C.T.E., S.A.", contra resolución de 12.11.99 desestimatoria de solicitud de liquidación por abono de las horas de formación teórica por contratos de formación y aprendizaje, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, debiendo anularse las resoluciones impugnadas por su no conformidad a derecho, y consecuentemente con ello procede declarar, que la Administración debe practicar las liquidaciones por formación teórica que corresponda, ello sin

expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.

3772 Recurso núm. 4.060/99

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN LABORAL PARA COÑECER DE DEMANDA SOBRE ESIXENCIA DE DANOS E PERDAS AO SERGAS POR ASISTENCIA SANITARIA DEFECTUOSA PRESTADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a dieciséis de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.060-99 interpuesto por SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 811/98 se presentó demanda por don A.S.O. en reclamación de INDEMNIZACIÓN siendo demandado el SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiuno de junio de mil novecientos noventa y nueve 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 demandante, nacido el 18 de marzo de 1976, empadronado en el mismo domicilio que sus padres y hermano, sito en el Lugar de …, Pontevedra, aparece con el siguiente historial clínico de acuerdo con la documentación obrante en actuaciones: En fecha 9 de abril de 1981 se elaboró Informe de Hematología Clínica por el Servicio de Hematología de la Residencia Sanitaria "MONTECELO" de Pontevedra diagnosticándose púrpura trombocitopénica esencial o Enfermedad de Werlhof, siendo recomendado el tratamiento con Perdnisona Alonga (al parecer, un corticoesteroide), tratamiento que se reiteró en los posteriores Informes del mismo servicio de 5 de enero y 17 de marzo de 1982. Finalmente, el 30 de julio de 1982, esta R. Sanitaria recomendó remitir al paciente al Hospital Clínico de San Carlos de Madrid (Sección de coagulación de la Dra. E.) ante la sospecha de que pudiera tratarse de una Enfermedad de Von Willebrand. El Prof. E., en documento fechado el 22 de octubre de 1982 bajo el encabezamiento de Hospital Clínico de la Facultad de Medicina de Madrid, realizó un estudio de hemostasia del actor concluyendo con el diagnóstico de Enfermedad de Von Willebrand que podría ser de una variante HB, sin que se hubiera podido realizar la electroforesis biodimensional de factor VIII por falta de plasma. En documento fechado el 27 de noviembre de 1982, suscrito por la Dra. E. bajo el encabezamiento del Hospital Clínico de San Carlos, se resume esencialmente el resultado del estudio reseñado con anterioridad y, en el apartado de tratamiento se indica que "no requiere tratamiento, únicamente como precaución especial deberá evitar los antiinflamatorios y analgésicos del tipo de la aspirina y las inyecciones intramusculares. Ante situaciones de hemorragia importante o intervención quirúrgica deberá acudir a un centro hospitalario especializado y le será administrado preferentemente crioprecipitado de factor VIII o, en su defecto, plasma fresco y concentrado de factor VIII". En el año 1984 presentó traumatismo craneal sin que se le advirtieran fracturas, motivo por el cual se le infundieron crioprecipitados en el servicio de Urgencias del Hospital General de Galicia. En noviembre de 1986, tras una extracción dental que le causó hemorragia incesante, se le suministró factor VIII. Entre el 15 y el 21 de marzo de 1987, el demandante permaneció ingresado en el Hospital General de Galicia diagnosticado de hematoma escrotal post-traumatismo, siéndole infundido de nuevo 500 U. de factor VIII (adquirido a los Laboratorios Landerlan) vía intravenosa. En documento datado el 15 de marzo de 1987 del referido Hospital, consta que la madre del entonces menor de edad autorizó "la realización de todas las técnicas diagnósticas y terapéuticas al aniño que el personal médico del Departamento de Pediatría del H.G.G. juzgue necesarias", pero no se ha constatado que la madre fuera informada adecuadamente ni de las posibilidades terapéuticas ni de los riesgos que pudiera ocasionar a su hijo el suministro de determinados concentrados de procedencia plasmática humana. A los 15 días se objetivó

alteración de la función hepática persistiendo desde entonces la alteración de transaminasas. Desde entonces presentó epistaxis, gingivorragias y hematurias casi diarias a pesar del suministro de tratamiento esteroideo. Remitido al Hospital Juan Canalejo de A Coruña para el estudio de diátesis hemorrágica, en su Informe de 7 de febrero de 1990 se le diagnosticó de Enfermedad de Von Willebrand tipo IIB y trombopatía y trombopenia leve secundarias a dicha enfermedad con hiperafinidad del FvW por receptores plaquetares; entre las recomendaciones de la conducta a seguir se le informó al paciente que evitara los ejercicios violentos, que suspendiera el tratamiento esteroideo, en caso de hemorragia copiosa valorar la posibilidad de efectuar intercambio plasmático o infundir DDAVP o crioprecipitados, y que los preparados de factor VIII comerciales no están indicados en este subtipo de enfermedad de V.W. El 14 de mayo de 1990, el Informe del mismo Hospital se le diagnosticó de pseudotrombopenia importante con agregados plaquetares en sangre periférica y sin normalización del tipo de hemorragia inducida por la droga, cuyo uso se recomienda evitar. El tratamiento de la hepatitis con Inteferón-Alfa tuvo buena respuesta clínica inicial pero, a los 6 meses, se produjo una crisis de ausencia compleja, comenzando tratamiento con Tegretol y, a los 2 meses, se inició tratamiento con Interferón-Beta con buena respuesta clínica, tratamiento que se mantuvo durante un año, comprobándose al suspenderlo que aumentaron las transaminasas y positivización del RNA. En el momento actual, el enfermo se encuentra diagnosticado de Enfermedad de Von Willebrand, trombopatía y trombopenia asociadas a la anterior Enfermedad, Hepatitis C y crisis comiciales; continúa controlado en consulta de los servicios de Hematología, Medicina Interna y Neurología por los episodios compulsivos y debiendo evitar la realización de esfuerzos físicos y trabajos por la presencia de la enfermedad de Von Willebrand, así como evitar estar sometido a actividades de riesgo como la conducción o estar en altura. SEGUNDO.- El Dictamen del E.V.O. de Pontevedra fechado el 6 de marzo de 1998, reconoció al demandante un 66% de menoscabo funcional y orgánico, con el carácter de definitivo, bajo el diagnóstico de Enfermedad de Von Willebrand, Hepatitis C y Epilepsia. TERCERO.- El factor VIII es un factor plasmático antihemofilico cuyo trastorno global ocasiona la Enfermedad de Von Willebrand, consistente en una coagulopatía autonómica dominante y caracterizada por equimosis y hematomas, un tiempo de sangría alargado, la disminución de la adhesión y agregación plaquetaria y el fallo de la actividad coagulante y antigénica del mencionado factor VIII. CUARTO.- El virus de la Hepatitis C (VHC) se aisló en el año 1989 haciéndose obligatoria su posible determinación en sangre destinada a transfusiones en el año 1990. El VHC se trasmite y adquiere fundamentalmente a través de la transfusión de sangre o la utilización de los hemoredivados mal controlados. QUINTO.- Según se infiere del Dictamen pericial practicado a instancias del demandante, en los Catálogos de Especialidades Farmacéuticas de los años 1985, 1986 y 1987 ya se advertía que el concentrado Factor VIII Landerlan tenía como efecto secundario el riesgo de hepatitis. SEXTO.- consta documentalmente en actuaciones, en relación a los diferentes procedimientos de índole administrativa y judicial instados por el actor que: En fecha 3 de mayo de 1997 presentó escrito dirigido a la Dirección General del SERGAS sobre reclamación previa a la vía laboral interesando una indemnización de 100.000.000 ptas. por daños y perjuicios derivados de defectuosa asistencia médico-farmacológica, que fue contestada el 9 de junio siguiente por la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia en el sentido de otorgarle 10 días, conforme previene el art. 71.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para modificar dicha reclamación considerándola como de responsabilidad patrimonial de la Administración sometida al Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Abierto expediente número 7/97 por el SERGAS a raíz del escrito presentado por el actor el 7 de julio de 1997 dirigido a la Dirección Provincial del SERGAS e Pontevedra reclamando la misma indemnización, mediante Resolución de 11 de diciembre de 1997 se acordó el nombramiento de Instructor en la persona de Don J.B.G.B., quien el 16 de junio de 1998 propuso lo tramitación del mismo por el Procedimiento Ordinario, propuesta aprobada por la Secretaría General de aquella Consellería el 22 de julio del pasado año, expediente que no consta haya sido resuelto definitivamente. El 19 de noviembre de 1997, el actor dirigió nuevo escrito a la Dirección Provincial del SERGAS en Pontevedra sobre reclamación previa a la vía laboral, solicitando la misma indemnización ya reseñada. El 5 de diciembre de 1997, el actor interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra contra el SERGAS, tramitada bajo el número 848/1997, pidiendo nuevamente la referida indemnización de cien millones de pesetas (100.000.000 pts.) en concepto de la defectuosa asistencia sanitaria farmacológica que le ha originado contagio de hepatitis C. Mediante Auto de 6 de

marzo de 1998 dictado por dicho Juzgado, previo el requerimiento de inhibición efectuado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Galicia, se acordó acceder a tal requerimiento, de manera que, por providencia de 31 de marzo de 1998 de la indicada Sala se ordenó la devolución de los autos al Juzgado de lo Social por cuanto, antes de proceder a acudir a la vía contencioso-administrativa, se le indica al accionante que ha de agotarse la vía administrativa previa. SÉPTIMO.- Presentada reclamación previa dirigida al SERGAS el 12 de diciembre de 1998, el mismo día de interposición de la demanda, en solicitud de la tantas veces mencionada indemnización, no consta su resolución al día de la fecha".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando como estimo, parcialmente la demanda interpuesta por don A.S.O., contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo condenar y condeno al SERGAS a abonar al actor, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de cuarenta millones de pesetas (40.000.000 pts.) más los intereses legales que pudieran corresponder conforme a los criterios sentados en esta Sentencia".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente, dictándose sentencia en cuya parte dispositiva estableció que "Acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción interpuesta por el Servicio Galego de Saúde en el recurso de suplicación que interpuso frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, de fecha 21.06.99, en autos nº 811/98, sobre reclamación de cantidad, instados por don A.S.O., revocamos la resolución de instancia y sin entrar en el fondo del asunto, absolvemos a la Entidad demandada, entendiendo que la competencia para la sustanciación del litigio corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

QUINTO.- La parte actora instó recurso de casación para unificación de doctrina y elevados los autos al Tribunal Supremo, recayó sentencia de fecha 27 de julio de 2004, en cuyo fallo se estableció: "Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado don E.R.G., en nombre y representación de don A.S.O. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 11 de julio de 2003, en suplicación, contra la del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela de fecha 21 de junio de 1999, en actuaciones seguidas por el ahora recurrente contra el Servicio Galego de Saúde; la casamos anulamos, declarando la competencia del Orden Social de la Jurisdicción para el conocimiento de la demanda, devolviendo las actuaciones a dicha Sala para que resuelva sobre el fondo litigioso. Sin costas. Se rechaza la alegación denunciando con carácter subsidiario la extemporaneidad del recurso de suplicación", y devueltos los autos a esta Sala se dispuso el pase al Ponente a los efectos oportunos.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, acogiendo parcialmente la demanda interpuesta por A.S.O. contra el Servicio Galego de Saúde, condenó al citado Organismo a que abonase al actor, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 40.000.000 de pesetas (240.404,84 Euros) más los intereses legales que pudieran corresponder conforme a los criterios sentados en la propia resolución y, frente a dicha sentencia, el Servicio Galego de Saúde interpuso recurso de suplicación, articulando un motivo primero en el que, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciaba la infracción del artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el párrafo segundo del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la anterior y la Disposición Adicional 12 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 4/1999, de 9 de enero, de modificación de la anterior, haciendo alusión al Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 25.03.99 y al artículo 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que, en el segundo de los motivos, con el propio amparo procesal, denunciaba la infracción de los preceptos contenidos en el Capítulo I, Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en el Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, solicitando la estimación del recurso y que, con revocación de la Sentencia de instancia se le absolviese de los pedimentos de la demanda.

SEGUNDO.- Por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de julio de 20004, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de esta Sala, de fecha 11 de julio de 2003 - por la que, acogiendo la excepción de incompetencia de Jurisdicción interpuesta por el Servicio Galego de Saúde, revocó la resolución de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela en 21 de julio de 1999, y sin entrar en el fondo del asunto absolvió a la parte demandada por considerar que la competencia para la sustanciación del litigio correspondía a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa - se declaró la competencia del Orden Social de la Jurisdicción para el conocimiento de la demanda por lo que, el Alto Tribunal, acordó devolver las actuaciones a esta Sala para que resolviese sobre el fondo litigioso, rechazando la alegación denunciada con carácter subsidiario en orden a la extemporaneidad del recurso de suplicación a que se había referido la parte actora recurrente en casación, de manera que, en este momento procesal, sustanciado ya lo concerniente al primero de los apartados que, en principio, constituían el recurso, cabe entrar a resolver acerca del segundo de los motivos, que el Organismo recurrente interpuso frente a la sentencia de instancia.

TERCERO.- Así las cosas, como ya se estableció en la sentencia dictada por esta Sala de fecha 11.07.03, conviene dejar sentado que no han de tener acogida las cuestiones de carácter procesal que la parte demandante suscita en el escrito de impugnación del recurso, pues, a tenor de lo actuado, no se constata la extemporaneidad de éste ni la concurrencia de defectos en su planteamiento que justificasen la inadmisión del mismo, habiendo sido interpuesto dentro de los plazos y con los requisitos a que se contrae la normativa vigente al efecto, contemplada, a la sazón, en los artículos 188 a 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que, "a priori", se aprecie un defectuoso planteamiento del recurso por infracción del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, como, asimismo, pretende la impugnante en relación con el motivo segundo del citado recurso, que invoca la infracción de normas y Jurisprudencia a que allí se hace referencia, en tanto que la inviabilidad por falta de consignación, a la que también hace mención la parte actora impugnante, carece de consistencia y virtualidad a los efectos de la inadmisión interesada, habida cuenta de lo establecido en el artículo 227.4 de la propia Ley de Procedimiento Laboral.

CUARTO.- En el citado motivo segundo del recurso, aquietándose con los hechos probados, el Organismo demandado al amparo del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, que partiendo de la normativa invocada como infringida, "ut supra" reseñada, arguye, en esencia, a dos cuestiones a resolver que son por un lado, la relativa a si se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para considerar existente la responsabilidad patrimonial del Servicio Galego de Saúde y, por otra parte, el alcance de la cuantía de la indemnización, para el caso de que se considerase la existencia de responsabilidad del citado Organismo.

Realmente, a la luz de la literalidad del motivo segundo del recurso articulado por el Servicio Galego de Saúde puede afirmarse que, en gran parte, el mismo es una copia "cuasi literal" de los argumentos vertidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997, de la que ya se hizo eco el Juzgador de instancia para concluir aseverando que en el caso que nos ocupa y el contemplado en aquella resolución existe una sustancial diferencia relativa al conocimiento que ya existía en el año 1987 en orden a que la transfusión o infusión de "factor VIII" conllevaba el riesgo de contraer hepatitis, aún referida, como apostilla, la resolución "a quo", a "la que desde 1981 se conocía como hepatitis "No A no B", siendo de tener en cuenta que, si como determina la resolución del Tribunal Supremo de referencia "Para que pueda predicarse esa responsabilidad (se refiere a la responsabilidad objetiva de la Administración cuya regulación está efectuada bajo el principio de que no pese sobre determinada persona las consecuencias de los actos de la Administración, por cuanto el reparto de la indemnización de la que resulta deudora por su responsabilidad objetiva, se verifica entre todos los miembros de la sociedad por medio de los correspondientes impuestos) la doctrina jurisprudencial, reiterada en múltiples resoluciones, requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La efectiva realización del daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado, b) Que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa de causa a efecto sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal y c) Que el daño o perjuicio no se hubiera producido por fuerza mayor. A ello

debe añadirse que la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares, que genera la obligación a cargo de la Administración, debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico, que los afectados no tienen obligación de soportar, por no existir causa alguna que lo justifique - sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de d1993 y 4 de octubre de 1995 - lesión que tiene que ser la consecuencia de hechos idóneos para producirla. Sólo en estos casos puede estimarse que concurre una causa eficiente, es decir, una causa próxima y adecuada del daño", en el presente supuesto, como reseña el fundamento jurídico quinto, párrafo tercero, con valor fáctico, que no ha logrado desvirtuar el Organismo recurrente en suplicación, de la actividad probatoria llevada a cabo se desprende que el demandante, A.S.O., padece, entre otras, la enfermedad de Hepatitis C al habérsele infundido en Centros Sanitarios dependientes del citado Organismo, un concentrado de procedencia plasmática humana - factor VIII - vía intravenosa, continuando "en la actualidad" controlado en consulta de los servicios de hematología, medicina interna y neurología por los episodios convulsivos y debiendo evitar la realización de esfuerzos físicos y actividades de riesgo, habiendo sido reconocido por el EVO, en dictamen de 06.03.98, con un menoscabo funcional y orgánico del 66 %, con el carácter de definitivo bajo el diagnostico de Enfermedad de Von Willebrand, Hepatitis C y Epilepsia, sin que, en el presente supuesto, considere la Sala la concurrencia de fuerza mayor que determinase la exoneración de la parte demandada y es que si, en atención a la doctrina jurisprudencial, al efecto sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988, que se menciona en la de 3 de octubre de 1994, se refiere al suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, o como señalan las Sentencias de 2 de febrero de 1980, 4 de marzo de 1981, 25 de junio de 1982 y 3 de noviembre de 1988, citadas en la antes mencionada de 22.12.97, "la fuerza mayor se constituye por «aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado» o como señalan las Sentencias de 7 de junio y 28 de septiembre de 1988 y 10 de noviembre del mismo año «la fuerza mayor se caracteriza por dimanar de sucesos imprevistos e inevitables que rebasan los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraños al desenvolvimiento ordinario de un proceso industrial» o como dice la citada del 3 de noviembre de 1988, el suceso «no tuvo una causa externa o ajena al funcionamiento del servicio", añadiendo la citada sentencia de 22.12.97, que "no se pueden olvidar los requisitos que se derivan de la definición del artículo 1.105 del Código Civil, requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad, y así también se pueden contraponer al caso fortuito y como fuerza mayor, los hechos que no se puedan incardinar, por no poder preverse en el curso normal de la vida, en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos", conviene tener presente que, en el caso que nos ocupa, como señala el inalterado, por incombatido ordinal quinto, en los catálogos de especialidades farmacéuticas de los años 1985, 1986 y 1987 ya se advertía que el concentrado Factor VIII Landerlan tenía como efecto secundario el riesgo de hepatitis, lo que puesto en relación con lo, asimismo, aseverado en el hecho probado cuarto, al señalar que "el VHC se transmite y adquiere fundamentalmente a través de la transfusión de sangre o la utilización de los hemoderivados mal controlados" y que aún cuando la madre del actor, entonces menor de edad, otorgó autorización en el año 1987, según refiere el hecho probado primero, párrafo sexto, la realización de pruebas diagnósticas y terapéuticas al niño que el personal médico del Departamento de Pediatría juzgase necesarias, con motivo de un ingreso del joven por causa de un traumatismo, siéndole infundidas 500 U del "Factor VIII" (adquirido a los Laboratorios Landerlan), vía intravenosa, objetivándose a los 15 días alteración de la función hepática con persistencia, desde entonces, de la alteración de transaminasas y epístasxis, gingivorragias y hematurias, no consta que fuese informada en grado asaz y adecuado, ni de las posibilidades terapéuticas ni de los riesgos que pudiera ocasionar a su hijo la administración de determinados concentrados de plasmática humana, que, por otra parte, le fueron suministrados pese a que, como se dijo, en aquel momento, cuando menos, ya existía la constancia de que ello implicaba el riesgo de hepatitis, a lo que cabe añadir que, como refleja el hecho probado primero, párrafo octavo, según el informe del Hospital Juan Canalejo de 07.02.90, hizo referencia a que los preparados de Factor VII comerciales no están indicados este subtipo de enfermedad de VW, todo lo cual, a juicio de la Sala en coincidencia de criterios con el Juez de instancia, determina la exclusión de la fuerza mayor al no tratarse de una situación imprevisible o inevitable en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, por lo que, no sin dejar patente que, en cuanto a la prescripción a

que se alude en el inciso final del apartado segundo, sin soslayar que el cómputo del plazo no se inicia en supuestos de daños continuados hasta la constatación del definitivo resultado y de las circunstancias concurrentes, debe rechazarse tal óbice, por lo ya establecido en la instancia, en el sentido de que el conocimiento de la enfermedad no es el "dies a quo" sino que este debe fijarse en el momento en que la parte supo del alcance de la misma y que se derivaba de la asistencia sanitaria recibida siendo de tener en cuenta las interrupciones de la prescripción por los escritos y procedimientos, administrativos y judiciales, interpuestos, a que se refiere el ordinal sexto de la sentencia impugnada.

QUINTO.- Sentado lo anterior, cabe establecer, en lo atinente al alcance de la indemnización a abonar por el Servicio Galego de Saúde a la parte demandante, que no se evidencia que el "quantum" indemnizatorio fijado en la sentencia de instancia, en uso de las facultades del Órgano Jurisdiccional para fijar el alcance y entidad de los daños y por ende, el importe de la indemnización, sea inapropiado o desproporcionado, habida cuenta de la edad del demandante y la situación del mismo, debiendo evitar esfuerzos y actividades de riesgo, como la conducción o estar en alturas y concurriendo otras patologías, siendo de recordar que el baremo a que alude el recurrente no se ofrece con carácter vinculante en el presente caso, estando previsto singularmente para la valoración de daños y perjuicios causados en situaciones distintas de la que es objeto de la presente litis, aunque el propio Juez de instancia hubiese hecho mención del mismo en el fundamento jurídico quinto, párrafo sexto, como mera referencia orientativa, sin que a lo establecido en orden a la adecuación al caso de la cuantía indemnizatoria fijada sea óbice el percibo de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social a que alude el recurso, pues tal circunstancia no empece a la posibilidad de reclamación de cantidad a través del cauce aquí seguido, de manera que ha de permanecer inalterada la cuantía indemnizatoria de 40.000.000 de pesetas (240.404,84 Euros) a que se refiere la sentencia de instancia mas los intereses legales que pudieran corresponder conforme a los criterios sentados en dicha resolución.

SEXTO.- En atención a lo expuesto, deviene procedente la desestimación del recurso articulado por el Servicio Galego de Saúde y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por el Servicio Galego de Saúde frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, de fecha 21 de junio de 1999, en autos nº 811/98, sobre reclamación de cantidad, instados por A.S.O., confirmamos la sentencia de instancia.

3773 Recurso núm. 5.611/03

S.S. IMPROCEDENCIA DA REMUNERACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN, AO CONSIGNAR XUDICIAL EN FORME A EMPRESA A INDEMNIZACIÓN CORRESPONDENTE AO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a dieciséis de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.611/2003 interpuesto por la empresa "L.G., 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.V.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "L.G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 491/03 sentencia con fecha 21 de agosto de 2003 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 C.V.G., mayor de edad, con D.N.I. número …,

viene prestando servicios para la empresa "L.G., S.L.", con la categoría profesional de limpiadora y un salario mensual de 429,73 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- La antigüedad en la empresa de la trabajadora es de 1 de junio de 1990, aunque la empresa demandada se subrogó como empleadora el 1 de junio de 2002. TERCERO.- La empresa demandada remitió a la trabajadora carta de despido el cinco de junio de 2003, del tenor literal siguiente: Lamento tener que comunicarle que a partir del día de hoy 05.06.03 queda Vd. Despedida. Los hechos que motivan esta decisión empresarial son los siguientes: Durante el período de tiempo que su encargada doña A.L. estuvo en situación de Incapacidad Temporal, hemos recibido quejas, de la dirección del centro, de cómo se está desarrollando el trabajo (chicles pegados en el suelo, cerquillos en alfombras, etc.). El lunes 2 de junio de 2003, cuando su encargada, acompañada del Gerente de nuestra empresa, le informa de tales hechos Vd. Le insulta y refiriéndose a la encargada le dice que "tiene una lengua de víbora". El martes 3 de junio de 2003, no hace caso a las instrucciones que le da su encargada exigiendo que todas las órdenes tenían que dárselas por escrito, cuando el Gerente de su empresa don M.C. se persona en el centro para aclarar la situación Vd. Le manifiesta que no tiene nada de que hablar con él se da la vuelta y se va. Circunstancias que se ven agravadas porque Vd. durante estos días (lunes y martes) nos ha estado criticando llegando incluso a llorar, ante el personal del centro en que presta sus servicios, por el mal trato que según manifestaba le estábamos dando. Ya en una reunión mantenida con Vd. El 16.04.03 se le expuso que tenía que mantener una buena relación con su encargada, ya que en aquel momento se iniciaron entre ustedes unas rencillas que están perjudicando mucho a esta empresa. Desde la citada fecha y con anterioridad a la misma intenta poner al resto de empleadas contra la empresa. Tiene a su disposición, en las oficinas de la empresa, la liquidación que por saldo y finiquito le corresponde. La empresa ha reconocido la improcedencia del despido. CUARTO.- Con fecha 16 de mayo de 2002 fue despachada demanda de despido presentada por la actora contra las empresas "V.L.A., S.L.", "L.G., S.L." y "S.S.A., S.L.", correspondiendo por turno al Juzgado de lo Social número 4 de Vigo. Con fecha 4 de junio, tras el acto de conciliación celebrado ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 13 de mayo de 2002, la actora presentó escrito desistiendo de la demanda presentada contra las mercantiles demandadas. QUINTO.- El día 13 de mayo de 2002 se celebró ante el servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Vigo conciliación previa a la demanda judicial interpuesta. En el acta se recogió lo siguiente: Abierto el acto y concedida la palabra a todos los intervinientes, estos manifiestan: Por el representante de la interesada compareciente, se alega falta de legitimación pasiva y se compromete a contratar a la solicitante mediante contrato indefinido a tiempo parcial, con jornada de dos horas diarias. La relación laboral se iniciará a todos los efectos el día 1 de junio de 2002. Por la parte solicitante: oídas las manifestaciones anteriores, se acepta el ofrecimiento de "L.G., S.L.", eximiéndola de toda responsabilidad sobre su antigüedad y demás responsabilidades. Respecto a las codemandadas, se afirma y ratifica en el cont4enido de la papeleta de conciliación presentada.- Después de intentar la conciliación con resultado de CON AVENENCIA, respecto de "L.G., S.L.", y SIN EFECTO, respecto de las codemandadas, dando por finalizado el acto. Leída la presente las partes la encuentran conforme y firman conmigo, de todo lo cual, certifico. SEXTO.- La empresa "L.G., S.L." impuso un burofax a la trabajadora el día 29 de mayo de 2002, con el contenido siguiente: Me dirijo a Vd. en base al Acta de Conciliación levantada, celebrada y otorgada el pasado día 13 de mayo de 2002 ante el SMAC, en el expediente nº 4.291/02. Como continuación a la misma, reiterándole nuestra falta de legitimación pasiva, la vengo a requerir para que el próximo día 31 de mayo de 2002 entre las 9,30 y las 10,30 horas pase por el despacho del Letrado don J.D.C.R., sito en la calle …, en Vigo al objeto de firmar el contrato a que hace referencia el acta referida; condición indispensable para comenzar a trabajar en la empresa "L.G., S.L." el día 3 de junio de 2002 (lunes) de 10,00 a 12,00 horas en el Complejo residencial "…", sito en Vigo. SÉPTIMO.- El día 1 de junio de 2002 la empresa "L.G., S.L." y la trabajadora firmaron un contrato de trabajo a tiempo parcial para obra o servicio determinado, con duración hasta fin de obra. OCTAVO.- Presentada papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el día veinte de junio de 2003, la misma tuvo lugar el día tres de julio de 2003, con el resultado de sin avenencia. NOVENO.- El día 4 de julio de 2003 tuvo entrada en el decanato de los Juzgados de Vigo escrito por el que la empresa demandada consignaba la cantidad de 1.478,01 euros por

la resolución del contrato de trabajo, de los que 741,60 euros corresponden a indemnización; 455,17 euros a salarios de trámite y 281,24 euros a liquidación reglamentaria, cantidad que fue ofrecida a la trabajadora en el servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación y que no fue aceptada. DÉCIMO.- La demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña C.V.G., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha cinco de junio de 2003 por parte de la empresa "L.G., S.L.", a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de la trabajadora o abonarle una indemnización de OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE CON NOVENTA Y CUATRO EUROS (8.377,94 euros), 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, así como a que, en ambos casos, le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre "L.G., S.L." en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia se declare "que la antigüedad de la trabajadora en la empresa es desde el 01.06.02 y no desde el 01.06.90, pues como ya ha quedado claro esta parte reconoció la improcedencia del despido". A estos efectos y al amparo del art. 191.B y C L.P.L. interesa la parte la revisión de los H.P. 2º y 4º y denuncia la infracción del art. 16 del Convenio General del Sector de Limpiezas de 2001 o del art. 17 del de 2003, así como del art. 7 y 6.4 del C. Civil.

SEGUNDO.- Del H.P. 2º la parte recurrente interesa que se modifique en el sentido de que donde dice "la antigüedad en la empresa de la trabajadora es de 01.06.90 aunque la empresa demandada se subrogó como empleadora el 01.06.02", pase a declarar lo siguiente: "la antigüedad en la empresa de la trabajadora es de 01.06.02".

Del H.P. 4º se interesa que pase a declarar lo siguiente: "Con fecha 16 de mayo de 2002 fue despachada demanda de despido presentada por la actora contra las empresas "V.L.A., S.L.", "L.G., S.L." y "S.S.A., S.L.", correspondiendo por turno al Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo. Con fecha 4 de junio, tras el acto de conciliación celebrado ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 13 de mayo de 2002, en que la actora declara que oídas las manifestaciones anteriores, se acepta el ofrecimiento de "L.G., S.L.", eximiéndola de toda responsabilidad sobre su antigüedad y demás responsabilidades, respecto a las codemandadas ("V.L.A. S.L." y "S.S.A. S.L."), se afirma y ratifica en el contenido de la papeleta de conciliación, y la actora presentó escrito desistiendo de la demanda presentada contra "V.L.A. S.L." y "S.S.A. S.L.".

TERCERO.- La revisión interesada acerca del H.P. 4º debe conectarse con el H.P. 5º, pues en este se declara el contenido del acto conciliatorio de 13.05.02 a que se alude en el H.P. 4º y que realmente motiva la revisión que acerca de este se interesa. A la vista de ello y de la documental invocada (F. 21 ó 31, 46 y 47), en lo único que procede revisar el H.P. 4º es para que asimismo declare que en tal acto conciliatorio de 13.05.02 "L.G., S.L." hizo el ofrecimiento y demás que se recoge en el H.P. 5º y que la actora contestó lo que en este también consta, así como afirmándose en el contenido de la papeleta frente a las codemandadas "V.L.A. S.L." y "S.S.A. S.L.". Lo restante del texto revisor propuesto está ya debidamente recogido en los H.D.P. 4º y 5º de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Para fundar la modificación que del H.P. 2º se interesa, la recurrente invoca la total falta de prueba de la antigüedad del 01.06.90 a que en aquel se alude y la carga probatoria; que en otro proceso (folios 39 a 47) la actora hablaba de una antigüedad de diciembre de 1972; que las nóminas y contratos, folios 105 a 109, 31 a 35, 44, 45, 55 a 102, acreditan que la actora entró a trabajar en "L.G., S.L." el día 01.06.02; que lo ratifica el acto conciliatorio del SMAC y demás de los

folios 31 a 34 y el desistimiento posterior de la demanda de despido (F. 41 y 47) en conexión con el burofax de los folios 32 a 35 y contratos y finiquitos de los folios 44, 45, 55 a 102; que la misma actora reconoce que no trabajó en ninguna empresa desde el 15.04.02, en que "V.L.A., S.L." la despide, hasta el 01.06.02, remitiéndose a la "vida laboral" (que obra al folio 110).

Ciertamente, la cuestión que subyace en esta revisión que se insta acerca del H.P. 2º está también intervinculada con lo que es objeto de la infracción normativa que se denuncia al amparo del art. 191.C L.P.L., en que desde una vertiente jurídica se aduce como única antigüedad de la actora en la empresa la de 01.06.02 y no la de 01.06.90. Por ello, y sin perjuicio de la definitiva resolución de lo planteado al examinar el derecho aplicado, la revisión que del H.P. 2º se interesa lleva a su rectificación para que refleje exclusivamente la relación laboral mantenida por la demandante desde el 01.06.90 y las vicisitudes que acerca de la misma constan debidamente acreditadas, sin ningún tipo de contenido conclusivo y predeterminante del pronunciamiento, como a la postre resulta el H.P. 2º declarado en la instancia al decir, con la cuestión jurídica subyacente planteada, "… aunque la empresa demandada se subrogó como empleadora el 01.06.02".

Así, dentro de los términos fácticos a que se refiere el H.P. 2º de instancia, petición revisoria y prueba invocada y cuestión jurídica planteada, procede que el H.P. 2º pase a declarar: que la demandante trabajó para la empresa "V.L.A., S.L.", y también para "L.N., S.A.", desde la fecha de que parte la sentencia recurrida, 01.06.90, como pone de relieve la "vida laboral" del folio 110, con baja el día 15.04.02, también reflejado en alguna nómina de "V.L.A., S.L." aportada (folio 134); que la baja a esta fecha 15.04.02 motivó la demanda de despido interpuesta por la actora frente a "V.L.A., S.L.", "S.S.A., S.L." y "L.G., S.L." que se dice en el H.P. 4º, en el contexto –según aparece en autos- de una rescisión a aquella fecha del contrato de limpieza a "V.L.A., S.L.", que originó la conciliación ante el SMAC de fecha 13.05.02 que se refleja en el H.P. 5º, con el posterior desistimiento de la acción frente a todos los demandados que asimismo se declara en el H.P. 4º y 5º; y que a raíz de ello se produce la contratación de la actora por "L.G., S.L." como declaran los H.P. 6º y 7º, trabajando la actora para ésta desde la fecha de que ya se hacía eco el H.P. 2º de instancia, 01.06.02. Esta contratación y servicios para "L.G., S.L." queda constatada asimismo en la invocada documental de nóminas y contratos aportados y vida laboral del folio 110 y que en cierto sentido viene a reflejar también el H.P. 2º de instancia, en relación con los H.P. 4º al 7º, pero inadecuadamente al resultar, dada la cuestión jurídica planteada, una declaración no tanto fáctica cuanto conclusiva-valorativa jurídica, de tal manera que solo se llegará a ella, en su caso, en términos de examen del derecho aplicado.

Por consiguiente, procede revisar el H.P. 2º pero en el sentido dicho de que pase a declarar que la demandante trabajó desde el 01.06.90 en la forma que quedó expuesta, hasta la baja habida el 15.04.02 motivante de demanda por despido, conciliación y demás reflejado en los H.P. 4º y 5º y, a raíz de ello, pasó a prestar servicios para "L.G., S.L." en 01.06.02, suscribiéndose contratación como dicen los H.P. 6º y 7º. La valoración y consecuencias jurídicas de todo ello a los efectos de la cuestión planteada en torno a la "antigüedad" en el contexto del Convenio Colectivo de Limpieza de aplicación ha de hacerse en clave de examen del derecho aplicado, abordando el motivo de Suplicación formulado por la empresa demandada al amparo del art. 191.C L.P.L.

QUINTO.- La propia sentencia recurrida, después de aludir el art. 16 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Pontevedra, plantea y resuelve la cuestión de la antigüedad de la demandante en función de concluir "que el pacto de renuncia a la antigüedad pergeñado el 13.05.02 ante el SMAC es nulo de pleno derecho…", considerando finalmente que la antigüedad a contar ha de ser la referida a 01.06.90. La Sala no aprecia ajustada a derecho la decisión.

El Convenio Colectivo aludido establece, efectivamente, que al término de la concesión de una contrata de limpieza los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a ser adscritos a la nueva titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones en los supuestos, entre otros, de trabajadores en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de 4 meses, sea cual fuese la modalidad de su contrato. El precepto establece, asimismo, que todos los supuestos anteriormente contemplados deberán acreditarse fehaciente y documentalmente por la empresa saliente en el plazo de

3 días hábiles mediante los documentos que señala el propio precepto, plazo que contará desde el momento en que la empresa entrante comunique fidedignamente a la saliente, y a la Asociación Provincial de Empresarios de Limpieza, ser la nueva adjudicataria del servicio, y de no cumplir este requisito la empresa entrante automáticamente se subrogará en todo al personal que preste sus servicios en el centro de trabajo, así como que "en cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y los trabajadores, solo se extingue en el momento en que se produzca la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria". Y en su núm. 4 el precepto se refiere a la subrogación de una nueva titular de la contrata que implicase que un trabajador realizase su jornada en dos centros distintos afectando a uno solo de ellos el cambio de titularidad de la contrata, gestionándose el pluriempleo del trabajador.

Con este contexto normativo resulta que se produce en fecha 15.04.02 el cese laboral de la demandante cuando prestaba servicios para "V.L.A., S.L." y al hilo de la rescisión de la contrata de limpieza por "S.S.A., S.L.", demandando por despido la trabajadora a las dos empresas dichas y a la aquí demandada, siendo por ello que en el acto de conciliación celebrado ante el SMAC en 13.05.02 se produjo lo que declara el HP 5º: "Por el representante de la interesada compareciente, se alega falta de legitimación pasiva y se compromete a contratar a la solicitante mediante contrato indefinido a tiempo parcial, con jornada de dos horas diarias. La relación laboral se iniciará a todos los efectos el día 1 de junio de 2002. Por la parte solicitante: oídas las manifestaciones anteriores, se acepta el ofrecimiento de "L.G., S.L.", eximiéndola de toda responsabilidad sobre su antigüedad y demás responsabilidades. Respecto a las codemandadas, se afirma y ratifica en el contenido de la papeleta de conciliación presentada.- Después de intentar la conciliación con resultado de CON AVENENCIA, respecto de "L.G., S.L.", y SIN EFECTO, respecto de las codemandadas, dando por finalizado el acto. Leída la presente las partes la encuentran conforme y firman conmigo, de todo lo cual, certifico". Con posterioridad a tal acto se produjo, de un lado, el desistimiento de la demanda de despido por parte de la actora; de otro, la contratación de la actora por "L.G., S.L." en 1/6/02 como consecuencia de lo acordado en aquella conciliación y según señalan los HP 6º y 7º; prestación de servicios que duró hasta el despido impugnado en el presente proceso adoptado por "L.G., S.L." en 05.06.03 y acerca del cual reconoció su improcedencia (HP 3º y 9º).

Se deriva de lo expuesto que no cabe otra antigüedad entre las partes y al hilo de la relación laboral que mantenían que la afirmada por la empresa de 01.06.02. Sin que como asimismo se aduce en el recurso, tampoco aparezcan debidamente concurrentes y reflejados los presupuestos del Convenio a la fecha del cese de la demandante ocurrido en 15.04.02 cuando estaba al servicio de "V.L.A., S.L." (la adscripción del personal al término de la concesión de una contrata de limpieza se refiere a los trabajadores que presten servicios en el centro afectado, con una antigüedad mínima, acreditación fehaciente por la saliente…), en todo caso, interpuesta en tal momento por la trabajadora demanda por despido, lo convenido entre actora y empresa aquí demandada en la conciliación ante el SMAC fue inequívocamente el reconocimiento de que "L.G., S.L." no tenía responsabilidad alguna respecto de la demandante, su relación laboral y cese, si bien le interesaba su contratación ex novo, desvinculada de toda relación anterior y/o sucesión de contrata, desde el día 01.06.02; y tal fue lo que reconoció la demandante y asumió inequívocamente, no solo por manifestación expresa en el acto conciliatorio y la contratación posteriormente articulada, sino por mantener la acción de despido frente a las codemandadas en aquella ocasión "V.L.A., S.L." y "S.S.A., S.L.", respecto de las que la actora se ratificó en la papeleta de conciliación presentada y el acto conciliatorio terminó sin avenencia. No subyace en ello renuncia a la antigüedad por parte de la demandante, que el juzgador de instancia califica además de nula de pleno derecho. La demandante lo que hace en aquel acto conciliatorio es reconocer que "L.G., S.L." nada tenía que ver con su relación laboral y que en su caso la responsabilidad en este aspecto era de las otras dos empresas, frente a las que se mantuvo la acción de despido y en el curso de lo cual y en su caso se habrían de satisfacer sus pretensiones acerca del propio despido y antigüedad que decía. No renunció, pues, la demandante a ésta, y en cualquier caso y respecto de "L.G., S.L." lo que habría hecho sería transigir-conciliar en un acto propio legítimo fruto de la ponderación de las circunstancias concurrentes (terminando el acto entre ellos precisamente "con avenencia"). El hecho posterior de desistir de la acción de despido no afectaba en puridad ya a "L.G., S.L.", sino a demandante y las otras dos empresas, no constando a que obedeció, pero que dejó sol-

ventada así y en tal momento la cuestión del promovido despido y antigüedad a aquella fecha de abril de 2002.

Por consiguiente, no cabe traer a colación ahora y frente a "L.G., S.L." la cuestión de la prestación de servicios anterior a la contratación que de la demandante efectuó en 01.06.02 dejándola definitiva y válidamente resuelta la demandante misma como consideró oportuno frente y con la propia "L.G., S.L.", sin que en el acuerdo y conducta de las partes habidas se pueda apreciar una renuncia prohibida por el art. 3 y concordantes del ET o abuso de derecho valorable alguno. Prospera, pues, la infracción legal denunciada por la empresa.

SEXTO.- Si la antigüedad de la prestación de servicios respecto de la demandada "L.G., S.L." es, como esta dice, la de 01.06.02, esta empresa, que en la conciliación ante el SMAC celebrada el día 03.07.03 (folio 3) reconoció la improcedencia del despido que de la actora acordó el día 05.06.03, consignó correctamente la cantidad correspondiente a indemnización, haciendo de aplicación oportuna lo previsto en el art. 56.2 ET. En el HP 9º se declara que el día 04.07.03 la empresa consignó en el juzgado la cantidad de 1.478,01 €, de los que 741,60 € correspondían a indemnización, 455,17 a salarios de trámite y 281,24 a liquidación y que el actor no aceptó, ajustándose la cuantía indemnizatoria al módulo legal en atención al salario del HP 1º y la antigüedad procedente de 01.06.02 (hasta el despido 1 año y 4 días). La STS de 23.01.02 en relación con el art. 56.2 ET redacción anterior a la Ley 45/02, decía que para que tenga lugar la limitación del tiempo de salarios de trámite a que se refería el precepto se precisaba la concurrencia de los siguientes requisitos; A) que la opción corresponda a la empresa. B) que ésta reconozca la improcedencia del despido. C) que asimismo ofrezca la indemnización por despido improcedente legalmente prevista. D) que tanto el reconocimiento como el ofrecimiento se lleven a cabo en el acto de conciliación. Y E) que deposite la indemnización en el juzgado de lo Social y a disposición del trabajador en el plazo de 48 horas siguientes a la celebración del acto conciliatorio.

En el caso y ya siguiendo las prescripciones del actual art. 56.2 ET, se cumplen los requisitos para que tenga lugar la limitación del devengo de los salarios de tramitación que el citado precepto establece, como afirma el juzgador de instancia salvo que ha considerado la antigüedad de 1/6/90. Salarios que han de ir desde el despido hasta la fecha del depósito, dado que habiéndose producido el despido en 5/6/03, la empresa reconoció en el SMAC en 03.07.03 la improcedencia del despido y ofreció la correspondiente indemnización, que al no ser aceptada, propició su consignación en el juzgado al día siguiente.

En tal sentido procede acoger al recurso y revocar la sentencia dictada en la instancia, manteniendo la declaración de improcedencia del despido y declarando la procedencia de la indemnización ofertada y consignada por la empresa, con limitación de los salarios de trámite en la forma dicha conforme al art. 56.2 ET. La opción ya la efectuó la empresa por la indemnización, también tras la sentencia dictada en la instancia

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa Limpiezas "L.G., S.L.", revocamos en parte la sentencia dictada en autos nº 491/2003 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo con fecha 21.08.03; y en consecuencia, estimando en parte la demanda interpuesta por doña C.V.G. contra "L.G., S.L.", con mantenimiento de la declaración de improcedencia del despido de que fue objeto la demandante y efectos oportunos, declaramos asimismo de aplicación el art. 56.2 E.T. y bien hecho el ofrecimiento y depósito de indemnización por el despido improcedente, que es la que corresponde, dejando sin efecto la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia y quedando limitados los salarios del art. 56.1.B ET a los devengados desde el despido hasta consignación efectuada en 04.07.03.

3774 **Recurso núm. 1.341/01**

S.S. INCOMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. EXCEPCIÓN DE PRIORITARIO COÑECEMENTO. PRETENSIÓN RELATIVA Á XESTIÓN RECADATORIA DA TXSS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a diecinueve de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.341/03 interpuesto por don P.P.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don P.P.M. en reclamación de INCOMPETENCIA siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAUDE Y T.G.S.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 514/02 sentencia con fecha veintiuno de noviembre de dos mil dos 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 P.P.M., viene prestando servicios como personal estatutario, con nombramiento eventual, por cuenta y orden del SERGAS como personal de refuerzo de Atención Primaria, para la realización de guardias de Atención Primarias, urgencias extrahospitalarias con una antigüedad de 10 de julio de 1999, ocupando la categoría A.T.S.-D.U.E. de Urgencias Extrahospitalarias, percibiendo un salario mensual de 1.500 Euros.- SEGUNDO.- El demandante se vinculó en fecha 10 de julio de 1999 con el SERGAS por sucesivos nombramientos singulares estatutarios de carácter eventual como personal de refuerzo de Atención Primaria, para la realización de guardias de Atención Primaria en urgencias extrahospitalarias.- TERCERO.- El actor realizó la siguiente jornada durante el período 2000-2002:

JORNADA ANUAL	HORAS DE GUARDIA	HORAS CONSULTA	TOTAL
AÑO 2000	248 h. o 27 días	112 h. o 16 días	360 h.
AÑO 2001	1.116 h. o 116 días	574 h. o 107 días	1.690 h.
AÑO 2002	785 h. o 86 días	539 o 94 días	1.324 h.

CUARTO.- El SERGAS realiza nombramientos eventuales diarios para la categoría de A.T.S.-D.U.E. fuera del cuadro de personal, siendo la causa de temporalidad el déficit circunstancial de personal, para la realización de guardias de PAC, siendo retribuida la actuación de cada guardia con el valor-hora establecido por la normativa vigente 8,33 Euros por hora de presencia, cualquiera que sea el vínculo de la sustitución. Dichos nombramientos son aceptados por el actor y, en el caso de no serlo, establece una penalización consistente en la pérdida del puesto de la lista de espera, pase al último lugar de la misma y, eventualmente, la expulsión de la lista de espera.- QUINTO.- El SERGAS da de alta al actor y cotiza por el mismo el sistema de la Seguridad Social exclusivamente los días que presta servicios bajo nombramiento diario eventual, permaneciendo de baja en la Seguridad Social el resto de los días en que no presta servicios efectivos en el PAC.- SEXTO.- En fecha 15 de febrero de 2000 en el marco de la Mesa Sectorial de negociación del Personal Sanitario los representantes de la Administración Sanitaria y las Centrales sindicales CCOO, CESM, CSI-CSIF, SATSE, UGT y la Central Sindical que promueve la presente acción de conflicto colectivo CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) han suscrito y firmado un pacto por el que se regulan determinadas condiciones de trabajo del personal que presta sus servicios en el ámbito de las urgencias extrahospitalarias en la Atención Primaria del Servicio Galego de Saúde, en cuyo punto 12.5 señala lo siguiente: "Para la cobertura de atención urgente extrahospitalaria en los supuestos en que se requiera vinculación de profesionales, con carácter temporal, de las categorías de médico de familia y A.T.S.-D.U.E. se elaborará un Listado Especial dentro de las listas ordinarias de esas categorías. Los aspirantes que figuren en la lista de las citadas categorías podrán solicitar voluntariamente la incorporación de ese listado especial que se configurarán siguiendo el número de orden del listado general correspondiente. A tal efecto harán constar su opción en el apartado previsto en el modelo formalizado de solicitud. Los profesionales inscritos por ese orden y de forma rotatoria cubrirán las necesidades de atención urgente extrahospitalario y las demás de carácter temporal que supondrían vinculación de un mes o período inferior, en los ámbitos territoriales de servicio de atención primaria o punto de atención continuada (PAC) según se determine, en cada caso, en el marco de la Comisión Central de Seguimiento del Pacto. La Comisión Central de Seguimiento, con base en las circunstancias configuradotas de esos marcos territoriales, necesidades concurrentes y número de aspirantes inscritos, fijará los criterios generales de concreción, actuación y ordenación de los llamamientos de los aspirantes para su puesta en práctica por las Xerencias de Atención Primaria correspondientes. Serán de aplicación a los aspirantes las

medidas de penalización…".- SÉPTIMO.- La T.G.S.S. emitió informe de vida laboral del actor, en fecha 13.09.02, en el que constan los días que figura de alta el actor y las empresas y durante los períodos que se relacionan, folio 451 a 455, desde el 10.07.99 hasta el 26.10.02 para el SERGAS GERENCIA DE ATENCIÓN PRIMARIA que dan un total de 518 días cotizados.- OCTAVO.- El actor interpuso reclamación administrativa previa frente al SERGAS y la T.G.S.S., en fecha 07.06.02 que fue desestimada por resolución de la T.G.S.S. de fecha 10.06.02 en la que se hace constar lo siguiente: "Hechos.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 32.3.1 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, (que se cita en los fundamentos de derecho), las altas deben solicitarse con carácter previo al inicio de cada período de actividad y las bajas dentro del plazo de los 6 días naturales siguientes al día del cese en ese trabajo (apartado 3.2º de dicho artículo 32) de lo que resulta que debe permanecer en alta durante todos los días en los que presta servicios, incluyendo la fecha del comienzo y la finalización de estos. Siendo esta la regla general.- aplicable, asimismo, a los trabajadores fijos discontinuos-, no acabe admitir ninguna excepción de este ámbito, salvo regulación expresa. A este respecto el alta debe practicarse no con motivo del nombramiento de atención continuada, sino a raíz de la realización de módulos concretos o prestación de servicios efectivos por el trabajador. Es decir, solamente debe permanecer en alta, y por consiguiente cotizarse, durante los días de prestación de servicios efectivos. Fundamentos de derecho.- Artículo 32 del Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, aprobado por real Decreto 84/1996, de 26 de enero (B.O.E. de febrero).- Resuelve.- Desestima la solicitud presentada por don E.B.G. NAF …, en fecha 20.05.02, sobre su permanencia en alta durante el período en que no presta servicios efectivos para el Servicio Galego de Saúde".- NOVENO.- El actor agotó la reclamación administrativa previa frente al SERGAS en igual fecha 07.06.02 que fue desestimada por nueva resolución expresa de fecha 14.10.02".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: "FALLO: 1) Que debo desestima y desestimo la excepción de falta de acción invocada por al T.G.S.S. por las razones expuestas en le fundamento de derecho segundo de la presente resolución. 2) Que debo estimar y estimo la excepción de falta de jurisdicción por razón de la materia, invocada por el SERGAS, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho tercero de la presente resolución y en consecuencia en la demanda deducida por don P.P.M., contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el SERVICIO GALEGO DE SAUDE en reclamación sobre derechos debo absolver y absuelvo en la instancia a los organismos demandados de las pretensiones deducidas en su contra, haciendo saber a la parte actora que el orden jurisdiccional competente para el examen de su pretensión es el contencioso-administrativo".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifique el ordinal 6º) para, previa supresión de la redacción en cursiva, adicionarle lo siguiente: "Serán de aplicación a los aspirantes las medidas de penalización y suspensión de llamamientos previstos en los puntos 11 y 8 respectivamente de este pacto", así como que: "El actor entre el día 6 de octubre del 2000 al día 26 de octubre del 2002, estuvo vinculado temporalmente al sergas como ATS.-DUE, para la cobertura de la atención urgente extra hospitalaria y las demás de carácter temporal que supondrían vinculación de un mes o período inferior en el PAC de P., sin poder renunciar a ningún llamamiento efectivo por parte del Servicio Galego de Saúde bajo penalización de las previstas en el Pacto". Cita en apoyo de tal proposición la testifical rendida en juicio.

No se admite la modificación propuesta por cuanto de conformidad con el art. 191.b) LPL la modificación del relato fáctico solo puede sustentarse en prueba documental o pericial que de modo palmario demuestre el error del juzgador en la valoración de la prueba, no siendo apta a los fines revisorios la prueba testifical.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción del art. 3.1.b) LPL y doctrina contenida en la STS de 29.04.02 argumentando que no se trata de una cuestión de índole recaudatoria, sino de afiliación altas y bajas o permanencia en el sistema y por tanto el enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción social.

La invocación de la excepción de incompetencia de jurisdicción - estimada en la instancia - obliga a la Sala a conocer de la misma sin someterse a los estrictos limites formales del recurso de Suplicación no quedando vinculada a las alegaciones de las partes, sino que permite el análisis del total material probatorio existente en autos, tal como tiene sentado de forma reiterada la doctrina de nuestro mas Alto Tribunal, (SSTS 23.01.90 y 01.03.90 entre otras), en consecuencia y entrando en el análisis de los autos se observa que el objeto del litigio se refiere, en esencia, a que: "1.- se declare el derecho del actor a que el Servicio Galego de Saúde cotice por él durante todos los días que dure el vinculo con dicha administración en virtud de los sucesivos nombramientos como personal de refuerzo de atención primaria; 2.- se condene al Servicio Galego de Saúde a efectuar las cotizaciones no efectuadas hasta el momento y a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por tales declaraciones y a exigir al Servicio Galego de Saúde tales cotizaciones; 3.- se reconozca expresamente efectos retroactivos a dichas declaraciones en el sentido de que se condene al Servicio Galego de Saúde y ala Tesorería General de la Seguridad Social a reconocerme todos los efectos legales y económicos consecuencia de mi alta en Régimen General desde octubre del 2000"; y planteada así la cuestión, si bien la Sala disiente de la mecánica de la resolución de instancia que primero resuelve la excepción de falta de acción para lo cual con buena lógica jurídica debería haber asumido la competencia por razón de la materia, pues solo el Juez competente para conocer de la acción ejercitada puede pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de su ejercicio, pues como ya establecía el art. 538 de la antigua LEC el orden de resolución de las excepciones comienza por la de falta de jurisdicción o de competencia, y así el art. 533 señalaba como la primera de todas precisamente la falta de jurisdicción o competencia, e igualmente, en la actualidad la nueva LEC 1/2000 de siete de Enero, también predetermina que la excepción de incompetencia de Jurisdicción ha de ser planteada en primer lugar por el cauce de la declinatoria art. 63, señalando un plazo breve para su proposición bien antes de contestar la demanda o antes de la comparecencia, con lo que viene a reiterarse, que primero ha de ser resuelta la cuestión de competencia y posteriormente el resto de obstáculos procesales (art. 416 NLEC), por tanto dicha excepción no debió ser resuelta en instancia, defecto al que no se anuda en esta alzada la nulidad de actuaciones de dicha resolución, en aras de los principios de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y de celeridad art. 74.1 LPL ya que no se lograría beneficio positivo alguno para el proceso, bastando a tal fin con tener por no puesto el pronunciamiento que al respecto contiene dicha resolución.

Dicho lo cual, del suplico de demanda, en sus tres apartados, luce con claridad meridiana el ejercicio de una acción cuya finalidad se dirige a que la Tesorería General de la Seguridad Social recaude y liquide cotizaciones al Servicio Galego de Saúde por los tiempos "a disposición" o "de servicios" –cuestión no aclarada convenientemente-, en beneficio del demandante, y a tenor de lo establecido en el art. 9.4 de la LOPJ, es la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para llevar a cabo el control de la función recaudatoria de la Seguridad Social, dada la naturaleza administrativa de los actos que regulan, en todas sus fases, el desarrollo de la gestión recaudatoria, y el art. 3.1-b) de LPL, establece que no serán conocidas por los órganos del Orden Social de la Jurisdicción las impugnaciones de "las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta", siendo la expresión "gestión recaudatoria" y su contenido, el núcleo central del debate examen realizado por la STS de 29.04.02, dictada en unificación de doctrina la que ha establecido que dicha expresión se ha de entender en sentido amplio, esto es que, tal expresión alcanza, cuando se trata de las cotizaciones, no sólo a esas operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe, señalando en apoyo de tal criterio la doctrina contenida en sus resoluciones precedentes de 20 de julio de 1990 (RJ 1990\6.444) y 21 de septiembre de 1987 [RJ 1987\6.220], remitien-

do al orden contencioso administrativo «tanto si la controversia afecta a la declaración y determinación de la deuda contributiva, como cuando,.., se combate un acto correspondiente al procedimiento estrictamente recaudatorio de una deuda ya declarada y liquidada», habiéndose declarado la falta de jurisdicción del orden social cuando se trataba [...] de asimilación de categorías profesionales en los grupos de la tarifa de cotización por contingencias comunes y de declaraciones sobre el alcance en el tiempo de la obligación de cotizar (sentencia de 27 de marzo de 2001), fundándose para tal conclusión en la propia redacción del artículo 3.1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral según el cual la actividad recaudatoria se entiende en este precepto en sentido amplio, como una actividad que, en el ámbito de las relaciones de cotización, comprende todas los actos de declaración de la deuda y de fijación de su importe, como, en el artículo 18 de la Ley General de la Seguridad Social, que la define como una actuación que comprende tanto la recaudación en vía ejecutiva, como en período voluntario y esta última incluye las operaciones típicas de declaración de la deuda, las actas de liquidación, las reclamaciones de deuda y los actos recaudatorios conexos, consecuentemente, siendo lo postulado por el actor la declaración de la obligación de cotizar por parte del Servicio Galego de Saúde, la obligación de la Tesorería General de la Seguridad Social de recaudar y requerir a aquel las cotizaciones, todo ello en referencia al tiempo de servicios del actor, tal objeto de litigio, entra dentro del contenido de la acción de "gestión recaudatoria" encomendada a la Tesorería General de la Seguridad Social, actos cuyo enjuiciamiento de legalidad corresponde al la Jurisdicción contencioso administrativa, por ello, al haberlo entendido así el Juzgador de instancia se desestima el recurso y se confirma, en parte la resolución recurrida, tal como también informa el Ministerio Fiscal.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por don P.P.M. contra la sentencia dictada el 21.11.02 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Ferrol en autos Nº 514-2002 sobre reclamación de derechos contra el Servicio Galego de Saúde y la Tesorería General de la Seguridad Social y confirmando en parte dicha resolución se mantiene la declaración de incompetencia de la jurisdicción social para conocer del presente litigio, remitiendo a la parte actora, si le conviene, a la Jurisdicción contencioso administrativa para el enjuiciamiento de sus pretensiones, dejando sin efecto el resto del fallo recurrido.

3775 Recurso núm. 5.734/03

S.S. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO, A EXTINCIÓN DO CAL POLO EMPRESARIO HA DE CUALIFICARSE COMO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a veintidós de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.734/03 interpuesto por don J.M.I.P. y S.A.D.C.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.I.P. en reclamación de Despido siendo demandado SOCIEDADE ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 87/03 sentencia con fecha catorce de julio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la petición subsidiaria de la demanda.

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

"PRIMERO.- Don J.M.I.P. formalizó su primer contrato de asistencia técnica con la

demandada el 10 de julio de 1996.- El precio del contrato era de 1.350.000 ptas (225.000 ptas. mensuales).- El plazo máximo de ejecución del contrato eran seis meses.- El actor quedaba obligado a darse de alta en el RETA.- Se pacta que la prestación del servicio tendría lugar en el centro de trabajo de la demandada situado en … -Santiago.- El contrato se formaliza para la ejecución por don J.M.I.P. del siguiente trabajo:- 1).- Formación de un SIG para la gestión de la Red Fluvial de Galicia.- 2) Edición de la cartografía hidrográfica.- 3).- Realización de la cartografía de los usos del suelo.- Este contrato finalizó el 31 de diciembre de 1996.- SEGUNDO.- El segundo contrato de asistencia técnica se formalizó el 2 de enero de 1997.- El plazo de ejecución fueron tres meses.- El precio del contrato 675.000 pesetas (225.000 pesetas mensuales).- El actor quedaba obligado a darse de alta en el RETA.- El contrato se realiza para la ejecución por parte de don J.M.I.P. del siguiente trabajo: - 1).- Formación de un SIG para la gestión de la Red Fluvial de Galicia.- 2) Edición de la cartografía hidrográfica.- 3).- Realización de la cartografía de los usos de suelo.- Este contrato finalizó el 2 de abril de 1997.- TERCERO.- El tercer contrato de asistencia técnica se formalizó el 2 de junio de 1997.- El plazo de ejecución pactado fue desde el 2 de junio al 31 de diciembre de 1997.- El precio del contrato era de 225.000 ptas. mensuales.- El actor quedaba obligado a darse de alta en el RETA.- El contrato se realiza para la ejecución por parte de don J.M.I.P. del siguiente trabajo:- 1) Actualización de los datos de la Orden General de Vedas a escala 1:25.000.- 2) Inventariación de hábitats y estudios de las poblaciones piscícolas.- 3).- Actualización y modificación de los cotos de casa y de su base de datos.- 4).- Inventario de las especies cinegéticas.- Este contrato finalizó el 31 de diciembre de 1997.- CUARTO.- El cuarto contrato de asistencia técnica fue formalizado el 1 de agosto de 1998.- Su plazo de ejecución fue desde dicha fecha hasta el 31 de diciembre de 1998.- El precio del contrato fue de 1.125.000 pesetas (225.000 pesetas mensuales).- El actor quedaba obligado a darse de alta en el RETA.- El contrato se realiza para su ejecución por parte de don J.M.I.P. del siguiente trabajo:- 1).- Edición de cartografía digital.- 2).- Diseño y elaboración de las tablas de entidades para la confección de los mapas.-3).- Análisis de la información en GIS.- QUINTO.- El quinto contrato de asistencia técnica fue formalizado el 2 de enero de 1999.- El plazo de ejecución fue desde dicha fecha hasta el 31 de diciembre de 1999.- El precio del contrato era de 3.118.200 pesetas (259.850 pesetas mensuales).- El actor quedaba obligado a darse de alta en el RETA.- El contrato se realiza para la ejecución por parte de don J.M.I.P. del siguiente trabajo:- 1) Edición de cartografía digital.- 2) Diseño y elaboración de las tablas de entidades para la confección de los mapas.- Análisis de la información en GIS.- SEXTO.- El sexto contrato de asistencia técnica se formalizó el 17 de marzo de 2000.- El plazo de ejecución era desde esa fecha hasta el 17 de enero de 2001.- El precio del contrato era de 2.650.862 ptas. (265.086 ptas. mensuales).- El actor quedaba obligado a darse de alta en el RETA.- El contrato se realiza para la ejecución por parte de don J.M.I.P. del siguiente trabajo.- 1).- Desarrollo de aflicción GIS sobre SITGA.- Manejo y gestión de Sistemas de Información Geográfica.- 3).- Inventariación de especies animales y vegetales.- 4).- Trabajo de campo.- 5).- Edición cartográfica.- 6).- Análisis de información en el SITGA.- Este contrato fue prorrogado hasta el 17 de octubre de 2001, y en una segunda prórroga hasta el 31 de diciembre de 2001.- SÉPTIMO.- El séptimo contrato de asistencia técnica se formalizó el 7 de enero de 2002.- El plazo de ejecución era desde esa fecha hasta el 7 de enero de 2003.- El precio del contrato era de 20.479,31 euros (1.706,61 euros mensuales).- El actor quedaba obligado a darse de alta en el RETA.- El contrato se realiza para la ejecución por parte de don J.M.I.P. del siguiente trabajo:- 1) Desarrollo de aplicaciones sobre el SITGA.- 2) Manejo y gestión de Sistemas de Información Geográfica.- 3) Edición de cartografía digital.- 4).- Elaboración de ortofotomapas.- 5).- Trabajo de campo.- 6).- Análisis de información del SITGA.- OCTAVO.- El 8 de enero de 2003 la demandada comunicó al actor la siguiente carta:- "De acuerdo con el contrato firmado por Vd. el 7 de enero de 2002 (del cual se adjunta fotocopia) en su cláusula Tercera: El período de ejecución del presente contrato será desde el 7 de enero de 2002 al 7 de enero de 2003, se le comunica que esta fecha ha vencido, y entendemos que no existe relación contractual alguna a partir de la fecha mencionada y como consecuencia de la extinción de dicho contrato, queda eximido de cualquier relación profesional con el personal de esta empresa y de la presencia física en las instalaciones de la misma, para la realización de cualquier tarea, que no sea la de cliente de esta empresa".- NOVENO.- El hoy actor compareció voluntariamente como testigo de la parte actora en los autos 748/02 seguidos en el Juzgado de lo Social número

Uno de esta Ciudad, relativos a la demanda interpuesta por doña A.I.Q.A. contra la Sociedad Anónima para el Desarrollo Comarcal de Galicia.- DÉCIMO.- El actor prestaba servicios en el centro de trabajo de la demandada situado en …-Santiago.- Los instrumentos de trabajo del actor, la mesa, el ordenador y demás material de la oficina, le eran suministrados por la demandada.- Don J.M.I.P. realizaba el mismo horario que los trabajadores contratados por la entidad con régimen laboral, y era de 8,30 a 15 horas, y una tarde a la semana de 16.30 a 19.00 horas.- A partir de una nota interna de la empresa, tanto los contratados laborales como los autónomos contratados como actor por asistencias técnicas, tenían que cubrir los mismos impresos para la solicitud de días libres y festivos, así como para la mudanza de horario de tarde.- Ambos colectivos estaban obligaos a cubrir partes semanales de horas trabajadas, y los impresos eran idénticos para el personal laboral y el autónomo.- El trabajo, horario y descansos del actor eran supervisados por un jefe de área.- UNDÉCIMO.- El 17 de enero de 2003 la Sociedad para el Desarrollo comarcal de Galicia anunció la iniciación de un proceso selectivo tendente a la contratación por obra y servicio determinado (carácter temporal) de las siguientes plazas:- 5 titulados superiores.- 4 titulados grado medio.- 6 titulados FP.- Esta convocatoria se publicó exclusivamente en el tablón de anuncios de la entidad demandada.- DÉCIMOSEGUNDO.- Antes de su cese el actor se reunió por lo menos en una ocasión con el Sr. P.L., en aquel entonces consejero delegado de la demanda, y le expuso su desacuerdo con la situación en la que se encontraban los autónomos, e instando a la sociedad a que se decidiese a contratarlos en régimen laboral.- DECIMOTERCERO.- Durante su contratación por la demandada, el actor abonó el impuesto de Actividades económicas.- DECIMOCUARTO.- El primer contrato del actor estaba vinculado al Convenio suscrito por la demandada con la Dirección General de Montes y Medio Ambiente Natural.- DÉCIMOQUINTO.- El 6 de noviembre de 1998 la Sociedad Anónima para el desarrollo comarcal de Galicia y la Consellería de Justicia y relaciones laborales firmaron un Convenio de colaboración que finalizó el 31 de diciembre de 1998.- El 21 de setiembre de 1999 ambas entidades suscribieron otro convenio de colaboración con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1999.- El dos de octubre de 2000 volvieron a firmar un nuevo Convenio de colaboración con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2000.- El 29 de junio de 2001 ambas firmaron otro Convenio de colaboración con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2001.- El 10 de julio de 2002 firmaron un nuevo Convenio con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2002.- DÉCIMOSEXTO.- La forma de remuneración del actor se articulaba a través de abono de distintas facturas por la demandada por importes idénticos mes a mes, según los distintos contratos.- En el mes de mayo e 1997 no consta que le fuese abonada al actor ninguna factura por la Entidad demandada.- Tampoco constan abonos de facturas desde enero de 1998 a agosto de ese año.- En enero de 2000 sí existe abono de una factura al actor por la demandada, relativa al periodo 1 a 20 de enero, y por el importe de 259.747 pesetas.- El 2 de marzo de 2000 se le abonó una factura por el período 2 al 24 de febrero por el importe de 259.747 pesetas.- El 31 de marzo de 2000 se le abonó una factura de 259.765 pesetas.- DECIMOSÉPTIMO.- En el momento del cese del actor el importe de las facturas abonadas por la demandada ascendía a 1.672,47 euros.- DÉCIMOCTAVO.- El actor no prestó servicios para la demandada en los siguientes períodos..- De abril de 1997 a junio de 1997.- enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio de 1998.- DÉCIMONOVENO.- Desde enero de 2002 a enero de 2003 prestaron servicios para la demandada 57 profesionales en régimen de asistencia técnica.- De los anteriores un número de quince fue contratado laboralmente por la demandada el 5 de marzo de 2003.- VIGÉSIMO.- El actor permaneció en situación de alta en el régimen especial de autónomos de la Seguridad Social en los siguientes períodos:- "E.S.G., S.A.": 07.02.94 a 06.06.95.- Prestación Desempleo extinción: 07.02.95 a 06.06.95.- A Coruña 01.07.96 a 31.3.1997.- A Coruña 01.06.97 a 31.12.97.- A Coruña 01.06.97 a 31.12.97.- Investigación y desarrollo sobre el 01.08.98 a 31.01.03 - VIGÉSIMOPRIMERO.- El día 4 de febrero de 2003 tuvo lugar el acto de conciliación ante el SMAC, el cual terminó sin efecto.- VIGÉSIMOSEGUNDO.- Don J.M.I.P. no ejerció durante el año anterior a la fecha de despido la condición de delegado de personal o miembro de comité de empresa"

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO:- Que debo estimar la petición subsidiaria formulada en la demanda interpuesta por don J.M.I.P., contra la Sociedad Anónima para el Desarrollo Comarcal de Galicia, rechazando la declaración de nulidad de

despido y declarando el despido del actor improcedente, y condenando a la empresa a readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían al producirse el despido, o la elección de aquélla, a que le abone una indemnización de once mil ciento treinta y dos con setenta y tres euros (11.132,73) en concepto de indemnización, y en ambos casos con abono de la suma de diez mil cuatrocientos setenta y nueve con doce euros (10.479,12) en concepto de salarios de tramitación, más los que se devenguen desde la fecha de la sentencia hasta la de su notificación a razón de un salario diario de cincuenta y cinco con setenta y cuatro euros (55,74).".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por ambas partes siendo impugnados de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Las partes recurren la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido litigioso tras desestimar su nulidad, y solicitan con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, el trabajador demandante propone:

A) Añadir al apartado 8º de sentencia: "El indicado día únicamente fue cesado el actor y su compañera sentimental doña E.N.D., siendo cesado el resto de los compañeros autónomos que prestaban servicios en la demandada, a tal fecha, el 31.01.03"; se basa en los folios 438 y 439.

La pretensión se admite, porque consta en la certificación del folio 439.

B) Añadir al apartado 12º de sentencia: "…advirtiéndole que de no regularizar la situación los demandaría. El Sr. P.L. no se reunió con ningún otro autónomo"; se basa en el folio 427.

La pretensión no se acepta, porque la prueba de confesión que alega no sirve para lograr la revisión de hechos según los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL); además el hecho impugnado es suficientemente expresivo al fin sugerido.

C) Sustituir el apartado 18º de sentencia, por: "El actor prestó servicios para la demandada, sin solución de continuidad, desde el día 01.08.98, a pesar de que durante ese tiempo la demandada no tenía concertado con el actor contrato alguno"; se basa en el folio 56 y siguientes.

La pretensión no se admite: De una parte, porque los términos "sin solución de continuidad" no configuran un dato objetivo propio del relato de hechos. De otro lado, los apartados 1º a 8º, 18º ó 20º de sentencia son suficientemente expresivos al fin sugerido.

D) Sustituir el apartado 19º de sentencia, por: "A fecha del cese del actor, esto es en el mes de enero del 2003, prestaban servicios como autónomos en la demandada además del actor otros 18 profesionales autónomos, de los cuales suscribieron contrato laboral con posterioridad todos excepto el actor, su compañera sentimental E.N.D. y E.I.S.. Tanto el actor como los otros dos trabajadores que no suscribieron con posterioridad contrato laboral (E.N.D. y E.I.S.) también presentaron demanda judicial contra el despido"; se basa en los folios 438 y 439, demanda, confesión demandada y en el documento que dice acompañar al recurso.

La pretensión se acepta en los siguientes términos: a) Completa pero no sustituye el hecho impugnado porque, entre otras circunstancias, éste abarca un período temporal más amplio (enero 2002/enero 2003) que el sugerido. b) En enero de 2003 los profesionales en activo eran diecisiete. c) No consta documento relativo a la demanda por despido de la sra. E.I.S. d) Reproducimos lo consignado en el apartado B) acerca de la prueba de confesión.

TERCERO.- En el ámbito histórico, la empresa demandada propone:

A) Añadir al apartado 5º de sentencia, que recoge el contrato de 02.01.99, su precio más el Impuesto del Valor Añadido (IVA) por importe de 3.617.112 pesetas, el número facturas (12) y su cuantía individual (249.456 pts) y global (2.993.472 pts) abonadas a su terminación, el importe adeudado (623.640 pts) y su abono por transferencias bancarias de 25.01, 2 y 31.03.00, con inclusión en esta última de la cuantía por los servicios prestados de 17 a 31.03.00 que se pactó en contrato de 17.02.00; se basa en los folios 55 a 57, 84 a 90 y 224 a 226.

La pretensión se admite con las siguientes excepciones: a) No consta el importe del IVA, aunque éste incrementa el precio del contrato cual expresa el apartado 13º. b)

Las transferencias bancarias suman 779.259 pesetas, pero no señalan el concepto ni se corresponden con el precio mensual del contrato; la transferencia de 31.03.00 (259.747 folio 90) tampoco es proporcional con el precio de los quince días trabajados en marzo de 2000.

B) Añadir al apartado 7º de sentencia, que recoge el contrato de 07.01.02: "Previamente a la firma del contrato, la demandada elaboró el 10.12.01, memoria justificativa de gasto para contratar 3 técnicos GIS, por 12 meses, para ejecutar trabajos externos que tenía encomendados por convenios de cooperación dentro del área SITGA con la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura y Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais (Dpto. de Protección Civil). El 11.12.01 se formalizó el pliego de condiciones para la convocatoria pública y el correspondiente pliego de prescripciones técnicas. Finalmente, el 02.01.02, se emitió el pertinente informe para la adjudicación, concluyéndose en la procedencia de contratar al actor, a Doña E.N.D. y a Don J.R.S.B."; se basa en los folios 234 a 249.

La pretensión se acepta, porque consta en la documental invocada.

C) Añadir al apartado 10º de sentencia: "…de acuerdo con la cláusula 2ª de los contratos, las facturas incrementaban el precio con el IVA"; se basa en los folios 123 a 126, 209 a 211, 213 a 215, 217 a 219, 221 a 229 y 247 a 249.

La pretensión no se admite porque, como señalamos en el apartado A), ya aparece en el hecho probado 13º.

D) Añadir al apartado 18º: "…el actor no prestó servicios para la demandada desde el 31.12.99 hasta el 17.03.00"; se basa en los folios 224 a 229.

La pretensión no se acepta, porque la documental que alega representa los contratos de 02.01.99 (concluído el 31.12.99) y 17.03.00 que, por si solos, devienen insuficientes al fin sugerido, más aún si, junto a las referencias del fundamento 5º de sentencia, en el período invocado consta alta en la Seguridad Social según el hecho probado 20º.

E) Añadir el siguiente y nuevo apartado (23º): "La demandada se constituyó el 18.04.94, por el Conselleiro de la Presidencia, los Secretarios Generales de las Consellerías de la Xunta de Galicia y Directores Generales de Planificación, Estructuras y Desarrollo Rural, Planificación y Relaciones con la U.E. y Presupuestos, por haberlo así acordado el Decreto 40/1994, de 4.FEB, art. 1º. El capital social de 50.000.000 ptas, fue subscrito íntegramente por la Xunta de Galicia"; se basa en los folios 183 a 198.

La pretensión se admite, porque consta en la documental invocada.

CUARTO.- A) En el ámbito jurídico, el trabajador demandante denuncia que la sentencia infringe el artículo 20.1.d) de la Constitución (C) y las sentencias que cita, pues su condición de testigo y su reclamación laboral determinaron la decisión empresarial litigiosa de cese, varios días antes que los demás autónomos y sin acreditar cuando éstos finalizaron sus servicios a pesar del oportuno requerimiento.

B) En el ámbito jurídico, la empresa demandada denuncia que la sentencia infringe:

I) Los artículos 1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 1.1 y 2.a) LPL y las sentencias que cita, pues no hay relación laboral de acuerdo con su condición de organismo público y con la naturaleza civil de los contratos de arrendamiento de servicios firmados con el demandante, lo cual lleva a afirmar la incompetencia del orden jurisdiccional social.

II) El artículo 49.1.c) ET en relación con el artículo 15.1.a) del mismo código, pues el contrato finalizó por cumplimiento del plazo.

III) El artículo 56.1.a) ET pues, en su caso, la antigüedad del trabajador sería desde el 17.03.00, no desde el 01.08.98.

QUINTO.- Siguiendo el criterio expuesto en sentencia de 07.11.03 (r. 4.883/2003) a instancia de la sra. E.N.D., que el recurrente cita en su exposición fáctica, contra la empresa demandada, el orden lógico procesal que deben seguir las cuestiones planteadas en este trámite por las partes impone alterar los motivos que cada recurso expone; así:

I) Según la jurisprudencia (s. 10.07.00) la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otras figuras, como el arrendamiento de servicios, está en la denominada integración en el círculo rector y disciplinario del empresario, concepto que el artículo 1.1 ET recoge cuando habla de "servicios ... dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, físi-

ca o jurídica" y que la doctrina científica llama nota o criterio de dependencia, de modo que ésta no se da cuando el contratado actúa con plena autonomía (ss. 07.03.94, 03.10.00).

Esa dependencia o subordinación, entendida como la situación del trabajador sometido aún en forma flexible y no rígida o intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa, y la ajenidad, respecto del sistema de retribución, constituyen los elementos esenciales que diferencian la relación laboral de otros tipos contractuales (ss. 14.02.94, 20.09.95, 22.04.96, 28.10.98, 22.12.99).

Estas notas concurren en el presente caso, si tenemos en cuenta: a) Los hechos probados 1º a 7º, 10º y 16º que describen material y cronológicamente la prestación de servicios del demandante. b) La empresa asume y promueve la laboralidad contractual según los hechos probados 11º y 19º y explican los fundamentos de derecho 2º y 3º "in fine".c) Tales circunstancias revelan la vigencia de la doctrina jurisprudencial cuando declara (ss. 15.06.98, 20.07, 29.12.99) la intrascendencia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, porque su naturaleza jurídica viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan, así como cuando afirma (s. 27.01.94) que no es relevante para definir la naturaleza laboral o no del vínculo que el trabajador se halle inscrito en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y pague el Impuesto sobre el Valor Añadido, cual ahora acontece (hechos probados 1º a 7º y 13º).

II) El Tribunal Constitucional (TC), desde su sentencia 38/91, resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba: Así, declara (ss. 90/97; 73, 74, 87/98) que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica.

El TC afirma (ss. 21/92, 266/93, 180/94) que la denominada garantía de indemnidad abarca el derecho de cualquier trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica dentro de la empresa por la defensa previa de sus derechos, como expresión del principio a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1C, es decir, prohíbe la represalia por reclamación del disfrute de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante los tribunales de justicia, por denuncia ante la inspección de trabajo o por cuestiones de afiliación a la seguridad social y, en tales casos, sanciona la nulidad del despido.

El TC declara (ss. 15.11.82, 01.06.83, 29.03.90, 15.02.01) que el principio de igualdad prohíbe la discriminación, es decir, que la desigualdad de tratamiento sea injustificada por no ser razonable.

Ahora no concurren los presupuestos de aplicación de la doctrina constitucional expuesta, toda vez que: a) El actor no ostentaba representatividad social (hecho probado 22º). b) La cobertura que al efecto podría proporcionar el hecho probado 7º no es más que aparente, si tenemos en cuenta el tiempo transcurrido entre la declaración testifical del actor en proceso de despido de una compañera de trabajo (05.12.02) y su cese (08.01.03). c) La decisión empresarial litigiosa coincidió con la fecha de fin de contrato pactada (hecho probado 8º). d) La correspondencia entre los períodos de trabajo objeto de contratación y las situaciones de alta en la Seguridad Social (hechos probados 1º a 7º, 18º y 20º). e) Si bien otros empleados cesaron posterior aunque próximamente (final de enero 2003, hecho probado 19º y certificación folios 438 y 439), la fecha de su cese no le impidió conocer y participar en la convocatoria de plazas que se publicó el 17.01.03 en el tablón de anuncios del centro de trabajo (hecho probado 11º) dado el reducido ámbito en que desempeñó su actividad profesional.

III) Como dejamos consignado, la formalidad administrativa de los contratos de las litigantes encubre una relación laboral ordinaria.

Frente a lo sugerido, tampoco se ajustan a las exigencias jurisprudenciales de la obra o servicio determinado del artículo 15.º1.a) ET, si tenemos en cuenta: a) La jurisprudencia declara (ss. 30.12.96, 03.02.99, 21.03, 23.09.02) que la validez de este contrato temporal exige la concurrencia conjunta de sus requisitos (arts. 15 ET y 2 RD 2.720/98), siendo decisiva la acreditación previa de su temporalidad, de ahí

la relevancia de identificar en el contrato cuál sea la obra o servicio determinado que lo justifique, que sea de duración incierta y que presente cierta autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa. b) Ahora, los denominados contratos de asistencia técnica que describen los hechos probados 1º a 7º revelan que el trabajo a cargo del actor, consistió en realizar las mismas o esenciales tareas de cartografía que, aunque pudieran proyectarse sobre objetos diversos, configuran la actividad primordial de la empresa según el artículo 2 de sus estatutos sociales, cercana si no idéntica a la prestación de un servicio público, de ahí que la financiación o dotación presupuestaria de cada pacto contractual no pueda ser causa de la temporalidad de la relación (TS s. 10.04.02); además, no hay coincidencia cronológica entre los períodos de ocupación efectiva y los períodos que abarcan los convenios suscritos por la demandada con la Xunta de Galicia (hechos probados 14º y 15º) cual revela el examen comparativo de ambas circunstancias.

IV) No procede fijar la antigüedad del trabajador en la empresa desde el 17.03.00, sino mantener la afirmada desde el 01.08.98, toda vez que: a) El Tribunal Supremo declara (ss. 20.02, 29.05.97) que en los contratos temporales sucesivos la interrupción superior a los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, determina el examen o control de legalidad de las contrataciones posteriores, salvo defecto esencial o fraude de ley en alguno de aquellos, porque entonces cabe examinar toda la serie contractual. b) En el caso, junto a la falta de idoneidad de los pactos contractuales convenidos, el transcurso de aquel plazo de caducidad entre el 31.12.99 (fin del segundo contrato de 02.01.99) y el 17.03.00 (inicio del tercero) no implica la ausencia de prestación laboral por el demandante en ese tiempo intermedio, porque así deriva de los hechos probados 18º y 20º, que recogen los períodos en que no trabajó y los de alta en la Seguridad Social respectivamente, así como del documento suscrito por el representante legal de la demandada acerca de los servicios efectivos prestados por el actor desde enero de 2.000 y que consigna el fundamento 5º; estas circunstancias avalan haber desestimado la pretensión de hecho que refiere nuestro fundamento 3º.D).

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 202 LPL ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa que, conforme al artículo 233.1 LPL, ha de abonar los honorarios de letrado de la parte actora impugnante de su recurso por importe de trescientos euros (300 €).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos los recursos de suplicación de don J.M.I.P. y de Sociedade Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, de 14 de julio de 2.003 en autos nº 87/2.003, que confirmamos.

3776 Recurso núm. 5.473/03

S.S. APLICACIÓN SUPLETORIA DA LEXISLACIÓN LABORAL REGULADORA DO DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO AO SUPOSTO DE EXPULSIÓN DE SOCIO TRABALLADOR DE COOPERATIVA.

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

A Coruña, a veintidós de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.473/2003 interpuesto por D.B.M. y "COSAGA, S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D.B.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "COSAGA, S.L." y Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 414/03 sentencia con fecha 30 de julio de 2003 por el Juzgado de referencia que estima en parte la demanda.

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

siguientes: "PRIMERO.- El actor don D.B.M., es socio-trabajador e la Cooperativa "COSAGA, S.L.", desde la constitución de la Cooperativa el 3 de octubre de 1985 con la categoría de Administrativo.- SEGUNDO.- El día 10.07.01, el actor por problemas personales, se ausentó de su trabajo, diciendo que se iba de vacaciones, estando ausente unos 2 o tres meses, dejando de realizar las funciones administrativas y gerenciales de la empresa que hasta esa fecha había llevado. Como consecuencia de dicha ausencia, en Asamblea General celebrada el 15.10.01, el actor fue cesado de su cargo de Secretario nombrándose otro. En Asamblea General celebrada en fecha 17.12.01, se procedió a nombrar a otro Secretario. El actor desde el 10.07.01, no volvió a ejercer de responsable administrativo y gerencial de la empresa, asumiendo dichas funciones don J.I.V.L., presidente de la Cooperativa.- TERCERO.- En la Asamblea celebrada en fecha 17.12.01, se aprobó la adaptación de los Estatutos Sociales vigente desde el año 1985, a la Ley 5/98 de Cooperativas de Galicia, Estatutos cuyo contenido por constar en autos se dan por reproducidos, que fueron elevados a escritura pública en fecha 11.07.02, e inscritos en el Registro, Libro de Inscripciones de Sociedades Cooperativas del Registro de Cooperativas de esta provincial.- CUARTO.- El actor formuló demanda contra "COSAGA, S.L." en fechas 12 de marzo y 12 de mayo de 2002, impugnado los acuerdos de las Asambleas celebradas en fechas 15 de octubre y 17 de diciembre de 2001 y 11 de de abril de 2002.- QUINTO.- El actor formuló demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo que dio lugar a que en fecha 30 de enero de 2002 se celebrase Acto de conciliación en los siguientes términos: "Por la empresa demandada "COSAGA, S.L.", y en relación con la situación laboral del actor se reconoce y se compromete expresamente a lo siguiente: 1.- Mantener su condiciones salariales actuales por importe de 330.328 ptas, metas, liquidas, mensuales (1.805,01 euros), más las pagas extras correspondientes, con las actualizaciones salariales anuales correspondientes.- 2.- Que el actor en su condición de socio y trabajador de la empresa dependerá jerárquicamente del Presidente del Consejo Rector.- 3.- Que el actor realizará funciones laborales acordes con su categoría laboral.- 4.- Que para la realización de dichas funciones se le asignará un despacho en las dependencias administrativas que la empresa está llevando a cabo en el edificio de la Clínica Santa Cristina o en lugar en que en cada momento se ubiquen dichas dependencias.- 5.- que sus funciones se llevarán a cabo con la flexibilidad de horario que ha venido teniendo hasta la fecha. Por la parte actora muestra conformidad con las condiciones laborales asumidas por la empresa demandada". SEXTO.- El actor en fecha 27 de marzo de 2002, instó la ejecución del citado acto de conciliación, habiéndose dictado Auto por el Juzgado de lo Social número Tres de esta ciudad en fecha 4 de junio de 2002, que estimó la excepción de prescripción y absolvió a la Cooperativa de las pretensiones ejercitadas contra ella por el actor. Dicho auto fue confirmado por resolución de fecha 4 de julio de 2002.- SÉPTIMO.- En fecha 19 de junio de 2002, al actor se le notificó comunicación escrita del siguiente tenor literal: "…Muy Sr. Nuestro: en conciliación judicial de fecha 30 de enero de 2002 alcanzada en autos 986/01 del Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, se acordó entre otros extremos "que sus funciones se llevarán a cabo con la flexibilidad de horario que ha venido teniendo hasta la fecha". La interpretación literal de dicho punto debe entenderse en el sentido de que su hora de entrada o salida al Centro de Trabajo, no está sujeta a un horario rígido, pero tal flexibilidad no debe extenderse hasta el punto de que no realice una jornada semanal de cuarenta horas. Entendemos que debe cumplir esta jornada semanal mínima, quedando únicamente a su arbitrio las horas de entrada y salida, siempre que cumpla las citas cuarenta horas a la semana; por lo anterior y para evitar conflictos le rogamos que a partir del recibo de la presente, firme las horas de entrada y de salida del centro de trabajo, salvo aquellos intervalos de ausencia inferiores a veinte minutos, para lo que tendrá a su disposición un control de asistencia diario en la primera planta del Policlínico…".- OCTAVO.- El actor presentó demanda impugnando la citada orden distándose Sentencia por este Juzgado en fecha 23 de septiembre de 2002, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando en parte la demanda formulada por D.B.M., contra "COSAGA, S.L.", debo declarar y declaro nula la orden dada por la empresa demandada al actor en fecha 19 de julio de 2002 en el extremo que le impone realizar una jornada semanal de cuarenta horas".- NOVENO.- En fecha 25 de septiembre de 2002, la Cooperativa demandada remitió nuevo escrito del siguiente tenor literal: "Con fecha de hoy, nos ha sido notificada la Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2002 dictada en Autos 555/02 del Juzgado de lo Social número uno de Ourense, Sentencia de la que tiene conocimiento, pues me ha remitido Ud. Un sobre que contenía una copia de la misma.- Por ello quie-

ro recordarle, con intención de evitar equívocos, que la Sentencia en cuestión declara simplemente la nulidad de la orden de 19 de julio de 2002, por no constar acreditada su jornada laboral de cuarenta horas semanales. Por lo que respecto a este último punto y como a Vd. Le consta, su jornada laboral siempre fue de cuarenta horas semanales, por lo que en la comunicación de 19 de julio de 2002, sólo se le imponía la obligación de fichar. En consecuencia, debe cumplir dicha obligación y seguir realizando su jornada de cuarenta horas semanales".- DÉCIMO.- Al actor en fecha 27 de septiembre de 2002, se le dio orden por la cooperativa demandada de puntear la cuenta de Adeslas de los años 2001 y 2002. En dicha fecha remitió burofax a la citada Cooperativa comunicando lo siguiente: "1.- Dada la premura de tiempo con que necesito los datos y al carácter de infraestructura en el lugar de trabajo preciso lo siguiente: a) Una calculadora de papel, b) un duplicado de los listados, c) ayuda de un auxiliar a fin de conciliar los mines de apuntes del debe y del haber, por ello gustosamente y con la mayor celeridad, le remitiré el trabajo solicitado en cuanto se me faciliten los citados medios".- UNDECIMO.- En Fecha uno de octubre de 2002, el actor recibió contestación de la Cooperativa del siguiente tenor literal: "En contestación al Burofax que me ha remitido en fecha 27 de septiembre de 2002, le comunico que- como Vd. bien sabepara solicitar material de trabajo no hace falta que se dirija directamente a quien suscribe; en cuanto a la petición de "ayuda de una Auxiliar", entendiendo que el trabajo al que hace referencia en su comunicación, puede ser realizado por Vd. solo, siendo las tareas encomendadas correspondientes a su categoría profesional de Administrativa- Aprovecho la presente para recordar que sigue incumpliendo sus obligaciones en cuanto a la obligación de fichar y en cuanto a la realización de su jornada laboral. Fdo. J.I.V.L. Presidente del Consejo Rector. DUODECIMO.- El actor desde que fue cesado en el cargo de Secretario del Consejo Rector de la Cooperativa, dejó de ser el responsable administrativo de la Cooperativa, encomendándole desde entonces tareas de administrativo que realiza en un despacho ubicado en el Policlínico …, en el que también está ubicado el despacho del encargado de informática de la Cooperativa. El resto de personal que se dedica a realizar tareas administrativas se ubica en el Hospital Santa Teresa.- DECIMO TERCERO.- El actor percibió una retribución de 941, 21 euros, fecha 19.07.02, de 911,23 euros el 01.10.02.- El actor presentó demandas en reclamación de anticipos que dieron lugar a que se dictase sentencia por el Juzgado de lo Social número dos de esta ciudad, que condenó a la Cooperativa demandada a abonarle 6.041,79 euros, más los intereses legales moratorios. Por Auto de fecha 09.05.03, se insta la ejecución de la citada sentencia por el actor.- La Sociedad demandada ha cumplido dicha sentencia.- DECIMO CUARTO.- Iniciado por el actor en fecha 11.10.02, proceso de Vulneración de Derechos Fundamentales, se dictó sentencia por este Juzgado en fecha 20.11.02, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: a) Que estimando la excepción de inadecuación de procedimiento respecto a la pretensión contenida en el suplico de la demanda en la letra b debo dictar una sentencia absolutoria en la instancia, sin entrar a conocer el fondo del asunto, señalando que el procedimiento adecuado para ello, es el proceso de ejecución y b) Que estimando en parte la demanda formulada por D.B.M., contra "COSAGA, S.L.", debo declarar y declaro la nulidad de la orden dada en fecha 19.07.02, al actor en lo relativo a la exigencia de fichar las horas de entrada y salida de la Cooperativa por suponer un trato discriminatorio y afectar por ello a su dignidad.- Formulado recurso de Suplicación por el actor, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 26.02.03, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando en parte el recurso de Suplicación formulado por D.B.M., debemos revocar la resolución recurrida en el sentido de declarar que la Cooperativa demandada "COSAGA, S.L.", ha vulnerado el derecho a la integridad moral del trabajador demandante, condenando a la citada demandada al cese inmediato de su comportamiento y a indemnizar al trabajador demandante, en la cantidad global de 1.800 euros, en concepto de daños y perjuicios, confirmándola en cuanto al resto. DECIMO QUINTO.- En fecha 08.01.03, se inicio expediente sancionados al actor en reunión mantenida por el Consejo Rector, en base a los siguientes cargos: Pliego de Cargos: DE CARÁCTER GENERAL.- Una vez que Vd. abandonó la administración de la Cooperativa, se han ido descubriendo múltiples hechos que demostraban la pésima gestión que Vd. realizaba en la misma, así como otros extremos, razón por la cual se ha encargado al asesor económico y contable de la Cooperativa, que realice un estudio de algunos extremos de su gestión en el que hemos des cubierto una serie de irregularidades que le pasamos a relatar, si bien adjuntamos copia del informe comentado, junto con los documentos en que se han basado, para su mayor conocimiento. Se ha descu-

bierto que domiciliaba en las cuentas de la Cooperativa recibos personales, tales como son el seguro de su coche, el recibo del gasóleo de su casa, el periódico, etc…, sin haber pedido autorización para ello al Consejo Rector de la Cooperativa, ni, por supuesto siquiera haberlo comentado. Como Vd. comprenderá, el conocimiento de tales hechos, a través del informe de nuestro Asesor, ha creado un enorme mal estar entre los socios de la Cooperativa, que durante tantos años depositaron total y plenamente en Vd. su confianza para la Administración de la Cooperativa.- Adjuntamos copias de recibos bancarios referentes a facturas de las siguientes entidades. – "C.C.G., S.A." sobre suministro de carburante a su casa.- De la Agrupación Mutual Aseguradora AMA, referido al seguro de su coche.- La Región.- Asimismo, dadas algunas de sus reclamaciones contra nuestra Cooperativa, insistiendo Vd. sobre la petición de una sentencia ciertamente sorprendente, que avala su pretensión y por la cual Vd. si bien, cobrando unos magníficos emolumentos, sólo tiene que trabajar una hora al día en la Cooperativa, nos tomamos la molestia como medida cautelar, de solicitar a la Oficina de Empleo de Ourense, si existía algún contrato con Vd. y la cooperativa, siendo así que Vd. negó esta circunstancia. Y cual ha sido nuestra muy desagradable sorpresa que por parte de la Directora de dicha Oficina de Empleo se nos ha remitido copia de un contrato de la Cooperativa suscrito por Vd. de fecha 1 de abril de 1992.- Contrato que desconocíamos existiese y que Vd. ha ocultado a la entidad, incluso llevándola a juicio, solicitando unas cuestiones que contravenían las condiciones del mismo, y ocultando a Magistratura su existencia, etc… Realmente, su comportamiento no puede ser más desleal, ni más grave el abuso de confianza y el mal uso de las facultades que le fueron confiadas, dañando los intereses de la Cooperativa en su propio beneficio. Le adjuntamos copia de dicho documento contractual.- Por otra parte, Vd. es conocedor de que requerido por esta Cooperativa, junto a otras personas de la competencia, para conocer la veracidad, y, en su caso, explicasen las razones de su visita a las instalaciones del Hospital que "COSAGA, S.L." regente en Portugal, además de solicitar y celebrarse una reunión con la Santa Casa de Misericordia de Valpacos con fecha 27.07.02, dado que habíamos sido informados por parte de personal del Centro de dicha visita. Ninguno de los requeridos contestó al requerimiento, ni siquiera Vd. razón por la cual y antes de tomar una decisión sobre el caso, quisimos confirmar la realidad de los hechos, solicitando una serie de informaciones del proveedor de Santa Casa de Misericordia de Valpacos, que nos ha contestado el 3.12.01, confirmando la visita y la reunión. Todo ello lo hizo Vd. sin conocimiento ni consentimiento de ningún Administrador o socio de "COSAGA, S.L.". Este hecho nos parece de suma gravedad, y ya tan sólo por él seria Vd. merecedor de la máxima medida disciplinaria de la Cooperativa. Ahora bien, también debemos comentar que sus coqueteos con la competencia empiezan a ser del dominio público, puesto que incluso en situaciones de urgencia Vd. se permite enviar a los enfermos a las clínicas de la competencia y no a las clínicas de "COSAGA, S.L.", tal como atestigua don J.R.V.V. a la sazón conductor de ambulancias.- De dicho pliego se dio traslado al actor, que formuló escrito de alegaciones y solicitó la practica de pruebas. Documental, interrogatorio y testifical de don J.C.L.R. La documental se admitió y el testigo citado, contestó a las preguntas por escrito.- Dado traslado del resultado de la citada prueba, el actor presentó nuevo escrito de alegaciones en fecha 27.03.03.- Reunido el Consejo Rector en fecha 03.04.03, dictó resolución acordando la expulsión del actor de la Cooperativa, así como deducción del 30% sobre el reembolso y liquidación del importe del capital social.- Dicha resolución fue remitida por burofax en fecha 04.04.03, a nombre de D.B.M. (Ourense), siendo entregado a doña D.F. (recepcionista) el día 07.04.03, a las 10 horas, quien dejó el citado burofax en el despacho del actor y cuando llegó le avisó de su recepción.- También fue remitido burofax al domicilio personal del actor –…- que fue recibido por éste el día 09.04.03.- El actor formula recurso ante la Asamblea General que dicta resolución desestimando el mismo en fecha 20.05.03.- El expediente sancionado, por constar en autos se da por reproducido.- DECIMO SEXTO.- En la cuanta de la Cooperativa demandada se produjeron los siguientes cargos de recibos emitidos por la Entidad "C.C.G., S.A.", siendo el titular del recibo el actor.- El día 04.04.01, cargó en la cuenta … de Caixa Galicia, recibo por importe de 375,65 euros (62.500 ptas). En dicha fecha el actor tenía un tanque de gasóleo instalado en su domicilio.- El día 20.10.01, se cargó en la cuenta … del Banco Atlántico, recibo por importe de 531,70 euros (88.467 ptas). Dicho cargo fue anulado por orden de la Administración de "COSAGA, S.L." en fecha 30.11.01.- El día 20.09.02 se cargó en la cuenta … del Banco Atlántico, recibo por importe de 589,14 euros (98.025 ptas) Dicho recibo fue devuelto ese mismo día por orden de la Administración "COSAGA, S.L.".-

Igualmente se cargaron en una cuenta de "COSAGA, S.L." en la Entidad Caixa Galicia, dos recibos emitidos a nombre del actor por la entidad AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA AMA, en fechas 20.07.01 y 24.06.02, por importes respectivos de 431,18 euros y 397,7 euros. Dichos recibos corresponden a la póliza de seguro del vehículo mercedes Benz 300-D, matrícula …, del que era titular el actor. Dicha póliza fue solicitada telefónicamente por el actor desde Portugal, donde no tenía en ese momento el número de cuenta bancaria para el cargo de la prima, quedando pendiente de facilitársela a doña M.J.C. Pocos días después, esta señora llamó a "COSAGA, S.L." para recordárselo, derivándola el actor a una administrativa, la cual le facilitó la de la entidad. El importe del primer recibo fue transferido a la cuenta de "COSAGA, S.L." por el actor en fecha 04.12.01.- El actor con fecha 08.06.02, se le remitió por AMA, aviso de que en fecha 22.06.02, se le iba a presentar al cobro el nuevo recibo del seguro de su coche, indicándole que ase cargaría en la cuenta N. … de Caixa Galicia, Sucursal de … (cuenta de "COSAGA, S.L."). Dicho recibo fue devuelto en fecha 16.06.02 por orden de la Administración de "COSAGA, S.L.".- DECIMO OCTAVO.- En la cuenta de "COSAGA, S.L." se ha venido cargando un recibo de suscripción al periódico LA REGION, en el que figura como titular el actor, Dicha Cooperativa recibe el periódico.- DECIMO NOVENO.- En fecha 26 de septiembre de 2002, el Presidente de la Cooperativa demandada solicitó a la Oficina de Empleo, si existía algún contrato laboral entre la citada empresa y el actor, remitiéndole copia de contrato, celebrado en fecha 01.04.92, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido.- VIGESIMO.- El actor en fecha 26.06.02, acompañó a miembros directivos del Centro Médico El Carmen a la Santa Casa de la Misericordia de Valpacos, manteniendo una reunión con la Directiva de dicho Centro, con el fin de darse a conocer y con la posibilidad de venir a trabajar a Portugal, en la que se presentó un dossier con toda la información del Centro, incluyendo todas las especialidades médicas que atiende y materiales de que dispone.- La Santa Casa de la Misericordia mantiene un contrato con la empresa L., de la cual es socio el actor y que pertenece al grupo "COSAGA, S.L.".- VIGESIMO PRIMERO.- El Consejo Rector de la Cooperativa demandada, está constituido por: don J.I.V.L., Presidente, don M.R.I., Vicepresidente, don J.O.B., Secretario. El Interventor de la Cooperativa es don C.G.Y.- VIGESIMO SEGUNDO.- En fecha 10.09.02, el Presidente de la Cooperativa en Diligencias previas, procedimiento abreviado 768/2002, declaró entre otras cosas: Que una vez que el querellante abandonó sus funciones, decidieron revisar la contabilidad y documentación de Administración. Y a raíz de ello, detectaron irregularidades que había efectuado D.B.M. como por ejemplo: facturas a nombre de una clínica portuguesa, relativas a la adquisición de instrumentos por "COSAGA, S.L.".- 2. Los socios de Policlínico Galicia, son los mismos que de COSAGA, salvo D.B.M. que es miembro de "COSAGA, S.L." pero no de Policlínica G. y don B.C. que es socio de Policlínica G. pero no es socio de "COSAGA, S.L.".- 3.- Que se enteró por sus socios de Portugal que la intención de D.B.M. era que los propietarios de la Clínica de Portugal, rompieran el acuerdo que tenía con "COSAGA, S.L.", que incluso supo que D.B.M. había concertado una reunión con ellos para tratar este tema. Que la reunión se celebró el mismo día que el declarante los vio en Portugal".- VIGESIMO TERCERO.- La retribución del actor es de 2.126,20 euros, incluida la prorrata de pagas extras.- VIGESIMO CUARTO.- En fecha 28.03.03, se celebró acto de Conciliación ante el SMAC, con resultado SIN EFECTO, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 29.05.03."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por D.B.M. contra "COSAGA, S.L.", debo declarar y declaro improcedente la expulsión realizada por la Cooperativa demandada, condenando a ésta, a que en plazo de CINCO DIAS, opte entre readmitirlo en la misma, en idénticas condiciones en cuanto a la prestación de trabajo que tenía antes, o le abone una indemnización de 56.215,50 euros, con abono, en cualquier caso, de la retribución que venía percibiendo desde el 20.05.03 hasta la fecha de la notificación de la presente sentencia."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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 parte la demanda formulada por el actor D.B.M. contra "COSAGA, S.L." y declara improcedente la expulsión realizada por la cooperativa condenando a esta a que opte

entre readmitirlo en idénticas condiciones en cuanto a la prestación de trabajo que tenia antes, o le abone una indemnización de 56.215,50 euros, con abono, en cualquier caso de la retribución que venia percibiendo desde el 20.05.03 hasta la fecha de la notificación de la sentencia de instancia.

Frente a esta resolución interponen recurso ambas partes, construyéndose el del trabajador-accionante a través de tres motivos de suplicación, denunciando por un lado infracción de los artículos 55 y 56 del ET, así como los artículos 1, 20, 104, 108 y 109 de la ley de cooperativas de Galicia, en segundo lugar y por el cauce del artículo 191 apartado a) solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento, denunciando infracción del artículo 24 de la CE, al ser incongruente la sentencia, y en ultimo lugar denuncia infracciones jurídicas y se declare la nulidad de la decisión extintiva.

Y articulando el de la empresa demandada solicitando, en base a una serie de alegaciones la revocación de la sentencia de instancia y la declaración de procedencia del despido al quedar los hechos probados y no prescritos.

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

SEGUNDO.- La empresa demandada fundamenta su impugnación en una serie de alegaciones, pretendiendo en la primera alegación la modificación de hechos declarados probados, sin señalar documentos o pericias que avalen su pretensión no postulando tampoco la redacción alternativa alguna, y en la segunda alegación tampoco indica el recurrente, cuando considera inaplicable una norma, que norma del ordenamiento jurídico considera infringido, ni cita en toda la redacción de la alegación ni un solo artículo, no efectuando en suma denuncia de preceptos jurídicos infringidos.

Con carácter previo a la resolución del recurso hemos de conocer de la cuestión suscitada por la actora en su escrito de impugnación, cuando solicita que no se admita a trámite el recurso por defectos formales.

Pues respecto de ello cabe decir que, ha de tenerse en cuenta que la superación del rigorismo formalista que ha informado las ultimas reformas procésales y muy particularmente la mas reciente jurisprudencia (por obvio influjo de la constitución y su interpretación por el TC), en manera alguna supone introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el tribunal de instancia. Las mínimas exigencias formales –da claridad y de contenido –que regulan este recurso extraordinario, frente al mayor rigor de la casación, han de tenerse como requisitos que cumplen un papel de capital importancia tanto para la adecuada marcha del proceso en si, cuanto para la garantía de la contraparte, la que no puede resultar perjudicada por los efectos de la inactividad o desacierto de la otra, tal como vienen precisando numerosas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Muy específicamente se impone recordar que el artículo 191.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y su disposición respecto de que: “En el escrito de interposición del recurso se expresaran con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonara la pertinencia y fundamentación de los motivos.” Pues bien en el supuesto de autos la empresa recurrente en el recurso interpuesto no expresa detallada y separadamente el motivo o motivos en que se ampara, ni cita las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que considera infringidas, pretendiendo una modificación de hechos probados sin señalar los documentos o pericias en que se apoya, ni propone redacción alternativa alguna, ni cita norma alguna del ordenamiento ni jurisprudencia que considera infringido. Concebido en tales términos el recurso, éste no puede acogerse, en el motivo de hecho no puede tampoco acogerse, al no haberse instado, según se ha dicho ya, una redacción concreta de uno o varios hechos del relato de la sentencia de instancia, o su supresión, ni indica documentos o pericias que avalen su pretensión, ni citar ni un solo artículo o norma del ordenamiento que considere infringido, y 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 exigidos por el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Laboral que, en la fase actual del recurso, actúa como causa de inadmisión.

TERCERO.- La parte actora fundamenta su impugnación en infracción procedimental determinante de indefensión, y en denuncia de normativa jurídica infringida, lo que constituye el fondo del asunto, articulando así el recurso de suplicación invocando tres motivos, el primero y al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL alega que la sentencia de instancia infringe por aplicación indebida los artículos 1, 55 y 56 del ETT y asimismo infringe o dispuesto en los artículos 1, 20, 104, 108 y 109 de la ley de cooperativas de Galicia, así como los artículos 9, 15 y concordantes de los estatutos de "COSAGA, S.L.".alegando en síntesis que el estatuto de los trabajadores no resulta de aplicación a las relaciones entre los socios y las propias cooperativas, y ello por aplicación a sensu contrario del artículo 1 del ET y que la resolución judicial contradice frontalmente la ley general de cooperativas de Galicia y estatutos, por cuanto los efectos de la baja del socio no es el percibo de una indemnización sino el percibo de las indemnizaciones y capital, y la estimación del presente motivo conlleva la revocación parcial de la sentencia en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la opción de readmisión o indemnización, procediendo la readmisión.

Pues bien el citado motivo de recurso no puede admitirse por los motivos siguientes: 1.- aun cuando el TS ha afirmado que la relación establecida entre un socio trabajador y una cooperativa de trabajo asociado no puede encuadrarse en el artículo 1.1 del ET, la sentencia del TS de 29.05.90 ha atribuido un status mixto a los socios trabajadores, derivado de su peculiar condición jurídica, la cual "se asienta sobre una relación societaria y al mismo tiempo se manifiesta en la prestación de una actividad de trabajo, con tratamiento jurídico-laboral en no pocos aspectos", el TS ha sostenido que en los casos no previstos en la legislación específica, debe acudirse a la legislación laboral (STS de 19.05.87)

2.- El TS, en un supuesto en el que se había producido la baja de un socio trabajador por no aportación del capital a la cooperativa de trabajo asociado, argumenta tras referirse a la aplicación supletoria del ETT: "ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, no se trata de una sanción por faltas en el trabajo, sino de una baja como socio de una cooperativa de trabajo asociado, por falta de aportación obligatoria de capital acordada por la asamblea lo que indudablemente no tiene relación directa con su relación laboral y puede producirse en cualquier cooperativa, por lo que, sin desconocer la competencia del orden jurisdiccional laboral para conocer la reclamación, es obvio que las normas del estatuto relativas al despido disciplinario no tienen, en principio aplicación, sino se esta ante un cese por faltas en el trabajo sino ante una falta de aportación económica".(STS de 12.06.87, RJ 4.347).

Por ende el hilo argumental del alto tribunal es el siguiente: el ET es, en principio aplicable supletoriamente a los socios trabajadores; ahora bien, como en el supuesto enjuiciado no se trataba de una sanción por faltas en el trabajo sino de una cuestión atinente a la relación societaria "estrictu sensu" parece que cuando se trate de un despido por faltas en el trabajo si seria aplicable el ETT. Y en el presente supuesto es obvio que se trata de una expulsión o despido por faltas en el trabajo, mediante carta en la que se explica las concretas faltas disciplinarias.

3.- El TS en sentencia de 24.10.88 cuyo alcance ha sido examinado por la de 04.12.96 ha admitido la aplicación del artículo 50 del ET a los socios trabajadores. Ello supone que en caso de que la sociedad cooperativa incumpla respecto de un socio trabajador sus obligaciones relativas a la prestación de trabajo, resulta aplicable supletoriamente el ET, pudiendo el socio trabajador instar judicialmente la rescisión de su relación con derecho a la misma indemnización que la prevista para el despido improcedente. Pues bien, si el socio trabajador puede acudir al ET en caso de incumplimiento de las obligaciones de la cooperativa, parece lógico sea aplicable el ET cuando es el socio trabajador el que incumple sus obligaciones atinentes a la prestación de trabajo.

4.- Algunos tribunales superiores de justicia -sentencia del TSJ de Andalucía concede en Sevilla de 28.01.00(AS 2000/3.652), entre otras- argumental a favor de la aplicabilidad en este ámbito del despido colectivo o por causa objetivas previstas en el ET. Pues bien si se admite la aplicación del despido colectivo ex artículo 52 del ET, a los socios trabajadores, no parece que deba excluirse la aplicación del despido disciplinario, ex artículo 54 y concordantes del ET.

Y el propio artículo 109 la Ley de cooperativa de Galicia establece que las cuestiones que se planteen entre la cooperativa y sus socios, derivadas de la actividad cooperativista, se resolverán por la presente Ley y sus estatutos y, subsidiariamente, por las disposi-

ciones de la legislación laboral, sometiéndose a la Jurisdicción del Orden Social.

Todo lo cual obliga a concluir la aplicabilidad del artículo 56 del ET al supuesto enjuiciado, lo que conduce a la desestimación del primer motivo del recurso planteado por el actor

Por el cauce procesal establecido en el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral la parte recurrente solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión ;denunciando infracción del artículo 24.1 de la CE ; alegando en esencia que se ha producido en la sentencia una incongruencia omisiva, toda vez que esta no resuelve, ni contesta sobre las pretensiones sometidas a debate y, por otro lado una incongruencia extra petitum pues resuelve sobre extremos no incluidos en las pretensiones procésales de las partes y es incongruente el fallo de la sentencia, por cuanto que se solicitaba en el suplico de la demanda la anulación de la resolución de expulsión, sin embargo el juez de instancia omite declarar anulada la resolución de expulsión para introducir un elemento distinto la improcedencia y además resuelve sobre lo no pedido, al conceder a la cooperativa demandada una opción para indemnizar o readmitir.

En cuanto a la incongruencia denunciada, debe considerarse la misma como un requisito interno de la sentencia que, conforme al artículo 359 de la LEC, exige que, compulsado su pronunciamiento con la pretensión deducida y defensas opuestas, se aprecie adecuación entre aquél y éstas; adecuación que no se logra cuando en dicho pronunciamiento se concede más de lo pedido, cosa distinta de lo solicitado o menos de lo aceptado por la parte demandada; existiendo también incongruencia cuando la sentencia se desvíe de la, cuestión litigiosa, alterando de oficio los fundamentos de la pretensión, lo que no es confundible con la pretensión jurídica que no configure la causa de pedir, pues no afecta a la congruencia la operatividad del principio "iura novit curia", ya que con tal alteración se privaría a las partes de la facultad de fijar el objeto del proceso, situando en indefensión a la desfavorecida por la decisión judicial, en tanto que se veía impedida de efectuar las alegaciones que conviniera a su derecho; no afectando tampoco a la concurrencia la circunstancia, como ya señalaron las sentencias del TS, dictadas en unificación de doctrina, de 29 de junio (RJ 1991\6.828) y 5 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8.199), de que una vez resueltos todos los puntos del debate, agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a la efectividad del fallo; por lo que proyectando cuanto antecede al supuesto de autos, claramente se aprecia la inexistencia de incongruencia en la sentencia recurrida, al haberse demandado la nulidad de la expulsión del socio trabajador, a lo que se opuso la cooperativa demandada que solicito la declaración de procedente de la expulsión (ojo ver acta de juicio) y al estimar el jugador de instancia que no procedía la declaración de nulidad y estimar de aplicación supletoria el ET declara improcedente la expulsión con los efectos de los artículos 55 y 56 del ET con la única matización establecida por el artículo 108.6 de la ley que establece que también resolverá sobre a trascendencia económica derivada do periodo de tramitación ; sin perjuicio de que tal pronunciamiento pueda ser objeto de recurso sobre el fondo de la cuestión debatida, como efectivamente ha sido así, e incluso por ambas partes litigantes; pues en efecto al plantear los accionantes en sus demanda la cuestión atinente a cual era la calificación que debía atribuírsele a la expulsión, al estimar aplicable el ET El artículo 56 del citado cuerpo legal obliga a la calificación del despido como nulo, improcendente o procedente, por lo que al haber efectuado por el juzgador la calificación, se estima que no incurre en incongruencia alguna, por la que cual ha de decaer asimismo el citado motivo.

Finalmente con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia en el ultimo motivo de recurso, vulneración de los derechos fundamentales del demandante, en relación con lo dispuesto en el artículo 14, 23, 24 y 25 de la CE, así como el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador del artículo 24 de a CE en su aspecto de garantía de indemnidad del trabajador, por estimar en esencia que la decisión de "COSAGA, S.L." de expulsar al socio cooperativista D.B.M. lo es como represalia del ejercicio de acciones judiciales por las que el Sr. D.B.M. se vio obligado a promover en defensa de sus derechos. Por lo que solicita la revocación de la sentencia y la declaración de nulidad de la decisión extintiva de la relación con el socio trabajador demandante, condenando a la cooperativa a la inmediata restitución al mismo de todos los derechos propios del socio trabajador.

Pues bien con respecto de ello cabe decir que, en efecto en materia de derechos fundamentales, es doctrina constitucional reiterada, la que establece que para que se produzca la inversión de la carga de la prueba que prevé el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, es necesaria la existencia de indicios –entendidos como señas o acciones que manifiesten de forma inequívoca algo oculto- que revelen la existencia de una posible vulneración de un derecho fundamental o libertad publica del trabajador, debiendo en este caso, dar la empresa una explicación razonada de los motivos que le llevaron a tomar la decisión que no deja lugar duda alguna de la inexistencia de la vulneración alegada.

Y como acertadamente razona el juzgador de instancia, en el supuesto de autos, aunque existen indicios que determinan la inversión de las reglas de la carga de la prueba y en este sentido basta con citar la sentencia del TSJ de Galicia de 26.02.03 que declaro que la demandada había vulnerado además del derecho a la igualdad del actor, su derecho a la integridad moral; lo cierto es que por la demandada se han dado razones suficientes, para justificar la expulsión del actor, alegando toda una serie de hechos y practicando pruebas sobre la veracidad de los mismos, hechos algunos de los cuales son graves, y que excluyen toda posibilidad de que con su decisión, se hayan vulnerado los derechos invocados. Siendo una cuestión distinta si la expulsión se ha de considerar procedente o improcedente, pero lo cierto es que ciñéndonos al motivo e infracciones denunciadas en el mismo, decir que no se aprecia por la Sala que la decisión adoptada por la demandada sea vulneradora de los derechos fundamentales citados, por lo que obviamente no procede declarar la nulidad de la resolución que lo expulsó de la cooperativa, y al haberlo apreciado así el juzgador de instancia procede la desestimación del ultimo motivo de recurso alegado por el recurrente.

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos D.B.M. y "COSAGA, S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Uno de Ourense, en fecha 30 de julio de 2003, autos nº 414/03, seguidos por las recurrentes y Ministerio Fiscal sobre despido, debemos confirmar y confirmamos la resolución combatida.

3777 **Recurso núm. 5.648/03**

S.S. DESPEDIMENTO PROCEDENTE DE AFILIADO DECRETADO POLO SEU SINDICATO EMPREGADOR, POR MEDIAR DESOBEDIENCIA E OFENSAS A SUPERIOR, E TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a veintitrés de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.648/03 interpuesto por don R.M.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.M.L. en reclamación de Despido siendo demandado "CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G)" Y "FUNDACIÓN PARA A ORIENTACIÓN PROFESIONAL, EMPREGO FORMACIÓN EN GALICIA (FORGA)" en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 296/03 sentencia con fecha 12.08.03 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 comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Confederación Intersindical Galega, en su departamento de formación, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en fecha 06.10.95, para la prestación de servicios como Coordinador, con idéntica categoría profesional, en el centro de trabajo sito en Vigo y con duración hasta el 31.12.95, teniendo por objeto el contrato la coordinación del Plan Interadministrativo. La Confederación Intersindical Galega notificó al actor, en fecha 16.12.95 que su contrato finalizaba el 31.12.95, siendo dado de baja el actor en la Seguridad Social en

la citada fecha. SEGUNDO.- Que en fecha 14.02.96, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, b ajo la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, para la prestación de servicios como Administrativo, con categoría de Auxiliar Administrativo, en el centro de trabajo sito en Vigo, teniendo duración el contrato hasta el 30.04.96 y teniendo por objeto la acumulación de tareas. Dicho contrato fue prorrogado por un mes en fechas 01.05.96 y 01.06.96, notificándole al actor la Confederación Intersindical Galega la finalización de su contrato el 30.06.96, mediante carta de fecha 15.06.96. TERCERO.- Que en fecha 01.07.96, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Administrativo, con categoría de Auxiliar Administrativo, en el centro de trabajo sito en Vigo, teniendo duración el contrato hasta el fin de la obra y teniendo por objeto la realización de los trabajos administrativos de gestión del plan interadministrativo, notificándole al actor la Confederación Intersindical Galega la finalización de su contrato el 31.12.96, mediante carta de fecha 16.12.96. CUARTO.- Que en fecha 01.01.97, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Administrativo, con categoría de Auxiliar Administrativo, en el centro de trabajo sito en Vigo, teniendo duración el contrato hasta el fin de la obra y teniendo por objeto la realización de la gestión administrativa de los cursos de formación 1996. La fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia se subrogó en la relación laboral del actor en fecha 05.05.97, notificándole, mediante carta de fecha 17.05.97, la finalización de su contrato el 31.05.97. QUINTO.- Que en fecha 01.06.97 el actor y la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Administrativo, con categoría profesional de Auxiliar Administrativo, en el centro de trabajo sito en la c/…, de la localidad de M., teniendo por duración el contrato hasta le fin de obra y teniendo por objeto el desarrollar tareas administrativas relacionadas con los cursos de formación de la Programación de 1997. Mediante carta de fecha 12.03.98 la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, notificó al actor que su contrato finalizaba el 31.03.98. SEXTO.- Que en fecha 01.04.98 el actor y La fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Administrativo, con categoría profesional de Auxiliar Administrativo, en el centro de trabajo sito en la c/ …, de la localidad de M., teniendo por duración el contrato hasta el fin de obra y teniendo por objeto el desarrollar tareas administrativas relacionadas con los cursos de formación de la Programación de 1998. En fecha 01.07.98 el actor pasó a desempeñar la categoría profesional de Gestor de Formación y, mediante carta de fecha 11.03.99, la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, notificó al actor que su contrato finalizaba el 31.03.99. SÉPTIMO.- Que en fecha 01.04.99 el actor y la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Monitor Auxiliar, con la misma categoría profesional, en el centro de trabajo sito en la c/ …, de la localidad de M., teniendo por duración el contrato hasta el fin de obra y teniendo por objeto el desarrollar tareas administrativas relacionadas con los cursos de formación de la Programación de 1999. Mediante carta de fecha 13.12.99, la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, notificó al actor que su contrato finalizaba el 31.12.99. OCTAVO.- Que en fecha 01.01.00 el actor y la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo al modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Monitor Auxiliar, con la misma categoría profesional, en el centro de trabajo sito en la c/ …, de la localidad de M., teniendo por duración el contrato hasta el fin de obra y teniendo por objeto el desarrollar tareas propias de su categoría profesional relacionadas con los cursos de la Programación de 2000. Mediante carta de fecha 13.12.00, la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, notificó al actor que su contrato finalizaba el 31.12.00. NOVENO.- Que en fecha 01.01.01 el actor y la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia, suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Monitor Auxiliar, con la misma categoría profesional, en el centro de trabajo sito en la c/ …, de la localidad de M.,

teniendo por duración el contrato hasta el fin de obra y teniendo por objeto el desarrollar tareas propias de su categoría profesional relacionadas con los cursos de la Programación de 2001. DÉCIMO.- Que el actor realizaba funciones de Gestor de Formación y percibía un salario mensual de 1.221,42 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. DÉCIMO PRIMERO.- Que desde la toma de posesión como Delegada de la Forga en Santiago de doña M.G.M., en diciembre de 2000, el actor procedió de desobedecer continuamente las ordenes verbales emitidas por la misma, exigiendo su notificación por escrito, lo que provocó que en julio de 2002 se reuniera el actor con el Gerente y el Adjunto a Gerencia de la Forga, señalando aquel que era su carácter y que no iba a cambiar, teniendo lugar una nueva reunión en octubre de 2002, en los mismos términos, advertiéndosele que peligraba su puesto de trabajo y en marzo de 2003 se reunió el actor con el Adjunto a Gerencia, señalándole éste que iba a tener problemas por su actitud. DÉCIMO SEGUNDO.- Que en fecha 24.01.03 la Delegada Territorial de la Forga transmitió a todos los trabajadores del centro de M., verbalmente, la prohibición de alterar la configuración de los componente de los ordenadores del centro, sin que el actor la cumpliera, hasta que el 30.01.03 y mediante circular escrita, la Gerencia de la Fundación impartió la orden. DÉCIMO TERCERO.- Que en fecha 07.02.03 tuvo lugar una reunión de trabajo entre la Delegada Territorial de la Forga en Santiago y los trabajadores del centro de M., proponiendo el actor que se celebrara periódicas reuniones de trabajo para coordinar la actividad y que se levantaran actas, con nombramiento de secretario de actas, propuesta que fue rechazada, contradiciendo en dicha reunión constantemente el actor a la Delegada y exigiendo todo tipo de explicaciones y exigiéndosele copia de los documentos S10, el actor en todo momento se negó a facilitarla a la Delegada Territorial, procediendo como hasta entonces, archivando copia con el expediente y siéndole requerida concretamente una el 17.02.03, se negó a dársela. DÉCIMO CUARTO.- Que en fechas 11.11.02, 27.11.02, 15.01.03 y 26.02.03, se le encomendó, mediante anotación en la libreta existente al respecto, la realización de diversas gestiones y cumplimiento de diversas ordenes, no cumpliendo el actor y teniendo que realizar las gestiones otras personas o estando pendientes aún al día de la fecha. DÉCIMO QUINTO.- Que en fecha 09.01.03 la Delegada Territorial dio al actor orden verbal de preparar una carta para difundir entre las empresas el inicio de los cursos de soldadura, contestando que si la firmaba él la hacía, pero que si la firmaba ella que la hiciera ella, redactándola al día siguiente y presentándosela a la Delegada para su firma, comentando a los compañeros que la hacia "porque no le quedaban más cojones". DECIMO SEXTO.- Que el actor, de forma sistemática, no atiende las llamadas telefónicas que saltan automáticamente desde la entrada de la centralita a su teléfono, llegando a descolgar el aparato para interrumpir la llamada y señalando que no soporta el ruido y que ya llamarían luego, actuación que tuvo lugar, entre otros, los días 5 y 14 de marzo de 2003, provocando que otros dos compañeros tuvieran que interrumpir su trabajo para atender las llamadas. DÉCIMO SÉPTIMO.- Que en fecha 03.03.03 se produjo la protesta airada de don A.L.M., docente del curso del Plan de Formación Continua, por no tener recipientes para recoger los restos de soldadura y por cuanto las pinzas de las máquinas de soldar no valían porque eran muy estrechas, teniendo el actor instrucciones precisas de la Delegada Territorial de que revisara todo el material, por ser todo nuevo y tener mucho interés en que el curso, por ser el primero impartido en materia de soldadura, resultara bien. DECIMO OCTAVO.- Que el día 13.03.03 y en el curso del Plan de Formación Continua de Electricista de Mantenimiento, primer curso que se impartía en la aula- taller, se produjo ruido que afectó a la impartición de las clases teóricas, al impartirse al lado el curso de soldadura habiendo dispuesto el actor la colocación de las mesas en forma inversa a la prevista inicialmente, sin realizar posteriormente adaptación alguna y sin adoptar medidas encaminadas a resolver el problema, contestando a las quejas del docente y delante del alumnado, que ya tenías informada a la Delegada y a los demás de que eso iba a pasar, porque no le hacían caso y tenía que explicar las cosas. DÉCIMO NOVENO.- Que en fecha 13.03.03 y mediante escrito dirigido al Gerente de la Fundación, planteaste el compromiso de la Delegada Territorial para contratar al docente A.L.M. en los cursos de Soldadura MAG y Soldadura TIG, sin consultar la existencia de ese compromiso con la Delegada Territorial, habiendo manifestado al docente que tenía que exigir el cumplimiento porque ese compromiso tenía la validez de un contrato y en fecha 19.03.03 se dirigió el actor mediante fax a doña E.V, administrativo de la sección de nóminas de la Sede Nacional de Vigo, comunicándole la existencia de un compromiso de contratación con del docente C.F. por impartir el curso 3.902 del Plan FIP, cuando en el reparto de funciones realizado por el Gerente en la

reunión del 04.03.03, ante la baja médica de la Delegada Territorial, no era de su competencia, al haberse atribuido la gestión y responsabilidad del Plan FIP a los trabajadores X. y Xu. VIGÉSIMO.- Que desde la ausencia de la Delegada Territorial, por baja por enfermedad, el actor procedió a cambiar las ordenes de la misma, reubicando todo el mobiliario del centro, cuando estaba colocado en función del nuevo mobiliario a recibir, que llegó el 20.03, y para que este tuviera sitio. VIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha 07.02.03 y después de la reunión mantenida, se dirigió a su compañero X., llamándole "persona de confianza", por no oponerse a los cambios ordenados por la Delegada, exigiéndole, a partir de esa fecha, que le tuviera permanentemente informado de su actividad y de las instrucciones que recibía de la Delegada. VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que en fecha 04.03.03, en reunión de trabajo convocada por la Gerencia, con motivo de la baja laboral de la Delegada Territorial, el Gerente de la Fundación preguntó al trabajador X. si se sentía capacitado para responsabilizarse de la Gestión del Plan FIP, señalando éste que sí, ante lo cual, el actor, en actitud despectiva, repitió la pregunta y ante la respuesta afirmativa, el actor se rió. VIGÉSIMO TERCERO.- Que en fecha 14.03.03 y encontrándose su compañero Xu. en el turno de tarde, atendiendo a un antiguo alumno que pedía información del curso de Grafista-Maquetista del Plan FIP, el actor se dirigió al alumno diciendo que esa información sólo la podía dar él, cuando sólo tenía atribuidas competencias en el Plan de Formación Continua. VIGÉSIMO CUARTO.- Que los días 17, 18, 19, 20 y 21 de marzo de 2003 el actor tuvo a sus compañeros modificando la distribución del mobiliario de las aulas, talleres y oficinas. VIGÉSIMO QUINTO.- Que recientemente se ha producido el cambio del centro de la Fundación en M. desde la c/ … hasta el Polígono Industrial de dicha localidad. VIGÉSIMO SEXTO.- Que la Delegada de la Forga en Santiago doña M.G.M., permaneció en situación de Incapacidad Temporal, derivada de contingencias comunes, desde el 26.02.03 hasta el 25.04.03, con el diagnóstico síndrome Ansioso Depresivo. VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que en fecha 17.02.03 la Delegada Territorial puso en conocimiento de la Gerencia de la Fundación, por escrito y con la firma de sus tres compañeros de trabajo, las continuas desobediencias del actor y actuaciones a éste, en los términos que figuran en el documento nº 5 de los aportados por la demandada Forga y que se tiene por reproducido, procediendo la Gerencia a la comprobación de hechos, siendo esta suscrita por los trabajadores presentes y en los términos que figuran en el documento nº 4 de los aportados por al demandada Forga que se tiene por reproducido. VIGÉSIMO OCTAVO.- Que la Gerencia emitió informe al Patronato de la Forga en los términos que figuran en el documento nº 3 de los aportados por al demandada Forga y que se tiene por reproducido, celebrándose reunión del Patronato de la Fundación el 03.04.03, en la que se acordó, por cuatro votos contra dos el despido del actor, a propuesta de la Gerencia del Patronato. VIGÉSIMO NOVENO.- Que en fecha 04.04.03 la demandada Forga y en su representación el Apoderado General don S.O.F., notificó al actor carta de despido, de la misma fecha y con efectos desde el 04.04.03, con base en los siguientes hechos: Indisciplina e desobediencia no Traballo: Desobedecendo conscentemente todas e cada unha das ordes e indicación verbais emanadas da tua superior xerárquica, M.G.M., Delegada territorial de FORGA en Compostela, e iso a pesares de que a Xerencia Nacional de FORGA en Compostela, representada por don F.S.M., en reunión mantida contigo no teu centro de Traballo no mes de xullo do ano 202, te indicou explícitamente que debías cumplir e respetar todas e cada una das ordes escritas ou verbais que recibiras da Delegada Territorial. Esta actitude tua, que usas en detrimento da Delegada Territorial, ven tensando permanentemente as relacións laborais, poñendo constantemente en tea de xuizo a xerarquía organizativa ata o extremo de terse xa convertido nunha permanente indisciplina e desobediencia no traballo; sirvan como exemplo entre outras as seguintes situacións: Seguindo instruccións da xerencia o día 24 de xaneiro, a Delegada Territorial transmitiuche orde estricta de que estaba absolutamente prohibido alterala configuración dos componentes dos ordenadores e modificalos componentes sen autorización, ou de autorizar a algúns monitores para que o fixeran. O día 20 de xaneiro de 2003, a Xerencia tivo que ratificar anteriores instruccións verbais cursadas a tódolos Delegados Territoriais, mediante unha circular escrita á Delegada Territorial de Santiago para que ninguén desa Delegación, e ti especialmente, manipulara a composición dos ordenadores sen autorización expresa do Departamento de Mercas da Sede Nacional. Ti te negabas a acatala orde da Delegada se non a tiñas por escrito. O día 7 de febreiro de 2003, en reunión de traballo, se te cursaron instruccións de traballo que ti negaches a cumprir por non ter levantada acta de reunión. O día 17 de febreiro de 2003, a Delegada Terriotorial preguntouche se tiñas comunicado o documento S-10 do

curso e "patronaxe industrial", dixeches que "sí", cando che preguntou pola copia que, segundo as instrucción da reunión do día 7, tiñas que entregarlle, contestaches que lla dabas. A copia tivo que facela ela ó final do día. Incumprimento do traballo que se te asigna por escrito. Además do exposto anteriormente, das instruccións de traballo e tarefas que se te asignan por escrito (nunha libreta especial, criada ó efecto), seleccionas as que queres cumplir e as que non, e cuestionando ostensiblemente as razóns polas que se te cursan esas instruccións ou inquerindo por qué tes que mecer isto ou aquélo. As situacións mais recentes en que acaeceu algunha circunstancia desde estilo son: O día 11 de novembro de 2002, en anotación da libreta, se che deixaron instruccións para que chamaras a Expósito. Non fixeches caso, a xestión a fixo a Delegada o día 21 de novembro. O día 11 de novembro de 2002, en anotación da libreta, se che deixaron instruccións de poñerte en contacto con "Capellán" para soluciona-lo asunto das cintas de eólica do curso pasado. O tema aínda está sen resolver. O día 27 de novembro de 2002, en anotación da libreta, se che deixaron instruccións para dar de baixa o día 2 a conexión ADSL do Centro Vello. Non fixeches caso, tivo que realiza-la xestión Xu. (auxiliar administrativo) o día 4 de decembro. O día 15 de xaneiro do 2003, en anotación de libreta, se che deixaron instruccións para chamar a R.V. (de Normalización Lingüística) para que che dixera si se comprometía a traducir un manual do curso de soldadura. Constestaches, nese mesmo día que non che dera tempo de face-la xestión, cando te diches de conta xa era tarde. O día 25 de xaneiro fixo a xestión a Delegada Territorial, porque ti aínda non a fixeras. O día 26 de febreiro de 2003, en anotación da libreta, se te recorda que non estás cumprindo coas instruccións da reunión do día 7 de febreiro, non entregas as copias dos "documentos S-10". Sigues sen entregalas a día de hoxe. O día 26 de febreiro de 2003, en anotación de libreta, se che recorda que na reunión do día 7 de febreiro acordouse un procedemento de xestión da documentación de Formación Continua, que nesa reunión ti non manifestaches nada en contra de él. Dixéchesslle a Delegada que esas tonterías nin as contestabas. Sigues sen facer caso do procedemento establecido. Cuestionamento continuo da autoridade da Delegada Territorial, tanto en privado como diante de compañeiros, monitores ou alumnos. O día 9 de xaneiro de 2003 a Delegada Territorial deuche a orde de preparar nese mesmo día unha carta para difundir entre as empresas o inicio dos cursos de soldadura. Ti lle contestaches "si a carta a asino eu, dacordo, pero si a asinas ti, faina ti". Ante a recriminación da Delegada dixeches que non a facías aínda, porque tiñas que consultar se tiñas obriga de facela. O día seguinte a fixeches, segundo os teus comentarios, "porque non te quedaban mais collóns". O día 7 de febreiro do 2002, en reunión de Traballo de tódolos empregados do Centro, sen nenguha razón ou provocación, te dirixiches constantemente contradecindo á Delegada Territorial, inquerindo todo tipo de explicación o que a Delegada decía, cunha linguaxe imperativa e afrentosa que tódolos demais compañeiros percibiron con nitidez. Negativa sistemática a atender as chamadas de teléfono. A tensión e malestar que transmite esta actitude os demáis compañeiros, se acrecenta pola tua costume de que, cando a chamada telefónica insiste, descolgas e colgas-lo teléfono para interrompila sen atendela. Cando os compañeiros te recriminan esta conducta, contestas que "non soportas o ruido", ou que "xa chamarán logo". O día 5 de marzo de 2003, M., como en outras múltiples ocasións, tivo que interromper unaha entrevista de Orientación Laboral para contestar o teléfono que soaba na oficina de recepción (lugar onde está situada a centralita e o teu posto de traballo). Ti te atopabas no teu posto de traballo sen nada especial que impedira ou entorpecera poder atende-lo teléfono. O día 14 de marzo de 2003, Xu. como en outras incontables ocasións tivo que baixar do primeiro andar á carreira para atende-lo telefóno que soaba na centralita. Ti te atopabas no teu posto de traballo sin nada especial que impedira ou entorpecera poder atende-lo teléfono. Incumplimentos graves no desempeño do traballo encomendado: Negligencia grave na preparación e planificación dos cursos e non recoñecemento dos teus erros inculpando deles a outros compañeiros. O día 3 de marzo, último o docente do curso do Plano de Formación Continua, A.L.M., protestóu de forma airada e ostentosa porque non tiña vasoiras e que as pinzas que tiñan as máquinas de soldar non valían porque eran moi estreitas. Como ben sabes, e moitas veces manifestas, ti como Xestor de formación do Centro tiña-la obriga e a responsabilidade de comprobar que, antes do comezo das prácticas do curso, estiviera adecuadamente dotado de medios, espacio e material, era a tua responsabilidade ter verificado a dotación de vasoiras e que as pinzas fosen as adecuadas para o tipo de electrodo que se ía utilizar neste curso, principalmente cando a Delegada, unha semana antes de que comenzara este curso, manifestóu todo o persoal do Centro e o decente que, como era este o pri-

meiro curso de soldadura que impartía no Centro, tiña un especial interese en que todo saíra ben e, especialmente, que o monitor tivera ben revisada a dotación de material e comprobado o funcionamento das máquinas, xa que todo era novo. Abondan as queixas do alumnado pola "falla de medios e recursos" e "falla de seriedade da organización" áreas que te competen directamente. O día 13 de marzo de 2003, se iniciou o curso do Plano de formación Continua de "Electricista de Mantenemento", era o primeiro curso que se impartía na aula-obradoiro, como ti e a tua Delegada xa tiñades observado, era posible que o ruído do obradoiro contiguo afectara as clases teóricas. A situación que dispuseches para as mesmas de teórica era xusto a contraria á prevista (no lugar destinado as mesas de prácticas) e, además, arrimadas a zona do obradoiro de soldadura onde se producía o ruido. As mesas do obradoiro de soldadura onde se producía o ruido estaban arrimadas ó tabique divisorio. Cando menos, pódese decir que pola túa parte houbo unha falla absoluta de previsión adeemáis o problema de coincidencia dos dous cursos só afectaba os dous primeiros días. Puideches coordinar para que non coincidiran os días de teórica do curso de Electricista cos de práctica de Soldadura, de no ser posible, a lo menos, puidos mitiga-lo efecto do ruído situando a zoa de teórica de electricidade no lugar previsto, que era o mais lonxe posible da fonte do ruido. Puideches situar as mesas do obradoiro de soldadura o mais loxe posible da faula de electricidade (como se fixo despois, por orde da Xerencia). O mais grave de todo isto foi que, cando o monitor do curso de Electricista se queixou do ruído, ti te limitaches a dirixirte os alumnos e o docente dicendo "eu como xestor de Formación xa teño informada á Delegada e os demais de que ísto ía a pasar, porque a mín no se me fai caso, e teño que explicar as cousas" Entendemos que esta e unha actitude desleal, intolerable nunha persoa que é a representación de Forga diante dos monitores e do alumnado, como ti ben sabes e moitas veces manifestas. 3. Transgresión da boa fe contractual, así como abuso de confianza: Intentos de predispoñer a monitores e alumnos en contra de Forga e CIG. O día 13 de marzo, en escrito dirixido o Xerente, planteas a existencia dun compromiso verbal da Delegada Territorial para controlar o docente A.L.M. nos curso de "Soldadura MAG" e "Soldadura TIG", sen consulta-la existencia dese compromiso tiña a validez dun contrato. Salientar que abondan as protestas do alumnado do curso de "soldaduras especiais "impartido por A.L.M., porque non se lle vai contratar para impartir os cursos de "Soldadura MAG" e "Soldadura TIG, aínda que alguns deles non van a realizar estes cursos.O día 19 de marzo, en escrito dirixido á compañeira E.V. (Dpto. de Nóminas da Sede Nacional), comunicaches a existencia dun compromiso escrito para unha contratación que, dacordo co reparto de funcións asignado polo Xerente na reunión do día 4, non era da tua competencia. Recordar que a xestión e que terían que aconsella-la contratación do docentes paraese curso. Ti sabes moi ben, que a compañeira E. é unha administrativa que non pode tomar unha decisión desas características. E que a Xerencia non a ía consentir ese compromiso. Troco das ordes da Delegada Territorial ós Compañeiros. Continuamente estas poniendo ós teus compañeiros no compromiso de facerte caso a ti ou a Delegada Territorial. Desde a ausencia da Delegada por baixa laboral, estas procedendo a unha frenética reubicación de todo o mobiliario do Centro, chegando a ter modificada a distribución duna mesma aula xa catro veces nestes días. Sabes moi ben, porque a Delegada vo-lo comunicou a todos, e os teus compañeiros cho recordaron, que o mobiliario das aulas, oficinas e talleres estaba distribuido de xeito que cando foran chegando os novos mobles (as mesmas de prácticas de electricidade xa chegaron o día 20 de marzo, por ejemplo) tiveran o seu sitio preparado. Desprezo dos outros compañeiros e do seu traballo. O día 7 de febreiro, despois dunha reunión de traballo coa Delegada Territorial onde ela fai unha modificación da asignación de tarefas e responsabilidades de cada un de vos, cunha actitude inquisitoria, esixíndolle (en contra das instruccións da Delegada) que te manteña permanentemente informado da sua actividade e das instruccións que él recibe da Delegada. O día 4 de marzo, en reunión de traballo convocada pola Xerencia, con motivo da baixa laboral da Delegada Territorial, o Xerente preguntolle a X. si sentíase capacitado para responsablizarse (xunto con Xu.) da xestión do Plano F.I.P. Cando X. dixo que sí, ti lle volviches a preguntalo mesmo, en tono despectivo o insistir X. en que sí te reíches de él diante do Xerente e tódolos demais compañeiros, dando a entender que non estaba capacitado. O día 14 de marzo, atopándose Xu. no turno de tarde, cheou un antigo alumno de Forga. Para solicitar información do curso de "Grafista-Maquetista" do Plano F.I.O. dirixíndose a Xu. para elo, ti te achegaches a eles e lle dixeches o alumno "Este tipo de información só o podo dar eu", anulando despreciando a colaboración de Xu. Encomendada a responsabilidade da xestión do plano F.I.P. e a ti de Formación Continua. Nos

días 17, 18, 19, 20 e 21 de marzo, tiveches os teus compañeiros traballando de "mozos de almacén" modificando a distribución e trasladando mobiliario das aulas, talleres e oficinas, contradecindo (e así se che fixo saber polos outros compañeiros) as instruccións da Delegada Territorial, por unha banda, e, por outra, desoíndo a distribución de tarefas e responsabilidades realizada polo Xerente na reunión do día 4 de marzo. A razón que espuxeches foi que ti "era-lo técnico e o Xestor", despreciando por completo o criterio dos outros compañeiros, alegando además que tiñas instruccións do Xerente (que non as tiñas). A tua actitude indisciplinade transgrede os valores mínimos esixibles para o mantenemento dunha relación laboral, dende o nomeamento de M.G.M. como Delegada Territorial de Santiago, fíxose cotían e constante o cuestionamento da sua autoridade e por extensión a da Xerencia Forga. O longo do ano 2002, en duas ocasións fuches amonestado e apercibido verbalmente, pola Xerencia desta Fundación, pola tua constante actitude de menosprezo e hostilidade coa Delegada Territorial. Lonxe de correxir esta conducta, pouco a pouco, a tua actitude foi empeorando, extendéndoa cara os teus compañeiros, personal de contratas o Servicio do Centro e terceiras persoas que acuden ó Centro a interesarse polos nosos servizos, agravándose nas últimas datas conactitudes, xestións e decisións que, consideramos, constitúen cando menos, unha deslealtade en perxuizo de imaxe, obxectivos e fins de nosa Fundación. Todo elo a pesares dos constantes apercebimentos da Delegada Territorial, e, nalgúns casos, dos teus propios compañeiros. Por tódolo exposto foi tomada a decisión de impoñerle a sanción consistente en despido disciplinario, con efectos desde el día de hoxe, en que recibes esta comunicación. Tes á tua disposición a correspondente liquidación de salarios e partes proporcionais que legalmene che corresponden. Dado que a nosa representante sindical nesa Delegación está de baixa laboral pasamos comunicación os representantes sindicais da Sede Central", carta que fue notificada a los representantes de personal. TRIGÉSIMO.- Que en fecha 13.03.03 el actor se había dirigido mediante fax a la Gerencia de la Fundación, poniendo en conocimiento de la misma diversos problemas en la impartición del curso de Electricista de Mantenimiento, por ruidos derivados del curso de soldadura y poniendo de manifiesto el presunto compromiso con el docente Sr. M., para impartir los cursos de soldadura TIG y soldadura MAG, manifestando haber puesto en conocimiento de la Delegada con mucha antelación los problemas mencionados. TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que el actor se había dirigido en diversas ocasiones a la Delegada Territorial, en el mes de febrero, con diversas propuestas de organización del trabajo y de los cursos y su impartición. TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Que el actor, en julio de 2002 formuló a la Gerencia una protesta por el cambio de su horario realizado por la Delegada Territorial, exigiendo el cumplimiento de la legalidad. TRIGÉSIMO TERCERO.- Que en fecha 28.07.03 se dirigió a tres excompañeros de trabajo, mediante fax, solicitando su comparecencia en el Juzgado el día del Juicio y realizando una serie de manifestaciones con respecto a la conducta de los Miembros del Patronato de la Forga y de la Ejecutiva de la Confederación Intersindical Galega, en los términos que constan en autos y que se tienen por reproducidos y acompañando copia de la carta de despido. TRIGÉSIMO CUARTO.- Que en fecha 23.07.03 el actor se dirigió, mediante fax, al responsable de formación de la Federación del Metal de la CIG, solicitando su comparecencia en juicio como testigo, realizando las mismas manifestaciones y acompañando copia de la carta de despido y acompañando como anexo carta de solicitud de amparo remitida a don R.O.P., Secretario organización de la Ejecutiva Confederal de la CIG y a don S.O.F, miembro igualmente de la ejecutiva del sindicato y apoderado General de la Forga, remitida el 17.02.03. TRIGÉSIMO QUINTO.- Que en fecha 18.07.03 el actor se dirigió, mediante fax, al personal docente y de administración de la Forga de Santiago, solicitando su comparecencia en juicio como testigos, realizando las mismas manifestación es y acompañando copia de la carta de despido y acompañando como anexo carta de solicitud de amparo remitida a don R.O.P., Secretario de Organización de la Ejecutiva Confederal de la CIG y a don S.O.F., miembro igualmente de la ejecutiva del sindicato y apoderado General de la Forga, remitida el 17.02.03. TRIGÉSIMO SEXTO.- Que en fecha 22.07.03 el actor se dirigió, mediante Fax, a los miembros de la Ejecutiva de la Banca, Ahorro, Seguros y oficinas de la CIG, en su calidad de afiliado a la citada Federación solicitando su comparecencia en juicio como testigos, realizando las mismas manifestaciones y acompañando copia de la carta de despido y acompañando como anexo carta de solicitud de amparo remitida a don R.O.P., Secretario de organización de la Ejecutiva Confederal de la CIG y a don S.O.F., miembro igualmente de la ejecutiva del sindicato y apoderado General de la Forga, remitida el 17.02.03. TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que el Gerente de la Forga tiene competencias

para gestionar las actividades de la fundación, realizar contrataciones y proponer la política de recursos humanos, careciendo de facultades para despedir, correspondiendo esta función al Patronato de la Fundación. TRIGÉSIMO OCTAVO.- Que el actor es afiliado a la Confederación Intersindical Galega y no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los Trabajadores, en el año inmediatamente anterior a la fecha del despido. TRIGÉSIMO NOVENO.- Que en fecha 06.05.03 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia. CUADRAGÉSIMO.- Que el motivo de uno de los votos en contra del despido, realizado en el patronato de la Fundación, fue entender que había que dar audiencia al actor para que se explicara".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO: Que desestimando la excepción de prescripción de la mayor parte de los hehcos imputados formulada por don R.M.L., desestimando la demanda formulada por don R.M.L. contra el Sindicato Confederación Intersindical Galega, debía absolver y absolvía al demandado de los pedimentos contenidos en la misma y desestimando la demanda formulada por don R.M.L., contra la Fundación para la Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia debía de declarar y declaraba la procedencia del despido del actor, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma. Deduciéndose de los autos la existencia de fraude de ley en la contratación y la posible existencia de infracotizaciones, dedúzcase testimonio de la presente sentencia a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, a los efectos legales oportunos.

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 parte demandante, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y, en concreto, se denuncia (1) la infracción, por interpretación inadecuada, del artículo 60, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, y (2) la infracción, por interpretación inadecuada, del artículo 54, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, utilizando como argumentos de ambas denuncias jurídicas su jurisprudencia aplicativa. Opuesta a las expuestas denuncias jurídicas, la empresa recurrida solicita la desestimación total de la suplicación con la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

Con anterioridad al estudio de las denuncias jurídicas y de sus correlativas impugnaciones, es conveniente el recordatorio de los hechos declarados probados relevantes a los efectos de dicho estudio, cuales son los siguientes:

a) "Que desde la toma de posesión como Delegada de la Forga en Santiago de doña M.G.M., en diciembre de 2000, el actor procedió de desobedecer continuamente las órdenes verbales emitidas por la misma, exigiendo su notificación por escrito, lo que provocó que en julio de 2002 se reuniera el actor con el Gerente y el Adjunto a Gerencia de la Forga, señalando aquel que era su carácter y que no iba a cambiar, teniendo lugar una nueva reunión en octubre de 2002, en los mismos términos, advirtiéndosele que peligraba su puesto de trabajo y en marzo de 2003 se reunió el actor con el Adjunto a Gerencia, señalándole éste que iba a tener problemas por su actitud" –Hecho Probado Décimo Primero-.

b) "Que en fecha 24.01.03 la Delegada Territorial de la Forga transmitió a todos los trabajadores del centro de M., verbalmente, la prohibición de alterar la configuración de los componentes de los ordenadores del centro, sin que el actor la cumpliera, hasta que el 30.01.03 y mediante circular escrita, la Gerencia de la Fundación impartió la orden" -Hecho Probado Décimo Segundo-.

c) "Que en fecha 07.02.03 tuvo lugar una reunión de trabajo entre la Delegada Territorial de la Forga en Santiago y los trabajadores del centro de M., proponiendo el actor que se celebrara periódicas reuniones de trabajo para coordinar la actividad y que se levantaran actas, con nombramiento de secretario de actas, propuesta que fue rechazada, contradiciendo en dicha reunión constantemente el actor a la Delegada y exigiendo todo tipo de explicaciones y exigiéndosele copia de los documentos S10, el actor en todo momento se negó a facilitarla a la Delegada Territorial, procediendo como hasta entonces, archivando copia con el

expediente y siéndole requerida concretamente una el 17.02.03, se negó a dársela" –Hecho Probado Décimo Tercero-.

d) "Que en fechas 17, 18, 19, 20 y 21 de marzo de 2003, se le encomendó, mediante anotación en la libreta existente al respecto, la realización de diversas gestiones y cumplimiento de diversas ordenes, no cumpliendo el actor y teniendo que realizar las gestiones otras personas o estando pendientes aún al día de la fecha" –Hecho Probado Décimo Cuarto-.

e) "Que en fecha 09.01.03 la Delegada Territorial dio al actor orden verbal de preparar una carta para difundir entre las empresas el inicio de los cursos de soldadura, contestando que si la firmaba él la hacía, pero que si la firmaba ella que la hiciera ella, redactándola al día siguiente y presentándosela a la Delegada para su firma, comentando a los compañeros que lo hacía porque no le quedaban más cojones" –Hecho Probado Décimo Quinto-.

f) "Que el actor, de forma sistemática, no atiende las llamadas telefónicas que saltan automáticamente desde la entrada de la centralita a su teléfono, llegando a descolgar el aparato para interrumpir la llamada y señalando que no soporta el ruido y que ya llamarían luego, actuación que tuvo lugar, entre otros, los días 5 y 14 de marzo de 2003, provocando que otros dos compañeros tuvieran que interrumpir su trabajo para atender las llamadas" –Hecho Probado Décimo Sexto-.

g) "Que en fecha 03.03.03 se produjo la protesta airada de don A.L.M., docente del curso del Plan de Formación Continua, por no tener recipientes para recoger los restos de soldadura y por cuanto las pinzas de las máquinas de soldar no valían porque eran muy estrechas, teniendo el actor instrucciones precisas de la delegada Territorial de que revisara todo el material, por ser todo nuevo y tener mucho interés en que el curo, por ser el primero impartido en materia de soldadura, resultara bien" –Hecho Probado Décimo Séptimo-.

h)"Que el día 13.03.03 y en el curso del Plan de Formación Continua de Electricista de Mantenimiento, primer curso que se impartía en la aula taller, se produjo ruido que afectó a la impartición de las clases teóricas, al impartirse al lado el curso de soldadura habiendo dispuesto el actor la colocación de las mesas en forma inversa a la prevista inicialmente, sin realizar posteriormente adaptación alguna y sin adoptar medidas encaminadas a resolver el problema, contestando a las quejas del docente y delante del alumnado, que ya tenías informada a la Delegada y a los demás de que eso iba pasar, porque no le hacían caso y tenía que explicar las cosas" –Hecho Probado Décimo Octavo-.

i) "Que en fecha 13.03.03 y mediante escrito dirigido al Gerente de la Fundación, planteaste el compromiso de la Delegada Territorial para contratar al docente don A.L.M. o en los cursos de Soldadura MAG y Soldadura TIG, sin consultar la existencia de ese compromiso con la Delegada Territorial, habiendo manifestado al docente que tenía que exigir el cumplimiento porque ese compromiso tenía la validez de un contrato y en fecha 19.03.03 se dirigió el actor mediante fax a doña E.V., administrativo de la sección de nóminas de la Sede Nacional de Vigo, comunicándole la existencia de un compromiso de contratación con del docente C.F. por impartir el curso 3.902 del Plan FIP, cuando en el reparto de funciones realizado por el Gerente en la reunión del 04.03.03, ante la baja médica de la Delegada Territorial, no era de su competencia, al haberse atribuido la gestión y responsabilidad del Plan FIP a los trabajadores X. y Xu." –Hecho Probado Hecho Probado Décimo Noveno-.

j) "Que desde la ausencia de la Delegada Territorial, por baja por enfermedad, el actor procedió a cambiar las ordenes de la misma, reubicando todo el mobiliario del centro, cuando estaba colocado en función del nuevo mobiliario a recibir, que llegó el 20.03, y para que este tuviera sitio" –Hecho Probado Vigésimo-.

k) "Que en fecha 07.02.03 y después de la reunión mantenida, se dirigió a su compañero X., llamándole "persona de confianza", por no oponerse a los cambios ordenados por la Delegada, exigiéndole, a partir de esa fecha, que le tuviera permanentemente informado de su actividad y de las instrucciones que recibía de la Delegada" –Hecho Probado Vigésimo Primero-.

l) "Que en fecha 04.03.03, en reunión de trabajo convocada por la Gerencia, con motivo de la baja laboral de la Delegada Territorial, el Gerente de la Fundación preguntó al trabajador X. si se sentía capacitado para responsabilizarse de la Gestión del Plan FIP, señalando éste que sí, ante lo cual, el actor, en actitud despectiva, repitió la pregunta y ante la respuesta afirmativa, el actor se rió" –Hecho Probado Vigésimo Segundo-.

m) "Que en fecha 14.03.03 y encontrándose su compañero Xu. en el turno de

tarde, atendiendo a un antiguo alumno que pedía información del curso de Grafista-Maquetista del Plan FIP, el actor se dirigió al alumno diciendo que esa información sólo la podía dar él, cuando sólo tenía atribuidas competencias en el Plan de Formación Continua" –Hecho Probado Vigésimo Tercero-.

n) "Que los días 17, 18, 19, 20 y 21 de marzo de 2003 el actor tuvo a sus compañeros modificando la distribución del mobiliario de las aulas, talleres y oficinas" –Hecho Probado Vigésimo Cuarto-.

SEGUNDO.- En cuanto a la infracción, por interpretación inadecuada, del artículo 60, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, donde se establece que "las faltas ... muy graves (prescribirán) a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido", infracción normativa argumentada en relación con su jurisprudencia aplicativa, la denuncia jurídica es inacogible, y lo es, a juicio de la Sala, en atención a los siguientes razonamientos jurídicos:

1º.- En primer lugar, porque, atendiendo a la fecha de notificación de la carta de despido disciplinario –el 04.04.03, Hecho Probado Vigésimo Noveno-, y atendiendo al plazo de prescripción corta de sesenta días –artículo 60.2 del ET-, debemos concluir que, de entre los hechos declarados probados relevantes a los efectos de la calificación del despido disciplinario, esto es los recién transcritos Hechos Probados Décimo Primero a Vigésimo Cuarto, sólo cuatro aluden a hechos cometidos fuera de ese plazo temporal, y, en consecuencia, sólo esos cuatro, de admitirse la tesis de la parte recurrente, estarían prescritos, y esos cuatro hechos cometidos fuera de ese plazo temporal son los siguientes:

a) El Hecho Probado Décimo Primero, donde se detalla no tanto un hecho como una conducta del demandante de desobediencia de las órdenes verbales de su superiora y exigencia de escritura, que, de acuerdo con su redacción, se inició "desde la toma de posesión como Delegada de la Forga en Santiago de doña M.G.M." y continuó después de modo ininterrumpido, motivando diversas advertencias informales, la última "en marzo de 2003 ... el Adjunto a Gerencia ... (le señaló) que iba a tener problemas por su actitud".

b) El Hecho Probado Décimo Segundo, donde se relata, justamente, un episodio consistente en desobediencia de una orden verbal –emitida a 24.01.03- y necesidad de su posterior notificación escrita –acaecida a 30.01.03-.

c) El Hecho Probado Décimo Cuarto, donde se relata el incumplimiento de cuatro órdenes concretas de 11.11.02, de 27.11.02, de 15.01.03 y de 26.02.03 –la última, en todo caso, se encuentra dentro de los sesenta días anteriores a la fecha de la notificación del despido disciplinario-, y, a la vista del texto de la carta de despido –véase el Hecho Probado Vigésimo Noveno-, la de 11.11.02 y la de 26.02.03 están pendientes aún de cumplir, al no haber sido cumplidas –como las de 27.11.02 y de 15.01.03- por otras personas.

d) El Hecho Probado Décimo Quinto, donde se relata un incidente con su superiora, datado a 09.01.03, manifestación de la conducta de descalificación de la superiora detallada con carácter general en Hecho Probado Décimo Primero.

2º.- En segundo lugar, porque esos hechos cometidos fuera de los sesenta días anteriores a la fecha de la notificación de la carta de despido disciplinario –en los Hechos Probados Décimo Primero, Décimo Segundo, Décimo Cuarto y Décimo Quinto se relatan hechos cometidos, a lo menos en una parte, fuera de los sesenta días anteriores a la fecha de la notificación de la carta de despido disciplinario-, no son tanto hechos de efectos instantáneos como el relato de una conducta y diversas manifestaciones concretas de dicha conducta, conducta mantenida, como adecuadamente concluye el juzgador de instancia, "hasta la fecha del despido" –Fundamento de Derecho Tercero-, y así se comprueba además con la mera lectura de los Hechos Probados Décimo Tercero, Décimo Séptimo, Décimo Octavo y Décimo Noveno –donde se relatan hechos cometidos en su total integridad dentro de los sesenta días anteriores a la fecha de la notificación de la carta de despido disciplinario-, conformando todos estos hechos contenidos en el relato judicial –los Hechos Probados Décimo Primero, Décimo Segundo, Décimo Tercero, Décimo Cuarto, Décimo Quinto, Décimo Séptimo, Décimo Octavo y Décimo Noveno- diversas manifestaciones concretas de una misma conducta general de descalificación de la superioridad prolongada a lo largo del tiempo y, en consecuencia, es correcta la aplicación, por el juzgador de instancia, de la doctrina judicial que, ante conductas continuadas, duraderas o permanentes, establece el inicio del cómputo de la prescripción de la falta

cuando se produce la desaparición completa del incumplimiento –Sentencias de 30.04.90, RJ 3.512, de 14.05.90, RJ 4.316, de 15.06.90, RJ 5.465, de 25.06.90, RJ 5.513, o de 04.02.91, RJ 795, del Tribunal Supremo, algunas de ellas y aún otras más citadas en la sentencia de instancia-.

3º.- En tercer lugar, porque, aunque no se ha producido una ocultación de la conducta, antes al contrario, las conductas del trabajador de descalificación de su superiora han sido manifiestas, lo cierto es que, como las últimas manifestaciones de esa conducta se encuentran dentro de los sesenta días anteriores a la fecha de notificación de la carta de despido disciplinario –Hechos Probados Décimo Tercero, Décimo Séptimo, Décimo Octavo y Décimo Noveno, en la totalidad de sus relatos, y Hechos Probados Décimo Primero y Décimo Cuarto, en una parte de sus relatos-, debemos valorar las anteriores manifestaciones de esa misma conducta –Hechos Probados Décimo Primero, Décimo Segundo, Décimo Cuarto y Décimo Quinto-, cuando dicha conducta es constitutiva tanto de desobediencia o indisciplina como de ataque a la capacidad de mando de la superiora, claramente afectante de su dignidad profesional, y, además, con relación a ninguna de sus manifestaciones ha transcurrido el plazo de prescripción larga de seis meses desde su comisión –artículo 60.2 del ET-.

Por lo tanto, desde la comisión de los hechos imputados en la carta de despido disciplinario hasta su notificación no ha transcurrido, en ningún caso, el plazo de seis meses desde su comisión, y, aunque algunos se cometieron fuera del plazo de sesenta días anteriores a la fecha de notificación de la carta de despido disciplinario, dichos hechos –son una minoría dentro de los declarados probados en la sentencia de instancia con relevancia en la calificación del despido disciplinario- forman una unidad de acto con otros sí cometidos dentro de ese plazo de sesenta días anteriores a la fecha de notificación de la carta de despido disciplinario, de ahí la necesidad de valoración conjunta de todas las manifestaciones de una misma conducta, y que le llevan a afirmar al juzgador de instancia –en el Fundamento de Derecho Tercero- que el conocimiento pleno, cabal y exacto exigido en reiterada doctrina judicial –Sentencias de 20.03.97, RJ 2.605, de 20.02.98, RJ 1.846, de 20.12.99, RJ 524/2000, o de 31.01.01, RJ 2.136, del Tribunal Supremo, entre otras- y referido ese conocimiento al órgano competente para la imposición de las sanciones disciplinarias, se ha adquirido, en el caso de autos, en 03.04.03, cuando el Patronato de la Fundación para a Orientación Profesional, Emprego e Formación en Galicia adquirió conocimiento del informe de la Gerencia –Hechos Probados Vigésimo Octavo y Vigésimo Noveno-, de modo que, al haberse acordado el despido el mismo día en que ese órgano conoció y al haberse notificado al día siguiente la carta de despido, no se produjo prescripción. En todo caso, y aunque se considerase como día inicial del cómputo el de comisión de los hechos y no el del conocimiento de dicho órgano, la prescripción tampoco habría acaecido, simplemente porque, y conviene reiterarlo como punto final, si algún hecho fue cometido fuera de los sesenta días anteriores a la fecha de la notificación de la carta de despido disciplinario, son manifestaciones de una misma conducta con otras manifestaciones claramente incluidas dentro de ese plazo de sesenta días.

TERCERO.- En cuanto a la infracción, por interpretación inadecuada, del artículo 54, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, infracción normativa argumentada en relación con su jurisprudencia aplicativa, se argumenta sobre la aplicación de la llamada doctrina gradualista de adecuación de la persona, el hecho y la sanción, y, de modo sintético, en atención a (1) que la conducta del demandante era conocida, desde 6/2002, por la Gerencia de la Fundación –lo cual efectivamente se deriva, con la única matización de ser julio y no junio, del Hecho Probado Décimo Primero-, (2) que los problemas surgieron desde la incorporación de una superiora directa –lo cual efectivamente se deriva del Hecho Probado Décimo Primero-, (3) que antes no consta imposición de sanción alguna –ninguna sanción anterior se ha declarado como probada-, (4) que la empleadora presenta un componente sindical –como se deduce del Hecho Probado Cuarto y del Fundamento de Derecho Segundo-, y (5) que, desde 6/2002, la conducta del demandante fue consentida, circunstancia esta última que –a diferencia de las anteriores- no encuentra un sustento en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, antes al contrario –como recoge el Hecho Probado Décimo Primero- el trabajador fue advertido, de manera informal, hasta en tres ocasiones –en 7 y 10/2002 y en 3/2003-, la última muy significativa –se le dijo "iba a tener problemas por su actitud"-, y, aunque al tratarse de advertencias hechas de manera informal no

conforman una sanción, sí son suficientes como para no considerar sorpresivo el despido disciplinario.

Pues bien, a la vista de los hechos declarados probados, y, en concreto, de los transcritos en el Fundamento de Derecho Primero de nuestra Sentencia, e incluso –lo cual se dice a meros efectos argumentales, ya que, como se ha razonado en el Fundamento de Derecho Segundo de nuestra Sentencia, no concurre prescripción- aún sólo considerando los hechos que, si se hubiere admitido la denuncia jurídica relativa a la prescripción de las faltas imputadas al trabajador, deberían entenderse no afectados de prescripción –Hechos Probados Décimo Primero y Décimo Cuarto, en una parte de sus relatos, y Hechos Probados Décimo Tercero y Décimo Sexto a Vigésimo Cuarto-, la Sala considera adecuadamente calificado de procedente el despido disciplinario del demandante, en cuanto la conducta del demandante se subsume, sin género de dudas, en "la indisciplina o desobediencia en el trabajo" –según la letra b) del apartado 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores-, en "las ofensas verbales ... al empresario o a las personas que trabajan en la empresa" –según la letra c) del apartado 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores-, y en "el abuso de confianza en el desempeño del trabajo" –según la letra d) del apartado 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores-, debiendo añadirse:

(1) Que, en cuanto a la situación de conflictividad del trabajador hacia su superiora, no es, en modo alguno, una circunstancia atenuante de la gravedad y/o de la culpabilidad de la conducta del trabajador, ya que, al margen de cualesquiera rencillas personales, el trabajador es una parte de la relación laboral y, en esa condición de trabajador, debe asumir sus obligaciones sin cometer ningún exceso, de la misma manera en que, en el ejercicio de los poderes que le ha delegado la empleadora, esa superiora del trabajador no podría cometer exceso alguno, exceso que, si existiere, sí podría atenuar la gravedad o la culpabilidad de la conducta del trabajador, pero que, en el caso de autos, no se ha acreditado existiese, sino que, antes al contrario, el exceso lo ha cometido el trabajador con su conducta y no la superiora del trabajador con sus órdenes.

(2) Que, asimismo en cuanto a la situación de conflictividad del trabajador hacia su superiora, los incumplimientos contractuales del trabajador se han mantenido aún desde la baja médica de su superiora –de baja desde 26.02.03 por síndrome ansioso depresivo, Hecho Probado Vigésimo Sexto-, y dichos incumplimientos contractuales han implicado además a otros trabajadores –véanse, sobre estos aspectos, los Hechos Probados Décimo Sexto, Décimo Séptimo, Décimo Noveno, Vigésimo, Vigésimo Segundo y Vigésimo Tercero-, demostrando, en suma, que, por parte del trabajador, su conducta trascendía a la persona de su superiora y no obedecía sólo a su conflicto interpersonal.

(3) Que, en cuanto al conocimiento del órgano de gerencia de la conducta del trabajador y en cuanto a la ausencia de sanciones anteriores, no resultan datos relevantes atendiendo a la gravedad y a la culpabilidad de los hechos imputados en la carta de despido disciplinario, demostrativos de una conducta del trabajador conflictiva con sus superiores y con sus compañeros de trabajo, que, en vez de atemperarse con el tiempo, ha ido progresivamente a más –al respecto, es significativa la mera lectura de los hechos más arriba transcritos, correspondientes a los Hechos Probados Décimo Primero a Vigésimo Cuarto-.

(4) Que, en cuanto al componente sindical de la relación existente entre el trabajador y la empleadora, no resulta relevante a los efectos de calificar el despido disciplinario del trabajador acordado por la fundación empleadora, ya que, aunque, en su calidad de afiliado del sindicato al cual esa fundación está ligada, el trabajador, atendiendo al carácter democrático de los sindicatos –de acuerdo con el artículo 7 de nuestra Constitución-, ostenta legítimos cauces de participación en la formación de la voluntad del sindicato, y, en lógica consecuencia, de la fundación ligada al sindicato, ello no interfiere en la relación laboral existente entre el trabajador y la fundación empleadora ligada al sindicato, de modo que, en dicha relación, el trabajador no se puede atribuir poderes característicos del empresario –aunque, en su condición de afiliado, ostenta legítimos cauces de participación en la formación de la voluntad del sindicato-, del mismo modo en que –a lo menos, como es el caso de autos, cuando el trabajador esté destinado en un trabajo ideológicamente neutro- el sindicato no ostenta la posibilidad de interferir en la relación laboral con circunstancias ligadas a la relación de afiliación –por ejemplo, la pérdida de la condición de afiliado del trabajador no le faculta a la

extinción de la relación laboral-, de donde, en suma, el componente sindical resulta, en nuestro caso, irrelevante.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, no concurre ni la infracción, por interpretación inadecuada, del artículo 60, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, ni la infracción, por interpretación inadecuada, del artículo 54, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, utilizando como argumentos de ambas denuncias jurídicas su jurisprudencia aplicativa, determinando dicha falta de concurrencia la corrección en su integridad de la sentencia de instancia, que, en lógica consecuencia, será, con rechazo del recurso, confirmada totalmente.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don R.M.L. contra la Sentencia de 12 de agosto de 2003 del Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra la Fundación para a Orientación Profesional, Emprego e Formación de Galicia y la Confederación Intersindical Galega, la Sala la confirma íntegramente.

3778 Recurso núm. 3.765/03

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. CONTRATO DE TRABALLO: HAINO ENTRE PREPARADOR FÍSICO E ENTIDADE DEPORTIVA. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE DEPORTISTA PROFESIONAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a veintiséis de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.765/03 interpuesto por don J.R.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.R.G. en reclamación de INCOMPETENCIA siendo demandado CLUB DEPORTIVO C., FUTBOL SALA y P.C.M., FUTBOL SALA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 838/02 sentencia con fecha veintiséis de marzo de dos mil tres por el Juzgado de referencia que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional Social para resolver el objeto litigioso, absolviendo en la instancia a la parte demandada.

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

"1.- El demandante, don J.R.G., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento, prestó servicios como preparador físico para el Club Deportivo demandado que es único a pesar de que la demanda se ejercite frente a dos Clubes distintos, pues ambos nombres se corresponden con una entidad, llamada en la actualidad, Club Deportivo C., Futbol Sala. El inicio de sus servicios se produjo el día 7 de agosto de 2000 y continúo hasta el 31 de agosto de 2001 ininterrumpidamente. 2.- El demandante y el Club C. suscribieron el día 15 de agosto de 2000 un documento llamado Contrato/Convenio, con entrada en vigor ese mismo día y fecha de terminación al 30 de junio de 2002 para el Equipo P.C.M. S.S. Categoría: División de Plata, Tipo de Licencia: Preparador Físico en el que se hace constar que el titular sí percibe retribución económica. Figura copia del documento en los autos, como documentos aportado para mejor proveer. 3.- El demandante figura como Jugador-Monitor en un díptico de propaganda de un Campus de Fútbol Sala del Equipo P.C.M. Fútbol Sala a celebrar los días 9, 10, 11, 12 y 13 de julio de 2001. Figura en el ramo de prueba de la parte actora un recibo justificativo de pago, con sello del Club por el concepto "El productor a que se refiere el presente declara haber recibido de la Empresa que también se cita por el concepto de adelanto de su contrato" la cantidad de 160.000 pesetas y fecha 9 de noviembre de 2000. Se aporta por el demandante igual documento al anterior, pero sin sello ni firma de la empresa y en cuantía de 300.000 pesetas y fecha 26 de abril de 2001. 4.- El demandante formó parte del Equipo Señor de baloncesto del Club C.F. (Lugo)

durante la temporada 2000/2001. Durante esa temporada tuvo licencia como jugador de baloncesto senior militando en la liga EBA. 5.- El actor tuvo licencia de auxiliar, inscrita en el P.C.M. F.S. de División de Plata, en el período 1 de septiembre de 2000 a 30 de junio de 2002. Promovido acto de conciliación el 4 de junio de 2002, se celebró el siguiente día 17 de junio con el resultado de "Sen Avinza"

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que sin entrar a conocer del fondo de la pretensión formulada por don J.R.G. contra Club Deportivo C., Fútbol Sala y P.C.M., Fútbol Sala sobre reclamación de cantidad, declaro la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para resolver el objeto litigioso, absolviendo en la instancia a la parte demandada e indicando que será la jurisdicción Civil la competente para su conocimiento"

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte don J.R.G. 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 declaro la incompetencia de este orden jurisdiccional social e indicando que seria la civil la competente para su conocimiento.

Frente a dicha sentencia se alza en suplicación la parte actora, articulando recurso en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto pretende la Modificación del HDP 3, a fin de que se suprima el primer párrafo de citado hecho y se sustituya por otro con el siguiente tenor literal: "El demandante figura como Coordinador, entre otros, en un díptico de propaganda de un campus de fútbol sala del equipo de A Marina fútbol sala a celebrar los días 9, 10, 11, 12 y 13 de julio de 2001.": Modificación que tiene estima la sala ha de prosperar al apoyarse en documento hábil al efecto y desprenderse su texto del contenido del citado documento.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 1.1 del ETT y 8.1 del mismo texto legal, alegando en esencia que de las pruebas practicadas se desprende que claramente se desprende que el actor era preparador físico, que acudía a prestar servicios todos los días y horas de entrenamiento que el entrenador fijaba así como las competiciones y partidos, según calendario fijado por la LNFS, tenia que cumplir con el club demandado; siendo el club el que organizaba y dirigía la actividad deportiva y por ende la actividad del actor, concurriendo los requisitos establecidos en el Art. 1 del ETT. Por lo que estima que en el caso de autos, bien se considere relación laboral especial o relación laboral común, la competencia corresponderá en todo caso a la jurisdicción social por lo que debe ser revocada. Y la competencia del orden jurisdiccional laboral viene determinada no solo por lo dispuesto en el artículo 1.1del ETT sino, en su caso, por lo dispuesto el RD 1.006/1985 de 26 de junio que regula la relación laboral especial de deportistas profesionales.

Pues bien respecto de ello cabe decir, que, para resolver la cuestión planteada en esta litis relativa a la competencia o no de este orden jurisdiccional social para enjuiciar la relación entre actor y demandada, ha de partirse de los datos que constan en el relato fáctico, a saber, que el actor prestó servicios como preparador físico para el club deportivo demandado desde el 7 de agosto de 2000 y continuó hasta el 31 de agosto de 2001 ininterrumpidamente; que el club y el actor suscribieron el día 15 de agosto de 2000 un documento llamado contrato convenio de terminación al 30 de junio de 2002 para el equipo de P.C.M., F.S. categoría: plata. Tipo de licencia: preparador físico. En el que se hace constar que el titular sí percibe retribución económica. Que consta en autos que el actor percibió en noviembre de 2000 la cantidad de 160.000 pesetas de la empresa y en fecha de 26 de abril de 2001 de la empresa la cantidad de 300.000 pesetas.

De donde se infiere la existencia de un contrato entre las partes y de hecho así se ha reconocido y figura en los autos el documento remitido por la liga Nacional de fútbol

sala la existencia de un contrato (HDP2 de la sentencia de instancia) entre las partes, por el cual el club debería pagar al actor una retribución pactada, resultando, en efecto que el actor era preparador físico (así consta en el documento remitido por la liga Nacional de fútbol sala, que acudía a prestar sus servicios los días y horas de entrenamiento que el entrenador fijaba así como las competiciones o partidos que, según calendario fijado por la liga nacional, tenia que cumplir el club demandado y además evidentemente los desplazamientos a diversos lugares para cumplir con los compromisos de la competición eran organizados por el club el que señalaba los días en que debía partir la expedición, días de entrenamiento, días de competición, era en definitiva el club el que organizaba y dirigía la actividad deportiva y por ende también la actividad del actor.

El art. 1.2 del RD 1.006/1985 establece que son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

Por lo que se refiere al alcance de la expresión «práctica del deporte», la jurisprudencia en un primer momento entendió que la relación de los entrenadores de equipos deportivos era la propia de los entonces denominados «altos cargos» (sentencias del Tribunal Supremo de 16.05.75, 20.06.77, y del Tribunal Central de Trabajo de 07.11.77 y 09.04.85). Pero, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 14.05.85, referida a un preparador físico, la jurisprudencia y la doctrina de suplicación vienen calificando a los entrenadores y técnicos deportivos de los clubes o equipos deportivos como deportistas profesionales incluidos en esta relación laboral especial. En este mismo sentido cabe citar las sentencias del TS de 20.09.88, 22.12.89 y 28.05.90, referidas a entrenadores de equipos de fútbol, y la de 14.02.90, sobre un coordinador técnico y segundo entrenador.

El actor ha suscrito un contrato-convenio con el club demandado contrato aportado por la liga nacional de fútbol sala en fecha de 15 de agosto de 2000 y con duración hasta el 30 de junio de 2002, debiendo estimarse asimismo que existía una autentica retribución, pues de la pruebas aportadas por el demandante se deriva que existían pagos, aun cuando esos abonos se hiciesen como adelanto a su contrato, que ha resultados acreditado en autos que el actor es preparador físico que acudía a prestar sus servicios los días y horas que el entrenador fijaba así como las competiciones y partidos, que según calendario fijado por la federación, tenia que cumplir el club demandado, y además los desplazamientos a diversos lugares para cumplir con los compromisos de la competición eran organizados por el club, era el club el que organizaba y dirigía a la actividad deportiva y por ende también la actividad del actor. Estas funciones quedan comprendidas en la práctica deportiva que se presta dentro del ámbito y organización de un club, y son necesarias dentro de la actividad de éste, sin que exista razón alguna para limitar la inclusión de los entrenadores y técnicos deportivos o preparadores físicos (como acontece en el supuesto de autos) en la relación laboral especial, a los que exclusivamente se dediquen, al entrenamiento de los deportistas de alta competición.

En esta misma línea pueden citarse otras sentencias de suplicación, como las de los TSJ de Cataluña de 14.06.99 (entrenador de categorías inferiores y técnico de la sección de waterpolo), Castilla y León de 10.04.95 (entrenador de equipo juvenil de la división de honor), Cantabria de 02.07.97) («ojeador» que efectúa el seguimiento de otros equipos para posibles fichajes) y de la Sala de Madrid de 13.03.96) (entrenador de saltadores profesionales y de niños de 7 y 8 años).

Todo lo cual conduce a apreciar la competencia de la Jurisdicción Social para conocer de la acción planteada y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de actuaciones, reponiendo las mismas al momento de dictar sentencia, a fin de que por el Magistrado de instancia se proceda a dictar nueva resolución entrando a conocer y a resolver sobre el fondo del asunto.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.R.G. contra la sentencia de fecha veintiséis de marzo de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Lugo, en proceso promovido por don J.R.G. frente al CLUB DEPORTIVO C., FUTBOL SALA y P.C.M., FUTBOL SALA, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo, declarando la competencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de este asunto y, en consecuencia, declaramos la nulidad de actuaciones, reponiendo las mismas al momento de dictar sentencia, a fin de que por la Magistrado

de instancia se proceda a dictar nueva resolución entrando a conocer y a resolver sobre el fondo del asunto.

3779 Recurso núm. 4.133/03

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN LABORAL PARA COÑECER DE ADXUDICACIÓN DE PRAZA EN CONCURSO LIBRE CONVOCADO NON POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SENÓN POR EMPRESA PÚBLICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veintiséis de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.133-2003 interpuesto por I.I.L. y "X.O., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por I.I.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "X.O., S.A." y M.M.F.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 565-2002 sentencia con fecha 12 de febrero de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- "X.O., S.A.", es una empresa pública de la Comunidad bajo la forma de sociedad privada, creada el 22 de diciembre de 1990 al amparo del Decreto 305/1990 (Diario Oficial de Galicia de 11 de junio de 1990) y participada por el Instituto Galego de Vivienda e Solo de la Consellería de Ordenación do Territorio e Obras Públicas en su 80% y el Instituto Ourensano de Desarrollo Económico (INORDE), en un 20%. Su objeto es, entre otros, los estudios urbanísticos, la actitud urbanizadora y la gestión y explotación de obras y servicios. 2.- En fecha 20 de Setiembre de 2001 la Consellería de Presidencia e Administración Pública aprueba la contratación de una plaza de Economista en la Entidad Pública Autonómica "X.O., S.A.", de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad regulados en la Ley 10/1996 (Diario Oficial de Galicia 20 de noviembre de 1996) de Actuación de Entes y Empresas participadas que en las que tiene Participación Mayoritaria de la Xunta de Galicia en materia de Personal y Contratación y con lo previsto en el Artículo 24.5 de la Ley 4/2000 (29 de diciembre de 2000) de Ornamentos Xerais da Comunidade Autónoma de Galicia. 3.- Las bases de la convocatoria se publicaron en el Diario Oficial de Galicia de 19 de septiembre de 2001, las pruebas de selección se llevaron a cabo por la empresa "A., S.L.", la cual en la determinación del currículo personal sentó los siguientes criterios de valoración:

-Curriculum: Hasta 38 puntos.
-Estudios Reglados: 20 puntos.
-Cursos de Especialización: 10 puntos.
-Conocimiento de Gallego: 3 puntos.
-Otros conocimientos: 5 puntos.

4.- En fecha 26 de septiembre de 2001 la actora solicitó su participación en la Convocatoria, adjuntando el siguiente currículo:

-Licenciatura en Ciencias Económicas.

-Diplomatura en Administración y Dirección de Empresas, cursando el 2º ciclo de la Licenciatura.

-Curso de "Fiscalidad de PYME,", impartido por la Xunta de Galicia y la Confederación de Empresarios de Ourense: 300 horas.

-Curso de "Dirección de Personal y RRHH, impartido por la Xunta de Galicia y la Confederación de Empresarios de Ourense. 500 horas."

-Curso Especifico de "Diseño de Páginas WEB", impartido por la Xunta de Galicia y el FOREM. 300 horas.

-Cursos de "Funciones Administrativas Informatizadas" impartido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. 200 horas. Incluye entre otras: Entorno operativo Windows 95-98 (16 horas), Procesador de Texto Word (28 horas), Hoja de Cálculo Excel (40 horas), Base de Datos Access (48 horas), Presentaciones, Pro-

ver Point (12 horas), Conexiones entre las aplicaciones Microsoft (16 horas), Correo Electrónico (12 horas). Navegación e Internet (12 horas).

-Curso de Iniciación y Perfeccionamiento de Gallego.

-Cuatro cursos aprobados de Inglés en la Escuela Oficial de Idiomas.

-Dos cursos aprobados de Alemán en la Escuela Oficial de Idiomas.

5.- Su valoración curricular efectuada por la empresa fue la siguiente:

-Formación académica:

-Licenciatura en Ciencias-Económicas Empresariales: 20 puntos.

-Curso de Especialización:

-Curso de Fiscalidades de PUMES; 1 punto.

-Curso de Dirección de Personal y RRH: 1 punto.

-Conocimiento de Gallego: 3 puntos.

-Otros conocimientos:

-Informática. Curso de Funciones Administrativas: 1 punto.

-Inglés 3º Curso: E.O.I.: 1´5 punto

-Total: 27´50 puntos.

6.-La demandada Doña M.M.F.C. presentó los siguientes méritos:

-Licenciatura en Ciencias Económicas y Empresariales.

-Curso de Especialistas en Comercio Exterior impartido por la Cámara de Comercio de Villagarcía de Arosa, entre el 9 de Octubre y el 27 de Noviembre de 2000 (140 horas).

-Dos cursos de Inglés de la Escuela Oficial de Idiomas.

-Curso de Iniciación y Perfeccionamiento de Gallego.

-Curso de Iniciación a la Informática (Caja Pontevedra) del 7 de Octubre al 16 de Diciembre de 1987.

-Curso Superior de Iniciación a la Informática del 12 de Enero al 22 de Marzo de 1998 (Caja Pontevedra).

-Curso de Informática de Windows/95-Word/97-30 horas- (Caja Pontevedra).

7.- La valoración curricular de Doña M.M.F.C. es de un total de 28´50 puntos, desglosada de la siguiente forma:

-Formación académica: 20 puntos.

-Cursos Especialización: 3 puntos.

-Conocimiento de gallego: 3 de puntos.

-Otros conocimientos: 2´5 puntos.

Formación académica: 20 puntos. Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales: 20 puntos.

-Cursos de especialización relacionados con el puesto a cubrir: 3 puntos. Curso de Especialistas de comercio exterior (FOEXGA) 3 puntos.

-Conocimientos de Gallego: Cursos de iniciación y especialización: 3 puntos.

-Otros conocimientos:

Informática:

-Curso de Iniciación a la Informática (Caja Pontevedra): 0´50 puntos.

-Curso Superior de Iniciación Informática (Caja Pontevedra): 0´50 punto.

-Curso Windows 95-Word 97 (Caja Pontevedra): 0´50 puntos.

Inglés: 1º y 2º Cursos de la E.O.I.: 1 PUNTO.

Total puntuación curricular de Doña M.M.F.C.: 28´50 puntos.

8.- La actora en Test Psicotécnico obtuvo en el test psicotécnico un puntuación de 19´17 puntos, la demandada M.M.F.C., 14´50 puntos. En la entrevista la actora obtuvo una puntuación de 15 puntos y la demandada 20. La puntuación total de la actora fue de 61,67 puntos y la de la demandada fue de 63 puntos, siéndole adjudicada la plaza. 9.- En sesión de fecha 6 de noviembre de 2001 por el Consejo de Administración de la demandada se acordó contratar a doña M.M.F.C., para el puesto ofertado de Licenciado en Económicas, Responsable del Departamento Financiero, cosa que se hizo en fecha 15 de noviembre de 2001. Dicho puesto tiene asignado un salario mensual de 1.922,71 euros incluida prorrata de pagas extras. 10.- La actora instó diligencias preparatorias ante el Juzgado de lo Social nº Tres de esta ciudad el cual dictó en fecha 6 de marzo de 2002 Auto requiriendo determinada documentación a la empresa demandada. 11.- La actora en fecha 12 de junio de 2002 formuló papeleta de conciliación impugnando el resultado de dicho procedimiento de selección, celebrándose el Acto de Conciliación en fecha 18 de junio de 2002, con resultado "Sin Avenencia", presentando demanda la actora ante el Juzgado de lo Social Decano el 9 de julio de 2002."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña I.I.L. contra "X.O., S.A." y

doña MARIA DEL MAR FERNANDEZ CURRAS, debo declarar y declaro el derecho de la actora a que le sea adjudicada la plaza de Responsable del Departamento Financiero-Economista- convocado por la demandante (Diario Oficial de Galicia de fecha 19 de septiembre de 2001), condenando a los demandados a estar y a pasar por esta declaración, y a "X.O., S.A." a formalizar con carácter inmediato contrato de trabajo indefinido con la trabajadora, así como el abono en concepto de indemnización de los salarios dejados de percibir desde el 15 de noviembre de 2001, hasta la fecha en que se formalice el mismo."

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

QUINTO.- En fecha 29 de septiembre de 2003 se dictó providencia en la que se acordó remitir las actuaciones al Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Superior para cumplimiento de lo preceptuado en el vigente texto del Procedimiento Laboral sobre incompetencia, lo que se llevó a efecto, emitiendo informe con fecha 6 de octubre de 2003.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda formulada por I.I.L. contra "X.O., S.A." y M.M.F.C., declaró el derecho de la actora a la adjudicación de la plaza de Responsable del Departamento Financiero - Economista - convocado por la demandada (Diario Oficial de Galicia de fecha 19 de septiembre de 2001), condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a "X.O., S.A." a formalizar con carácter inmediato contrato de trabajo indefinido con la trabajadora, así como al abono en concepto de indemnización de los salarios dejados de percibir desde el 15 de noviembre de 2001, hasta la fecha en que se formalice el mismo".

Frente a dicha resolución se alzan en suplicación, así la parte demandante, I.I.L., como la entidad "X.O., S.A." y la codemandada M.M.F.C.

SEGUNDO.- La parte actora interpone su recurso en atención a un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, a fin de que se proceda a examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, denunciando la infracción de las "Bases de convocatoria para a cobertura dun posto de responsable do departamento financiero de "X.O., S.A." (D.O.G. 19.09.01) en relación con los artículos 9.3, 14, 23.2 y 24 de la Constitución Española".

Arguye, en esencia, que "si bien coincide con el Juzgado "a quo" en que existe una valoración inadecuada, arbitraria e irrazonable de los méritos aportados por la actora a su valoración curricular, no comparte la puntuación que otorga a los cursos de Fiscalidad Pyme, Dirección de Personal y RRHH y Funciones Administrativas Informatizadas", así como que "el Magistrado acude a una decisión salomónica y presumiblemente niveladora de la valoración de los dos participantes en liza, igualando las puntuaciones de ambas en los cursos en cuestión, cuando bajo criterios objetivos, la puntuación de la demandante debería se mucho mayor", por lo que concluye aseverando que la puntuación de la actora debería ser de, al menos, 67,67 puntos, frente a los 63 de la demandada" y solicita, en el suplico del recurso, que "se dicte nueva sentencia en su día en la que se declare el derecho de la actora a que le sea adjudicada con una puntuación de 67,67 puntos la plaza de Responsable de Departamento Financiero convocada por la demandada (DOG 19.09.01), manteniendo el resto de los pronunciamientos estimatorios de la resolución judicial".

Por más que la actora, en el suplico del escrito rector del proceso, no hizo mención alguna a la pretensión relativa a la concreta puntuación que, a su juicio, debería de otorgársele a los efectos de la controvertida adjudicación de la plaza a que se refiere el presente procedimiento, lo que convierte en extemporánea e inviable la solicitud vertida en el suplico del recurso, relativa a la puntuación de referencia, no puede soslayarse que, a mayor abundamiento, la demandante interesa una cuestión que, de acogerse, conculcaría la denominada discrecionalidad técnica de la entidad que llevó a cabo las pruebas de selección y, por ende, valoró y determinó los meritos de las personas que optaron a la adjudicación de la plaza en cuestión, sin que se observe la concurrencia de una patente, inadecuada o irrazonable valoración por parte de la comisión evaluadora, que hizo uso de las prerrogativas que le eran propias a tenor de la normativa aplicable al efecto, singularmente las bases de la convocatoria publicada en los Diarios Oficiales, todo lo cual determina el rechazo del recurso interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de instancia.

TERCERO.- La entidad "X.O., S.A.", por su parte, interpone recurso de suplicación frente a la resolución de instancia, articulándolo en atención a tres motivos, en el primero de los cuales, con amparo en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la nulidad de actuaciones por incompetencia de Jurisdicción, invocando el artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 238, 240 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral; en el segundo motivo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, alega la infracción de la normativa y Jurisprudencia, por vulneración de las bases rectoras del concurso y consiguiente principio de igualdad en la valoración de los méritos de los concursantes: discrecionalidad técnica de las comisiones de selección y en el motivo tercero, con el mismo amparo procesal, denuncia la infracción de la normativa y Jurisprudencia aplicable, por vulneración del artículo 1.902 del Código Civil.

CUARTO.- Así las cosas, en relación con el motivo primero del recurso auspiciado por la codemandada "X.O., S.A.", por mas que la invocación de una nulidad de actuaciones al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, relativo al "examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia", no se ofrece ajustada a la normativa de referencia, lo que, dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación, devendría asaz para la desestimación de la pretensión, la Sala, en coincidencia de criterios con el Juzgador de instancia y el Ministerio Fiscal informante en el ámbito de este recurso, llega a la consideración de que la competencia para la sustanciación de la presente controversia corresponde a ésta Jurisdicción Social y ello por cuanto, si bien la doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida en resoluciones de ociosa cita, determina que, en lo atinente a materia de selección de personal laboral de las Administraciones Públicas, con carácter general fuese la Jurisdicción contencioso administrativa la competente, en esencia, por considerar que la actuación de la Administración es previa a la existencia de vinculo laboral, por lo que predomina el carácter de poder público de aquella, no puede soslayarse que se evidencia una creciente tendencia a la aparición de sociedades mercantiles participadas mayoritariamente con capital público que, aún cuando las contrataciones que pudieran llevar a cabo hayan de regirse por los principios de igualdad, publicidad, capacidad y mérito, no determina, per se, la aplicación de lo establecido en la Ley 30/84, de manera que, tratándose, en el presente supuesto, de la actuación de una empresa de tal naturaleza dirigida a la contratación de personal, ha de incardinarse el ejercicio de las acciones a través del ámbito Jurisdiccional Laboral, pues, aun no existiendo materialmente relación laboral concreta, tratándose de una reclamación tendente a la consecución de un puesto de trabajo cabe considerar que tales actuaciones previas a la materialización de la contratación participan de la propia naturaleza laboral y, en consecuencia, han de quedar sometidos al ámbito de la Jurisdicción Social.

QUINTO.- En lo atinente a los motivos segundo y tercero del recurso de la empresa demandada, cabe considerar que, aún partiendo de la consideración de que la contratación del personal para el desempeño de la plaza en cuestión ha de ajustarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no es predicable, en el presente supuesto, una situación que, conculcando dichos principios, evidenciase la concurrencia de una vulneración flagrante, inadecuada o irrazonable por parte de la comisión de evaluación de la empresa que llevó a cabo las pruebas de selección para la adjudicación del puesto de trabajo a que se contrae el presente procedimiento, en relación con los méritos aportados por la parte actora, siendo así que, el Juez "a quo" partiendo de la consideración, no compartida por esta Sala, de la existencia de valoraciones arbitrarias que escapan de todo criterio de razonabilidad, pasa a efectuar, realmente, una nueva valoración en base a sus propios razonamientos, siendo así que, a tenor de lo establecido en el relato fáctico de la sentencia de instancia, no es factible apreciar la existencia de arbitrariedad o discriminación en el proceso de contratación, habiendo actuado la entidad calificadora con observancia de las bases de la convocatoria, determinando los criterios de valoración oportunos para la determinación del currículo personal de quienes optaron a la adjudicación de la plaza, sin que pueda soslayarse que, respecto a la presuntas irregularidades en la valoración, aún de existir, sólo generarían vulneración de los principios antes referidos si se partiese de distintas condiciones o consideraciones en la valoración curricular de la demandante con relación a las de los demás opositores, y en concreto, de la codemandada M.M.F.C., lo que no se evidencia en el caso presente pues la comisión se atuvo, para la calificación de una y otra, a las mismos criterios de valoración, reseñados en el ordinal tercero, sin perjuicio de que dentro del margen

que le confería la normativa, otorgase mas o menos puntuación en cada caso, sin que se evidencie concurrente una infracalificacion de los méritos ofrecidos por la actora pues las apreciaciones de la comisión calificadora entran dentro de la llamada discrecionalidad técnica, lo cual, en ningún, caso, supone vulneración del principio de igualdad, ni del derecho fundamental al acceso a cargos o funciones como la que es objeto del presente litigio, lo que, determina no solo el acogimiento del motivo segundo del recurso sino también del tercero pues no se advierte concurrente una actuación de la empresa codemandada, "X.O., S.A." que fuese incardinable en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil generando una obligación o responsabilidad indemnizatoria en relación con la meritada entidad, de manera que, por lo expuesto, con estimación del recurso interpuesto por la citada empresa, deviene procedente la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda rectora del procedimiento, absolviendo a "X.O., S.A." de las pretensiones allí contenidas.

SEXTO.- La codemandada M.M.F.C., interpone, asimismo, recurso de suplicación frente a la resolución de instancia que articula en atención a tres motivos, en el primero de los cuales, con amparo procesal en el artículo 191.a) o subsidiariamente c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en orden a la excepción de incompetencia de Jurisdicción; en el segundo motivo, con apoyo en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la revisión del ordinal tercero de la sentencia de instancia, ofreciendo redacción alternativa, y en el tercero, con amparo en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción de los artículos 1, 2 y 9 de la Ley 10/96, de 5 de diciembre, en relación con los artículos 14. 9.2 y 9.3, 23.2, 24 y 106.1 de la Constitución Española en relación con los principios de igualdad, mérito, capacidad y discrecionalidad técnica de los Tribunales y Comisiones Calificadoras en los procedimientos de selección de personal, solicitando, en el suplico del recurso, que se revoque la resolución del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense de fecha 12.02.03 y con desestimación de la demanda rectora y de las pretensiones actoras, se absuelva a los demandados con todos los pronunciamientos favorables.

SÉPTIMO.- Así las cosas, en tanto que, en lo que se refiere a la revisión del ordinal tercero de la resolución de instancia, por mas que ya la propia codemandada recurrente, que invoca la documental de los folios 160 y 178, admite paladinamente que el hecho tercero ya recoge la valoración, aun cuando lo hace de forma genérica, no puede soslayarse que, como esta propia Sala ha venido estableciendo con reiteración, la revisión pretendida para que pueda prosperar ha de ser trascendente, esto es, con relevancia suficiente para alterar el sentido del fallo y ha de poner, además, de manifiesto el error judicial de forma clara, evidente y directa, sin necesidad de acudir a silogismos deductivos, conjeturas, suposiciones o interpretaciones, de manera que, fuera de las rectificaciones suficientemente fundadas en prueba documental o pericial idónea, concretamente identificada y con concluyente poder de convicción, no es dable cuestionar la utilización de las facultades valorativas que al Juez de lo Social le reconocen las normas procesales - artículo 97.2 Ley de Procedimiento Laboral - cuando se ejercitan conforme con la sana crítica, ni puede aceptarse, por consiguiente, que la parte haga un juicio de evaluación personal y éste sustituya al más objetivo realizado por el Juzgador de instancia, lo que, aplicado al presente supuesto, conlleva el rechazo de la modificación fáctica auspiciada por la codemandada Sra. M.M.F.C., cabe expresar que, en lo atinente a la inadecuación de procedimiento, procede remitirnos a lo establecido "ut supra", fundamento jurídico cuarto de esta resolución, para evitar inútiles repeticiones, llegando la Sala a la consideración de la competencia de esta Jurisdicción Laboral para la sustanciación de la presente cuestión litigiosa, en tanto que, en lo relativo al motivo tercero del recurso, deviene procedente, asimismo, la remisión a lo ya resuelto en el fundamento quinto en orden a la consideración de la vulneración de la discrecionalidad técnica de la comisión de evaluación, de manera que, han de tener acogida las pretensiones de la referida codemandada a que se contrae el recurso de suplicación interpuesto por la misma contra la resolución de instancia.

En atención a lo expuesto,

Fallamos

Estimando los recursos de suplicación interpuestos, respectivamente, por "X.O., S.A." y M.M.F.C. y rechazando el articulado por I.I.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, de fecha 12 de febrero de 2003,

en autos nº 565/02, sobre reclamación de Derecho e indemnización, revocamos la sentencia de instancia y desestimando la demanda rectora del procedimiento, articulada por I.I.L. frente a "X.O., S.A." y M.M.F.C., absolvemos a los demandados de las pretensiones allí contenidas.

3780 **Recurso núm. 5.306/03**

S.S. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO, AO MEDIAR DESISTIMENTO EMPRESARIAL DA RELACIÓN ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN ESTABLECIDA ENTRE AS PARTES.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a veintiséis de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.306/03 interpuesto por doña C.R.L. 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 doña C.R.L. en reclamación de Despido siendo demandada la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 279/03 sentencia con fecha dos de agosto del dos mil tres 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 es Funcionaria del Cuerpo Facultativo Superior de la Xunta de Galicia, Escala Sanitaria de Atención Primaria y Especializada, Subescala de Atención Primaria, Clase Médicos Titulares, con toma de posesión en destino definitivo y con efectos administrativos desde el 01.06.95 en el puesto de trabajo de médico titular del Partido de Curtis, Distrito 1º, Provincia de A Coruña. Anteriormente y desde 01.07.91 prestaba servicios, con destino provisional en F. SEGUNDO.- Que desde 01.01.94 la actora prestaba servicios, en comisión e servicios como "Coordinadora del Plan Autonómico de Urgencias, en el 061, entonces dependiente del "I.M.T., S.A." y anteriormente de y desde el 01.01.93 en como Coordinadora del Plan de Asistencia Sanitaria Xacobeo 93, igualmente en comisión de servicio. TERCERO.- Que en fecha 01.02.01 el Presidente del Patronato de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 y Conselleiro de Sanidad de la Xunta de Galicia, Don J.M.H.C. y la actora suscribieron contrato de trabajo para personal de alta dirección, para la prestación de servicios como Directora de la Fundación, con una retribución anual fija de 55.172,91 euros, y una parte variable que podría ascender hasta 12.606,64 euros, abonándose el 50% de la cantidad variable en doce mensualidades y liquidándose el restante 50% al final del ejercicio, en función del cumplimiento de objetivos pactado. El salario se incrementaría en años sucesivos con incrementos iguales a los que experimentaran las retribuciones del personal de la Comunidad Autónoma fijados anualmente en el Ley de Presupuestos, fijándose la dedicación exclusiva de la actora y un término de duración de 12 meses, prorrogables anualmente. CUARTO.- Que por Resolución de fecha 16.02.01 de la Dirección Provincial del Servizo Galego de Saude de A Coruña, se declaró a la actora en la situación prevista en el artículo 116 de la Ley 13/96 de 30 de diciembre, de excedencia voluntaria, por incompatibilidad. QUINTO.- Que la actora percibía una retribución mensual por importe de 5.314,99 euros, habiendo percibido el la cantidad de 1594,50 euros, en concepto de incentivos del primer trimestre de 2003. SEXTO.- Que las funciones del Director de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, son las siguientes: a) Ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del patronato y las instrucciones del presidente impartidas en el marco de sus atribuciones, b) Ostentar, por delegación del presidente, la representación de la fundación, sin perjuicio de la representación que corresponda al vicepresidente en los supuestos de ausencia del presidente. c) Dirigir, gestionar e inspeccionar, de acuerdo con las directrices del patronato, la organización y actividades de la fundación que conduzcan a la consecución y mantenimiento de los fines de la fundación. d) Establecer, aprobar y hacer cumplir las normas de funcionamiento interno

de la fundación, globales y en cada una de sus unidades organizativas, e) Elaborar y proponer al patronato el presupuesto anual de gastos e ingresos y, en su caso, modificaciones, f) Administrar el patrimonio y bienes adscritos a la fundación de acuerdo con las leyes y atribuciones conferidas por el patronato. g) Ordenar los pagos y la gestión de la Tesorería de acuerdo con los criterios aprobados por el patronato. h) Dentro de los límites establecidos por el patronato, la adquisición de bienes y servicios, así como la contratación de obras. i) Proponer al patronato el nombramiento y cese de los cargos directivos de primer nivel de la fundación. j) desarrollar la política de personal diseñada por el patronato y, a tal fin, seleccionar al personal, concertar o rescindir relaciones laborales, acordar sanciones y ejecutar los acuerdos del patronato sobre el régimen retributivo. k) Informar regularmente al patronato de los resultados de gestión, clínicos, operativos y financieros y, especialmente, preparar la memoria del ejercicio y balance de situación. L) Ejercer en caso de urgencia, por delegación del presidente, las acciones, excepciones, recursos y reclamaciones judiciales y administrativas en defensa de los derechos e intereses de la fundación, dando cuenta al patronato en la primera sesión que se celebre. m) Cualquier otra función que le delegue el patronato. SEPTIMO.- Que la actora suscribió, en fecha 31.12.00, en representación de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, contrato de cesión de créditos con el TECMED con trasferencias de bienes y personal; despachaba con el Secretario Xeral de la Consellería de Sanidade, todos los martes, como el personal de dirección de todas las Fundaciones Sanitarias; suscribía contratos administrativos en nombre de la Fundación; suscribía en nombre de la Fundación los contratos de trabajo de su personal; nombraba los Tribunales que debían de dirigir los procesos de selección de personal de la Fundación. OCTAVO.- Que en fecha 02.11.99 se otorgó a favor de la actora, en sus función de Directora de la Fundación, delegación de las siguientes facultades; Primero.- Ejercer y ostentar la plena representación de la Fundación frente a toda clase de personas públicas o privadas, naturales o jurídicas, y nacionales, o extranjeras, y, por lo tanto, ante el estado, provincia y municipio, comunidades autónomas, Comunidad Europea, organismos internacionales y, en general, ante organismos, instituto, agencias, entidades y dependencias de toda clase de administraciones públicas, en particular, de las administraciones tributarias, sanitarias y laborales, también ante los Juzgados y Tribunales de toda clase, tribunales económico-administrativos, registros mercantiles, de la propiedad y otros, y ante notarios, corredores de comercio y otros fedatarios públicos. Segundo.- Formalizar, Firma, modificar, denunciar y resolver convenios de colaboración con la Consellería de Sanidad y Servizos Sociales y con el Servizos Galego de Saúde (Sergas), con las instituciones sanitarias de atención primaria y especializada de ellos dependientes y con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sin límite en su importe, relativas a cualquier actividad relacionada con los fines de la Fundación y siempre que tenga la aprobación del Patronato. Tercero.- Aprobar los contratos de servicios y suministros de a Fundación hasta un importe máximo cada uno de ellos de treinta y cinco millones de pesetas (35 millones de ptas.) y siempre que no tengan duración superior a un año, así como a su formalización, firma, modificación, denuncia y extinción. Si el contrato fuese plurianual la cuantía será inferior a 50.000.000 de pesetas, para cada uno. Cuarto.- Concurrir a subastas, concursos y a todo tipo de licitaciones públicas y privadas en territorio nacional o extranjero que quiera la Fundación siempre que corresponda a su actividad propia o no supere el límite fijado en el apartado anterior. Quinto.- Firmar, remitir y recibir correspondencia y paquetes o envíos o postales, Autorizar el uso del logotipo y sello como imagen representativa de la Fundación. Firmar cheques, recibos, justificantes y otros documentos. Sexto.- Otorgar poderes generales o especiales a favor de procuradores y abogados con amplitud de facultades que es habitual en la práctica judicial y notarial. Absolver posiciones en juicio en nombre de la Fundación, interponer y ejercitar acciones, denuncias, reclamaciones, excepciones, oposiciones y recursos ante Juzgados y Tribunales de todas las Jurisdicciones, en defensa de los derechos e intereses de la Fundación. Intervenir en expedientes de Jurisdicción Voluntaria y de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores. Séptimo.- Disponer, seguir, abrir y cancelar cuentas de cualquier tipo disponer de ellas en los bancos, cajas de ahorro, organismos, oficinas y demás entidades, realizando todas aquellas operaciones que la legislación y la práctica bancaria permiten y con las limitaciones que en esta delegación de poderes se señalan. Octavo.- Librar, aceptar, girar, endosar, cobrar, protestar, pagar, descontar y negociar letras de cambio, cheques y otros efectos. Noveno.- Se le autoriza a solicitar en las entidades financieras préstamos y pólizas de crédi-

to, por una cuantía máxima de 35.000.000 de pesetas para contratos anuales y de 50.000.000 de pesetas para contratos plurianuales, siempre que tengan por objeto cubrir necesidades de tesorería de la Fundación, así como la formalización de dichos créditos y la firma de la documentación que a los efectos se requiera. Décimo.- Nombrar contratar e sancionar al personal de la Fundación, asignándole sus funciones. Aplicar los sueldos y retribuciones del mismo dentro de los criterios abordados por el Patronato. Entender en todas las cuestiones de relaciones laborales, individuales e colectivas que se pacten con la representación de los trabajadores, que requerirán la previa autorización expresa del Patronato. Intervenir en los actos de conciliación, ante los Juzgados de lo Social o Servizo de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con o sin avenencia. Para la contratación indefinida del personal de plantilla, deberá realizar el proceso de selección correspondiente, previa aprobación del Patronato. Podrá contratar temporalmente, utilizando cualquier tipo de contrato temporal en vigor en el momento de la firma, sin que ninguno de los contratos devengue en fijos. Undécimo.- Ordenar pagos con cargos a las cuentas abiertas en entidades financieras por una cuantía inferior a 5.000.000 de pesetas por pago individualizado. Duodécimo.- Apoderar a la persona o personas que el/ella designe pertenecientes al cuadro de personal de la Fundación, para el ejercicio de las funciones descritas en el apartado tercero en relación con los contratos de contenido inferior a 5.000.000 de pesetas, dando cuenta al Patronato en la primera reunión que este celebre con posterioridad al apoderamiento. Décimo tercero.- Facultar a la persona o personas que el/ella designe de las pertenecientes al cuadro de la fundación, para el ejercicio de las facultades, recogidas en los apartados quinto, séptimo, octavo, undécimo, décimo quinto), hasta una cuantía de 2.000.000 pesetas, dando cuenta al Patronato en la primera reunión que se celebre. Décimo cuarto.- Ejecutar, y en su caso, elevar a públicos los acuerdos adoptados por el Patronato. Décimo quinto.- Concertar arrendamientos financieros (leasing) con los mismos límites señalados en el apartado tercero. Décimo sexto- Avalar y afianzar garantías e obligaciones propias frente a terceros, dentro de los límites establecidos señalados en el apartado tercero. NOVENO.- Que la actora percibía una retribución superior a la fijada para el Exmo. Sr. Conselleiro. El Gerente de Atención Primaria del Servizo Galego de Saúde y para el Secretario Xeral de la Consellería. DECIMO.- Que en reunión del Patronato de la Fundación demandada, celebrada el 13.03.03, se dio cuenta por la actora de la apertura de expediente disciplinario a doña E.F.O., Jefe del Servios de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 en Ourense y nombrada miembro de un Tribunal de Selección de Personal por ser la esposa de uno de los aspirantes, sin haber puesto dicho extremo en conocimiento del Tribunal ni haberse abstenido, provocando la disolución del Tribunal y la declaración de nulidad del proceso selectivo y puso su cargo a disposición del Patronato para que valoraran el daño causado y decidieran si querían seguir dándole su confianza y en reunión del Patronato de la Fundación demandada, celebrada el 24.03.03, manifestando la actora su disconformidad con el acta, ya que consideraba que no reflejaba la realidad de los hechos, solicitando una nueva redacción en la que se recogiera fielmente lo ocurrido en la reunión de 13 de marzo, manifestando que puso su cargo disposición del Conselleiro y del Patronato por ser la última responsable, pero que eso no quería decir que en ningún momento expresase su voluntad de abandonar sus responsabilidades, disintiendo el resto de los presentes y aprobándose el acta de la reunión de fecha 13.03 con el voto de todos los presentes con derecho a voto y con la oposición de la actora, que carecía de él. DECIMO PRIMERO.- Que en fecha 31.03.01 se le comunicó por el Conselleiro de Sanidade que de acuerdo con la puesta de disposición de su cargo como Directora de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, realizada el 13.03.03, se le comunicaba la rescisión del contrato de alta dirección que para el desempeño de tal cargo tenía suscrito. DECIMO SEGUNDO.- Que en reunión del Patronato de la demanda, celebrada en fecha 03.04.03, el Presidente puso en conocimiento de los presentes que el 31.03.03 se había notificado a la actora la rescisión de su contrato de alta dirección y su cese como directora de la fundación y que de acuerdo con la puesta de disposición de su cargo ante el Conselleiro y el Patronato se había procedido a la extinción del contrato de alta dirección motivado por los hechos acaecidos en relación con los procesos selectivos llevados a cabo por la fundación. DECIMO TERCERO.- Que la actora solicitó un permiso retribuido de tres meses de duración para su reciclaje profesional siéndole concedido por Resolución del Director General de la División de Recursos Humanos del Servizo Galego de Saúde, en el período comprendido entre el 01.04.02 y el 30.06.03, siguiendo en la situación de activo

en la plaza de Médico General de Atención Primaria en la Unidad de Atención Primaria de C., dependiente de la Gerencia de Atención Primaria de A Coruña, Abonándosele sus retribuciones. DECIMO CUARTO.- Que la actora se encuentra de baja por Depresión Reactiva. DECIMO QUINTO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del despido. DECIMO SEXTO.- Que en fecha 29.04.03 lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servizo de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago de Compostela, con el resultado de celebrado sin avenencia. DECIMO SEPTIMO.- Que en fecha posterior a la presentación de la demanda, la demandada ha abonado a la actora 2.955,72 euros brutos, en concepto de indemnización por extinción de contrato y 1.195,87 euros, por vacaciones no disfrutadas.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña C.R.L. contra Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, por inexistencia de despido, debía absolver y absolvía a la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la misma."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte doña C.R.L. 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 formulada por la actora doña C.R.L. contra Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, por inexistencia de despido y absolvió a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma.

Se alza en suplicación la representación procesal de la parte actora, interponiendo recurso en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero la revisión de los hechos declarados probados, concretamente del segundo, noveno y décimo, para que se redacten conforme al texto alternativo que propone en base a la documental obrante en autos a que alude en el recurso, denunciando en el segundo motivo, la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia .

SEGUNDO.- Como tiene declarado reiteradamente este tribunal, la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación libre y abierta ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, siendo asi que a tenor de reiterada jurisprudencia –S.T.S. de 13.11.98; 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 191 de la 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 calor y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis mas o menos razonables o lógicas "sin que pueda desdeñarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre mas objetivo criterio del jugador .

En el primer motivo del recurso, la parte recurrente pretende la revisión de los HDP, en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar Pretende la Modificación del HDP 2, para que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor literal: "Que desde 01.01.94 la actora presto servicios, como coordinadora del plan autonómico de urgencias en el 061, que entonces era una división dependiente del TECMED. El cargo de coordinadora del plan, a partir del 30 de abril de 1995 pasa a ser denominado Directora Técnica de la división del 061 de Galicia.

En fecha de 27 de mayo de 1999 (DOG nº 110, de 10 de junio 1999) se constituyó la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, a fin de hacerse cargo de las funciones que hasta entonces venía realizando la división de urxencias sanitarias 061 (dependiente del TECMED). Los estatutos anexos contemplan como órganos de gestión de la fundación, el director y los demás cargos directivas de primer nivel (artículo 8 de los estatutos).

Como consecuencia de todo ello, la actora pasa a desempeñar el cargo de coordina-

dora del plan autonómico de urgencias, en la división urgencias sanitarias 061 (dependiente del TECMED) al de directora de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, a partir de 31 de octubre de 1999, si bien no plasmo por escrito esta situación hasta el 1 de febrero de 2001, en que suscribió contrato bajo la forma de contrato laboral de alta dirección.

Que el TECMED y la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, representada por su directora doña C.R.L., otorgaron contrato de cesión de créditos en fecha 31 de diciembre de 2000. En dicho contrato se hace constar, entre otras cuestiones las siguientes: 1.- Que en fecha 30 de julio de 1999, el consejo de administración de TECMED, de conformidad con el decreto 172/1999, de 27 de mayo, de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia, acordó la segregación de la división Urgencias sanitarias 061 con efectos de 30 de octubre de 1999, para su incorporación a la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061. 2.- Que TECMED cede a la fundación, que los acepta determinados créditos que tiene pendientes y que en anexos al contrato se relacionan, y por tanto la Fundación se subroga expresamente en todos los derechos y acciones que TECMED ostenta frente a esos titulares. El precio de la cesión se fija en 25.500.000 pts..3.- Que en la segregación de TECMED de la división Urxencias sanitarias 061 se incluyeron: 1.- El inmovilizado; 2.- Los contratos de personal, que implica el traspaso del personal adscrito a dicha división; 3.- Los contratos de servicios, y 4.- El régimen transitorio.-."

2.-En segundo lugar se solicita la supresión del HDP 9º.

3.- En tercer lugar se solicita la Modificación del HDP 10 y sus sustitución por otro con el siguiente tenor literal: "Que según consta en acta del patronato nº1/2003 de fecha 13 de marzo, en reunión del patronato de la fundación demandada se dio cuenta por la actora de la apertura de expediente disciplinario a Doña E.F.O., jefa del servicio del 061 en Ourense, y nombrada miembro de un tribunal de selección de personal, por ser la esposa de uno de los aspirante sin haber puesto dicho extremo en conocimiento del tribunal del tribunal, ni haberse abstenido, lo que provoco la posterior disolución del indicado tribunal y la declaración de nulidad del proceso selectivo. Según se recoge textualmente en la misma acta, la directora de la fundación "interven de novo para deixar claro que os procesos selectivos da Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 sempre se levaron a cabo segundo a normativa vixente e que sempre foron totalmente transparentes, pero que esta incidencia non lle exime de culpa. Por este motivo, puso o seu cargo a disposición do padroado para que valoren o dano causado e decidan se queren continuar dandolle a sua confianza. Don J.M.M.S. interven dicindo que el considera que el considera que esta incidencia foi un erro fortuito e que na sua opinión non ten por que empañar o bo funcionamento nin a boa forma de actuar da fundación. Esta opinión foi ratificada de seguido polo presidente que manifiesta tamen que nin a conselleria de sanidade, nin a Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 se poden considerar perxudicadas por este asunto. Ante la disconformidad de la actora con el contenido del acta, en la reunión del patronato celebrada el 24 de marzo de 2003, solicito un nueva redacción en la que se recogiera fielmente lo ocurrido en la reunión en la de 13 de marzo de 2003, y concretamente que "en ningún momento en dicha reunión expreso su voluntad de abandonar sus responsabilidades, sino como no puede ser de otra forma, su absoluto sometimiento a la normativa del patronato y del procedimiento legal para el ejercicio del cargo. No obstante se aprobó el acta de la reunión de fecha 13 de marzo de 2003, sin modificar y con la oposición de la actora."

En cuanto a la modificación interesada en primer lugar, respecto del HDP 2, la misma tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 91, 608 a 612 , 76, 251 256 329 a 331, 333, 342 a 350, 351 a 353 y 647 de los autos, la misma estima la sala que no puede prosperar, por cuanto que gran parte de las modificaciones planteadas aparecen recogidas en otros hechos probados, con lo cual se recogerían reiteraciones inútiles, y otras de los hechos que se relatan se apoyan en documentos que ya hayan sido valorados por el juzgador "a quo" y no es licito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador, por la siempre interesada y subjetiva de la parte recurrente.

En cuanto a la Supresión interesada del HDP noveno, por estimar que en nada afecta a la presente litis, la misma estima la sala que no puede prosperar, por cuanto que es evidente que el salario percibido por la actora es indicio importantes a efectos de la calificación o no de la relación de la actora con la demandada de personal de alta dirección.

En cuanto a la modificación solicitada en relación al HDP décimo y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 457, 461, 462, 466 y 467 y 470 de los autos, la misma estima la sala que no puede prosperar pues se apoya en documentos que ya han sido valorados por el juzgador de instancia, y no es licito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador por la interesada y subjetiva de la parte recurrente

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia infracciones jurídicas, en primer lugar denuncia violación por inaplicación del artículo 8.1 del ETT en relación con el artículo 44.1 del mismo texto legal, y con el artículo 1 del decreto 315/1964 de 7 de febrero, por el que se aprobó el texto refundido de la ley de funcionarios del estado; Alegando en esencia que la actora, sin solución de continuidad, desde 01.01.94 hasta la fecha del cese (31.03.03) ha prestado servicios siempre en el 061, que inicialmente era un división del TECMED, sociedad anónima de titularidad publica. Que el cargo inicialmente desempeñado en la división Urxencias Sanitarias de Galicia 061, dependiente del TECMED, de coordinadora del plan de urgencias, paso a denominarse en 1995 de directora técnica y como consecuencia de la segregación de esta división del TECMED, a partir de 1999, paso a integrarse en la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 con la denominación de directora de la fundación y que las funciones siempre fueron las mismas, y las retribuciones similares, y se dan por tanto las características establecidas en el artículo 44.1 del ETT para considerar que ha habido sucesión empresarial, por todo ello estima y solicita que se considere la antigüedad de la recurrente como la de 1 de enero de 1994, antigüedad que sería la misma, aun en el caso de darse por buena la citada comisión de servicios, dado el desempeño de funciones sin solución de continuidad desde 01.01.94.

Respecto de ello decir, que es incierto que la actora llevase ininterrumpidamente en la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 desde el 1 de enero de 1994, ya que la misma no se crea hasta la promulgación del decreto 172/1999 de 27 de mayo; con anterioridad se regulaba la coordinación de la atención urgente extrahospitalaria de la comunidad autónoma de Galicia por la orden de 09.10.95 que en su artículo 2 dispone que la central de coordinación de urgencias medicas depende funcionalmente de la dirección general de asistencia sanitaria del sergas, a trabes de la subdirección general de atención primaria. También se dispone en su artículo 3 que al frente de la central habrá un director como responsable máximo de su funcionamiento, pero dependiente de la subdirección general de atención primaria, o sea que la dependencia de la actora era a la subdirección general de atención primaria del sergas, siendo la actora personal estatutario en ese periodo, y pretender ahora que ha sido personal laboral desde el 1 de enero de 1994 es ir contra sus propios actos y contra la realidad de la percepción y de la situación administrativa de la actora entre los años 1994 y 2001; por todo lo cual se estima por la sala que la antigüedad de la actora es la señalada en la sentencia de instancia en 01.02.01, fecha de la suscripción del contrato de alta dirección, toda vez que en efecto como resulta del expediente administrativo la misma ostenta desde 01.07.91 la condición de funcionario publico, rama sanitaria y por acumulación, en su condición de medico de atención primaria, la de personal estatutario facultativo, habiendo prestado servicios inicialmente en régimen de comisión de servicios, siendo retribuida como funcionario y no causando excedencia por incompatibilidad hasta el 01.02.01, fecha de la suscripción de la relación laboral especial. Por todo lo cual ha de decaer este primer motivo de denuncia jurídica, al no incurrir la sentencia en la infracción de los preceptos jurídicos denunciados sino que ha aplicado correctamente los mismos.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia infracciones jurídicas, en concreto la recurrente denuncia, infracción por interpretación errónea del artículo 1.2 del RD 1.382/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, en relación con los artículos 1.1 y 15.3 del ETT, alegando en esencia que pese a la apariencia de relación laboral de alta dirección, lo cierto es que el contrato no reúne las características necesarias para considerarlo como tal (en los términos que exige el artículo 1.2 del RD 1.382/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, que han sido objeto de interpretación por la jurisprudencia del tribunal supremo, constituyendo una relación laboral ordinaria de carácter indefinido, por cuanto que ha sido formalizada en fraude de ley; Y así las cosas, no ha de prosperar la cen-

sura jurídica contenida en el recurso articulado por la actora, habida cuenta que según se desprende del relato fáctico de la resolución de instancia, que debe permanecer inalterado a tenor de lo manifestado en el anterior fundamento de derecho, la relación que unía a las partes en litigio participa de las características de los denominados contratos de alta dirección que, a tenor de lo dispuesto en reiterada jurisprudencia "se define en el artículo 1.2 del 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 responsabilidad solo limitadas por los criterios o instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad" y S.T.S 27.07.90"... (procede determinar) si la relación que vinculo a las partes fue una relación laboral ordinaria o especial de alta dirección. Esta última viene caracterizada en el apartado segundo del artículo 1 del RD 1.382/1981 por ser el trabajo que desempeñan los que ostentan la titularidad jurídica de la empresa referente a los objetivos generales de la misma y con plena autonomía a y responsabilidad que solo se encuentran limitados por las ordenes de los órganos de gobierno de la empresa. Los tres caracteres reseñados son: 1.- tiene poderes que confieren facultades propias de titularidad jurídica de la empresa .2.- coincidir el trabajo contratado con los objetivos propios de la empresa .3.- solo están subordinados a los órganos de gobierno de la misma .." sin que pueda olvidarse que la doctrina de los autores al desarrollar la problemática suscitada en torno a la referida figura jurídica no duda en afirmar que lo decisivo es la existencia de poderes inherentes a la esencia de la empresa desde la óptica de la intensidad de los mismos incluso por encima de su extensión de manera que se revela determinante la capacidad de influencia en la actividad de la empresa, o como en el caso que nos ocupa, de la institución demandada que tiene como principal objetivo (....) ; y en el presente caso vista la amplitud de las funciones de la actora, derivada de las competencias propias establecidas en el artículo 15 del decreto 172/99 de 27-5 de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, y de la delegación de función realizada mediante escritura publica de fecha 03.11.99 es evidente que la relación laboral entre la actora y la demandada debe de calificarse de especial de alta dirección, máxime teniendo en cuenta asimismo las retribuciones que vino percibiendo, -superior incluso a determinados altos cargos de la Xunta, como el propio Conselleiro de Sanidade, pronunciándose en este sentido el tribunal Supremo de 02.04.01, la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Extremadura de 30.07.02 y la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Galicia de 14.03.94 en supuestos análogos, sin olvidar el propio clausulado y la denominación del contrato suscrito entre las partes el 01.02.01, en donde se establece, que se trata de un contrato de alta dirección lo que, aun 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", debe ser tenido en cuenta máximo cuando, como es el caso, la propia demandante reafirmo el contrato de alta dirección, y lo que es mas significativo, lo actuado en autos refleja una situación susceptible de ser incardinada en el ámbito de la modalidad contractual de alta dirección al evidenciarse las importantes competencias de la actora, sin que sea óbice a tal consideración el que en cumplimiento de la normativa por la que se rige tal institución hubiese de dar cuenta de determinadas actuaciones al patronato de la fundación, porque no cabe olvidar que si los poderes de aquella fueran omnímodos y absolutos mas que de un contrato de alta dirección podría hablarse de la actuación del "Dominus" o titular de la empresa lo que, no solo no viene al caso, sino que seria incompatible con lo que es el funcionamiento de una Institución como la de autos, integrada en la dirección general de la Xunta de Galicia y que se rige por un patronato

CUARTO.- Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral la parte recurrente denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 11.1 del RD 1.382/1985 por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, en relación con violación por inaplicación de los artículos 49 y 56 del ETT; y subsidiaria y alternativamente, de considerarse relación laboral de carácter especial de alta dirección, aplicación indebida del artículo 11.1 del RD 1.382/1985 y artículo 12 del RD 1.382/1985 de 1 de agosto citado, y estos a su vez con los artículos 49 y 56 del ETT (a los que se remite el artículo 12 citado) alegando que si bien la actora no dimitió y la sentencia recurrida considera así lo considera, sin embargo yerra la misma al considerar que ha habido una dimisión del empresario en los términos del artículo 11.1 del citado RD; esti-

mando la recurrente que encontrándonos en una relación laboral de carácter ordinario, se ha producido un cese que solamente puede ser calificado como despido improcedente, y subsidiariamente, si se estimare que la relación laboral es de alta dirección, igualmente nos encontraríamos ante un despido improcedente, con la única salvedad de la diferente cuantía de la indemnización procedente, toda vez que no se ha hecho uso de la facultad de extinción por desistimiento del empresario por lo que es de aplicación igualmente el ETT artículo 54, al que se remite el artículo 12 del precitado decreto.-

Pues bien, respecto de ello cabe decir que, como correctamente razona el juzgador de instancia que en efecto no ha existido en el supuesto de autos una dimisión de la actora, pues si bien de las actas de las reuniones del patronato se desprende que esta puso su cargo a disposición del patronato, pero al no tratarse la actora de un cargo político o de confianza, no esta claro la consecuencia de tal puesta a disposición; y como en el supuesto de autos, la demandada abona a la actora una cantidad en concepto de indemnización, en virtud del principio de actos propios no puede entenderse que concurra dimisión de la actora, en los términos previstos en el decreto, por lo que acertadamente estima el juzgador que el cese de la actora es constitutivo de una dimisión del empresario, en los términos previstos en el artículo 11 del citado real decreto, pues la demandada no alega un incumplimiento grave y culpable imputable a la actora (para que pudiera considerarse la existencia de una despido) sino que se limita a reseñar que como consecuencia de la puesta a disposición de su cargo como directora de la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061, realizada el 13.03.03, se le comunicaba la rescisión del contrato de alta dirección que para el desempeño de tal cargo tenia suscrito, manifestación demostrativa de una perdida de confianza de la demandada en la actora, por lo que no concurre despido alguno; por todo lo cual y no estimando que la sentencia impugnada incurra en las infracciones denunciadas en el motivo procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña C.R.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela, de fecha dos de agosto del dos mil tres, dictada en autos núm. 279/03 seguidos a instancia de doña C.R.L. contra la Fundación Pública Urxencias Sanitarias 061 sobre Despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3781 Recurso núm. 5.272/03

S.S. NULIDADE DO DESPEDIMENTO DECRETADO, AO SE ACREDITAR INDICIOS ABONDOS DE REPRESALIA AO TRABALLADOR NA CONDUCTA DO EMPRESARIO.

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

A Coruña, a veintinueve de diciembre de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.272/03 interpuesto por Universidad de Santiago de Compostela contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.M.G.E. en reclamación de despido siendo demandado Universidad de Santiago de Compostela en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 289/03 sentencia con fecha dos de agosto de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- Que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "V.A., S.A.", dedicada a la actividad de agencia de viajes, en virtud de contrato temporal como medida de fomento de empleo suscrito en fecha 02.03.90, para la prestación de servicios como Administrativa, con categoría

profesional de Auxiliar Administrativa y por término de un año, contrato que fue prorrogado, por término de seis meses, en fechas 27.02.91, 02.09.91, y 28.02.92. 2.- Que la actora prestaba servicios en la Cátedra de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Santiago, en todo momento, atendiendo las llamadas ordinarias, contestando el correo electrónico, participando en congresos, cursos, trabajos sobre consumo de tabaco, prestando servicios directamente al catedrático y asistiendo a los profesores vinculados con la cátedra. 3.- Que en fecha 03.09.92 y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, suscribió con la Universidad de Santiago contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativo en el Curso Master de Salud Pública, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 02.03.93 se dio por finalizado el contrato por fin de obra. 4.- Que en fecha 03.03.93 la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativa en el Curso Master de Gestión y Gestión Sanitaria, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 30.12.93 y con efectos desde el 31.12.93 se dio por finalizado el contrato por fin de obra. 5.- Que en el fecha 30.12.93 y con efectos desde el 01.01.94, la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativa en el Curso Superior de Salud Pública, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 23.02.95 se notificó a la actora que con fecha 31.03.95 se tenía por finalizado el contrato por fin de obra. 6.- Que en fecha 29.12.95 y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, con efectos desde el 01.01.96, la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativa en el Curso Superior de Salud Pública, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 12.06.97 se notificó a la actora que con fecha 30.06.97 se tenía por finalizado el contrato por fin de obra. 7.- Que en fecha 30.06.97 y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, con efectos desde el 01.07.97, la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativa en el Master de Salud Laboral, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 06.03.98 se notificó a la actora que con fecha 31.03.98 se tenía por finalizado el contrato por fin de obra. 8.- Que en fecha 21.03.98 y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, con efectos desde el 01.04.98, la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativa en el Master en Salud Pública oral y atención continuada, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 20.10.98 se notificó a la actora que con fecha 31.10.98 se tenía por finalizado el contrato por fin de obra. 9.- Que en fecha 30.10.98 y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, con efectos desde el 01.11.98, la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativa en Curso de Postgrado Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 30.11.98 se notificó a la actora que con la misma fecha se tenía por finalizado el contrato por fin de obra. 10º.- Que en fecha 30.11.00 y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, con efectos desde el 01.12.00, la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar Administrativa en el Master Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales, sin que modificara las funciones que venía realizando. En fecha 23.11.01 se notificó a la actora que con fecha 30.11.01 se tenía por finalizado el contrato por fin de obra. 11º.- Que en fecha 30.11.01 y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, con efectos desde el 01.12.01, la actora suscribió con la Universidad de Santiago de Compostela contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Auxiliar administrativa en el Master Técnico Superior en Prevención de Riesgos Labora-

les, sin que modificara las funciones que venía realizando. 12º.- Que el Departamento de Medicina, Psiquiatría, Radiología y Salud Pública tiene nombrada desde 14.01.91 como Secretaria a doña M.R.L.R., con efectos económicos desde el 01.12.90. Tiene su puesto de trabajo en el Hospital Clínico Universitario de Santiago. 13º.- Que en fecha 11.12.89 la Universidad de Santiago y el Servicio Galego de Saúde suscribieron convenio de cooperación para la formación de profesionales en las áreas de Salud Pública y la realización del Primer Curso Superior de Postgrado en Salud Pública, entre enero y diciembre de 1990. 14º.- Que en fecha 21.07.99 la Universidad de Santiago y la Consellería de Xustiza, Interior e Relación Laborais da Xunta de Galicia suscribieron convenio de cooperación para la realización de un Curso Superior de Prevención de Riesgos Laborales, entre octubre de 1999 y octubre de 2000. 15º.- Que en fecha 11.10.00 la Universidad de Santiago y la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Xunta de Galicia suscribieron convenio de cooperación para la realización de un Curso Superior de Prevención de Riesgos Laborales, entre octubre del 2000 y octubre de 2001. 16º.- Que en fecha 30.07.01 la Universidad de Santiago y la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Xunta de Galicia suscribieron convenio de cooperación para la realización de un Curso Superior de Prevención de Riesgos Laborales, entre noviembre de 2001 y noviembre de 2002. 17º.- Que en fecha 14.01.02 la actora formuló reclamación previa en solicitud de vinculación con una relación laboral de carácter indefinido, siendo desestimada por Resolución de fecha 08.02.02 y en fecha 19.02.02 reprodujo su reclamación previa, que fue inadmitida por Resolución de fecha 26.02.02, presentando demanda ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, en fecha 08.03.02, siendo turnada al Juzgado nº 1 de los de esta Ciudad, dictándose sentencia, en fecha 03.09.02, por la que se estimaba parcialmente la demanda y se declaraba que la actora se encontraba vinculada con la Universidad de Santiago de Compostela por una relación laboral de carácter indefinido desde 02.03.90, desestimando la demanda formulada, en cuanto a la superior antigüedad solicitada y absolviendo a la demandada del citado pedimento. La Universidad de Santiago de Compostela ha recurrido en suplicación la citada sentencia, estando pendiente de resolución ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. 18º.- Que la actora debería de percibir un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, de 1.589,12 euros, percibiendo 1.121,04 euros. 19º.- Que la actora presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, en fecha 07.11.02, en reclamación de diferencias retributivas, siendo turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de los de esta Ciudad, con el número 738/2002, señalándose para la celebración de los actos de conciliación y juicio el día 13 de marzo de 2003 a las 9 horas y cincuenta minutos, suspendiéndose el juicio por litispendencia hasta que la Sala de lo Social resolviera sobre el recurso formulado contra la sentencia de este Juzgado de fecha 03.09.02. 20º.- Que en fecha 13.03.03 la demandada notificó a la actora carta de fecha del día anterior y con registro de salida de la misma fecha, por la que se daba por finalizada la relación laboral, por fin de obra, el 31.03.03, fijando una indemnización por fin de contrato de 10,65 días de salario. 21º.- Que la actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese. 22º.- Que la actora formuló la preceptiva reclamación previa en fecha 08.04.03, siendo desestimada por Resolución de fecha 25.04.03.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña R.M.G.E. contra "Universidad de Santiago de Compostela" debía declarar y declaraba la nulidad del despido de la actora, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que, de forma inmediata, proceda a la readmisión de la actora, en las mismas condiciones que tenía antes del despido, y a que le abone la cantidad de 6.568,28 euros, en concepto de salarios dejados de percibir hasta el día de la fecha, más el haber diario de 52,97 euros desde esta fecha hasta el día en que la readmisión tenga efectivamente lugar.".

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.

Por auto dictado por esta Sala con fecha diez de diciembre del año en curso se resolvió no acceder al recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ordenación de 10 de noviembre obrante en la pieza del Recurso de Suplicación, manteniéndose la misma en sus propios términos y acordándose la continuación del trámite del mismo.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la Universidad de Santiago en solicitud de que con revocación de la sentencia dictada en la instancia, que declara nulo el despido de la demandante doña R.M.G.E. con sus correspondientes efectos, se desestime la demanda de despido, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.B y C LPL interesa la revisión de los H.P. 1º, 3º al 11º, 6º, 11º (ampliación) y 18º y denuncia las siguientes infracciones: del art. 43 E.T. y doctrina sobre cesión ilegal de trabajadores (apartado 1), del art. 15.1.A E.T. (apartado 2), del art. 55.5 en relación con el art. 4.2G E.T. en relación con el principio de indemnidad y no discriminación (apartado 3) y (apartado 4) vulneración de doctrina constitucional en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 C.E. y 108.2 LPL.

SEGUNDO.- Invocando la documental de los folios 124 a 127 de los autos interesa la USC se adiciona al HP 1º lo siguiente: "La contratación de la actora por "V.A., S.A." obedeció al hecho de haberle sido adjudicada a esta sociedad por el Servicio Galego de Saúde (Sergas) mediante concurso público la organización del Primer Curso Superior de Postgrado en Saúde Pública, a celebrar en Santiago de Compostela, en base al Convenio a tal fin suscrito entre la USC y el SERGAS el 11 de noviembre de 1989. "

A los folios invocados lo que obra es el convenio de cooperación suscrito entre la USC y el Sergas el día 11.12.89, teniendo por objeto -cláusula 1ª- la realización en Galicia del primer curso superior de postgrado en salud pública a desarrollar en Santiago "entre los meses de enero y diciembre de 1990" y como duración del convenio la "del curso objeto del mismo". Así pues, la suscripción del referido convenio en sus propios e íntegros términos es lo único que viene a acreditar la documental invocada; convenio del que ya se hace eco el HP 13º, de tal modo que no se hace preciso incorporarlo a los HDP, sin perjuicio de entenderlo reflejado en éstos en su integridad (también cuando en su acuerdo 3º se estipula que la dirección del curso será asumida por el catedrático de medicina preventiva y salud pública de la USC). Por tanto, no procede declarar la vinculación -explicación que se aduce para con la contratación de la actora por "V.A., S.A."; tanto más cuanto que al margen de que según el "acuerdo" 3º del convenio la dirección del curso fuera asumida por un catedrático de Medicina Preventiva y Salud Pública de USC –lo que en sí mismo y por sí solo y /o en conexión con el HP 2º y restante declarado no acredita lo que la parte recurrente pretende-, conforme al HDP 1º aquella contratación fue en virtud de un contrato temporal de fomento de empleo que suscrito en 02.03.90 fue prorrogado hasta el 28.02.92, que resulta en todo caso y junto a los servicios prestados por la actora (HP 2º) lo trascendente a los presentes efectos.

TERCERO.- Interesa la recurrente la supresión en todos los hechos del 3º al 11º del siguiente párrafo: "… sin que modificara las funciones que venía realizando", y su sustitución por lo siguiente: "...consistiendo su trabajo en la realización de las funciones propias de dicho Curso o Master, aunque esporádicamente hubiere realizado alguna función propia de la Cátedra sin relación directa con el curso".

La revisión se pretende en base, exclusivamente, al contenido de los contratos suscritos por la actora con USC, folios 91, 96, 99, 104, 109, 113, 118, 121, 123, invocando las funciones propias del cometido que en ellos figura y aludiendo a que la prueba practicada no permite concluir la generalización de funciones ajenas a los cursos que dice la sentencia recurrida.

El presente recurso resulta ser 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 de 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, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: SSTCT 04.04.75 Ar. 1.660, 05.10.77 Ar. 4.607, y STS 12.06.75 Ar. 2.709–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica (STC 17.10.94 Ar. 272), la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan la LEC, así como el art. 97.2 LPL. 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 conclusio-

nes de hecho, precisamente para cuando de algún documento o pericia (art. 191.B y 194 LPL) obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

En el caso, la mera invocación de los contratos suscritos no posibilita la revisión fáctica postulada, al margen de que acrediten su suscripción, lo que ya refleja la sentencia recurrida en sus HP. Y es que el Juzgador de Instancia en función de sus facultades legales al efecto (art. 97.2 LPL), ha concluido como acreditado, valorando documental y testifical practicada (ésta de una profesora titular de Medicina Preventiva y Salud Pública), que a pesar de la suscripción de los contratos la demandante siempre siguió efectuando las funciones que venía desarrollando y que se dejan establecidas en el HP 2º de la sentencia recurrida, el que no ha sido objeto de petición revisoria alguna. Así, el imparcial y fundado criterio judicial de instancia no puede ser desplazado por el interesado de la parte con aquel fundamento de los contratos suscritos, que sólo ofrecen apariencias formales desvirtuadas por prueba justificante de una realidad subyacente distinta; máxime cuando en el Fjº 1º de la sentencia recurrida se invoca la prueba testifical y se alude a la sentencia dictada en 03.09.02, autos 158/02, entre las mismas partes, y se asume su prueba; sentencia ésta que obra a los folios 15 a 20 y refleja los mismos HP que la aquí dictada, fruto de prueba cierta también practicada en tales autos e inmediada por el mismo Juzgador de instancia.

En definitiva, con la documental que se invoca y dado el fundamento del criterio del Juzgador, no se acredita el yerro valorativo preciso para revisar los HDP como se pretende y causa legal para la revisión interesada. Se rechaza, pues, el motivo de que se habla.

CUARTO.- Interesa asimismo la recurrente se suprima del HP 6º la frase :" .. y sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento". De nuevo se invoca por la parte recurrente los contratos suscritos en 29.12.95 y 30.12.93, así como las "denuncias" del contrato efectuadas por la USC y diligencias complementarias, obrante todo ello a los folios 113 a 118, deduciendo de esta documental que la actora no prestó servicios desde el 31.03.95 al 01.01.96, período éste en el que – dice – la actora no mantuvo relación contractual con USC "polo que aínda no caso de existir a relación laboral que se declara na sentencia, a antiguedade da actora non iría mais aló do 01.01.96….". Y de nuevo resultan de aplicación los argumentos que se dejaron expuestos en el fundamento precedente. El imparcial y fundado criterio judicial de instancia, a partir del conjunto probatorio practicado (que incluye testifical) y en el contexto de las alegaciones de las partes ha concluído una realidad distinta de la que se deriva de los contratos suscritos y actos vinculados complementarios; la de que la demandante en ningún momento dejó de prestar sus servicios independientemente de los aparentes lapsos intercontractuales; y en Suplicación no se justifica causa para revisar la referida declaración probada al no acreditar la documental invocada el error en la valoración probatoria preciso al efecto. Todo ello en armonía, además, con el proceso instado solicitando la declaración de la relación laboral como indefinida, que si bien actualmente en fase de Suplicación, en él y por virtud de la prueba practicada e inmediada y valorada por el mismo Juzgador que el de autos, se ha considerado probado lo mismo que en el actual.

QUINTO.- Interesa la recurrente se añada al HP 1º que "en este último contrato se establece como fecha aproximada de finalización de la obra o servicio, y por lo tanto de duración del contrato, la del 31.03.03". Invocando la cláusula 3ª del contrato suscrito el 30.11.01 obrante al folio 91, lo único que procede incorporar al HP 11º y dado que en este HP se recoge que con fecha 30.11.01 se suscribió "contrato de trabajo de duración determinada…", es que este referido contrato contenía una cláusula 3ª en la que se indicaba como fecha estimada de finalización "el 31.03.03 aproximadamente".

SEXTO.- Finalmente, se solicita que el HP 18 pase a declarar que "la actora percibía un salario mensual, con inclusión de la p/p de pagas extras, de 1.121, 04 euros". Se invocan al efecto las nóminas de la actora obrantes a los folios 24 a 28 y 83 a 85.

No se admite la revisión: A) De un lado, el HP 18 de instancia ya declara que la actora venía percibiendo 1.121,04 euros. B) De otro, el resto de referido HP se limita a declarar que "debería de percibir" un salario mes de 1.589,12 euros, justificándolo en el Fundamento Jurídico 1º en consideración a la naturaleza apreciada de la relación laboral como indefinida y a la aplicación a ella del Convenio Colectivo de autos, convenio que asimismo se cita en el motivo revisor. Este planteamiento del Juzgador de instancia resulta oportuno y sus

conclusiones examinables y mantenibles bajo aquellos presupuestos, lo que lleva a remitirse a las consideraciones que acto seguido se harán, reconduciéndose ya la cuestión planteada en torno al salario a términos no tanto fácticos cuanto jurídicos (art. 191.C LPL) y examinándose bajo esta perspectiva el "debido percibir" y la aplicación al efecto del Convenio que ha venido a hacer el Juzgador de instancia; incluyendo la alegación que también se hace en el motivo revisor acerca de que en todo caso no se incluyen en el Convenio los trabajadores con contratos vinculados exclusivamente al desarrollo de programas... de investigación. Y es que concreta doctrina jurisprudencial (SS.TS. de 07.12.90, 25.02.93, 14.01.99, 08.06 y 21.09.98....) ha puntualizado en torno a cuál debe ser el salario procedente que es adecuado el proceso de despido, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia, siendo 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. Sucede que el salario regulador en su caso de la indemnización no ha de entenderse meramente como el salario realmente percibido, sino el que legalmente se tuviera derecho a percibir, máxime cuando se trata de salario conforme a Convenio.

SÉPTIMO.- Al respecto de la denunciada infracción del art. 43 E.T. y doctrina sobre la cesión ilegal de trabajadores, cabe puntualizar que al no haberse alterado sustancialmente los HDP en la instancia, lo que se deriva de ellos es que si bien la demandante (HP 1º) comenzó a prestar servicios para "V.A., S.A.", dedicada a agencia de viajes, en virtud de contrato temporal como medida de fomento de empleo suscrito el 02.03.90 para trabajar como auxiliar administrativa por un año, resulta que el contrato se prolongó hasta el 28.02.92 y la actora realmente prestaba servicios como dice el HP 2º: "en la Cátedra de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Santiago, en todo momento, atendiendo las llamadas ordinarias, contestando el correo electrónico, participando en congresos, cursos, trabajos sobre consumo de tabaco, prestando servicios directamente al catedrático y asistiendo a los profesores vinculados con la cátedra". Asimismo resulta que la actora, sin cesar en la prestación de servicios y sin que modificara las funciones que venía realizando, suscribió contratos con la USC, como se dice en los HDP 3º y siguientes. Todo ello fundamenta la conclusión de la sentencia recurrida (Fundamento Jurídico 1º) de que subyació una cesión ilegal de mano de obra, que junto a sus efectos propios (art. 43 E.T.) y a la continuación de los servicios prestados en y para la USC (siempre por su cuenta y orden), a pesar de los contratos suscritos ya con ésta, propicia una relación laboral con dicha entidad de carácter indefinido desde el 02.03.90.

Hay cesión ilegal aún cuando exista empresario real y no ficticio en el sentido de que teniendo la cedente organización propia, ésta no se ejercita y se limita a facilitar a la cesionaria la mano de obra que necesita (STS de 19.01.94 RJ.325); "cuando –STS 12.12.97 RJ 9.315- la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial". En el caso, como se dijo, a pesar de que formalmente contrató "V.A., S.A." la actora prestó servicios en y para USC en la forma ya dicha. Y no puede justificarse o explicarse esta contratación con la organización del primer Curso Superior de Postgrado en Salud Pública a celebrar en Santiago en base al convenio de USC y Sergas de 11.12.89. Los HDP así lo explicitan; tanto más cuanto que el contrato suscrito por actora y "V.A., S.A." fue un contrato temporal como Medida de Fomento de Empleo y resulta que se prorrogó hasta el 28.02.92 cuando el convenio de USC y Sergas de 11.12.89 para realizar en Galicia el primer Curso Superior de Postgrado en Salud Pública, al margen de que previese que la dirección fuese asumida por un catedrático de Medicina...., tenía la duración del curso y se preveía desarrollar entre enero y diciembre de 1990.....

La prestación de servicios que posteriormente se continuó desarrollando para USC, ya suscribiendo contratos con ésta, armoniza con lo expuesto resultando ya viciada la vinculación temporal posterior pretendida. En ningún caso factible en sí misma si también se considera que la actora, de conformidad con los HDP, siguió prestando los mismos servicios dichos unitariamente, sin cesar "en ningún momento" a pesar de los lapsos temporales que formalmente existieron entre la suscripción de los sucesivos contratos, en concreto en 1992 y 1995.... (incluso la recurrente, al hilo de interesar la revisión del HP 6º llega a decir que la antigüedad "no iría más allá del 01.01.96", si

bien el contrato de 30.11.98 se extendió hasta noviembre de 2000). Esto desvirtúa asimismo la infracción que del art. 15.1.A E.T. se denuncia en el recurso, no cabiendo hablar de contratos legítimos de obra o servicio determinado y con financiación autónoma para los cursos o master de que se trataba.

A estos efectos es de recordar que en orden a los requisitos del contrato temporal para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, la doctrina unificada –SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– ha indicado que son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas».Y la misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTS de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467, 17.03.98 Ar. 2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad. Reitera asimismo la jurisprudencia (STS 10.01.99, 03.02.99, 22.04.02…) que son indefinidos los contratos celebrados para obra o servicio determinado cuando su objeto es el desarrollo de una actividad normal o permanente de la empresa, aunque y en su caso los trabajadores no puedan considerarse fijos de plantilla.

Y es que, de un lado, la prestación de servicios de la demandante, con el origen ya explicitado, no cesó en ningún momento y los trabajos prestados en la Cátedra de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Facultad de Medicina de la USC fueron tan diversos y cotidianos como se expresa en el antes transcrito HDP 2º; en absoluto limitados a participar en cursos, congresos…, puesto que consistieron en atender las llamadas ordinarias, contestación del correo electrónico, también participar en congresos, cursos….. asimismo prestar servicios al catedrático y profesores vinculados a la Cátedra, de signo habitual – permanente del departamento (además, HP 12). De otro, aparte las vicisitudes precedentes, los HDP 13, 14, 15 y 16, si bien reflejan convenios de cooperación entre la USC y el Sergas o la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais para realizar Curso Superior de Postgrado en Salud Pública (entre enero y diciembre de 1990) y Cursos Superiores de Prevención de Riesgos Laborales (entre oct. 99 y oct. 2000; entre oct. 2000 y oct. 2001; entre nov. 2001 y nov. 2002), lo cierto es que tampoco armonizan con la contratación suscrita y en ningún caso con el mantenimiento de la relación laboral y la prestación de aquellos servicios desde su origen temporal antes dicho de modo unitario y continuado, a lo que no pueden dar la cobertura legítima pretendida ni los cursos referidos ni los contratos temporales suscritos.

OCTAVO.- Por consiguiente, no son acogibles las infracciones denunciadas en el recurso de los arts. 43 y 15.1.A del E.T., tratándose la relación laboral de autos de una relación indefinida; y como dice la sentencia recurrida y se deriva de todo lo razonado, desde el 02.03.90, sin que los contratos temporales suscritos bajo la modalidad de obra o servicio determinado fueran legítimos y válidos como tales. Con este contexto, el cese dado a la demandante en fecha 31.03.03 (HP 20), por "fin de obra" y al hilo del contrato temporal último suscrito con la USC el 30.11.01 (HP 11), constituyó un despido, por ruptura unilateral definitiva del vínculo laboral indefinido que unía a las partes sin causa legítima, al no suponer cobertura al efecto la contratación temporal suscrita.

En aras de calificar referido despido, que la sentencia dictada en la instancia ha declarado nulo y que la USC impugna en este trámite denunciando infracción del art. 55.5 en relación con el art. 4.2.g ET y el principio de indemnidad y no discriminación y vulneración de doctrina constitucional en relación con la tutela judicial efectiva art. 24 CE y 108.2 LPL, es de considerar, en el contexto que suponen las vicisitudes de la relación laboral de la actora desde el 02.03.90, un doble hecho: la actora interesó a principios de 2002 la declaración de indefinida de su relación laboral con la USC, lo que motivó sentencia estimatoria dictada por el Juzgado de lo Social el 03.09.02, como

dice el HP 17, recurrida en Suplicación; asimismo, la actora presentó demanda en reclamación de diferencias salariales en 07.11.02, con juicio celebrado el 13.03.03 y suspendido como dice el HP 19.

NOVENO.- Como ha venido recogiendo este Tribunal en diversas ocasiones, 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 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 cubrir 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

En concreto, se produce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la causa del despido es la represalia contra la persona que lleva a cabo el ejercicio de una acción judicial (TCo 140/99, 168/99). La S.TCo 199/2000 remitiéndose a la S.TCo 140/99, dice que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los jueces y Tribunales "sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas…. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SS.TCo 7/93, 14/93, 54/95...)". Y citando S TCo 7/93, afirma que "….si la causa del despido hubiera sido realmente una reacción… por el hecho de haber ejercitado una acción judicial….la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula…". Incluso en relación a los términos de una ejecutoria dice esta sentencia que "ante eventuales supuestos de comportamiento fraudulento o impeditivo de la eficacia de una resolución judicial firme, el órgano judicial "viene obligado por imperativo del art. 24.1 CE a adoptar las oportunas medidas de reacción, en orden a asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial (SSTC 125/87…)".

DÉCIMO.- A partir de lo que se ha dejado reseñado, se justifica la afirmación –conclusión última de la sentencia recurrida- Fto. Jurídico 2º-, marginando otro tipo de consideraciones precedentes, de que en el caso presente existe "un principio de prueba sólido de la vulneración de la garantía de indemnidad y de la discriminación alegadas, permitiendo deducir que el cese de la actora, bajo la apariencia de finalización de contrato, se debió realmente a haber formulado dos demandas en defensa de lo que entiende es su legitimo derecho….". Efectivamente, y al margen de que la sentencia dictada en la reclamación del carácter indefinido de la relación no fuera firme sino que está recurrida y pendiente de resolución, el pronunciamiento de despido nulo de la sentencia de instancia está en todo caso debidamente avalado por doctrina constitucional y por hechos reveladores de trato atentatorio a derecho fundamental.

Aquella vinculación del cese habido con las reclamaciones judiciales de la demandante resulta deducible de las circunstancias concurrentes acreditadas, habiéndose superpuesto la reclamación salarial a la previa habida, con sentencia recurrida, sucediendo que precisamente la demandada notificó a la actora su cese para el 31.03.03 el día en que estaba señalado juicio para aquella reclamación salarial dicha. Se muestra esta reclamación

como detonante causal último de la decisión extintiva. Tanto más inexplicable la misma al margen de otra perspectiva o causa que no fuera la reacción ilegítima empresarial ante aquellas reclamaciones cuanto que sobre irregularidades patentes en la relación laboral de la demandante desde su propio inicio en 1990, la vinculación contractual no fue rota por la USC en momento alguno desde tan antigua fecha, siempre llevando a cabo formales renovaciones contractuales o aún sin ellas manteniendo la prestación de los servicios, sino hasta que se producen aquellas reclamaciones; único factor auténticamente novedoso al efecto en la historia de la relación laboral tras años de pervivencia. No lo desvirtúa el hecho de que la empresa esperase para adoptar la decisión extintiva al aparente fin del contrato temporal último suscrito, puesto que en las circunstancias concurrentes (origen de la relación, irregularidades en la misma, conducta previa empresarial…) esto se muestra –al igual que alguna otra posible puntual conexión posterior al cese- como cierta búsqueda de una artificial cobertura que en ningún caso desvirtúa lo acreditado concurrente en torno al cese; máxime cuando la reclamación salarial aparece planteada casi coetáneamente a la adopción de la decisión extintiva, que pudo y debió ser obviada como vino haciendo la demandada durante años cuando no había reclamaciones judiciales de la trabajadora. No se trata, pues, de nulidad del despido por derivación del incumplimiento de una resolución judicial previa, en ningún caso firme o en ejecución provisional, sino, y así lo dice también la sentencia recurrida, de nulidad por aparecer una decisión extintiva contractual constitutiva de un despido como reacción ilegítima ante la actuación del trabajador encaminada a obtener la tutela de sus derechos, con el aval de la doctrina constitucional que se dejó anteriormente expresada.

Se confirma, pues, el pronunciamiento de instancia, declarativo de la nulidad del despido con sus correspondientes consecuencias. En este contexto, el salario ha de ser el fijado en la sentencia de instancia, puesto que resulta aplicado, por derivación del tipo de relación laboral existente entre las partes y del Convenio Colectivo, como el "debido percibir" (HP.18º y Fto.Jurídico 1º). Referido salario es el procedente y no el que la actora venía percibiendo, siendo el proceso de despido adecuado al efecto de conformidad con lo que se dejó dicho en el Fto. Jurídico 6º precedente. Por otra parte, dado lo expuesto y el fundamento del salario que fija el juzgador, la demandada también debió impugnarlo en términos del art. 191.c, máxime cuando asimismo consideraba que del Convenio Colectivo (F. 142 a 145) también se deriva la no inclusión en él de trabajadores vinculados exclusivamente al desarrollo de programas, proyectos… . Si bien, efectivamente, el Convenio prevé que no están en su ámbito de aplicación los trabajadores con contratos vinculados exclusivamente al desarrollo de programas, proyectos y contratos de investigación o a estudios propios de la Universidad…, no se denuncia infracción concreta de precepto alguno del Convenio al amparo del art. 191.c. LPL (sin lo cual a la Sala no cabe apreciarla) y, en todo caso, la relación laboral de la actora se ha calificado de manera que excluye la argumentación.

Por consiguiente, no se acoge la infracción denunciada en suplicación y con rechazo del recurso, se confirma la sentencia dictada en la instancia. Proceden costas (art. 233 LPL). En armonía con lo dispuesto en el auto de la Sala de 10.12.03, a cuyos términos procede estar.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por Universidad de Santiago de Compostela, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de fecha 02.08.03 en Autos 289/03 seguidos por despido a instancia de doña R.M.G.E. frente a la parte recurrente, y con citación del Ministerio Fiscal, confirmamos la sentencia recurrida.

REVISTA GALEGA DE SOCIAL

COMENTARIOS ÁS SENTENZAS

TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. CAMBIO DE CENTRO DE TRABALLO POR MOR DUN PROCESO ELEITORAL. VULNERACIÓN DO DEREITO

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 15 de setembro de 2003)

Tópicos xurídicos:

LIBERDADE SINDICAL. Procedemento de tutela do dereito. Cuestións xerais. Carga da proba.

Normas aplicadas:

Art. 67 E.T.

Art. 179 L.P.L.

1. Confírmase a sentenza de instancia, que declarara vulneración do dereito fundamental de liberdade sindical na conduta dunha empresa de cambiar de centro de traballo a traballadores afiliados a sindicatos á vista dun proceso electoral.

2. Neste pronunciamento, a Sala reitera a coñecida doutrina da proba de indicios e a xustificación da conduta da empresa nos termos previstos na Lei de Procedemento Laboral na consolidada xurisprudencia do TC e do TS nun pronunciamento relativo á vulneración do dereito fundamental de liberdade sindical. A sentenza, xa que logo, non resulta novedosa na súa fundamentación, pero merece salientarse o contexto fáctico: un cambio de centro de traballo producido inmediatamente a continuación dun preaviso eleitoral e para cercenar os dereitos eleitorais pasivos dos interesados. Aos poucos días do dito preaviso, a empresa cambia de centro de traballo a varios membros do comité de

empresa afiliados a UGT, de tal xeito que pasan a traballar nunha unidade eleitoral diferenciada do conxunto da empresa, constituída por pouco máis de sesenta traballadores fronte aos perto de mil que constitúen a outra unidade, conformada polos demáis centros da empresa.

Fronte á sentenza de instancia, que declara a vulneración do dereito fundamental de liberdade sindical dos afectados pola orde da empresa aparentemente baseada no seu ius variandi, se alza a empregadora alegando que a súa decisión obedecera a razóns obxectivas. Pero a Sala do Social desestima o recurso, baseándose na consecuencia perturbadora dos dereitos eleitorais dos traballadores, que pasaban a traballar nun centro no que se elixiría a un comité de non máis de cinco membros e que estendía a súa representación a unha moi pequena parte do persoal da empresa. Sen que a empresa preavisara mínimamente do cambio de centro nen xustificara de xeito acaído a súa orde.

Polo demáis, cómpre destacar como no fondo a vulneración alegada e declarada do dereito fundamental do art. 28.1 se produce na súa dimensión do contido adicional do dereito -expectativas eleitorais de certos representantes unitarios- e mediata, xa que o que se produce é un perxuízo de dereitos de representantes unitarios na súa condición de tales, que logo trascende os dereitos sindicais dunha organización, neste caso máis representantiva. E a doutrina da Sala é totalmente consonte coa ditada en reiterados pronunciamentos polo Tribunal Constitucional.

A sentenza inclúe unha alusión á contía da indemnización correspondente, así mesmo en liña con anteriores pronunciamentos.

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade de Vigo

EXISTENCIA DE ACCIDENTE DE TRABALLO. TRABALLADORA QUE SOFRE UN PROCESO DE INCAPACIDADE TEMPORAL DERIVADA DUNHA SITUACIÓN DE ACOSO MORAL NO TRABALLO. CONSIDERACIÓN DO "MOBBING" COMO ACCIDENTE LABORAL.

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 3 de novembro de 2003)

Tópicos xurídicos:

ACCIDENTE DE TRABALLO. Criterios xerais. Debe estimarse. Acoso moral no traballo. Existe nexo causal entre a lesión e o traballo.

INCAPACIDADE TEMPORAL. Consecuencias da incapacidade temporal para o traballo. Deriva do acoso moral que sofre a traballadora no seu ámbito laboral.

ACOSO MORAL NO TRABALLO. Provoca unha situación de incapacidade temporal. Debe de considerarse accidente de traballo.

Normas aplicadas:

Art. 191.b) e c) L.P.L.

Art. 14 C.E.

Art. 17.1 E.T.

1. Confírmase a sentenza de instancia e declárase que o proceso de incapacidade temporal que sofre a demandante deriva do acoso moral o que se ve sometida na relación laboral. Acoso moral no traballo que se estima como accidente de traballo.

2. Esta sentenza argumenta sobre a consideración como accidente de traballo dunha situación de acoso moral no traballo que deriva nun proceso de incapacidade temporal para a demanadante. Antes de entrar no fondo do asunto, o Tribunal aclara cuestións previas que se plantexan no recurso. En primeiro lugar pretende o recurrente a revisión fáctica dos feitos o cal é denegado polo órgano xurisdicional en tanto xa foron debidamente valorados polo xuiz "a quo" de xeito que xa se formou a súa convicción e non é lícito sustituir a versión obxectiva e imparcial do xulgador. En segundo lugar denúnciase a modificación substancial de termos da demanda. Tampouco se acolle este motivo xa que non se formulou protesta algunha no momento procesal oportuno e agora tal corrección, en caso de proceder, daría lugar a dilacións indebidas indesexables además de que tal modificación non produce en ningún caso indefensión da parte demandada. En último lugar denúnciase unha infracción de procedemento por non formular a demandante reclamación previa ante a Mutua de accidentes da empresa con anterioridade á presentación da demandada. O Tribunal non a estima xa que non hai obriga de esgotar esta trámite de conciliación previa respecto as personas ou entidades privadas.

No que se refire ao fondo do asunto, o Tribunal analiza detidamente o concepto de accidente de traballo en relación cos feitos probados da demanda que ocasionan o proceso ansioso depresivo que sofre a traballadora e que lle levan a un proceso de incapacidade temporal. Tal incapacidade para o traballo deriva directamente do ambiente de acoso moral ao que se ve sometida a traballadora no desenvolvemento da súa relación laboral. Así o Tribunal analiza detidamente a definición de accidente de traballo recordando que o artigo 115 da LGSS refírese ao concepto de lesión corporal e como tal cabe entender aquela que afecta tamén ao ámbito psicolóxico do traballador afectado, ao igual que se extendeu o concepto para os accidentes "in itinere" e "en misión". Polo que se refire ao nexo causal do proceso de incapacidade co traballo é reiterada a xurisprudencia, tanto deste Tribunal, como do Tribunal Supremo que tende a considerar que tal requisito ponse de manifesto se se leva a cabo a situación que produce a incapacidade durante o tempo e no lugar de traballo, como é dende logo o caso do acoso moral no traballo; esta xurisprudencia vense comparando ca que se leva a cabo para os casos de infarto. Polo tanto no caso de referencia quedou probado que a situación de acoso moral que sofre a traballadora no seu ámbito laboral é o que determina o seu transtorno nervioso que deriva nunha incapacidade temporal para prestar o seu traballo.

Por todo elo e sen que existan infraccións xurídicas de procedemento, o Tribunal considera que a incapacidade temporal da traballadora demandante deriva dun proceso de acoso moral no traballo que ao abeiro do artigo 115 da LGSS debe de considerarse como accidente de traballo.

EMMA RODRÍGUEZ

Profesora axudante de Dereito do Traballo e da

Seguridade Social da Universidade de Vigo

ACOSO MORAL. VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. DEREITO Á INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL. PRIVACIÓN DAS FUNCIÓNS PROPIAS DA SÚA CATEGORÍA PROFESIONAL E REALIZACIÓN DE TAREFAS AUXILIARES

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 21 de novembro de 2003)

Tópicos xurídicos:

DEREITOS FUNDAMENTAIS. Dereito á integridade física e moral. Vulneración do dereito. Acoso moral. Trato vexatorio: privación da maioría das funcións substanciais e propias da súa categoría profesional e realización de tarefas auxiliares. Variación da súa situación persoal.

PROCEDEMENTO LABORAL. Inadecuación de procedemento. Desestimación. Tutela de dereitos fundamentais: vulneración do dereito á dignidade persoal do traballador.

CADUCIDADE DE ACCIÓNS. Inexistencia. Acción derivada dun dereito de índole laboral.

Normas aplicadas:

Art. 15 C.E.

Art. 59 E.T.

Art. 175 L.P.L.

1. Confírmase a sentenza de instancia. Vulneración do dereito fundamental á integridade física e moral. Variación da situación persoal do traballador, privación da maioría das funcións propias da súa categoría profesional e relegación á realización de tarefas auxiliares. Adecuación do procedemento laboral de tutela dos dereitos fundamentais. Inexistencia de caducidade da acción: acción derivada dun dereito de índole laboral.

2. Dos feitos declarados probados dedúcese a readmisión irregular dun traballador no seu posto de traballo trala declaración de nulidade da extinción por causas obxectivas do seu contrato de traballo. A reincorporación prodúcese en condicións distintas ás anteriores ao despedimento, tanto no relativo ás funcións desempeñadas -privación da maioría das funcións substanciais e propias da súa categoría profesional e relegación a tarefas auxiliares - como á súa situación persoal e laboral -privación de vivenda sita no centro de traballo e modificación de xornada e horario-. Instado polo traballador incidente de readmisión irregular -tras ser sancionado con suspensión de emprego e soldo por baixo rendemento-, recoñécese a irregularidade e ordénase repoñer o traballador no seu posto de traballo. A reposición prodúcese outra vez en condicións distintas ás iniciales polo que o traballador promove novo incidente de readmisión irregular e causa baixa médica por ansiedade depresiva.

Non se formula unha impugnación xurídica en relación co fondo da cuestión litixiosa. En consecuencia, a sentenza simplemente argumenta sobre as cuestiones de forma suscitadas, que lle poden reconducir á adecuación ou inadecuación da modalidade procesual utilizada –o procedemento laboral de tutela dos dereitos fundamentais- e á caducidade ou non da acción, a segunda en íntima conexión coa solución da anterior.

En relación coa primeira cuestión, a parte recorrente impugna a modalidade procesual utilizada - procedemento laboral de tutela dos dereitos fundamentais – e argúe que a procedente, ao existir modificacións substanciais de condicións de traballo, era a do art. 138 LPL. A sentencia non discute a existencia de modificacións substanciais das condicións de traballo, como o cambio de horario e xornada, susceptibles de ser considerados en si mesmos actos ilícitos e de ser impugnados nunha vía procesual independente. Pero obxecta que tales modificacións non se alegan en si mesmas consideradas senón como manifestacións de acoso moral, en concorrencia con outros feitos que non poderían ser obxecto da modalidade procesual do art. 138 LPL –privación de vivenda, cambio de funcións, sancións disciplinarias ou requirimentos escritos-. Precisamente, eses outros feitos engaden, a xuízo do tribunal, un "plus de desvalor" respecto á ilicitude da modificación substancial das condicións de traballo, plus de desvalor que quedaría impune se se utilizase a vía do art. 138 LPL. Ao respecto alúdese a doutrina xudicial da propia Sala conforme á cal a existencia do acoso moral non depende "dun só acto illado, senón da concorrencia de varios actos de hostigamiento", algúns de aparencia lícita, outros claramente ilícitos. É a concorrencia de todos eses actos a que evidencia unha vulneración do dereito á integridade física e moral recoñecido, ex art. 15 da Constitución, dentro da Sección 1ª do Capítulo II do Título I "Dos dereitos fundamentais e das liberdades públicas", e, polo tanto, obxecto propio e característico del procedemento laboral de tutela dos dereitos fundamentais.

E en relación coa caducidade ou non da acción polo transcurso dos vinte días seguintes á notificación da decisión empresarial de modificación substancial das condicións de traballo, previsto no art. 59.4 ET, o Tribunal rexeita esta impugnación co mesmo argumento con que rebateu a inadecuación de procedemento: as modificacións substanciais das condicións de traballo aléganse en concorrencia con outros feitos diferentes como manifestacións de acoso moral. En consecuencia, non se aplica o prazo de caducidade previsto para as modificacións substanciais de condicións de traballo senón o prazo xeral de prescrición dun ano establecido no art. 59.1 e 2 ET.

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

Profª. Titular da Escola Universitaria de

Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade de Vigo

NULIDADE DO PREAVISO ELECTORAL. A ENTIDADE SINDICAL PROMOVENTE NON TEN POTESTADE LEGAL PARA O MESMO

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, do 21 de novembro de 2003)

Tópicos xurídicos:

REPRESENTANTES LEGAIS DOS TRABALLADORES. Eleccións sindicais. Preaviso: validez.

Normas aplicadas:

Art. 67 E.T.

1. A Sala confirma o pronunciamento do Xulgado do Social e a nulidade do preaviso realizado por organización que carecía de capacidade legal para o mesmo.

2. O Tribunal resolve unha vez máis un conflito relativo a certas actuacións da organización USO-Galicia, que en Asemblea máis tarde anulada xudiciamente declarara a súa desconfederación da confederal USO e a súa adscrición á organización USTG. Neste contexto litixioso intersindical, o representante de USO-Galicia preavisa eleccións nunha determinada empresa, sucedendo pouco antes que a Confederal disolvera a Comisión Executiva Nacional de USO-Galicia, suspendera nas súas funcións ao Consello Nacional e nomeara unha Comisión Xestora. Neste contexto, as dúbidas se refiren á validez do preaviso presentado por quen fora despoxado das súas funcións por USO-Confederal. A Sala non comparte o criterio da sentenza de instancia de que a representatividade a ostentaba USO Confederal e non USO Galicia, pero confirma o pronunciamento de nulidade do preaviso porque, en todo caso, o representante promovente non contaba con representación suficiente, xa que a entidade habilitada para a promoción eleitoral sería, en todo caso, a comisión xestora nomeada pola Confederal.

Alén dunha cuestión procesual, referida a unha pretendida falta de lexitimación pasiva do demandado, que a Sala resolve ao meu xuízo correctamente, a sentenza non contén máis argumentacións xurídicas. Mágoa que non se suscite o tema da conmpetencia funcional do Tribunal, porque a cuestión quizáis merecera contemplarse desde outra perspectiva. Porque o litixio chega ao coñecemento do mesmo debido a que o preaviso se impugnou directamente polo proceso ordinario. E cabería preguntarse se non sería máis correcto que se impugnara mediante o procedemento arbitral do art. 76 ET. En síntese, o que debería discutirse é se o preaviso é ou non é material eleitoral, na que a Sala de suplicación non ten nada que dicir porque a sentenza do Xuíz do Social que resolve a impugnación dun laudo arbitral é irrecurrible.

Non é iste o momento de argumentar verbo desta cuestión, por máis que compriría sinalar que os argumentos para que o tema fose materia electoral serían máis fortes, como xa hai tempo defendemos no colexio arbitral de Pontevedra. Trátase dunha cuestión controvertida e necesitada de unificación de doutrina. Simplemente debe engadirse agora que, cando se presentou directamente diante do TSX de Galiza, a dúbida se resolveu a prol de considerar a materia como electoral e para a que a Sala galega non conta con competencia funcional. Nesta liña, STSX de Galiza de 19 setembro 2002 (AS

2002/3.825). Polo tanto, a sentenza que agora se comenta ten o perigo de alentar a hipótese contraria que, polo demáis, é minoritaria, en termos xerais, entre as Salas do Social dos Tribunais de suplicación.

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade de Vigo