REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

xullo-decembro 2004

XUNTA DE GALICIA

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

COLABORA:

Mª del Rosario Martínez Reimúndez

Licenciada en Dereito
Oficial da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

COORDINA:

José Antonio Prado Leira
Funcionario do Consello Galego de Relacións Laborais

EDITA:

CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS
Algalia de Abaixo, 24
15704 Santiago de Compostela
Telf. 54 16 01 / 54 16 02
Fax: 54 16 10

DESEÑO, MAQUETACIÓN:

conchita viñas **DESEÑO**

IMPRESIÓN:

Depósito Legal:
I.S.S.N.:

Esta revista pode consultarse tamén no sitio web do Consello: http://cgrl.xunta.es

DIRECTOR

DEMETRIO FERNÁNDEZ LÓPEZ

SUBDIRECTORA

MARISA PEÑA CEBREIRO

CONSELLO DE REDACCIÓN

JOSÉ M. BOTANA LÓPEZ
Maxistrado do Tribunal Supremo. Sala do Social.

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Dereito do Traballo da Facultade de Dereito da Universidade de Vigo.

JAVIER GÁRATE CASTRO
Catedrático de Dereito do Traballo na Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela.

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Dereito do Traballo na Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.

PABLO SANDE GARCÍA
Maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.
Profesor asociado de Dereito Civil da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña.

PILAR CANCELA RODRÍGUEZ
Directora Xeral de Relacións Laborais da Consellería de Traballo.

COMITÉ CIENTÍFICO

GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ
Catedrático de Dereito do Traballo e S.S. da Universidade de León.

ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade Rey Juan Carlos (Madrid).

ANTONIO MOREIRA
Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade de Lusiada (Porto).

ÍNDICE XERAL

PÁXINA

ACORDO INTERPROFESIONAL GALEGO SOBRE PROCEDEMENTOS EXTRAXUDICIAIS DE SOLUCIÓN DE CONFLITOS DE TRABALLO 7

Detalle dos expedientes xestionados 9

DOUTRINA CIENTÍFICA 19

Índice doutrinal 21

Tópicos 23

Índice 25

Artigos doutrinais 47

- Prevención de riscos laborais e traballo autónomo, por Lourdes Mella Méndez 49
- Medidas de conciliación convencionais en caso de enfermidade de familiar. Especial referencia ao permiso para acompañar familiares a consulta médica, por Nora María Martínez Yáñez 69
- A prevención de riscos laborais e a inspección de traballo e seguridade social, por Nicolás González Raposo 105

INDICE DE MONOGRAFIAS PUBLICADAS NO 2004 123

Tópicos 125

Índice 127

DOUTRINA DAS SALAS DO SOCIAL E DO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA 143

Índices 145

Cronolóxico 147

Disposicións aplicadas 149

Tópicos xurídicos 163

Sentenzas e autos 171

XURISPRUDENCIA SOBRE SEGURIDADE SOCIAL DO TRIBUNAL DAS COMUNIDADES EUROPEAS 721

Comentarios 723

Comentarios ás sentenzas 729

Selección de sentenzas 739

RESOLUCIÓNS DA DIRECCIÓN XERAL DE RELACIÓNS LABORAIS 775

Recursos e sancións 777

LEXISLACIÓN 795

Relación de normas publicadas no DOG 797

Relación de normas publicadas no BOE 801

Relación de disposicións publicadas no DOCE 809

NEGOCIACIÓN COLECTIVA 813

Relación de convenios rexistrados ordenados cronolóxicamente por data de publicación 815

Relación de convenios rexistrados ordenados por ámbito xeográfico 841

Relación de convenios rexistrados ordenados por claves de actividade 867

A negociación colectiva galega 893

ACORDO INTERPROFESIONAL GALEGO SOBRE PROCEDEMENTOS EXTRAXUDICIAIS DE SOLUCIÓN DE CONFLITOS DE TRABALLO (AGA)

Detalle dos expedientes xestionados

AGENCIA GALEGA DE

DETALLE DOS EXPEDIENTES XESTIONADOS

Causas de remate dos expedientes:

1.- Por falla de aceptación da contraparte afectada.
2.- Polo transcurso do prazo sinalado para a aceptación expresa.
3.- Por acordo das partes en conflito en canto ó tema de fondo (solución previa á tramitación total do procedemento).
4.- Por falla de acordo entre as partes.
5.- Por acordo entre as partes, en conciliación ou mediación.
6.- Por laudo arbitral.

	Escrito de iniciación	Acta de compromiso arbitral/constitución comisión de conciliación-mediación	Laudo Arbitral/ Acordo en conciliación-mediación	Arquivo das actuacións	Suxeitos promotores	Contraparte afectada	Tipo de confl. colectivo	Obxecto do conflito	Nº traball. afectados	Resultado Final do expediente
Expediente 1/04 *Ourense* (Mediación)	09/01/04			16/01/04	U.G.T., CC.OO., e C.I.G.	LA REGIÓN , S.A.	Conflito de empresa	Bloqueo na negociación do convenio	156	Rexeitamento
Expediente 2/04 *A Coruña* (Mediación)	13/01/04	02/02/04	18/02/04 Mediador: Benigno Sánchez García	02/03/04	CUT, CIG,UGT, e CC.OO	MACONSI, S.L.-Limpieza C.H.U.S.	Conflito de empresa	Pagamento do Plus de atención continuada	300	Positivo
Expediente 3/04 *Pontevedra* (Arbitraxe)	30/01/04			04/02/04	U.G.T. (Comité de empresa)	AUTORIDADE PORTUARIA DE MARÍN E RÍA DE PONTEVEDRA	Conflito de empresa	Negociación do calendario laboral	40	Rexeitamento
Expediente 4/04 *Comunidade Autónoma* (Mediación)	12/02/04	18/02/04	15/03/04 Mediador: Benigno Sánchez García	26/03/04	ARRIVA NORO-ESTE, S.L.; RUTABUS, S.A.: TROLEBUSES CORUÑA-CARBALLO, S.A.	Comité de empresa CIG, UGT	Conflito de empresa	Subcontratacións, descansos e cadro de servizos	432	Positivo
Expediente 5/04 *A Coruña* (Mediación)	13/02/04			19/02/04	Delegados de persoal (UGT)	MEGASIDER, S.L.	Conflito de empresa	Calendario laboral	25	Rexeitamento
Expediente 6/04 *Pontevedra* (Mediación)	25/02/04		01/07/04 Mediador: José M. Casas de Ron	07/07/04	Conxunta	COMERCIO DE ALIMENTACIÓN	Conflito de sector	Bloqueo na negocición do convenio	7.000	Positivo
Expediente 7/04 *A Coruña* (Arbitraxe)	03/03/04	11/03/04	22/03/04 Árbitro: José M. Casas de Ron	26/03/04	(TRANSVIAC, ANETRA GALICIA, TRANSGACAR) TRANSPORTE DE VIAXEIROS EN AUTOBUS POR ESTRADA	CIG, CC.OO, UGT	Conflito de sector	Interpretación artigo 2 do convenio	6.002	Positivo

	Escrito de iniciación	Acta de compromiso arbitral/constitución comisión de conciliación-mediación	Laudo Arbitral/ Acordo en conciliación-mediación	Arquivo das actuacións	Suxeitos promotores	Contraparte afectada	Tipo de confl. colectivo	Obxecto do conflito	Nº traball. afectados	Resultado Final do Expediente
Expediente 8/04 *Pontevedra* (Arbitraxe)	03/03/04	03/03/04	03/03/04 Arbitro: José M. Casas de Ron	12/03/04	Conxunta	COMERCIO DE ALIMENTACIÓN.	Conflito de sector	Número de asistentes ou asesores na comisión deliberadora do convenio	7.000	Positivo
Expediente 9/04 *Lugo* (Mediación)	12/03/04	13/04/04	13/04/04 Mediador: Benigno Sánchez García	21/04/04	Delegados de persoal - UGT	MATERIALES CERÁMICOS, S.A.- (GRES BURELA)	Conflito de empresa	Negociación do convenio e sistema de quendas	45	Positivo
Expediente 10/04 *A Coruña* (Arbitraxe)	23/03/04			26/03/04	SETEX-APARKI	UGT, CC.OO	Conflito de empresa		131	Rexeitamento
Expediente 11/04 *Pontevedra* (Mediación)	24/03/04	30/04/04	31/05/04 Mediador: José M. Casas de Ron	03/06/04	ASPEL, CC.OO, UGT e CIG (LIMPEZA DE EDIFICIOS E LOCAIS)	ASOC. EMPRES. LIMPEZA EDIFICIOS E LOCAIS	Conflito de sector	Convenio colectivo	5.000	Positivo
Expediente 12/04 *Lugo* (Mediación)	01/04/04			05/04/04	UGT	FCA. CERÁMICA DE SARGADELOS, S.L.	Conflito de empresa	Converxencia de categorías e constitución comisión negociadora do convenio	136	Rexeitamento
Expediente 13/04 *Comunidade Autónoma* (Mediación)	02/04/04	20/04/04	20/04/04 Mediador: Carlos Domenech de Aspe	10/05/04	CC.OO e UGT	AUTOESTRADAS DE GALICIA	Conflito de empresa	Negociación do convenio colectivo	61	Positivo
Expediente 14/04 *A Coruña* (Mediación)	07/04/04	13/04/04	13/04/04 Mediador: Benigno Sánchez García	19/04/04	CECO (EMPRESAS CONCESIONARISA DOS SERVICIOS DE REGULACIÓN DE APARCAMENTO E OU RETIRADA DA VÍA PÚBLICA)	UGT, CC.OO	Conflito de sector	Negociación do convenio colectivo	276	Positivo

	Escrito de iniciación	Acta de compromiso arbitral/constitución comisión de conciliación-mediación	Laudo Arbitral/ Acordo en conciliación-mediación	Arquivo das actuacións	Suxeitos promotores	Contraparte afectada	Tipo de confl. colectivo	Obxecto do conflito	Nº traball. afectados	Resultado Final do Expediente
Expediente 15/04 *Comunidade Autónoma* (Mediación)	05/04/04			24/04/04	Comité de empresa	RADIOTELEVISIÓN DE GALICIA	Conflito de empresa	Realización de funcións de técnico de control por parte dos traballadores de delegacións	20	Rexeitamento
Expediente 16/04 *A Coruña* (Mediación)	23/04/04	07/05/04	07/05/04 Mediador: Carlos Domenech de Aspe	10/05/04	CC.OO	PANRICO	Conflito de empresa	Retribución nocturnidade	170	Positivo
Expediente 17/04 *A Coruña* (Mediación)	30/04/04	04/05/04	Mediador: Julio Portela Ceballos	11/05/04	CIG e empresa (FERROLVISIÓN)		Conflito de empresa	Servizos mínimos folga	13	Negativo
Expediente 18/04 *A Coruña* (Mediación)	07/05/04	19/05/04	19/05/04 Mediador: Benigno Sánchez García	31/05/04	CIG	MACONSI, S.L.- Limpeza do H.P. de Conxo	Conflito de empresa	Distribución das vacacións	4	Positivo
Expediente 19/04 *A Coruña* (Mediación)	12/05/04	28/07/04	28/07/04 Mediador: Carlos Domenech de Aspe	29/07/04	UGT	INSTITUTO POLICLÍNICO ROSALEDA, S.A.	Conflito de empresa	Plus persoal, complemento de nocturnidade, complemento de domingos e festivos	20	Positivo
Expediente 20/04 *A Coruña* (Mediación)	21/05/04	10/06/04	10/06/04 Mediador: Benigno Sánchez García	17/06/04	CC.OO	CONSERVAS FRISCOS, S.A.	Conflito de empresa	Modificación da distribución da xornada laboral	22	Positivo
Expediente 21/04 *A Coruña* (Mediación)	04/06/04	Convocada para 09/06/04	Mediador: Benigno Sánchez García	07/06/04	GRUPO ARRIVA- Centros de traballo de Arteixo, A Coruña e Ferrol	CIG, UGT, CC.OO e CUT	Conflito de empresa	Traslado sede da empresa de Arteixo a Ferrol	45	Desistencia

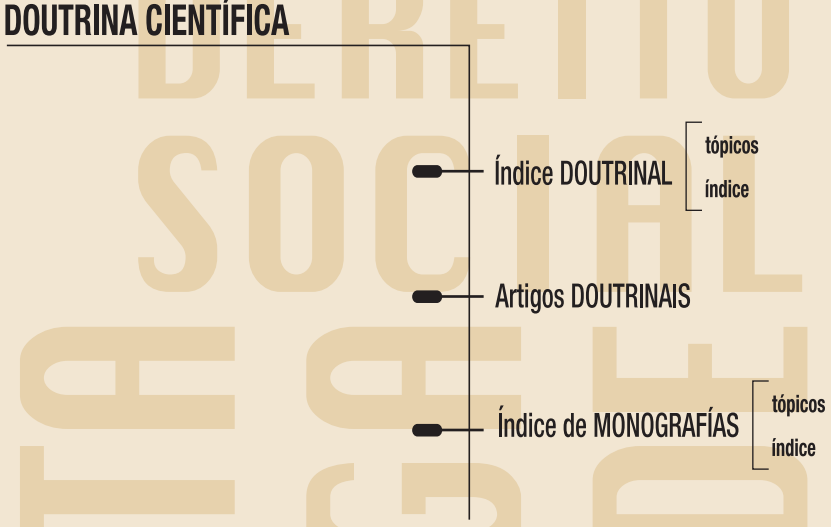
	Escrito de iniciación	Acta de compromiso arbitral/constitución comisión de conciliación-mediación	Laudo Arbitral/ Acordo en conciliación-mediación	Arquivo das actuacións	Suxeitos promotores	Contraparte afectada	Tipo de confl. colectivo	Obxecto do conflito	Nº traball. afectados	Resultado Final do Expediente
Expediente 22/04 *A Coruña* (Mediación)	07/06/04	07/06/04	14/06/04 Mediador: Carlos Domenech de Aspe	17/06/04	Empresas auxiliares de SOGAMA	UGT, CIG	Conflito de empresa	Aplicación R.D. 664.97 sobre riscos biolóxicos	232	Positivo
Expediente 23/04 *A Coruña* (Arbitraxe)	10/06/04	17/06/04	07/05/04 Árbitro: Pilar Cancela Rodríguez	28/06/04	SOGARISA e UGT		Conflito de empresa	Interpretación pacto de empresa (gratificacións extraordinarias)	44	Positivo
Expediente 24/04 *A Coruña* (Arbitraxe)	14/06/04	21/06/04	19/05/04 Árbitro: Carlos Domenech de Aspe	28/06/04	UGT	NERVIÓN, MONTAJES Y MANTENIMIENTO	Conflito de empresa	Convenio colectivo de aplicación	20	Positivo
Expediente 25/04 *A Coruña* (Mediación)	17/06/04	13/07/04	28/07/04 Mediador: Carlos Domenech de Aspe	28/07/04	CC.OO	HORNOS LAMASTELLE	Conflito de empresa	Xornada e tempo de descanso	43	Negativo
Expediente 26/04 *A Coruña* (Arbitraxe)	22/06/04			07/07/04	UGT	AUTOESTRADAS DE GALICIA	Conflito de empresa	Xornada	61	Rexeitamento

	Escrito de iniciación	Acta de compromiso arbitral/constitución comisión de conciliación-mediación	Laudo Arbitral/ Acordo en conciliación-mediación	Arquivo das actuacións	Suxeitos promotores	Contraparte afectada	Tipo de confl. colectivo	Obxecto do conflito	Nº traball. afectados	Resultado Final do Expediente
Expediente 27/04 *Pontevedra* (Mediación)	13/07/04	15/07/04	14/06/04 Mediador: Benigno Sánchez García	23/07/04	CC. OO	UTE SALNES	Conflito de empresa	Bloqueo na negociacion do convenio (incremento salarial, duracion e emprego temporal)	31	Positivo
Expediente 28/04 *A Coruña* (Mediación)	16/07/04			26/07/04	CIG	TRAPSA	Conflito de empresa	Servizo de transporte dos traballadores	134	Rexeitamento
Expediente 29/04 *A Coruña* (Mediación)	23/07/04	28/07/04	Mediadior: Carlos Domenech de Aspe	03/08/04	Comité de empresas (Soluziona O&M, Serlimat, Masa Galicia, Amasa, Servigide, Danigal, Nervión e Servilimpsa)		Conflito de empresa	Servizos minimos	300	Negativo
Expediente 30/04 *Pontevedra* (Mediación)	02/09/04	14/09/04	21/09/04 Mediador: José M. Casas de Ron	28/09/04	Conxunta HOTELERA NOROESTE, S.A. e comité		Conflito de empresa	Bloqueo na negociacion do convenio	400	Positivo
Expediente 31/04 *Pontevedra* (Mediación)	16/09/04	13/10/04	Mediador: Julio Peláez Rodríguez	20/10/04	CIG (Conformidade UGT e CC.OO.)	AUTORIDAD PORTUARIA DE VIGO	Conflito de empresa	Aplicación Plan de Xubilacións Voluntarias e Anticipadas	123	Positivo

	Escrito de iniciación	Acta de compromiso arbitral/constitución comisión de conciliación-mediación	Laudo Arbitral/ Acordo en conciliación-mediación	Arquivo das actuacións	Suxeitos promotores	Contraparte afectada	Tipo de confl. colectivo	Obxecto do conflito	Nº traball. afectados	Resultado Final do Expediente
Expediente 32/04 *A Coruña* (Mediación)	01/10/04	22/10/04	03/11/04 Mediador: Carlos Domenech de Aspe	05/11/04	TRANSAVIAC, ANETRA GALICIA, TRANSGACAR	CIG, UGT, CC.OO	Conflito de sector	Bloqueo na negociacion do convenio de TRANSPORTE DE VIAXEIROS EN AUTOBÚS POR ESTRADA	6.002	Positivo
Expediente 33/04 *A Coruña* (Mediación)	07/10/04	20/10/04	08/11/04 Mediador: Benigno Sánchez García	11/11/04	CELTA PRIX, S. L. Centros de traballo de Melide e Curtis	UGT	Conflito de empresa	Bloqueo na negociación do convenio	27	Positivo
Expediente 34/04 *Pontevedra* (Mediación)			Mediadior: Pilar Cancela Rodríguez		COMITÉ DE EMPRESA	AMALIS, S.A. LIMPEZA DO HOSPITAL MEIXOEIRO	Conflito de empresa	Bloqueo na negociación do convenio	82	Positivo
Expediente 35/04 *A Coruña* (Mediación)	10/1104	09/1204	09/12/04 Mediador: Carlos Domenech de Aspe	13/12/04	COMITÉ DE EMPRESA	ISOLUX WAT, S.A.	Conflito de empresa	Interpretación do convenio colectivo	250	Positivo
Expediente 36/04 *Lugo* (Mediación)	22/11/04	07/12/04	07/12/04 Mediador: Benigno Sánchez García	13/12/04	Corporación Alimentaria PEÑASANTA, S.A.	COMITÉ DE EMPRESA	Conflito de empresa	Bloqueo na negociacion do convenio	124	Positivo

	Escrito de iniciación	Acta de compromiso arbitral/constitución comisión de conciliación-mediación	Laudo Arbitral/ Acordo en conciliación-mediación	Arquivo das actuacións	Suxeitos promotores	Contraparte afectada	Tipo de confl. colectivo	Obxecto do conflito	Nº traball. afectados	Resultado Final do Expediente
Expediente 37/04 *A Coruña* (Mediación)	13/12/04	04/01/05	10/05/05 Mediador: José Vázquez Portomeñe	11/05/05	TRANSAVIAC, ANETRA GALICIA, TRANSGACAR	TRANSPORTE DE VIAXEIROS EN AUTOBÚS POR ESTRADA	Conflito de sector	Bloqueo na negociacion do convenio	6.002	Positivo
Expediente 38/04 *Ourense* (Mediación)	16/12/04	26/01/05	Mediador: Rocío de Frutos Madrazo	09/03/05	Seguridad Gallega Nosa Terra, S. A. SEGANOSA	UGT	Conflito de empresa	Interpretación do convenio	12	Negativo
Expediente 39/04 *Pontevedra* (Mediación)	16/12/04	21/12/04	Mediadior: Benigno Sánchez García	07/01/05	Grupo Arriva Noroeste, S. L.	CIG, UGT, CC.OO	Conflito de empresa	Convocatoria da Folga convocada por CIG e UGT	373	Negativo

DOUTRINA CIENTÍFICA



ÍNDICE DOUTRINAL

TÓPICOS

ÍNDICE

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

TÓPICOS

Administracións Públicas
Asistencia sanitaria
Asistencia social
Contrato de traballo
Convenios colectivos
Dereito do Traballo
Descentralización produtiva. Contratas
Desemprego
Despedimento
Emprego
Empresas de traballo temporal
Estranxeiros
Extinción do contrato de traballo
Igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais
Incapacidade temporal
Infraccións e sancións
Leis
Mobilidade xeográfica
Peche patronal
Poderes do empresario
Prestacións
Procedemento laboral
Recursos
Relacións laborais
Representantes dos traballadores
Salarios
Saúde laboral
Seguridade Social
Seguridade Social complementaria
Seguridade Social comunitaria
Sistema de Seguridade Social
Sucesión de empresa
Traballo autónomo
Unión Europea
Viuvez
Xornada
Xubilación

ÍNDICE

Esta sección inclúe, sistematizada, por conceptos xurídicos, a reseña de tódolos artigos doutrinais publicados nas seguintes revistas especializadas: ACTUALIDAD LABORAL **(AL)** / ARANZADI SOCIAL **(AS)** / REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO **(REDT)** / RELACIONES LABORALES-LA LEY **(RL)** / REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES **(RMTAS)** / TRIBUNA SOCIAL **(TS)**

ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general (REDT 124/2004)**. Rivero Lamas, J.**

Sumario: I. Laboralización de la función pública. La opción por el régimen estatutario y el desarrollo de un sector laboral. II. La incorporación de las técnicas de gestión privadas de personal a las administraciones públicas. III. Régimen jurídico de la contratación laboral en las administraciones públicas: selección y contratación del personal laboral. IV. Una anómala y peligrosa extensión de los principios del derecho del trabajo: la incorporación a las administraciones públicas del personal laboral contratado irregularmente. La nueva figura del contrato temporalmente indefinido. V. Protección de la estabilidad en el empleo público y fomento de la funcionarización. VI. Unas reflexiones finales.

(Ver **contrato de traballo**)

Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (AL 14/2004)**. Martín Valverde, A.**

(Ver sumario en **extinción do contrato de traballo**)

ASISTENCIA SANITARIA

El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales (AS 11/2004)**. Blasco Lahoz, J.F.**

Sumario: 1. El reintegro de gastos médicos. 2. La urgencia de carácter vital. 3. La denegación injustificada de asistencia.

ASISTENCIA SOCIAL

«Polvos y lodos»: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 de la LGSS) (RL 13/2004)**. Molina Navarrete, C.**

Sumario: I. Introducción. II. Los «dinamismos» de la Seguridad Social y asistencia social: de la «convergencia» a la «concurrencia» entre sistemas. III. Legitimidad constitucional de los suplementos autonómicos como prestaciones de asistencia social: las razones de la mayoría. IV. La ilegitimidad de los suplementos autonómicos como prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social. V. Consecuencias de la decisión en la configuración de la Seguridad Social: ¿nueva deriva del Sistema o innovación garantista? VI. A modo de conclusión.

La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado Autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad (RL 13/2004)**. Gonzalo González, B. y Suárez Corujo, B.**

Sumario: I. Introducción. II. Notas sobre el principio de «unidad de caja» en relación con la gestión económica de la Seguridad Social. III. Notas sobre las prestaciones autonómicas complementarias de la acción protectora de la Seguridad Social. IV. Conclusiones.

El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las pensiones no contributivas (RMTAS 54/2004)**. Fernández Orrico, F.J.**

Sumario: 1. Introducción. 2. La Seguridad Social: su deslinde entre el Estado y las Comunidades Autónomas. 3. El suplemento autonómico otorgado a beneficiarios de pensiones no contributivas.

(Ver **prestacións**)

CONTRATO DE TRABALLO

Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general (REDT 124/2004)**. Rivero Lamas, J.**

(Ver sumario en **administracións públicas**)

Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo (REDT 124/2004)**. Lastra Lastra, J.M.**

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de negocio. III. El deber de negociar de buena fe. IV. El objeto del vínculo laboral. V. Paradojas del vínculo laboral. VI. Noción de autonomía de la voluntad privada. VII. Autonomía de la voluntad privada. VIII. Autonomía colectiva. IX. Reflexión final.

La relación laboral como ámbito de trabajo formativo (REDT 124/2004). Fernández Márquez, O.

Sumario: I. Sobre el trabajo y la formación: diferencias y conexiones. II. Actualidad y ámbitos de los nexos entre el trabajo y la formación. III. Los elementos formativos de la relación de trabajo en general. IV. El trabajo formativo en la relación de trabajo común. V. El trabajo formativo en los contratos de trabajo formativo. VI. Un supuesto particular de trabajo formativo: la relación laboral del personal sanitario en formación de especialidades mediante residencia.

Un diagnóstico sobre el modelo español de temporalidad (RL 19/2004)**. Rodríguez-Piñero, M.**

Reseña sobre o informe "El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico", realizado en xullo de 2002, por encargo do Instituto Nacional de Emprego, baixo a dirección de Toharía Cortés e contando con especialistas de diversas disciplinas, xuristas, sociólogos e economistas.

(Ver **emprego**)

El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo (RL 19/2004)**. Gil y Gil, J.L.**

Sumario: I. Buena fe y deber de renegociar el contrato. II. Deber de renegociar el contrato en los supuestos de cambio de creencias o convicciones éticas del trabajador. III. Deber de adaptar el trabajador a la evolución del empleo. IV. Deber de recolocar al trabajador.

Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado (RMTAS 52/2004)**. Fotinopoulou Basurko, O.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica del art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. 3. Compatibilidad de la norma estatutaria con el Convenio de Roma. 4. Incompatibilidad de art. 1.4 ET con el principio de igualdad de trato y no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores. 5. Incompatibilidad entre el art. 1.4. ET y las normas establecidas en la Directiva 96/71/CE y su norma de transposición a nuestro derecho, la Ley 45/1999, relativas al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

(Ver **mobilidade xeográfica**)

La contratación temporal por circunstancias de la producción: la prueba de la eventualidad (TS 167/2004)**. Álvarez de la Rosa, M.**

Sumario: I. El contrato temporal para trabajos eventuales. II. La eventualidad en la jurisprudencia. III. La eventualidad y el término del contrato. IV. La eventualidad en la negociación colectiva. V. La negociación de criterios generales de empleo y contratación como prueba de la eventualidad.

La contratación laboral en los convenios colectivos sectoriales de hostelería (AS 9/2004)**. Roqueta Buj, R.**

Sumario: I. Introducción. II. La selección y las preferencias en el empleo. III. El período de prueba. IV. La contratación temporal. V. El contrato de trabajo fijo discontinuo. VI. El contrato de trabajo a tiempo parcial. VII. Los contratos formativos. VIII. El suministro de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

(Ver **convenios colectivos**)

CONVENIOS COLECTIVOS

La eficacia jurídica del convenio colectivo: un intento de reconstrucción histórico-sistemática y comparada (I y II) (RL 21 y 22/2004)**. Valdés Dal-Ré, F.**

Ensaio crítico sobre as teorías contraídas en torno á eficacia xurídica do convenio colectivo e as canles seguidas por distintos ordenamentos europeos (alemán, francés, italiano) para asegurar a eficacia imperativa deste fronte aos actos procedentes da autonomía individual, así como a súa aplicación directa.

La contratación laboral en los convenios colectivos sectoriales de hostelería (AS 9/2004)**. Roqueta Buj, R.**
(Ver sumario en **contrato de traballo**)

DEREITO DO TRABALLO

El principio de proporcionalidad en el derecho del trabajo (REDT 123/2004)**. Carrizosa Prieto, E.**
Sumario: I. La relevancia del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico laboral. II. Fundamento, naturaleza y eficacia del principio de proporcionalidad. III. Contenido del principio de proporcionalidad. IV. Recapitulación.

Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información (AS 10/2004)**. Cavas Martínez, F.**
Sumario: 1. El trabajo como realidad social trascendente. Cambios en la ideología dominante sobre el trabajo ante la perspectiva (falaz) de una sociedad deslaboralizada. 2. Trabajo y conflicto social.

DESCENTRALIZACIÓN PRODUTIVA. CONTRATAS

Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límtes al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado (RL 19/2004)**. Rodríguez Fernández, Mª.L.**
Sumario: I. Relación entre la descentralización productiva y el contrato para obra o servicio determinado. II. La necesidad de reconsiderar la figura del trabajador «autónomo». III. La urgencia de acabar con la complacencia frente al trabajo «autónomo». IV. La utilidad de la ajenidad en el mercado.

¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal? (AL 14/2004)**. Molero Manglano, C.**
Sumario: I. Introducción. II. Elementos o referencias necesarios pero no suficientes para evitar la calificación de cesión ilegal. III. Elementos o referencias indiciarios. IV. Elementos o referencias que, de concurrir claramente, decantan la calificación de cesión ilegal. V. Circunstancias extraordinarias.

Nuevas formas de organización productiva: la denominada descentralización y sus manifestaciones (TS 167/2004)**. Herraiz Martín, Mª.S.**
Sumario: 1. Introducción. 2. La contrata o subcontrata de obras o servicios (art. 42 ET) 3. La transmisión de empresa (art. 44 ET) 4. La sucesión de contratas: enlace del artículo 42 ET con el artículo 43 ET.

DESEMPREGO

La protección por desempleo de la gente del mar (REDT 123/2004)**. Ferrando García, F.**
Sumario: I. Consideraciones generales. II. Peculiaridades en materia de cotización por desempleo. III. Protección por desempleo. 1. Prestación por desempleo. 2. Ayudas específicas a los trabajadores del mar. IV. Cuadro anexo.

Desempleo y familia (RMTAS 54/2004)**. Luelmo Millán, M.A.**

Sumario: 1. Introducción. 2. El desempleo como contingencia asegurada con proyección familiar. 3. La especialidad del desempleo del trabajador eventual agrario. 4. La renta activa de inserción.

DESPEDIMENTO

La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento (REDT 123/2004)**. Gorelli Hernández, J.**

Sumario: 1. El rendimiento debido como elemento de la prestación de trabajo. 2. Autonomía de los pactos de rendimientos respecto del despido disciplinario por disminución de rendimiento. 3. Configuración de los acuerdos extintivos sobre rendimiento mínimo. 4. Delimitación de la relación entre la condición resolutoria sobre rendimiento mínimo y el despido disciplinario por disminución grave y culpable del rendimiento pactado.

(Ver **extinción do contrato de traballo**)

Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos (AL 19/2004)**. Carril Vázquez, J.M.**

Sumario: I. La actualidad, incluso inmediata, de la Directiva vigente sobre despidos colectivos. II. Las tres fases de conformación del texto de la Directiva vigente sobre despidos colectivos. III. La fase relativa a la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, y las problemáticas de su transposición y de su interpretación. IV. La fase relativa a la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, y la problemática de su transposición. V. La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, y la problemática de su transposición.

(Ver **extinción do contrato de traballo**)

EMPREGO

Un diagnóstico sobre el modelo español de temporalidad (RL 19/2004)**. Rodríguez-Piñero, M.**

(Ver sumario en contrato de traballo)

Hacia un nuevo marco multilateral sobre la migración (RL 23/2004). Rodríguez-Piñero, M.

Partindo de que o proceso actual de movementos migratorios transnacionais "no puede separarse de fenómeno de la globalización y de la creciente interacción e interdependencia en las relaciones económicas y sociales", de que os problemas que xeneran tales movementos "no pueden ser abordados unilateralmente por los Estados de forma aislada", analiza o autor as últimas actuacións da OIT na materia, promocionando un plan de acción que camiña na dirección que apunta o título do ensaio.

(Ver **estranxeiros**)

El «enclave laboral» (AL 22/2004)**. Llano Sánchez, M.**

Sumario: I. La acción social de las empresas y la integración laboral de los discapacitados: de la teoría a la práctica. II. ¿Qué es un enclave laboral? III. Objetivos del enclave. IV. Requisitos y controles para la realización del enclave. V. El contrato de enclave: forma y contenido. VI. Selección de trabajadores destinados al enclave. VII. Relaciones laborales en el enclave. VIII. La contratación del minusválido por la empresa colaboradora. IX. Derechos colectivos en el enclave. X. Prevención de riesgos en el enclave. XI. Conclusiones.

Promoción del empleo y diálogo social en el Ordenamiento Comunitario (RMTAS 52/2004)**. Ojeda Avilés, A.**

Sumario: 1. La estrategia europea de empleo y los interlocutores sociales. 2. La opción normativa: el derecho social comunitario como legislación antidumping. 3. La opción gestora. Pactos territoriales e iniciativas locales de empleo. El soft law y el método abierto en materia de empleo. 4. La opción de control: implicación en la empresa.

Actividad laboral femenina en España e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (RMTAS 55/2004)**. Larrañaga Sarriegui, M. y Echebarría Miguel, C.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Mujeres y mercado laboral. 3. El largo camino hacia la igualdad. 4. Nuevas iniciativas para avanzar en el progreso de las mujeres. 5. Conclusiones.

(Ver **igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais**)

EMPRESAS DE TRABALLO TEMPORAL

Sobre la posición jurídica de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal (REDT 124/2004)**. Cámara Botía, A.**

Sumario: I. Las peculiaridades del contrato de trabajo de los trabajadores puestos a disposición. II. Empresas de trabajo temporal y descentralización productiva. III. Trabajadores de un empresario que trabajan para otro: ¿qué derecho aplicar? IV. Empresa usuaria y empresa de trabajo temporal: ¿traspaso de temporalidad o de responsabilidades? V. ¿Trabajo temporal para cubrir tareas permanentes de la empresa? VI. Anexo jurisprudencial.

La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal a las empresas usuarias (RMTAS 53/2004)**. Quintanilla Navarro, R.Y.**

(Ver sumario en **saúde laboral**)

ESTRANXEIROS

Hacia un nuevo marco multilateral sobre la migración (RL 23/2004)**. Rodríguez-Piñero, M.**

(Ver sumario en emprego)

Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares (AS 7-8/2004)**. Lousada Arochena, J.V. y Cabeza Pereiro, J.**

Sumario: I. Unos apuntes introductorios sobre la evolución normativa desde la nulidad hacia la validez del contrato de trabajo. II. Los derechos laborales del trabajador extranjero irregular. III. La libertad sindical del trabajador extranjero irregular. IV. La validez de la relación de protección social.

EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento (REDT 123/2004)**. Gorelli Hernández, J.**

(Ver sumario en **despedimento**)

Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (AL 14/2004)**. Martín Valverde, A.**

Sumario: I. Introducción. II. Clasificación de las causas de extinción del contrato de trabajo, e indicación de las menos relevantes para el estudio de las «especialidades» del sector público. III. Supuestos extintivos de infrecuente acaecimiento en el sector de las Administraciones Públicas: despido por fuerza mayor y por extinción de la personalidad contratante. IV. Matices del despido disciplinario en las Administraciones Públicas. V. Particularidades de los «despidos económicos» en las Administraciones Públicas. VI. Particularidades en las Administraciones Públicas de la extinción del contrato de trabajo por causas consignadas válidamente en el contrato. VII. La extinción de los contratos temporales del personal de las Administraciones Públicas por expiración del tiempo convenido: remisión. VIII. Una nota sobre la jubilación del trabajador del sector público como causa de extinción del contrato de trabajo.

(Ver **administracións públicas**)

Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos (AL 19/2004)**. Carril Vázquez, J.M.**

(Ver sumario en despedimento)

Extinción de la relación laboral y cláusula jubilatoria forzosa. A propósito de la STS –social- de 9 de marzo de 2004 (TS 163/2004)**. Martínez Barroso, Mª.R.**

Sumario: 1. Planteamiento de la cuestión: jubilación voluntaria versus jubilación forzosa. 2. Polémica doctrinal y controversia judicial suscitadas a raíz de la derogación de la disposición adicional 10ª ET ex RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo. 3. Unificación doctrinal ex STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2004. 4. Alcance temporal de la prohibición. 5. El voto particular. 6. Conclusiones. 7. Reflexión final.

(Ver **xubilación**)

La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso (TS 166/2004)**. Lacomba Pérez, F.R.**

Sumario: I. Introducción. II. El interés individual de los trabajadores demandantes de la extinción indemnizada de sus contratos frente al de los trabajadores aquietados y la empresa. III. La continuidad de la empresa y el nuevo juez de lo mercantil. IV. La nueva tramitación de las acciones resolutorias ex artículo 50.1.b) del ET. V. Conclusión.

(Ver **salarios; relacións laborais**)

El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: Comentario a las STS de 9 de marzo de 2004 (RJ 2004, 841 y 873) (AS 12/2004)**. Mercader Uguina, J.R. y Nogueira Gustavino, M.**

Sumario: I. La respuesta del Tribunal Supremo al problema de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa. II. El principio de igualdad en la ley, la diferenciación por razón de la edad y la limitación proporcionada del derecho al trabajo: el principio de racionalidad y de proporcionalidad como clave interpretativa. III. Reserva de ley, derogación de norma habilitante y limitado papel de la negociación colectiva. IV. Algunas conclusiones.

(Ver **xubilación**)

IGUALDADE E NON DISCRIMINACIÓN. OUTROS DEREITOS FUNDAMENTAIS

Libertad ideológica y contrato de trabajo: una aproximación de Derecho comparado (RL 14/2004)**. Valdés Dal-Ré, F.**

Ensaio, dende unha perspectiva de Dereito comparado, sobre a vixencia xeral da liberdade ideolóxica do traballador e o seu axeitamento nas empresas de tendenza.

Acceso a la justicia y proceso de trabajo (RL 15-16/2004)**. Rodríguez-Piñero, M.**

Ensaio sobre o alcance do art. 24 CE e a súa interpretación polo Tribunal Constitucional en relación co acceso aos órganos da xurisdición de orde social.

(Ver **procedemento laboral**)

Garantía de indemnidad, actuaciones preprocesales del abogado y libertad de expresión (RL 20/2004)**. Rodríguez-Piñero, M.**

Comentario sobre a sentenza do Tribunal Constitucional 55/2004, de 19 de abril, que estende a garantía da indemnidade á reclamación extraxudicial realizada por medio de avogado, non imperativa pero si convinte ou aconsellable en orde a evitar un proceso que se pretende entablar de non dar aquéla o resultado perseguido.

La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial (RL 24/2004)**. Molero Marañón, M.L.**

Sumario: I. La naturaleza controvertida de los pactos de doble escala salarial. II. Alcance y configuración del principio de igualdad ante la Ley. III. Las decisivas limitaciones del principio de igualdad en el tratamiento retributivo de la relación laboral. IV. La aplicación del principio de igualdad en los pactos de doble escala salarial. V. La necesaria revisión de los pactos de doble escala salarial como instrumento ordinario de la política de empleo.

(Ver **salarios**)

Los límites actuales de la igualdad laboral (AL 22/2004)**. Saiz de Marco, I.**

Sumario: I. Introducción. II. ¿Existe un principio de igualdad de trato laboral? III. La proscripción del trato desigual. IV. La proscripción de la desigualdad contraria a la dignidad o a la integridad moral. V. La proscripción del trato desigual en la Administración Pública. VI. La diferencia de trato entre funcionarios y trabajadores. VII. La discriminación entre trabajadores fijos y temporales. VIII. La proscripción de la desigualdad entre colectivos laborales. IX. El posible papel de la equidad. X. La prueba de la desigualdad. XI. Conclusiones.

Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional (RMTAS 53/2004)**. Sánchez-Urán Azaña, Y.**

Sumario: 1. Integración de la igualdad de trato por razón de sexo en la salud laboral: fundamentación e instrumentación jurídica. 2. Sectores feminizados y salud laboral sexual. 3. Anexo.

(Ver **saúde laboral)**

Actividad laboral femenina en España e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (RMTAS 55/2004**). Larrañaga Sarriegui, M. y Echebarría Miguel, C.**

(Ver sumario en **emprego**)

A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: «test de honestidad», telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso- de Internet (TS 168/2004)**. Fernández Villazón, L.A.**

(Ver sumario en **poderes de empresario**)

El abuso de Internet en el trabajo, ¿vamos bien? (AS 12/2004)**. Cardenal Carro, M.**

Sumario: 1. La vigilancia en el lugar de trabajo. Un reto para la sociedad. 2. Instrumentos jurídicos internacionales. 3. Vigilancia y control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo en el marco de la Directiva 95/46/CE. 4. Control del correo electrónico. 5. Control de acceso a Internet.

(Ver **poderes do empresario**)

Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo) (AS 10/2004)**. Purcalla Bonilla, M.A.**

Sumario: 1. La situación de la mujer en y ante el mercado de trabajo: notas introductorias a propósito de las recientes líneas de tendencia jurídicas, sociales y políticas. 2. El contexto jurídico internacional y europeo de la tutela de la mujer en el acceso al empleo y frente al despido discriminatorio. 3. La tutela de la mujer en la normativa y la jurisprudencia interna y comparada: acceso al empleo y despido nulo por discriminatorio. 4. Las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria en el ordenamiento jurídico español y su incidencia sobre la no discriminación por razón de sexo: una reflexión de cierre.

INCAPACIDADE TEMPORAL

Prórroga de la situación de incapacidad temporal y reconocimiento de la incapacidad permanente (RL 13/2004)**. Rodríguez-Piñero, M.**

Comentario sobre a sentenza do Tribunal Supremo de 1 de decembro de 2003, Sala do Social, que resolve, en casación para a unificación de doutrina, o problema que presenta, dende o punto de vista da protección, o esgotamento do subsidio de incapacidade temporal polo transcorrer do prazo máximo legalmente previsto sen terse producido o acto de recoñecemento ou denegación da situación e grao de incapacidade permanente. Para a Sala, a situación debe de conducir á prórroga dos efectos da incapacidade temporal ata o intre da calificación da incapacidade permanente.

El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social (TS 168/2004)**. Vicente Palacio, Mª.A.**

Sumario. 1. El control empresarial de la incapacidad temporal en el ámbito de la relación individual. 2. La buena fe en el contrato de trabajo: conductas del trabajador en situación de incapacidad temporal atentatorias al principio de buena fe. Breve referencia al desarrollo convencional. 3. El control de la prestación económica por la Seguridad Social: la gestión de las prestaciones económicas de incapacidad temporal: una breve presentación.

INFRACCIÓNS E SANCIÓNS

El recargo de prestaciones: puntos críticos (RMTAS 53/2004)**. Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.**

(Ver sumario en **saúde laboral**)

LEIS

Como un torrente: crónica de las leyes sociales de finales de 2003 (RL 23/2004)**. Martín Valverde, A.**

Sumario: I. Relación y clasificación de las novedades legales de finales de 2003. II. La norma de trasposición de las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78, sobre igualdad de trato. III. La Ley 51/2003 de accesibilidad universal de las personas con discapacidad. IV. La Ley 56/2003, de empleo, y la reforma del empleo de los extranjeros en la LO 14/2003. V. La Ley 52/2003, de medidas específicas de Seguridad Social. VI. La Ley 54/2003, de reformas parciales de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. VII. Novedades y actualizaciones legislativas en la Ley 61/2003, de Presupuestos Generales del Estado para 2004, y en la Ley 62/2003, de medidas administrativas, fiscales y del orden social. VIII. El torrente legislativo de finales de 2003: diagnóstico, evaluación y dos propuestas.

MOBILIDADE XEOGRÁFICA

Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado (RMTAS 52/2004)**. Fotinopoulou Basurko, O.**

(Ver sumario en **contrato de traballo**)

PECHE PATRONAL

Cierre patronal y conducta antisindical (AS 12/2004)**. Miñarro Yanini, M.**

Sumario: 1. Introducción: El cierre patronal y sus consecuencias para los trabajadores. 2. El potencial efecto lesivo del cierre patronal para la libertad sindical.

PODERES DO EMPRESARIO

La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo (RL 24/2004)**. Valdés Dal-Ré, F.**

Comentario sobre algunhas decisións xudiciais relevantes, principalmente dos Tribunais norteamericanos, en relación co alcance dunha das facetas da liberdade religiosa no ámbito das relacións laborais: o dereito do traballador a resistir e non acatar as ordes e instrucións do empresario cuxo contido implique a interdicción ou a imposición dunha concreta crenza ou práctica relixiosa.

Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa (TS 163/2004)**. Agut García, C.**

Sumario: 1. Introducción. 2. La vigilancia y control sobre los útiles y herramientas de trabajo: cuestiones generales. 3. La vigilancia y control sobre los útiles y herramientas de trabajo: supuestos particulares. 4. La vigilancia y control sobre otros efectos de la empresa.

A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: «test de honestidad», telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso- de Internet (TS 168/2004)**. Fernández Villazón, L.A.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Sobre los llamados controles ocultos y los llamados «test de honestidad». 3. Sobre el control de la actividad laboral en las empresas de «telemarketing». 4. Sobre el registro de los terminales informáticos y el control de Internet y el correo electrónico. 5. Conclusiones.

(Ver **igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais**)

El abuso de Internet en el trabajo, ¿vamos bien? (AS 12/2004). **Cardenal Carro, M.**

(Ver **igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais**)

PRESTACIÓNS

El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las pensiones no contributivas (RMTAS 54/2004)**. Fernández Orrico, F.J.**

(Ver sumario en asistencia social)

Las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ante la Jurisprudencia (TS 164-165/2004)**. Morgado Panadero, P.**

Sumario. 1. La CE y la protección de determinados colectivos. 2. La aparición de la LPNC: un paso adelante en nuestro sistema de seguridad social. 3. Requisitos de los beneficiarios: su tratamiento por los órganos jurisdiccionales.

Las «prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social» como categoría extrasalarial (AS 11/2004)**. Llompart Bennàssar, M.**

(Ver sumario en **salarios**)

PROCEDEMENTO LABORAL

Acceso a la justicia y proceso de trabajo (RL 15-16/2004)**. Rodríguez-Piñero, M.**

(Ver sumario en **igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais**)

La presentación de escritos y documentos en los juzgados de guardia en la jurisdicción laboral: una cuestión controvertida (RL 15-16/2004)**. Lamana, C.**

Sumario: I. Cláusula de supletoriedad. II. La ley principal y la supletoria conviven en el tiempo y en el espacio. III. Existencia de ley principal incompleta. IV. Aplicación preferente de la ley procesal especial: criterio de prevalencia. V. Criterio de especialidad de las normas. VI. Carácter de Derecho Común de los preceptos de la ley supletoria.

Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal (TS 166/2004)**. Moliner Tamborero, G.**

Sumario: I. Introducción. II. Particularidades en relación con las partes procesales. El Fondo de Garantía Salarial como parte en el proceso concursal. Representación y defensa de los trabajadores. III. Procedimientos incidentales de naturaleza laboral. Especialidades procesales. IV. Especialidad en relación con las costas. V. El sistema de recursos. Particularidades de la suplicación.

(Ver **relacións laborais**)

Las competencias de los jueces de lo Mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal. Algunos problemas procesales (TS 166/2004)**. Falguera Baró, M.A.**

(Ver sumario en **relacións laborais**)

Delimitación de competencias entre los jueces de lo mercantil y los tribunales laborales (TS 166/2004)**. García Viña, J.**

Sumario: I. Competencias del juez mercantil. II. Competencias del juez de lo Social. III. Competencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. IV. Competencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (art. 197.7 LC)

(Ver **relacións laborais**)

La representación por graduado social: algunos puntos conflictivos en su relación con las entidades gestoras (AS 7-8/2004)**. Fernández Bermúdez, J.**

Sumario: I. Introducción. II. Normativa aplicable sobre las competencias y funciones de los graduados sociales. III. Algunas consideraciones sobre la relación jurídica de gestión que une al graduado social y su cliente. IV. Sujetos que intervienen en la representación. V. El apoderamiento otorgado a graduados sociales. VI. Subsanación de la representación.

Los hechos probados de las sentencias sociales y el Derecho extranjero, consuetudinario y colectivo (AS 13/2004)**. Molíns García-Atance, J.**

Sumario: 1. Los hechos probados formales y materiales. 2. La prueba del Derecho. 3. La inclusión del Derecho consuetudinario y extranjero en los hechos probados formales de las sentencias. 4. El conocimiento privado del juez y las facultades dispositivas de las partes respecto del Derecho extranjero y consuetudinario. 5. La acreditación del Derecho extranjero y consuetudinario. 6. El control suplicacional y casacional del Derecho extranjero y consuetudinario. 7. Los convenios colectivos no publicados en el BOE.

La inaplicación del privilegio de autotutela administrativa (art. 145.2. LPL): génesis y alcance (AS 13/2004)**. Ruano Albertos, S.**

Sumario: 1. El principio de autotutela. 2. Actos de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social: situación anterior a la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Doctrina jurisprudencial y judicial. 3. La Ley de Bases de Procedimiento Laboral 7/1989, de 12 de abril (Base 25ª, 4): acogida de la doctrina que reiteradamente sostenían los Tribunales. 4. Excepciones a la regla general establecidas en el art. 145. TRLPL.

RECURSOS

La casación en materia social («ordinaria» y por unificación de doctrina): la decadencia de la casación (RL 15-16/2004)**. Nieva Fenoll, J.**

Sumario: I. Introducción. II. Origen y finalidades de la casación. III. ¿Especificidad de la casación en materia laboral? IV. La casación en la Ley del Procedimiento Laboral española. V. El problema de la sobrecarga de asuntos ante los Tribunales de Casación.

La «afectación general» como hecho jurídico (AL 21/2004)**. Molins García-Atance, J.**

Sumario: I. Antecedentes históricos. II. Doctrina jurisprudencial. III. Los hechos jurídicos. IV. Conflictividad extrajudicial versus litigiosidad. V. La alegación de la afectación general notoria. VI. La determinación de si concurre la afectación general.

RELACIÓNS LABORAIS

Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección (RL 14/2004)**. Viguera Rubio, J.Mª.**

Sumario: I. Preliminar. II. El ámbito subjetivo de aplicación de la norma. III. La facultad de extinguir o suspender los contratos celebrados entre el deudor concursado con el per-

sonal de alta dirección. IV. El derecho del alto directivo a la indemnización como consecuencia de la extinción del contrato.

El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial) (AL 16/2004)**. Morgado Panadero, P.**

Sumario: I. Introducción: el teletrabajo y sus rasgos característicos. II. El lugar de prestación de servicios como elemento configurador. III. La prestación de trabajo mediante las nuevas tecnologías. IV. Los rasgos distintivos de la «nueva» dependencia del teletrabajador.

El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales (AL 20/2004)**. Roqueta Buj, R.**

(Ver sumario en **salarios**)

La relación laboral especial de estiba portuaria tras las modificaciones introducidas por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (AL 20/2004)**. Cabeza Pereiro, J.**

Sumario: I. Introducción. II. La agrupación de interés económico como sujeto empleador. III. El ámbito del servicio de estiba y desestima y las tareas complementarias. IV. La profesionalidad en la estiba y desestiba portuaria. V. Mantenimiento y ampliación de las excepciones a la aplicación del régimen de cesión de trabajadores de estiba y desestiba. VI. Conclusión.

La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal (TS 166/2004)**. Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A.**

(Ver sumario en representantes dos traballadores)

Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal (TS 166/2004)**. Moliner Tamborero, G.**

(Ver sumario en **procedemento laboral**)

Los privilegios de los créditos laborales en el concurso de acreedores (TS 166/2004)**. Lousada Arochena, J.F.**

Sumario: I. Unos apuntes sobre los criterios de determinación de la masa pasiva en el concurso de acreedores. II. Los créditos laborales contra la masa. III. El crédito laboral refaccionario como crédito con privilegio especial. IV. Los créditos laborales con privilegio general. V. Los créditos laborales subordinados. VI. Aspectos procesales de los privilegios laborales.

(Ver **salarios**)

Las competencias de los jueces de lo Mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal. Algunos problemas procesales (TS 166/2004)**. Falguera Baró, M.A.**

Sumario: I. El retorno del hijo pródigo. II. El principio de especialización y concentración judicial y su problemática. III. Algunos preocupantes problemas procesales. IV. La intervención recursal de las Salas de lo Social de los Tribunals Superiores de Justicia.

(Ver **procedemento laboral**)

La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso (TS 166/2004)**. Lacomba Pérez, F.R.**

(Ver sumario en **extinción do contrato de traballo. Ver salarios**)

Delimitación de competencias entre los jueces de lo mercantil y los tribunales laborales (TS 166/2004)**. García Viña, J.**

(Ver sumario en **procedemento laboral**)

Esquemas de las especialidades laborales en la Ley Concursal (TS 166/2004)**. García Viña, J.**

Sumario: I. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial. II. Efectos sobre los contratos de trabajo. III. Efectos sobre los contratos del personal de alta dirección. IV. Incidente concursal en materia laboral.

REPRESENTANTES DOS TRABALLADORES

La implicación de los trabajadores en la Sociedad europea (RMTAS 52/2004)**. Arrigo, G.**

Sumario: 1. Premisa. Justificación y estructura de la normativa sobre la implicación. Dos principios gemelos: «Primero/después» y «garantía de los derechos adquiridos». 2. La disposición combinada reglamento-directiva: cuestiones interpretativas y aplicativa. Las disposiciones de referencia: naturaleza y eficacia. 3. Relevancia de los procedimientos negociales en el traspaso/adaptación de los «derechos de implicación» de los trabajadores en la sociedad europea. Papel y poderes de la Delegación Especial de Negociación. 4. La implicación de los trabajadores: formas expresivas y modalidades «adaptativas». 5. Consideraciones finales. En particular: la amplitud del poder de los estados miembros en la realización de la normativa sobre la implicación de los trabajadores en la SE.

La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal (TS 166/2004)**. Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A.**

Sumario: 1. Las funciones del concurso y la participación de los trabajadores. 2. La representación de los trabajadores y su intervención en el concurso. 3. La intervención de los representantes de los trabajadores en las actividades relacionadas con el concurso.

(Ver **relacións laborais**)

SALARIOS

La retribución del trabajo en el mar: el salario a la parte (REDT 123/2004)**. López Aniorte, Mª. C.**

Sumario: I. Planteamiento. II. Acercamiento al estudio del salario a la parte. 1. Concepto, fundamento y valoración inicial. 2. Antecedentes: del Código de Comercio a las Ordenanzas laborales. III. Régimen jurídico del salario a la parte. 1. Fuentes normativas. 2. Nociones comunes: Monte mayor, Monte menor y parte. 3. Modalidades. 4. La retribución a la parte en los convenios colectivos. 5. El salario garantizado. IV. Conclusiones.

Del salario mínimo al IPREM: el nuevo indicador para las prestaciones y ayudas sociales (RL 20/2004)**. García Murcia, J.**

Sumario: I. El sentido del cambio: la contención del gasto social. II. El instrumento de la reforma: una vez más, el Decreto-Ley. III. La entrada en escena del IPREM: definición, cuantificación y ámbito de actuación. IV. La reglas de afectación al IPREM y la función ¿residual? del SMI. V. Algunas reflexiones finales.

La admisión condicionada de los pactos de doble escala salarial (RL 24/2004)**. Molero Marañón, M.L.**

(Ver sumario en **igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais**)

Aspectos jurídico-laborales del bonus (AL 17/2004)**. Domingo Aragón, J.**

Sumario: I. Introducción. II. Definición y naturaleza jurídica del bonus. III. Posible carácter discriminatorio del bonus. IV. Discrecionalidad de la empresa para el establecimiento del bonus. V. El carácter no consolidable del bonus. VI. La extinción del contrato de trabajo antes del momento de abono del bonus. VII. Incumplimiento de los objetivos. VIII. Inexistencia de fijación de objetivos por parte de la empresa. IX. Inclusión o no del bonus en el cálculo de la indemnización por despido. X. Carga de la prueba. XI. Conclusiones.

La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (AL 18/2004)**. Arufe Varela, A.**

Sumario: I. Introducción. II. La versión originaria de la Directiva 80/987/CEE. III. Las modificaciones de la versión originaria de la Directiva 80/987/CEE, especialmente las operadas por la Directiva 2002/74/CE. IV. Las modificaciones operadas por la Directiva 2002/74/CE, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. V. Los más que previsibles problemas de transposición de la Directiva 2002/74/CE.

El Fondo de Garantía Salarial en las situaciones concursales (AL 20/2004)**. Roqueta Buj, R.**

Sumario: I. La garantía salarial en las situaciones concursales. II. La intervención del FOGASA en el procedimiento concursal. III. La subrogación del FOGASA en los créditos laborales satisfechos: efectos.

(Ver **relacións laborais**)

Los privilegios de los créditos laborales en el concurso de acreedores (TS 166/2004)**. Lousada Arochena, J.F.**

(Ver sumario en **relacións laborais**)

La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso (TS 166/2004)**. Lacomba Pérez, F.R.**

(Ver sumario en **extinción do contrato de traballo. Ver relacións laborais**)

El Real Decreto-Ley 3/2004: la reforma del salario mínimo (TS 168/2004)**. Alfonso Mellado, C.L.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Las razones para la reforma del salario mínimo interprofesional. 3. El rango legal de la reforma. 4. El análisis de las concretas medidas reformadoras. 5. Una nueva conclusión valorativa final de la reforma.

La «racionalización» y aumento de cuantía del salario mínimo interprofesional (AS 7-8/2004)**. Cardenal Carro, M.**

Sumario: 1. Ajustando cuentas al SMI… ¿o al anterior gobierno? 2. Salario mínimo interprofesional y poder adquisitivo. El olvido de los menores de edad. 3. La pretendida laboralización del salario mínimo interprofesional. 4. El indicador público de renta de efectos múltiples. 5. Un colchón transitorio con visos de ser poco transitorio.

Las «prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social» como categoría extrasalarial (AS 11/2004)**. Llompart Bennàssar, M.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Conceptos que comprende la categoría extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social. 3. Conclusión.

(Ver **prestacións**)

SAÚDE LABORAL

El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales (AL 13/2004)**. Llano Sánchez, M.**

Sumario: I. Introducción. II. Delimitación de los supuestos de concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo. III. El deber de cooperación. IV. Deberes de información e instrucción del empresario titular del centro de trabajo. V. Deber de vigilancia del empresario principal en las contratas y subcontratas de la propia actividad. VI. Los medios de coordinación. VII. Derechos de los representantes de los trabajadores. VIII. El papel de los autónomos en la coordinación de actividades empresariales.

Sobre la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (AL 13/2004)**. Fernández Marcos, L.**

Sumario: I. Caracteres generales de la reforma. II. Contenido de la reforma. 1. Las modificaciones del artículo 9, relativas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 2. La nueva obligación empresarial de «presencia de los recursos preventivos».

La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad (AL 15/2004)**. Vida Soria, J.**

Sumario: I. Indicaciones sobre el marco normativo de la actuación de los Servicios de Prevención ajenos. II. La situación jurídica de los «Servicios de Prevención ajenos» en el esquema del régimen jurídico de la organización de la prevención de riesgos laborales. III. El control de las autoridades laborales sobre las actividades de prevención de riesgos laborales y sobre los Servicios de Prevención. IV. El tema de la Inspección sanitaria y sus conexiones.

La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario (RMTAS 53/2004)**. Cristóbal Roncero, R.**

Sumario: 1. Planteamiento del tema. 2. Evolución de las iniciativas sobre políticas de seguridad y salud en el trabajo en el derecho comunitario: de los tratados constitutivos al Tratado de Maastritcht. 3. Los programas de acción de las comunidades europeas sobre seguridad e higiene en el trabajo y su desarrollo. En especial, la Directiva marco 89/391/CEE sobre medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo. 5. La estrategia comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo (2002-2006).

La seguridad y salud en el trabajo: reforma de su marco jurídico (RMTAS 53/2004)**. Gil Plana, J.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Las políticas públicas y el diálogo social en materia de prevención: del plan de siniestralidad al acuerdo de la Mesa de diálogo social. 3. La Ley de reforma del marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo.

Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos (RMTAS 53/2004)**. Pérez Campos, A.I.**

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Principios inspiradores de su sistematización. 3. Supuestos incluidos. 4. Supuestos excluidos. 5. Supuestos especiales.

El concepto de promotor y sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral (RMTAS 53/2004)**. Torollo González, F.J.**

Sumario: 1. El promotor sujeto del derecho sin definición legal. 2. La figura del promotor en la LOE. 3. La figura del promotor en la normativa laboral.

Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva (RMTAS 53/2004)**. Meléndez Morillo-Velarde, L.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Ámbito de actuación de la negociación colectiva. 3. La regulación convencional de las obligaciones de seguridad y salud. 4. Conclusiones.

Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional (RMTAS 53/2004)**. Sánchez-Urán Azaña, Y.**

(Ver sumario en **igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais**)

La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos (RMTAS 53/2004)**. San Martín Mazzucconi, C.**

Sumario: 1. Nociones previas. 2. Principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos y sus excepciones. 3. Ámbito temporal y periodicidad de los reconocimientos médicos.

La formación en prevención de riesgos laborales: su configuración como deber de los trabajadores (RMTAS 53/2004)**. Cano Galán, Y.**

Sumario: 1. Planteamientos generales. 2. La formación en prevención de riesgos laborales como derecho de los trabajadores y deber empresarial. 3. La formación en prevención de riesgos laborales como deber de los trabajadores. 4. Delimitación y alcance del deber de formación. 5. La justificación como deber por la posibilidad de imponer sanciones.

Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación (RMTAS 53/2004)**. Cámara Botía, A. y González Díaz, F.A.**

Sumario: 1. Introducción. 2. La aplicación judicial del capítulo V de la LPRL. 3. La negociación colectiva sobre el capítulo V LPRL. 4. Anexo.

El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales (RMTAS 53/2004)**. Aguilera Izquierdo, R.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes normativos. 3. Conceptos básicos y objetivos de la coordinación. 4. Supuestos de concurrencia. 5. Medios de coordinación.6. Derechos de los representantes de los trabajadores.

La seguridad y salud de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal a las empresas usuarias (RMTAS 53/2004)**. Quintanilla Navarro, R.Y.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Fuentes de regulación. 3. Obligaciones de la empresa usuaria. 4. Obligaciones de la ETT. 5. Responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales. 6. Deberes y responsabilidades del trabajador.

(Ver **empresas de traballo temporal**)

Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo (RMTAS 53/2004)**. Montoya Melgar, A.**

Sumario: 1. Responsabilidad del empresario frente a los trabajadores damnificados. 2. Responsabilidades frente a los poderes públicos.

La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo: una aproximación a los criterios judiciales imperantes y reflexiones en pro de una urgente reforma procedimental (RMTAS 53/2004)**. Sanfulgencio Gutiérrez, J.A.**

Sumario: 1. Introducción. 2. La clasificación de las responsabilidades dimanantes por los accidentes de trabajo. 3. Los principios que presiden la complementariedad de indemni-

zaciones y el rechazo de una indeseables situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones. 4. La polémica entre los órdenes jurisdiccionales civil y social. 5. El plazo de prescripción y el día inicial del cómputo. 6. La responsabilidad en los supuestos de subcontratas. 7. La transacción y la renuncia de derechos. 8. Conclusiones.

Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad civil por riesgo (RMTAS 53/2004)**. Gutiérrez-Solar Calvo, B.**

Sumario: 1. Planteamiento del problema: actualidad a raíz de la última jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. 2. La responsabilidad civil por riesgo: caracterización y legitimación en nuestro ordenamiento jurídico. 3. Responsabilidad civil por riesgo y los diferentes modelos teóricos de protección frente a accidentes de trabajo de la Seguridad Social. 4. Identificación del modelo teórico al que responde nuestro sistema de protección de seguridad social frente a los accidentes de trabajo a partir de la regulación de la LGSS. 5. Conclusiones: la procedencia de la responsabilidad civil por riesgo.

El recargo de prestaciones: puntos críticos (RMTAS 53/2004)**. Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.**

Sumario: 1. Introducción. 2. Finalidad. 3. Naturaleza jurídica. 4. Presupuestos y requisitos. 5. Determinación del importe. 6. Sujetos responsables. 7. Prohibición de aseguramiento y compatibilidad de responsabilidades.

(Ver **infraccións e sancións**)

Vigilancia de la salud versus intimidad del trabajador: condiciones de realización de los reconocimientos médicos preventivos (TS 164-165/2004)**. Garrigues Giménez, A.**

Sumario: 1. Necesarias referencias introductorias acerca del deber empresarial de prevención y de la obligación de vigilancia de la salud como parte del contenido de aquél. 2. El derecho del trabajador a su intimidad y la posible afectación del mismo derivada de la actividad preventiva de vigilancia de la salud. 3. Garantías legales para la salvaguarda de la intimidad del trabajador con ocasión de la práctica de los reconocimientos médicos preventivos: los principios inspiradores de la actividad de vigilancia de la salud.

Las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción (AS 11/2004)**. Luján Alcaraz, J.**

Sumario: 1. Los presupuestos de la regulación normativa. 2. Ámbito de aplicación del RD 1.627/1997 (RCL 1997,2.525): las «obras de construcción». 3. Los sujetos afectados por las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. En especial, los coordinadores en materia de seguridad y salud. 4. Los instrumentos de seguridad y salud en las obras de construcción.

La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (AS 9/2004)**. Miñarro Yanini, M.**

Sumario: I. Introducción: la insuficiencia del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, como exclusivo marco regulador en materia de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de coordinación de actividades empresariales. II. La incidencia de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, en los supuestos del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales. III. El desarrollo reglamentario del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales: el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en materia de coordinación de actividades empresariales. IV. A modo de conclusión.

Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares (AS 10/2004)**. Moreno Cáliz, S. y Martín Albá, S.**

Sumario: I. Introducción. II. El trabajo en domicilios privados. III. Normativa de aplicación. IV. Régimen de responsabilidades. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

La inspección de trabajo «paralela» en materia de prevención de riesgos laborales, a la Ley 54/2003, de 12 de diciembre (AS 13/2004)**. Vázquez Mateo, F.**

Breve nota sobre a posibilidade de que as Comunidades Autónomas podan atribuir a función inspectora en materia de prevención de riscos laborais a funcionarios técnicos dependentes delas.

Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor de RD 171/2004, de 30 de enero (AS 13/2004)**. Montoya Medina, D.**

Sumario: I. Introducción. II. Concurrencia de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo. III. Titularidad empresarial sobre el centro de trabajo. IV. Contratas y subcontratas de la propia actividad y desarrolladas en el centro de trabajo de la empresa principal.

SEGURIDADE SOCIAL

Análisis del nuevo Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social: el Real Decreto 1.415/2004, de 11 de junio (AL 21/2004)**. Martínez Lucas, J.A.**

Sumario: I. Introducción. II. Disposiciones generales de gestión recaudatoria. III. Procedimiento de recaudación en período voluntario. IV. Procedimiento de recaudación en período ejecutivo.

SEGURIDADE SOCIAL COMPLEMENTARIA

Derechos consolidados y planes de pensiones. Análisis del régimen jurídico de los derechos consolidados correspondientes a planes de pensiones del sistema de empleo (AL 17/2004)**. Suárez Corujo, B.**

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. La configuración de los derechos consolidados. III. La iliquidez de los derechos consolidados. IV. Los supuestos excepcionales de liquidez de los derechos consolidados. V. Los derechos consolidados ante la extinción de la relación laboral. VI. Los derechos consolidados ante la terminación del plan. VII. Los derechos consolidados después de la actualización de los riesgos protegidos. VIII. Otros factores ligados a los derechos consolidados.

SEGURIDADE SOCIAL COMUNITARIA

Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004 (AS 9/2004)**. Sempere Navarro, A.V.**

Sumario: I. Introducción. II. Unicidad normativa. III. Sujetos protegidos: de la no discriminación a la universalidad. IV. Exportación de prestaciones. V. Coordinación administrativa. VI. Previsiones sobre acumulación e incompatibilidad de prestaciones. VII. Totalización de los períodos de carencia. VIII. Prorrateo de las prestaciones.

SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

Las reformas de los Sistemas de Pensiones en Europa (RMTAS 54/2004)**. Vázquez Mariscal, A.**

Resumo das reformas emprendidas en diversos países da Unión Europea co obxecto de garantir a viabilidade das pensións de seguridade social.

Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate (RMTAS 54/2004)**. Tortuero Plaza, J.L. y Del Águila Cazorla, O.**

Sumario: 1. Introducción. 2. El proceso de adaptación de los sistemas de pensiones a las nuevas realidades socioeconómicas. 3. Problemas, expectativas y líneas de reforma en el marco de la Unión Europea. 4. Ideas y reflexiones para un debate socialmente necesario y políticamente incorrecto. 5. Singularidades de la problemática en los sistema latinoamericanos: ideas para una distinta ordenación.

SUCESIÓN DE EMPRESA

Tutela de las condiciones laborales de carácter colectivo de los trabajadores en una sucesión empresarial (RL 14/2004)**. Herraiz Martín, Mª.S.**

Sumario: I. Introducción. II. Dimensión temporal: la determinación del convenio colectivo aplicable. III. Dimensión subjetiva en la aplicación de un concreto convenio colectivo en la sucesión de empresa.

El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma (RL 21/2004)**. Sanguineti Raymond, W.**

Sumario: I. La sorprendente permanencia de un precepto. II. Alcances de una reforma poco meditada. III. La nueva formulación del objeto de la transmisión y su difícil aplicación a los supuestos de mera sucesión en el desarrollo de una actividad sin transmisión de soporte patrimonial. IV. La delimitación extensiva de los efectos de la transmisión y sus problemas de aplicación: en especial, la compleja determinación del período de vigencia del convenio colectivo del cedente. V. Una novedosa regulación de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, pero desprovista de precisión y de mecanismos eficaces de garantía. VI. La falta de tratamiento de las transmisiones ligadas a procedimientos de insolvencia y su posterior regulación por la reciente Ley Concursal.

TRABALLO AUTÓNOMO

Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo (AS 14/2004)**. Cavas Martínez, F.**

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de trabajador autónomo dependiente (TRADE) III. La regulación del trabajo autónomo en España. IV. Alternativas para una regulación del TRADE.

UNIÓN EUROPEA

El contenido social del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (AL 18/2004)**. Martínez Girón, J.**

Sumario: I. Consideraciones previas. II. El contenido social de la Parte Primera. III. El contenido social de la Parte Segunda. IV. El contenido social de la Parte Tercera. V. La eventual revisión del contenido social de la Constitución para Europa, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Parte Cuarta.

Los derechos de los trabajadores en el ordenamiento comunitario: del Tratado de Roma a la Constitución Europea (AL 19/2004)**. Martín Valverde, A.**

Sumario: I. Dos enfoques para el estudio de los derechos de los trabajadores en el Derecho comunitario europeo. II. La «construcción europea» y la emergencia de la «Europa Social». III. La definición de los objetivos y los fines económicos y sociales de la Comunidad Europea: comparación del Tratado de Roma con el Tratado de Ámsterdam. IV. Los derechos de los trabajadores en el Tratado de la Comunidad Europea: el derecho de libre circulación. V. Los derechos de los trabajadores en el Tratado de la Comunidad Europea: igualdad de trato entre hombres y mujeres. VI. La inclusión en el Derecho comunitario de los derechos fundamentales clásicos por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. VII: La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores: naturaleza jurídica y significación histórica. VIII. Lo «económico» y los «social» en la Carta Social Comunitaria: la nueva delimitación de competencias sociales de la Comunidad Europea. IX. Los derechos sociales de los trabajadores en las Directivas comunitarias de aproximación de las legislaciones de los países miembros: delimitación de los períodos de su evolución. X. Epílogo: el contenido «social» de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. XI. Bibliografía utilizada.

VIUVEZ

Poligamia y pensión de viudedad (AL 16/2004)**. De No Vázquez, Mª.F.**

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión: reconocimiento de efectos a la poligamia, en el ámbito de la Seguridad Social. II. Estudio jurisprudencial. III. Conclusiones.

XORNADA

Los descansos comprendidos dentro de la jornada: su aplicación a las relaciones ordinarias de trabajo (RL 22/2004)**. López Ahumada, J.E.**

Sumario: I. Los descansos disfrutados dentro de la jornada diaria: planteamiento preliminar. II. El descanso en la jornada continuada. III. La interrupción intermedia en la jornada partida. IV. El sistema de compensación aplicable a los descanso intrajornada.

XUBILACIÓN

Extinción de la relación laboral y cláusula jubilatoria forzosa. A propósito de la STS –social- de 9 de marzo de 2004 (TS 163/2004)**. Martínez Barroso, Mª.R.**

(Ver sumario en extinción do contrato de traballo)

El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: Comentario a las STS de 9 de marzo de 2004 (RJ 2004, 841 y 873) (AS 12/2004)**. Mercader Uguina, J.R. y Nogueira Gustavino, M.**

(Ver sumario en **extinción do contrato de traballo**)

ARTIGOS DOUTRINAIS

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E TRABALLO AUTÓNOMO

Lourdes Mella Méndez

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade social.
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. O ÁMBITO DE APLICACIÓN DA LEI DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E OS TRABALLADORES AUTÓNOMOS

II. OS DEBERES DE PREVENCIÓN DO AUTÓNOMO TRAS O RD 171/2004, DO 30 DE XANEIRO, DE COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIAIS

III. A PROTECCIÓN DOS AUTÓNOMOS NO SECTOR DA CONSTRUCIÓN

IV. A FUTURA REGULACIÓN DA SEGURIDADE E SAÚDE DOS TRABALLADORES AUTÓNOMOS

I. O ÁMBITO DE APLICACIÓN DA LEI DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E OS TRABALLADORES AUTÓNOMOS

Á hora de analizar o ámbito de aplicación da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais (en diante, LPRL), en relación cos autónomos, a primeira precisión que cabe efectuar é a da distinción entre os dous grandes grupos de autónomos. Por un lado, *o autónomo que é, á vez, traballador e empresario*, e que, polo tanto, ocupa a traballadores por conta allea. Este autónomo identifícase co que poderiamos denominar o auténtico autónomo ou autónomo *strictu sensu* (v. gr., profesional liberal ou artista), en canto desenvolve unha actividade por conta propia, de forma independente, ou sexa, sen suxeición a ordes e instrucións de terceiros e non remunerada salarialmente por un empresario, senón que o beneficio que se obtén depende, ben da prestación directa dun determinado servizo profesional para aqueles suxeitos ou empresas que o requiran, ben da realización económica do produto elaborado no mercado (compravenda, normalmente). Pois ben, en canto empresario, resulta evidente que, ao igual que calquera outros, estes empresarios-autónomos deben cumprir a normativa de prevención de riscos laborais en relación cos seus traballadores.

Non obstante, o que sempre estivo pendente e excluído da protección da LPRL foi a obriga e o dereito deste empresario-traballador autónomo á súa autoprotección, o que agora se quere corrixir coa proposta de texto articulado do Estatuto do traballo autónomo[1]., tal e como se verá despois. Por certo que a citada proposta alude a este tipo de autónomo no mesmo artigo 1.1, ao sinalar que "a presente Lei será de aplicación ás persoas físicas que realicen de forma persoal, directa e por conta propia unha actividade económica ou profesional a título lucrativo, dean ou non ocupación a traballadores por conta allea".

Por outro lado, cabe aludir aos *autónomos dependentes,* tamén coñecidos como parasubordinados, que son aqueles traballadores autónomos que, a pesar de ter unha elevada dose de autonomía no desenvolvemento da súa actividade, se caracterizan por prestar esta, xeralmente, para un só empresario do que dependen economicamente. Normalmente, o autónomo asume os riscos da actividade achegando el mesmo os medios e recursos necesarios para o desempeño daquela e o empresario, pola súa banda, limítase ao pagamento dos servizos e o control dos resultados[2]. Este tipo de traballo áchase a medio camiño entre o traballo autónomo e o dependente. A estes autónomos tamén alude a referida proposta de Estatuto ao declarar expresamente incluídos no ámbito de aplicación daquel aos "que non tendo traballadores ao seu servizo, desenvolven a súa actividade de forma continuada, coordinada e predominantemente para un só cliente, do que dependen economicamente. Presumirase que existe dependencia económica cando o traballador reciba de xeito regular dun mesmo cliente remuneracións que supoñan a súa principal fonte de ingresos" [artigo 1.2. a)]

1 Incluída no volume "Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del trabajador autónomo", Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, páxs. 241 e ss.

2 Cfr. VALDÉS ALONSO, A., "Tipología del trabajo autónomo", en *Documentación Laboral (DL)*, nº 70 (anuario do traballo autónomo), 2004, páx. 19.

Pois ben, estes traballadores autónomos tamén están excluídos do ámbito de aplicación da LPRL en canto suxeitos a protexer, pois o seu artigo 3.1 dispón que "esta Lei e as súas normas de desenvolvemento serán de aplicación tanto no ámbito das relacións laborais reguladas no texto refundido do ET, como no das relacións de carácter administrativo ou estatutario do persoal civil ao servizo das Administracións Públicas", ao que se engade a súa aplicación ás sociedades cooperativas, "nas que existan socios a actividade dos cales consista na prestación do seu traballo persoal". Así as cousas, resulta claro que o ámbito de aplicación da citada Lei queda integrado polos traballadores dependentes da empresa privada, os funcionarios civís, o persoal estatutario e contratados administrativos no sector público e os socios traballadores de cooperativas. Noutras palabras, a preocupación principal do lexislador é a de protexer o traballo dependente e por conta allea, o que recae sobre o empresario (privado ou Administración pública ou cooperativa) como principal receptor da utilidade patrimonial do devandito traballo.

Como consecuencia da idea recén exposta, resulta evidente que o traballo autónomo ou desenvolvido por conta propia non queda protexido pola LPRL. A exclusión xeneralizada dos autónomos da normativa de prevención de riscos baséase en varias razóns, entre elas, as seguintes[3]:

1) O contrato civil ou mercantil existente entre a empresa e o autónomo non é unha canle xurídica de translación de riscos profesionais para aquela, a diferenza do que sucede co contrato de traballo. O lexislador rexeita que a dependencia económica do autónomo ou que a mera recepción da utilidade patrimonial do traballo deste sexan motivos dabondo para xerar para o empresario deberes de prevención de riscos laborais. No traballo autónomo non se dan, a próstrea, as notas de dependencia e alleidade que permiten cargar sobre o receptor dos servizos as obrigas características da seguridade e saúde no traballo. Así, o autónomo non ten detrás del unha persoa contratante a quen esixir responsabilidade administrativa[4] en caso de incumprimento do deber de seguridade, podendo unicamente acudir á responsabilidade contractual por danos e prexuízos con fundamento nunha falta de dilixencia media da empresa na súa actuación (artigo 1902 C.c.)[5].

2) A protección eficaz do autónomo perséguese pola vía da autotutela, pois o lexislador considera que debe ser o propio autónomo quen teña o maior interese en protexer a súa saúde. Nesta liña, o artigo 15.5 ET prevé que os traballadores autónomos, respecto deles mesmos, "poderán concertar operacións de seguro que teñan como fin garantir como ámbito de cobertura a previsión de riscos derivados do traballo" non protexido legalmente.

3 LAHERA FORTEZA, J., "Prevención de riesgos laborales de los autónomos tras la Ley 54/2003 y el Real Decreto 171/2004", DL, nº 70 (anuario do traballo autónomo), 2004, páxs. 91 e 92.

4 Cfr. artigos 42.1 e 3 Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais (en diante LPRL) e artigos 11 a 13 do texto refundido da Lei de infraccións e sancións na orde social, aprobada polo Real Decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto (en diante TRLISOS).

5 APILLUELO MARTÍN, M., *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente,* Valencia, Tirant lo blanch, 2006, páx. 71.

E 3) no ámbito do traballo autónomo falta, moitas veces, a realidade que actúa como presuposto principal e campo de aplicación típico das medidas de prevención, que non é outra que a empresa. Certamente, se ben se mira, son os centros e locais daquela os destinatarios de boa parte das regras de prevención de riscos laborais, como as relativas ao acondicionamento dos lugares de traballo, os procesos de avaliación de riscos, de adaptación de postos de traballo ou de implantación de servizos de prevención[6]..

Agora ben, tras a definición do ámbito de aplicación da LPRL (no que non están os autónomos, insisto), o citado artigo 3.1 apúrase en sinalar que iso será así sen prexuízo "dos "dereitos e obrigas que poidan derivarse para os traballadores autónomos". Tal mención, aínda que, en certa medida, volve confirmar a regra xeral de exclusión destes últimos, abre a posibilidade de que certas regras preventivas da citada Lei lles sexan de aplicación aos autónomos. Así, aínda de xeito pouco decidido ou incidental[7], a propia LPRL non quere deixar pasar a ocasión sen prever de xeito expreso a posibilidade de que as medidas de seguridade e saúde tamén se estendan aos que, en principio, non son os seus destinatarios naturais, quizais porque xa entón o lexislador intuía ou sabía que razóns non faltaban para a protección deses outros traballadores. Como exemplo das devanditas razóns, cabe apuntar que o traballador autónomo é, antes que calquera outra cousa, un traballador, isto é, unha persoa implicada de xeito directo na realización de traballo e, polo tanto, exposta -de xeito similar ao traballador dependente- aos riscos que poidan derivar da actividade laboral que realiza. Ademais, esa equiparación co traballador por conta allea é aínda máis evidente cando o autónomo colabora no desenvolvemento dunha determinada actividade empresarial, o que fai habitualmente a través dun contrato de execución de obra ou arrendamento de servizos, pois entón a subordinación funcional e a dependencia económica do autónomo respecto do empresario son claras e o aproximan ao traballador típico.

Doutro lado, non cabe esquecer que o artigo 40.2 Constitución, dentro dos principios reitores da política social e económica, sinala aos poderes públicos a obriga de velar pola seguridade e hixiene no traballo, sen distinción entre traballadores ou formas de prestar aquel, polo que claramente se poden entender comprendidos aquí aos autónomos que prestan servizos para un empresario. Certamente, se o precepto constitucional é amplo é porque así o quixo o lexislador constituínte, polo que non caben interpretacións restritivas e e, mesmo, discriminatorias para os autónomos.

Con todo, tras esa inicial declaración de intencións, a LPRL só efectúa dúas previsións específicas en relación cos autónomos (en coherencia co seu ámbito subxectivo de aplicación): unha, a do artigo 15.5, xa vista; e a outra, a do artigo 24.5, segundo o que "os deberes de cooperación e de información e instrución recollidos nos apartados 1 e 2 serán de aplicación respecto dos traballadores autónomos que desenvolvan actividades nos devanditos centros de traballo". Así as cousas, cabe concluír que as previsións da LPRL ata agora foron claramente insuficientes para protexer os traballadores autónomos en canto traballadores, pois se bota en falta un deber xenérico de coidado en materia de prevención de riscos laborais que, recaendo sobre un terceiro (empresario), proxéctese sobre a persoa daqueles. Como salvidade a esta insuficiencia legal protectora, cabe apuntar o caso dalgunha normativa sectorial, como o RD 1.627/1997 que vai por este camiño, como despois se verá. Agora ben, a razón da existencia deste RD é a transposición da

6 GARCÍA MURCIA, J., "Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo", *Relaciones Laborales,* nº 7 e 8, 2000, páx. 519. Tamén APILLUELO MARTÍN, M., *op. e loc. cit.*

7 GARCÍA MURCIA, J., *op. cit.,* páx. 521.

Directiva 92/57/CEE, do 24 de xuño, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde para as obras de construción, que xa empeza a estender aos traballadores autónomos algunhas das obrigas relativas á utilización de equipos de traballo e equipos de protección, superando así, neste concreto ámbito, a falta de protección que os autónomos sufrían ata entón.

Por último, cabe apuntar que os denominados "falsos autónomos" ningún problema presentan para os efectos de protección en materia de prevención de riscos laborais, pois, en canto verdadeiros traballadores dependentes, quedan amparados pola cobertura protectora da LPRL e a súa normativa de desenvolvemento. O problema aquí é distinto, dado que este se acha na fraudulenta elusión da celebración do contrato de traballo. En efecto, estes traballadores, aínda que realizan a súa actividade baixo os requisitos típicos do traballo dependente (subordinación, alleidade, remuneración), revístense dunha aparencia formal -fraudulenta- de autónomos, quedando sometido ás obrigas fiscais e de seguridade social propias destes. A devandita fraude aparece promovido polo empresario, que condiciona a contratación á observancia destas condicións, pois son a el a quen lle resultan certamente favorables[8].

II. OS DEBERES DE PREVENCIÓN DO AUTÓNOMO TRAS O RD 171/2004, DO 30 DE XANEIRO, DE COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIAIS

Como xa se apuntou, a única referencia especial que a LPRL contén respecto dos autónomos, en canto lles impón deberes de prevención a estes, é a prevista no seu artigo 24.5, modificado pola Lei 54/2003, do 12 de decembro, de reforma do marco normativo da prevención de riscos laborais, e desenvolvido polo RD 171/2004, do 30 de xaneiro. Segundo aquel precepto, "os deberes de cooperación e de información e instrución" que se esixen a todas as empresas que traballen xuntas nun mesmo centro de traballo se estenden tamén aos autónomos que desenvolvan unha determinada actividade laboral no devandito centro, porque este é un elemento máis da engrenaxe produtiva. Con todo, se repare en que a imposición destes deberes de prevención a aqueles ten un fin moi claro: evitar riscos para os traballadores dependentes nos casos de descentralizacións produtivas e contratas e subcontratas. Así as cousas, o lexislador aínda segue esquecendo a protección que hai que dispensar ao autónomo en canto traballador. En efecto, este aínda non é obxecto directo de protección, pois o que preocupa fundamentalmente é que aquel colabore para protexer outros traballadores, os dependentes ordinarios, que á fin e ó cabo prestan servizos na empresa igual ca el. Loxicamente, iso non impide que, aínda de xeito indirecto, e en canto traballador do centro de traballo, os resultados da protección tamén revertan sobre a súa persoa, faltaría máis.

Poñendo en conexión o número 5 do artigo 24 cos números 1 e 2 deste, resulta que, por un lado, cando nun mesmo centro de traballo desenvolvan actividades traballadores de dous ou máis empresas, estas e os autónomos deberán "cooperar na aplicación da normativa sobre prevención de riscos laborais", establecendo, a tal fin, "os medios de coordinación" que sexan necesarios para a devandita prevención e informando sobre estes, no seu caso, os seus respectivos traballadores. Por outro lado, os autónomos teñen que colaborar, se é necesario, para que a información e instrucións que o titular do centro dea ao resto de empresas en materia de prevención (sobre riscos, medidas de protección e prevención e medidas de emerxencia) chegue aos seus respectivos traballadores.

8 VALDÉS ALONSO, A., *op. cit.,* páx. 21.

Loxicamente, se o autónomo tivese traballadores ao seu cargo, tamén tería dereito a recibir esa información e instrucións e obriga de trasladárllela a aqueles, aínda que non é este o suposto ao que aquí se alude[9].

En calquera caso, aínda que a LPRL non o prevé, parece que o autónomo, en canto traballador, tamén debería ter dereito a ser destinatario final desa información e instrucións, pois, no caso contrario, sería o único suxeito da empresa (entre empresarios e traballadores) ao que se lle privaría da devandita información ou, mellor dito, da posibilidade de utilizala para evitar os seus propios riscos laborais, o que non resultaría aceptable[10]. Ademais, resulta evidente que nada pode impedir que os traballadores autónomos utilicen esa información e instrucións en beneficio propio, aínda que o lexislador inicialmente non pensara na protección de tal suxeito. Con todo, esta sería unha excepción (indirecta), ou efecto non buscado, á xeral configuración dos deberes de cooperación do artigo 24 LPRL como deberes dirixidos á protección de terceiros, ou sexa, aos traballadores dependentes que comparten o mesmo centro de traballo. Para os efectos de que o autónomo tome en serio a observancia destes deberes de colaboración en materia preventiva, o seu incumprimento supón unha infracción administrativa grave ou, mesmo, moi grave cando se produce en actividades regulamentariamente consideradas perigosas ou con riscos especiais[11].

Como xa se apuntou, o desenvolvemento destes deberes de cooperación e coordinación en materia preventiva do artigo 24 LPRL efectuouse polo RD 171/2004, ao que a continuación se alude exclusivamente en relación cos autónomos. En principio, o citado RD distingue entre tres supostos: a) a mera concorrencia de traballadores de varias empresas nun mesmo centro de traballo (artigos 4 e 5); b) a concorrencia de traballadores de varias empresas nun centro de traballo do que un empresario é titular (artigos 6 a 9); e c) concorrencia de traballadores de varias empresas nun centro de traballo cando existe un empresario principal (artigo 10). Aínda que o RD separa claramente estes casos, cabe sinalar que todos ou algúns deles poden coincidir simultaneamente, como sucede -o primeiro- cando hai unha concorrencia de empresas cun empresario titular do centro que, ademais, é empresario principal. En tal caso, loxicamente, os deberes de cooperación e información tamén se acumulan, o que determinará que, en primeiro lugar, todos os empresarios que concorran no mesmo centro de traballo deban coordinarse e colaborar entre eles. Pero, ademais, se un deles é titular do centro, este, a maiores, terá que informar e instruír sobre determinados contidos a aqueles e, por último, se o titular do centro contrata, a maiores, a súa propia actividade, terá que conxugar coordinación, información e instrución cun novo deber, o de vixilancia en materia preventiva.

A referencia expresa aos traballadores autónomos contense en relación coas dúas primeiras situacións, deixando á marxe a terceira, en coherencia coa ausencia de remisión do artigo 24.5 ao 24.3 LPRL. Así, cando *concorran traballadores de varias empresas*

9 Cfr. LLANO SÁNCHEZ, M., "El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales", *Actualidad Laboral,* núm. 13, 2004, páx. 1571.

10 Neste sentido, GARCÍA MURCIA, J., *op. cit.,* páx. 523 e RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. Mª, "La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales", *Justicia Laboral,* nº 19, 2004, páx. 48 (o traballador autónomo resulta "tanto suxeito obrigado como suxeito protexido, en tanto que é hábil para xerar riscos e danos, pero tamén para padecelos, xa que se lle presume a súa presenza no centro de traballo,"). Vid, tamén, MORENO MÁRQUEZ, A., *Los sujetos protegidos por la Ley de prevención de riesgos laborales,* Pamplona, 2002, páx. 42. En sentido contrario, LAHERA FORTEZA, J., *op. cit.,* páx. 94, para quen este precepto non impón deberes empresariais respecto do autónomo.

11 Artigos 12.13 e 13.7 TRLISOS, respectivamente.

nun mesmo centro de traballo, o artigo 4.1, parágrafo segundo, RD citado prevé que o deber de cooperación na aplicación da normativa de prevención de riscos laborais será de aplicación, aparte de ás empresas (todas as implicadas, con independencia de se son, ademais, empresarios titulares do centro ou empresas que contratan ou subcontratar parte da súa actividade), a todos os traballadores autónomos concorrentes no centro de traballo, existan ou non relaciones xurídicas entre eles. Polo tanto, van ter un mesmo tratamento os autónomos que desenvolvan a súa actividade profesional sen ningún tipo de relación contractual co resto dos empresarios que aqueles outros que colaboren no proceso produtivo dalgún dos empresarios presentes no centro de traballo. Por certo, que este RD aproveitou a ocasión para dar un novo concepto de "centro de traballo", que pasa a ser definido como "calquera área, edificada ou non, na que os traballadores deban permanecer ou á que deban acceder por razón do seu traballo". Este concepto de centro de traballo é máis amplo que o tradicional previsto no artigo 1.5 ET, e iso coa intención de poder conceder unha maior protección aos traballadores dependentes[12].

Pois ben, en virtude deste deber de cooperación, os autónomos teñen dúas funcións en materia preventiva. En primeiro lugar, aqueles deberán *informar as empresas concorrentes* dos *riscos específicos* derivados das actividades que desenvolvan no centro de traballo, especialmente daqueles que poidan verse agravados ou modificados a raíz da concorrencia de actividades[13]. Este deber de información é recíproco entre todos os empresarios concorrentes e, polo tanto, tamén afecta aos autónomos en ambos os dous sentidos. A devandita información, que debe ser suficiente e axeitada, debe proporcionarse, ben antes do inicio das actividades, ben despois, no mesmo momento en que se produza un cambio nas actividades concorrentes que sexa relevante a efectos preventivos ou unha situación de emerxencia. Con carácter xeral, dita información pode transmitirse oralmente, pero, como excepción, debe efectuarse por escrito cando da actividade do autónomo se deriven riscos graves ou moi graves. Á parte de informar sobre os riscos específicos, os autónomos tamén deben informar os outros empresarios dos *accidentes de traballo* que se produzan no centro como consecuencia dos riscos das actividades concorrentes, así de calquera *situación de emerxencia* susceptible de afectar á saúde ou a seguridade dos traballadores por conta allea que presten servizos naquel[14].

En segundo lugar, os autónomos tamén poden e deben *colaborar,* co resto de empresas concorrentes no centro de traballo, no *establecemento dos medios de coordinación* para a prevención de riscos laborais (artigos 5 e 12 RD cit.)[15]. O devandito establecemento debe atender a diversas circunstancias, tales como o grao de perigosidade das actividades que se desenvolven no centro, o número de traballadores deste ou, en fin, a duración da concorrencia das actividades. Pola súa parte, os medios de coordinación[16] poden consistir en múltiples medidas de diferente natureza, entre elas, as seguintes:

12 Con todo, este concepto non é novo, pois reproduce o xa recollido no RD 486/1997, do 14 de abril, polo que se establecen disposicións mínimas de seguridade e saúde nos lugares de traballo. Cfr. LLANO SÁNCHEZ, M., *op. cit.,* páx. 1549 e RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. Mª, *op. cit.*, páx. 46.

13 Artigo 4.2 RD citado.

14 Artigo 4.3 RD citado.

15 A iniciativa corresponde ao empresario titular do centro os traballadores da cal desenvolvan actividades neste ou, no seu defecto, ao empresario principal (artigo 12 RD 171/2004). Con todo, algúns autores estiman que se o empresario titular non ten traballadores no centro, aínda que non participa na adopción dos medios de coordinación, segue mantendo a iniciativa para que os empresarios concorrentes naquel procedan á devandita adopción (RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. Mª, *op. cit.,* páx. 53).

16 Sobre estes, vid., amplamente, LLANO SÁNCHEZ, M., *op. cit.,* páxs. 1562 e ss.

intercambio de información e comunicacións, reunións periódicas coas empresas concorrentes e/ ou cos comités de seguridade e saúde ou delegados de prevención, repartición de instrucións, establecemento conxunto de medidas de prevención ou de protocolos de actuación, presenza dos recursos preventivos no centro ou designación dun ou varios coordinadores da actividade preventiva (artigo 11). Este último medio de coordinación é o preferido naquelas situacións en que se realizan actividades especialmente perigosas, existen dificultades para coordinar o desenvolvemento de varias actividades simultaneamente ou das medidas de prevención (artigos 13 e 14). Dado que unha das facultades que estes coordinadores teñen é a de coñecer as informacións que as empresas e os autónomos deben intercambiarse en relación cos riscos que derivan das súas actividades, parece que estes tamén deben informar aqueles.

En fin, unha vez deseñados os medios de coordinación, o autónomo, ao igual que os empresarios concorrentes, terá obriga de participar en calquera medida de acción coordinada que se establecese e, no seu caso, deberá atender as indicacións e instrucións das persoas designadas como coordinadores.

Doutro lado, a segunda situación na que se alude expresamente aos deberes de prevención dos autónomos é aquela na que *concorren traballadores de varias empresas nun centro de traballo do que un empresario é titular*. A devandita situación caracterízase pola existencia dun suxeito que, con base na titularidade dominical ou en calquera outro título xurídico, ten a capacidade de xestionar certo espazo físico e poñelo a disposición de distintos suxeitos que desenvolven nel diversas actividades empresariais. Este suxeito-titular, ademais de poder desenvolver unha actividade empresarial con traballadores propios no centro e estar obrigado, en tal caso, polos deberes de colaboración en materia preventiva, ten unha responsabilidade adicional, derivada da súa calidade de responsable do lugar de traballo e, polo tanto, coñecedor deste. Así, a obriga principal de este titular é a de *informar os empresarios concorrentes* sobre *os riscos propios* do centro de traballo que poidan afectar ás actividades por eles desenvolvidas, as medidas previstas para evitalos e as de emerxencia a aplicar (artigo 7). Así mesmo, cando o empresario titular teña traballadores propios que presten servizos no centro tamén pode dar, ao resto de empresas concorrentes, as instrucións que sexan necesarias para evitar danos aos traballadores destas, así como sobre as medidas aplicables en caso de emerxencia (artigo 8). Tanto a información como as instrucións deben ser suficientes e axeitadas e se proporcionar tanto antes do comezo da actividade como cando se produza un cambio nas circunstancias que así aconsélleo. O incumprimento destas obrigas do titular, cualifícase, segundo o caso como falta grave ou moi grave[17].

Pois ben, segundo o artigo 9.4 RD, as medidas a que se refiren os apartados anteriores (ter en conta a información e instrucións recibidas do empresario titular) serán de aplicación, aparte de ás empresas concorrentes, a todos "os traballadores autónomos que desenvolvan actividades no centro de traballo, existan ou non relaciones xurídicas entre o empresario titular e eles". Así as cousas, os autónomos teñen que colaborar, se é necesario, para que a información e instrucións que o titular do centro dea ao resto de empresas en materia de prevención (sobre riscos, medidas de protección e prevención e medidas de emerxencia) chegue aos seus respectivos traballadores. A idea orixinal do citado precepto é a de que os traballadores autónomos colaboren coas empresas conco-

17 Artigos 12.14 e 13.8.a) TRLISOS.

rrentes para os efectos da protección dos traballadores destas e, no seu caso, do propio titular do centro. De feito, aquel precepto non converte ao autónomo nun suxeito titular da devandita información para a súa autoprotección, o que resulta claramente criticable, e agora intenta corrixirse na proposta de Estatuto, como despois se verá. Agora ben, como xa se apuntou ao comentar o artigo 24.5 LPRL, parece difícil evitar que o traballador autónomo poida utilizar, ademais, dita información ou instrucións para a súa propia seguridade e saúde. Certamente, unha vez coñecida a devandita información e colaborar na protección de terceiros (os traballadores dependentes compañeiros do centro de traballo) resultaría inexplicable e inxusto que o traballador autónomo non puidese facer uso daquela para autoprotexerse[18]. O feito de que os autónomos están á marxe do ámbito de aplicación da LPRL non xustifica tal conclusión, máxime cando, como xa se indicou, o propio artigo 3.1 alude aos posibles "dereitos" que poidan derivarse para aqueles, e quizais este sexa un deles.

Noutra orde de cousas, aparte dos supostos analizados, tamén cabe formular a cuestión dos deberes preventivos do autónomo no caso de que este fose o titular do centro. En tal suposto, debe repararse en se o autónomo desenvolve ou non a súa actividade no centro e ten traballadores neste. Se aquel non desenvolvese a súa actividade no centro, non cabería esixirlle o deber de información recíproca do artigo 4 RD citado, xa que este se refire aos riscos derivados da actividade desenvolvida polos empresarios concorrentes. En todo caso, si tería que proporcionar ao resto de empresarios a información sobre os riscos propios do centro de traballo (artigo 7 RD). Doutro lado, se o autónomo-titular non ten traballadores no centro, non terá a iniciativa para establecer os medios de coordinación, que corresponderá ao empresario principal (artigo 12.1, parágrafo segundo, RD), quen, no seu caso, será o único responsable da súa inexistencia. Tampouco estaría obrigado a impartir aos demais empresarios instrucións para previr os riscos existentes no centro (artigo 8.1 RD). Retéñase que as instrucións deben darse unha vez recibida a información do artigo 4.2 RD, e tal información só debe subministrarse entre os empresarios que desenvolvan actividades no centro de traballo[19].

III. A PROTECCIÓN DOS AUTÓNOMOS NO SECTOR DA CONSTRUCIÓN

A xeral exclusión dos autónomos da protección das normas de prevención de riscos laborais atopa unha clara excepción no sector da construción, e iso tanto pola importante e tradicional presenza deste colectivo neste sector como pola alta sinestralidade laboral que se produce neste e que aconsella que a referida protección se estenda a todo suxeito que preste servizos ou participe neste. A devandita protección recóllese claramente no RD 1.627/1997, de 24 de outubro, polo que se establecen disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras, públicas ou privadas, de construción ou enxeñaría civil, e que traspón a xa citada Directiva 92/57/CEE, de 24 de xuño, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde que deben aplicarse ás obras de construción temporais ou móbiles. O citado RD ten como obxectivo especificar os deberes xerais de cooperación, coordinación e información en materia preventiva nos supostos de concorrencia de varias empresas nunha obra de construción, polo que, polo seu carácter específico, prevalece

18 En igual sentido, RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. Mª, op. cit., páx. 54.

19 LLANO SÁNCHEZ, M., op. cit., páxs. 1572-1573.

sobre o xa analizado e máis recente RD 171/2004, que coordina a prevención de riscos laborais nos supostos xenéricos de concorrencia de varias empresas. De feito, este último RD aclara a cuestión na súa disposición adicional primeira, na que, tras indicar que as obras incluídas no ámbito de aplicación do RD 1.627/1997 se rexerán polo establecido neste, se engade que, para os efectos do establecido no RD de 2004, se deben ter en conta varias matizacións.

As devanditas matizacións aluden a que: a) a información do artigo 7 enténdese cumprida polo promotor co estudo de seguridade ou saúde ou o estudo básico, nos termos dos artigos 5 e 6 RD 1.627/1997. Así se identifica o empresario titular do centro co promotor e a obriga de información concrétase no estudo de seguridade. b) As instrucións do artigo 8 deben entenderse referidas ás impartidas polo coordinador de seguridade e saúde durante a execución da obra ou, de non existir aquel, pola dirección facultativa. c) O suxeito responsable das medidas relativas aos deberes de vixilancia e de comprobación do artigo 10 RD 1.627/1997 será, non o empresario principal, senón o contratista. E d) os medios de coordinación son os desenvolvidos no sector da construción. Neste sentido, cabe recordar que o RD 1.627/1997 basea a coordinación nas figuras do coordinador de seguridade e saúde durante o proxecto da obra e a súa execución.

Como reflexo da súa preocupación polo traballador autónomo, o RD agora analizado comeza por introducir este concepto no seu catálogo de definicións, e así considera como tal á "persoa física distinta do contratista e do subcontratista, que realiza de forma persoal e directa unha actividade profesional, sen suxeición a un contrato de traballo, e que asume contractualmente ante o promotor, o contratista ou o subcontratista o compromiso de realizar determinadas partes ou instalacións da obra". Noutras palabras, o autónomo ou "autoempregador"[20] é o traballador que desenvolve a súa actividade laboral persoalmente na obra, xunto co resto de traballadores, pero con suxeición a un contrato non laboral, senón civil ou mercantil. Á vez, precísase que, para os efectos do presente Real Decreto, "cando o traballador autónomo empregue na obra a traballadores por conta allea terá a consideración de contratista ou subcontratista" [artigo 2.1.j)], polo que, a pesar de admitirse implicitamente a súa posible faceta como empresario, esta non interesa aquí. Con todo, queda claro que, de empregar a outros traballadores para prestar servizos na obra, o autónomo tería os mesmos deberes de prevención que despois analizamos para os contratistas e subcontratistas e, en xeral, os relativos ao desenvolvemento das tarefas ou actividades conforme a os principios xerais da acción preventiva aplicables durante a execución da obra (artigos 15 LPRL e 10 RD), ao axuste da súa actuación aos deberes de colaboración e coordinación entre empresarios do artigo 24 LPRL e ao cumprimento do establecido no plan de seguridade e saúde aplicable á obra. En fin, repárese en que, para os efectos de consideralo simple traballador ou empresario doutros, o importante non é que o autónomo teña ou non traballadores empregados, nin cál sexa o seu número, senón que estes presten servizos na concreta obra de que se trate en cada caso, aínda que se trate de dun só. Polo tanto, o concepto de traballador autónomo deste RD é distinto do que utiliza a normativa de seguridade social, pois, aparte de desenvolver o seu traballo de xeito persoal e sen sometemento a un contrato de traballo e acharse de alta no réxime especial de traballadores autónomos, se require que non teña traballadores ao seu cargo ou, no seu caso, que non os ocupe na correspondente obra.

20 GARCÍA GUTIÉRREZ, Mª L., "Régimen jurídico de los trabajadores autónomos en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Su problemática", DL, nº 70 (anuario do traballo autónomo), 2004, páx. 113.

En canto traballador, o RD citado é a primeira norma xurídico-laboral en materia preventiva que fai aquel destinatario directo de medidas de protección; xa non se trata de implicar ao autónomo no cumprimento dos deberes e medidas de prevención para protexer a terceiros, os traballadores por conta allea que concorren no centro de traballo, senón de protexer de xeito directo ao propio autónomo, que tamén é traballador daquel. A protección do traballador autónomo nas obras de construción búscase a través da imposición de deberes de prevención tanto ao empresario que o contrata coma de autoprotección a aquel.

No primeiro caso, a idea xeral da que debe partirse é a de que o promotor da obra está obrigado a nomear un coordinador en materia de seguridade e saúde durante a elaboración do proxecto da obra, se interveñen varios proxectistas, e, se é o caso, durante a execución desta, se participa máis dunha empresa, ou unha empresa e traballadores autónomos ou diversos traballadores autónomos (artigo 3 RD). A obriga fundamental daquel é a de que se elabore, baixo a súa responsabilidade, o estudo de seguridade e saúde ou estudo básico. A partir de aí, as empresas contratistas deben elaborar un "plan de seguridade e saúde no traballo" que se aplicará aos seus traballadores, aos autónomos contratados e, no seu caso, á empresas subcontratistas e aos seus traballadores, incluídos os autónomos.

Pois ben, o artigo 11.1.d) RD establece que os contratistas e subcontratistas están obrigados a "informar e proporcionar as instrucións axeitadas aos traballadores autónomos sobre todas as medidas que haxan de adoptarse no que se refire á súa seguridade e saúde na obra". En canto á información que debe recibir o autónomo, esta debe ser o máis completa e comprensible posible e referirse tanto aos riscos existentes no centro de traballo, xerais e específicos dos distintos postos de traballo, contidos todos eles no plan de seguridade, como ás medidas que haxa que adoptar para a súa seguridade e saúde. Os contratistas e subcontratistas deben garantir que todos os traballadores (autónomos e dependentes) reciban a información axeitada sobre os aspectos citados (artigo 15 RD), o que pode observarse, por exemplo, coa entrega aqueles dunha copia do referido plan de seguridade. Aínda que o citado artigo 11.1 RD non alude a iso, parece claro que o contratista tamén debe dar, en cumprimento do deber de protección, a formación teórica e práctica necesaria que cada traballador autónomo necesite, polo menos nos casos en que resulte necesario, pola complexidade das medidas a adoptar. Con todo, sería recomendable que tal obriga constase expresamente, tal e como sucede agora na proposta de Estatuto.

Unha vez informados dos riscos e medidas a adoptar, os autónomos tamén teñen dereito a recibir instrucións precisas sobre estas últimas, para os efectos de poder combater eficazmente tales riscos. Correlativamente, o dereito implica a obriga de cumprir aquelas. As devanditas instrucións deben aludir a todos os aspectos que sexan necesarios para a correcta posta en marcha e debida eficacia das medidas protectoras, polo que aquelas se deberán ir actualizando conforme ao que requira a execución da obra en cada momento, mesmo parece que deben estenderse á corrección de posibles incumprimentos por parte dos traballadores autónomos. En xeral, as instrucións centraranse nas mesmas tarefas ou actividades sobre as que deben aplicarse os principios da acción preventiva[21], cales son, por exemplo:a) o mantemento da obra en bo estado de orde e limpeza; b) a elección da localización dos postos e áreas de traballo; c) a manipulación dos distintos materiais e a utilización de medios auxiliares; d) o mantemento e control das instalacións para a execución da obra; e) a delimitación da zonas de almacenamento e depósito de materiais; f) a recollida de materiais perigosos; g) o almacenamento, eliminación ou evacuación de residuos ou entullos; ou h), en fin, a adaptación do tempo de traballo a cada fase da obra.

21 Artigo 10 RD. Cfr. APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., páx. 92.

Para os efectos de reforzar estas obrigas de información e repartición de instrucións, o lexislador fai responsables aos contratistas e subcontratistas "da correcta execución das medidas preventivas fixadas no plan de seguridade e saúde no relativo ás obrigas que lles corresponden non só a eles, senón tamén aos traballadores autónomos por eles contratados" (artigo 11.2, parágrafo primeiro). Agora ben, esta responsabilidade tradúcese nun mero deber de vixilancia no cumprimento das medidas de prevención, o que contrasta coa responsabilidade solidaria que os devanditos contratistas teñen polos incumprimentos das medidas previstas no plan nos termos do artigo 42.2 LPRL (artigo citado, parágrafo segundo)[22]. Devandito deber de vixilancia parece que se estende a todos os integrantes da cadea de contratas e subcontratas, pois o RD alude aos contratistas e subcontratistas e aos traballadores autónomos "por eles contratados". Ademais, parece que este deber de vixilancia tamén debe corresponder ao coordinador de seguridade e saúde durante a execución da obra, dado que entre as súas competencias se acha a de constatar o cumprimento de medidas de prevención dispostas en empresa e, no seu caso, paralizar os traballos (artigo 14.1)[23].

Doutro lado, o artigo 2.3 RD atende á posibilidade de que a contratación de autónomos se faga directamente polo propio promotor da obra; en cuxo caso, este "terá a consideración de contratista respecto daqueles, para os efectos do disposto no presente Real Decreto". Polo tanto, en materia preventiva, cabe remitirse ás obrigas que aquel ten en relación cos autónomos, xa analizadas (artigo 11). Repárese en que, neste caso, o traballador autónomo que, sen traballadores ao seu servizo, contrata directamente os seus servizos co promotor cambia a súa condición de contratista (é a que realmente debería de ter, conforme ao contido do devandito concepto) pola de simple traballador (asimilable ao tradicional ou por conta allea) e o promotor a súa propia pola de contratista. Dende logo, en principio, tal cambio parece que é favorable para o autónomo, pois este non vai ter que asumir as obrigas e responsabilidades propias dos contratistas en materia de prevención de riscos, como a de elaborar o plan de seguridade respecto das fases da obra ou traballos a realizar polo autónomo, que corresponderá ao promotor-contratista[24]. Agora ben, este cambio de papeis tamén pode ter o seu inconveniente, pois o plan de seguridade debe facerse xeralmente por cada contratista "en función do seu propio sistema de execución da obra" (artigo 7 RD), o que implicará ter en conta os recursos materiais e humanos a utilizar, e, dende logo, parece claro que quen mellor coñece o seu sistema de execución da obra é quen propiamente a executa. Neste sentido, mesmo pode que o autónomo se atope cun plan de seguridade que non se adapte totalmente á forma de traballar (e aos riscos que desta derivan) do autónomo e, polo tanto, que non o protexa totalmente[25].

En fin, o cambio comentado producirase sempre, salvo naqueles casos nos que "a actividade contratada se refira exclusivamente á construción ou reparación que poida contratar un cabeza de familia respecto da súa vivenda" (artigo 2.3, in fine).

22 O devandito apartado foi derrogado pola disposición derrogatoria única 2.c) do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, polo que a referencia debe entenderse efectuada ao artigo 42.3 deste texto.

23 Cfr. GARCÍA GUTIÉRREZ, Mª L., op. cit., páx. 133.

24 Cfr. GARCÍA GUTIÉRREZ, Mª L., op. cit., páx. 114 e APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., páx. 84.

25 Así, GARCÍA GUTIÉRREZ, Mª L., op. cit., páx. 116.

En tal suposto, ábrese a dúbida sobre os deberes de prevención que recaen sobre o autónomo e a súa posición como posible contratista, pois, no devandito caso, o promotor-cabeza de familia non asume tal condición. Pois ben, se se ten en conta que o autónomo é unha persoa física distinta do contratista ou subcontratista [artigo 2.1.j)], parece que nin sequera neste suposto aquel poderá asumir tal condición e, en consecuencia, non terá obriga de elaborar o plan de seguridade. Así as cousas, a actividade laboral desenvolvida na construción de vivendas familiares queda en parte desprotexida, pois non existe un plan de seguridade que desenvolva o estudo básico baseándose na concreta xeito de executar a obra.

Para os efectos de reforzar o cumprimento destas obrigas por parte dos seus titulares, o actual artigo 12.14 LISOS cualifica de falta grave non adoptar o empresario titular do centro "as medidas necesarias para garantir que aqueles outros que desenvolvan actividades neste reciban a información e as instrucións adecuadas sobre os riscos existentes e as medidas de protección, prevención e emerxencia, na forma e co contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais". A devandita falta convértese en moi grave cando afecta a actividades regulamentariamente consideradas graves ou moi graves (artigo 13.8 LISOS)[26]. Así as cousas, en caso de accidente, o autónomo podería esixir ao promotor ou empresario que o contratou unha responsabilidade civil contractual por incumprimento dunha parte do contido do contrato civil ou mercantil, o relativo á protección en materia de prevención de riscos[27].

Como xa se apuntou, a segunda vía pola que se busca a protección do autónomo é a da imposición directa a este dunha serie de deberes de autoprotección previstos no artigo 12 RD, pois o mellor xeito de protexer aquel é a de facelo consciente, partícipe e responsable da súa propia actuación neste ámbito. Agora ben, ditos deberes teñen en conta a súa dobre faceta de empresario e traballador, polo que unhas veces se asimilan aos propios de calquera empresario, aínda sen selo realmente, pois non ten traballadores o seu cargo, e outras máis ben aos do traballador por conta allea[28].

Dentro do primeiro tipo de deberes, cabe aludir aos de: 1) aplicar os principios da acción preventiva do artigo 15.1 LPRL, en particular a desenvolver as tarefas ou actividades da execución da obra. Como a LPRL elabora os devanditos principios pensando no empresario como suxeito obrigado, ao trasladar aqueles ao traballador autónomo (sen traballadores ao seu cargo) xorden algunhas incoherencias, como a relativa á repartición de instrucións aos traballadores [letra i)], que aquí non procede. Polo demais, cabe destacar que, pola vía deste artigo, os autónomos da construción asumen obrigas que non corresponden ao resto do colectivo, como a de avaliar os riscos ou planificar a actividade preventiva [letras b) e g)], se ben non se establecen sancións para o seu incumprimento, polo que acaban perdendo o seu carácter obrigatorio. 2) Cumprir as disposicións mínimas de seguridade e saúde aplicables ás obras (sobre lugares de traballo e no interior e exterior dos locais). 3) Axustar a súa actuación aos deberes de coordinación entre empresarios establecidos no artigo 24 LPRL e participar na aplicación e seguimento das medidas de actuación coordinada que se dispoñan, tal e como xa se viu no apartado anterior deste traballo.

26 Ambos os dous preceptos foron modificados pola Lei 54/2003, do 12 de decembro, de reforma do marco normativo da prevención de riscos laborais.

27 LAHERA FORTEZA, J., op. cit., páx. 100.

28 GARCÍA MURCIA, J., op. cit., páx. 524.

Con todo, cabe recordar que, no ámbito da construción, o máximo responsable da coordinación das actividades é o coordinador de seguridade e saúde durante a execución da obra, quen pode impartir ordes e instrucións ao efecto a todos os suxeitos presentes naquela, tanto contratistas ou subcontratistas como traballadores autónomos, se ben o máis frecuente é que estes reciban esas instrucións do seu contratista. E 4), finalmente, cumprir o establecido no correspondente plan de seguridade e saúde. Dado que o autónomo nunca elabora o plan de seguridade, senón que esta tarefa corresponde ao contratista, e que haberá tantos plans como contratistas, cabe se preguntar cál é o plan que o autónomo debe cumprir. En principio, parece que o lóxico é que deba cumprir o plan que aluda, a parte de aos xenerais, aos riscos específicos e ás medidas que haxa que adoptar nas concretas tarefas ou partes da obra que vaia realizar; o devandito plan debe ser, pois, o elaborado pola empresa contratista que lle contratara (artigo 11.2 RD), a cal debe poñelo a disposición permanente dos traballadores autónomos. Estes, no seu caso, poderán presentar, por escrito e de forma razoada, as suxestións e alternativas que estimen oportunas (artigo 7.4 RD).

En relación co segundo tipo de deberes, os que se asimilan aos dun traballador por conta allea, destaca a remisión ao xenérico artigo 29.1 e 2 LPRL, relativo ás obrigas dos traballadores en materia de prevención de riscos laborais [artigo 12.1.c) RD]. Segundo o devandito precepto, corresponde a cada traballador (agora tamén aos autónomos) velar, segundo as súas posibilidades e mediante o cumprimento das medidas que se dispoñan, pola súa propia seguridade e saúde no traballo e pola daquelas outras persoas ás que poida afectar a súa actividade profesional, a causa dos seus actos e omisións no traballo, de conformidade coa súa formación e instrucións recibidas do empresario (núm. 1). Máis concretamente, ditos traballadores deberán usar axeitadamente as máquinas ou calquera outro medio de traballo que usen na súa actividade, así como os medios e equipos de protección ou os dispositivos de seguridade; informar de inmediato a quen corresponda de calquera situación de risco para os traballadores; contribuír ao cumprimento das obrigas establecidas pola autoridade competente para protexer os traballadores e cooperar co empresario con igual fin.

Aparte desa xenérica remisión ao artigo 29 LPRL, o artigo 12.1 detense en reiterar algunhas obrigas específicas que teñen os autónomos en canto traballadores, agora xa referidas ás obras de construción, tales como as de:

1) Utilizar os equipos de traballo axeitados que se axusten ao disposto no RD 1.215/1997, de 18 xullo, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde para a utilización polos traballadores de equipos de traballo[29]. A elección destes equipos constitúe a primeira medida básica a adoptar polo empresario para que os lugares de traballo sexan seguros; a devandita elección depende de distintos factores, como, por exemplo, as condicións e características do lugar de traballo ou os riscos inherentes a este ou ao posto ou os derivados da presenza ou utilización dos equipos. Para que os traballadores -tamén os autónomos- poidan utilizar correctamente estes equipos de traballo, o empresario debe proporcionarlles formación e información sobre os riscos que leva consigo a súa utilización e as medidas de protección previstas para evitalos; de ser necesario, o empresario tamén pode consultar os representantes.

29 Tal norma traspón a Directiva 89/655/CEE, de 30 novembro, sobre a materia.

2) Elixir e utilizar equipos de protección individual, nos termos do previsto no RD 773/1997, do 30 de maio, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde relativas á utilización polos traballadores de equipos de protección individual[30]. Para a elección dos referidos equipos, o traballador autónomo deberá, entre outras cousas, analizar e avaliar os riscos existentes que non poidan evitarse, definir as características que deban ter os citados equipos para o seu correcto funcionamento ou comparar estas características coas que teñen os equipos existentes no mercado[31]. Con todo, o cumprimento destas amplas obrigas vén condicionado pola formación e as posibilidades de que dispón o autónomo, polo que parece que máis que ante auténticos deberes se está ante indicacións ou recomendacións xerais sobre a súa actuación.

E 3) atender as indicacións e cumprir as instrucións do coordinador en materia de seguridade e saúde durante a execución da obra (técnico competente integrado na dirección facultativa e designado polo promotor) ou, no seu caso, da dirección facultativa. Ademais, repárese en que o autónomo tamén debe cumprir, en canto traballador da empresa, o previsto no plan de seguridade e saúde elaborado polo contratista, así como as súas ordes e instrucións ao respecto.

Con todo, o principal problema destes deberes de autoprotección, para os efectos da súa eficacia, é o de que o seu incumprimento non supón unha sanción administrativa para o seu titular e beneficiario: o propio autónomo. Neste sentido, resulta claro que o devandito incumprimento non aparece dentro da lista de condutas sancionables dos artigos 11, 12 e 13 LISOS, sen que, no seu defecto, poida alegarse a remisión á cláusula xenérica do artigo 5.2[32]. En todo caso, parece que o incumprimento destes deberes si tería efectos sobre o contrato civil ou mercantil e o empresario podería decidir de xeito xustificado a súa ruptura[33]. Certamente, repárese en que a inobservancia destes deberes por parte do autónomo pode supoñer un potencial factor de risco e de produción de accidentes dentro da actividade desenvolvida na empresa, tanto para el como o resto de persoas relacionadas con esta. Dende logo, tal comportamento algunha consecuencia debe ter, polo menos a nivel contractual. Ademais, o autónomo incumpridor tamén pode ter que facer fronte a unha responsabilidade civil por danos e prexuízos causados a terceiros (v. gr., traballador por conta allea compañeiro de traballo ou clientes da empresa); ou, mesmo, á propia empresa contratista, falándose no primeiro caso de responsabilidade extracontractual ou aquiliana (artigo 1.902 C.c.) e no segundo de responsabilidade contractual (artigo 1.101).

En canto á responsabilidade penal, aínda que non se dan as condicións para que poida incorrer no delito específico contra a seguridade e saúde dos traballadores tipificado nos artigos 316 a 318 CP, dado que non é o suxeito obrigado, si cabe que o autónomo sexa responsable dun delito xenérico de lesións ou homicidio cando coa súa actuación cause aquelas ou a morte a outra persoa.

30 A devandita norma traspón a Directiva 89/656/CEE, do 30 de novembro, sobre a materia.

31 Artigo 6 RD citado.

32 Cfr. APILLUELO MARTIN, M., op. cit., páx. 91.

33 En igual sentido, LAHERA FORTEZA, J., op. cit., páx. 100; en sentido contrario, GARCÍA MURCIA, J., op. cit., páxs. 525 e 527.

IV. A FUTURA REGULACIÓN DA SEGURIDADE E SAÚDE DOS TRABALLADORES AUTÓNOMOS

Á vista de a complexa realidade empresarial actual, na que é habitual a proliferación de múltiples e complexas formas de traballo autónomo, así como a continua imbricación deste traballo xunto co prestado por conta allea nun mesmo centro de traballo ou nunha mesma actividade, debe entenderse superada a doutrina tradicional que partía da base de que, ao ser o propio autónomo o que organizaba o seu traballo e o desenvolvía en réxime de autoemprego, a responsabilidade de autoprotexerse recaía exclusivamente sobre el, sen que, ademais, tivese que atender á protección de terceiros, cos que -supoñíase- non existía contacto. Dende logo, agora as cousas cambiaron, polo menos para unha boa parte dos traballadores autónomos, e, xa dende hai tempo, viñéronse dando os primeiros pasos para cambiar o insuficiente papel que o autónomo ocupa en materia de prevención de riscos laborais, tanto como suxeito beneficiario como obrigado.

Como xa se apuntou, algúns destes primeiros pasos para a protección do autónomo proceden do dereito comunitario e, concretamente, da Directiva 92/57/CEE, de 24 de xuño, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde para as obras de construción, o artigo da cal 10 estende aos traballadores autónomos algunhas das obrigas relativas á utilización de equipos de traballo e equipos de protección, superando así, en este concreto ámbito, a falta de protección que os autónomos sufrían na Directiva marco 89/391. Continuando coa liña iniciada pola referida Directiva, unha Comunicación da Comisión de 1995, sobre un programa de seguridade, hixiene e saúde (1996-2000)[34], apunta xa a necesidade de estudar unha proposta de recomendación do Consello sobre a seguridade e saúde dos traballadores por conta propia, dado o continuo aumento deste colectivo e a desprotección na que se haxan no referido ámbito. A devandita suxestión plasmouse na Recomendación do Consello do 18 de febreiro de 2003, relativa á mellora da protección da saúde e a seguridade no traballo dos traballadores autónomos[35]. Segundo a devandita Recomendación, a saúde e seguridade destes traballadores, independentemente de que traballen sos ou por conta allea, poden estar sometidas a riscos similares aos que experimentan estes últimos e, mesmo, existen para eles sectores de alto risco, como son a agricultura, a pesca, a construción e o transporte.

Á vista dos pasos dados polo dereito comunitario e a imperiosa necesidade de protexer a saúde e integridade física deste colectivo de traballadores, expostos a estes ou similares riscos laborais que o resto, a iniciativa reguladora do traballo autónomo no noso dereito non se podía facer esperar máis. Así a actual proposta de Estatuto do traballo autónomo, elaborada pola comisión de expertos, dedica un precepto central á seguridade e saúde dos traballadores autónomos, aparte doutras referencias dispersas. Unha delas, é a do artigo 3 que, ao enumerar os dereitos básicos dos traballadores autónomos na súa prestación de servizos, alude "a unha protección axeitada da súa seguridade e saúde" no traballo" [letra f)]. De xeito correlativo, no artigo seguinte tamén se prevé, como deber profesional básico do autónomo, o de "observar as medidas de seguridade e saúde laboral establecidas legalmente" [letra b)].

34 DOC núm. 262 de 7 de outubro de 1995.

35 R. 2003/123/CE.

En canto ao precepto central en materia preventiva dos traballadores autónomos (todos, non só os dependentes), cabe remitirse ao artigo 7[36]. A regulación deste precepto caracterízase por buscar a superación da lóxica civilista tradicional, meramente resarcitoria ou indemnizatoria dos danos e prexuízos ocasionados por culpa ou neglixencia de terceiros, e desenvolver ou poñer en marcha de xeito preventivo unha auténtica política de prevención de riscos laborais que evite, na medida do posible, os accidentes e lesións laborais[37], tal e como xa sucede co resto de traballadores. Os puntos básicos do contido daquel son os seguintes:

1) O recoñecemento do papel que ten que asumir a Administración pública competente en materia de prevención de riscos para a protección do autónomo. Así prevese que as Administracións Públicas competentes en materia laboral deben asumir "un papel activo en relación coa prevención de riscos laborais dos autónomos", que se concretará na "promoción da prevención, asesoramento técnico, vixilancia e control do cumprimento por aqueles da normativa" sobre a materia. Especialmente importante, é a obriga das citadas Administracións de ofrecer os autónomos, ben directamente, ben a través das súas asociacións, unha formación en materia de prevención específica e adaptada ás súas particularidades profesionais. Dende logo, esta obriga de formación é clave para que estes traballadores poidan cumprir correctamente con todas as obrigas que se lles esixen en materia preventiva. Deste xeito, viríase a cubrir o baleiro legal que, ao respecto, existe na normativa vixente, aínda que aquí xa se defendeu a posibilidade de que, no ámbito da construción, os contratistas e subcontratistas, aparte de información e instrucións, deban dar tamén a correspondente formación aos autónomos que tivesen contratados. En todo caso, cabe destacar o carácter xenérico destas obrigas, que máis ben parecen declaracións de intencións, e que, sen dúbida, requirirán un ulterior desenvolvemento máis específico. Neste sentido, repárese en que a disposición final quinta do texto articulado da proposta contén unha habilitación ao Goberno para ditar cantas disposicións sexan necesarias para a aplicación e desenvolvemento do Estatuto.

36 A proposta de Estatuto do traballo autónomo da UPTA tiña dous artigos centrais sobre a prevención de riscos dos autónomos: o 35 e o 36. Segundo o primeiro, referido ao autónomo traballador e empresario á vez, "os traballadores autónomos teñen o dereito e a obriga de establecer unhas medidas de protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo destinadas á protección da súa propia saúde e á dos traballadores ao seu cargo fronte aos riscos laborais" (nº 1). Neste sentido, engádese que "os dereitos de información, consulta e participación, formación en materia preventiva, paralización da actividade en caso de risco grave e inminente e vixilancia do seu estado de saúde, nos termos previstos na presente Lei, forman parte do dereito dos traballadores a unha protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo e articularanse eficazmente mediante a colaboración das organizacións do colectivo" (nº 2).

O segundo precepto, referido ao autónomo dependente, que presta servizos por conta dun empresario, contiña unha cláusula xeral segundo a que "o empresario ten deber de establecer as medidas necesarias para asegurar unha protección do traballador autónomo dependente fronte aos riscos laborais" (nº 1). Pola súa banda, o traballador autónomo queda "obrigado a observar no desenvolvemento da súa actividade as medidas legais e regulamentarias de seguridade e saúde que lle sexan de aplicación" (nº 2).

Ademais, engadíase que "o autónomo dependente ten dereito a participar, a través dos seus representantes legais, na inspección e control das medidas de seguridade e saúde adoptadas no centro de traballo" (nº 3).

37 Cfr. Informe da comisión de expertos para a elaboración dun Estatuto do traballador autónomo, cit., páx. 157.

2) A regulación da coordinación das actividades empresariais que se desenvolven nun mesmo centro de traballo para protexer a seguridade e saúde do autónomo. A diferencia da regulación actual, na que os deberes do autónomo nesta materia perseguen a protección de terceiros, agora a protección céntrase directamente naquel. Así a idea da que a parte é a de que "cando o traballador autónomo execute a súa actividade profesional nos locais ou centros de traballo das empresas para as que preste os seus servizos, estas deberán cooperar con aquel nunha eficaz aplicación da normativa de prevención de riscos laborais", polo que agora aquel xa non está só na devandita tarefa. Repárese no tenor da redacción, pois o lexislador fai responsables ás empresas de deber de colaborar co autónomo, e non ao revés (como sucedía ata agora), e, ademais, cun novo fin, o da protección daquel. Con todo, a continuación recórdase que a actividade preventiva é tarefa de todos, ao sinalar que "o deber de cooperación será de aplicación a todas as empresas e traballadores autónomos concorrentes no centro de traballo, existan ou non relaciones xurídicas entre eles", o que reitera a dicción do artigo 4.1, parágrafo segundo, RD 171/2004, relativo á concorrencia de traballadores de varias empresas nun mesmo centro de traballo.

Doutro lado, engádese que "os titulares de tales locais ou centros de traballo establecerán os medios de coordinación que sexan necesarios en canto á protección e prevención de riscos laborais e a información sobre estes tanto dos traballadores autónomos, coma dos empregados que traballen ao seu servizo". Poñendo en conexión esta regra coa regulación vixente (artigos 5 e 12 RD 171/2004), aprécianse diferenzas significativas. Así no actual RD a adopción dos medios de coordinación corresponde a todos os empresarios concorrentes no centro de traballo, se ben a iniciativa pertence ao empresario titular deste, sempre que teña traballadores seus no centro. No caso contrario, corresponde ao empresario principal. Ademais, parece que, co RD vixente, os autónomos, en canto suxeitos obrigados polo deber de cooperación, tamén deben cooperar no establecemento de tales medios de coordinación. Non obstante, dita cooperación desaparece coa regulación proposta, dado que a responsabilidade recae directamente no titular do centro, o cal, ademais, ten que informar sobre estes os traballadores, tanto aos autónomos coma aos dependentes que traballen para el. Equipárase, así, o papel dos autónomos ao do resto dos traballadores, que pasan a ocupar un papel máis pasivo e máis de "suxeito protexido".

En relación co titular do centro, a proposta de Estatuto prevé tamén que este "debe adoptar as medidas necesarias para que os traballadores autónomos que executen a súa actividade neste reciban a información e as instrucións axeitadas, en relación cos riscos existentes no centro de traballo e coas medidas de protección e prevención correspondentes, así como sobre as medidas de emerxencia a aplicar". Deste xeito, a obriga informativa e de dar instrucións que ata agora tiña o titular do centro respecto dos empresarios concorrentes, para os efectos da protección dos traballadores destes (artigo 24.2 LPRL), esténdese aos traballadores autónomos co fin de lograr tamén a súa protección fronte aos riscos laborais. Recórdese que a mención do artigo 9.4 RD 171/2004 só mencionaba aos autónomos para obrigalos a colaborar na protección de terceiros (os traballadores dependentes), pero non na súa propia, polo menos directamente.

Polo demais, "as empresas que contraten con traballadores autónomos a realización de obras ou servizos correspondentes á propia actividade daquelas e que se desenvolvan nos seus propios centros de traballo deberán vixiar o cumprimento" por estes traballadores da normativa de prevención de riscos laborais". Amplíase, así, os autónomos o deber de vixilancia que o artigo 24.3 LPRL xa impoñía ao empresario principal respecto

dos contratistas ou subcontratistas que prestasen servizos no seu centro de traballo, desenvolvido, á súa vez, polo artigo 10 RD 171/2004. Como se aprecia, o suposto desencadeante desta obriga vén determinado por dous elementos: a existencia de contratas de obras ou servizos correspondentes á propia actividade da empresa principal e o desenvolvemento de tales obras ou servizos no propio centro de traballo da devandita empresa, polo que se esixe unha relación directa e inmediata entre esta e o autónomo ou o contratista. Por analoxía co disposto no citado artigo 10 RD 171/2004, parece que o deber de vixilancia de empresario principal se concretará, respecto dos autónomos, na obriga daquel de esixir a estes, antes do inicio da actividade no seu centro de traballo, que lle acrediten por escrito que realizaron, para as obras ou servizos contratados, a avaliación de riscos e a planificación da súa actividade preventiva. Por certo, repárese en que para os autónomos do sector da construción estas obrigas xa lle veñen impostas, como deberes de autoprotección, polo artigo 12.1.a) RD 1.627/1997, que remite aos principios da acción preventiva do artigo 15 LPRL, tal e como xa se apuntou. Ademais, parece que o empresario principal tamén deberá comprobar que os autónomos concorrentes no seu centro de traballo estableceron os medios de coordinación necesarios tanto entre eles coma coas empresas contratistas ou subcontratistas que puidesen existir.

Doutro lado, o que non procederá aquí -pois estes autónomos non teñen traballadores ao seu cargo-, será o deber que o empresario principal ten respecto das empresas contratistas ou subcontratistas de esixilos que lle acrediten por escrito o cumprimento das súas obrigas en materia de información e formación respecto dos traballadores que vaian prestar os seus servizos no centro de traballo (artigo 10.2, parágrafo segundo, RD 171/2004).

3) Cando os traballadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, produtos, materias ou útiles proporcionados pola empresa para a que executen a súa actividade profesional de forma continuada, tal empresa asumirá as obrigas consignadas no último parágrafo do artigo 41 da LPRL. Noutras palabras, o empresario debe garantir que os traballadores autónomos, ao igual que os empregados que traballen o seu servizo, reciban a información necesaria para que a utilización e manipulación da maquinaria, equipos, produtos, materias primas e útiles de traballo produzase sen riscos para a súa seguridade ou saúde, o que require, entre outras cousas, que a devandita información se facilite en termos que resulten comprensibles. Para os efectos de que os empresarios poidan realizar este labor informativo, os fabricantes, importadores e subministradores teñen obriga de subministrar previamente a devandita información a aqueles, así como estes de solicitarlla/llela a estes. Máis claramente, existe tanto obriga de facilitar a información polos fabricantes importadores ou subministradores como de pedila polo empresario; esta dobre obriga busca implicar activamente no cumprimento desta tanto a uns coma ao outro e, polo tanto, conseguir que a mesma se cumpra na práctica.

E 4), por ultimo, conclúese co catálogo de sancións que cabe impoñer as empresas que incumpran as obrigas sinaladas anteriormente (cooperación, establecemento de medios de coordinación, adopción de medidas necesarias para que os autónomos reciban información e instrucións en materia preventiva, vixilancia en obras ou servizos correspondentes á propia actividade ou información sobre maquinaria, equipos, produtos, materias primas ou útiles). Neste sentido, tras recordarse a súa responsabilidade civil indemnizatoria polos danos e prexuízos causados (artigo 1.902 C.c.), pásase a regular unha novidosa recarga para o empresario infractor, en certo xeito similar á coñecida recarga de prestacións do artigo 123 LGSS, se ben con algunha significativa diferenza.

Así prevese que, no caso de causarse dereito a prestacións económicas de Seguridade social que teñan a súa orixe en accidente de traballo ou enfermidade profesional do traballador autónomo, cando a lesión se produza por incumprimento das obrigas de seguridade apuntadas no apartado anterior, o empresario para o que estivese a prestar servizos o traballador autónomo será responsable fronte á entidade xestora ou colaboradora da Seguridade social que asuma o pagamento da devandita prestación económica, de entre un trinta e un cincuenta por cento da súa contía total, segundo a gravidade da falta cometida. Búscase así facer recaer sobre o empresario as consecuencias económicas da súa conduta infractora e que asuma a súa responsabilidade, polo menos en parte, fronte á entidade xestora ou colaboradora da Seguridade social, á que prexudica economicamente con aquela. Como novidade, prevese que a responsabilidade do pagamento da citada cantidade, que recaerá directamente sobre o empresario infractor, o será con independencia de que o autónomo se acollera ou non ás prestacións por continxencias profesionais, polo que parece que o pagamento á entidade xestora ou colaboradora -e, por ende, desta ao autónomo- procederá en todo suposto. Iso determina que a recarga non se contemple dende o punto de vista do beneficiario do réxime público da Seguridade social, a diferenza do que sucede no caso do traballador por conta allea.

Para os efectos de que o empresario sufra ou asuma as consecuencias económicas do seu incumprimento en materia de prevención de riscos, prohíbese -ao igual que sucede coa recarga tradicional- que a responsabilidade en cuestión poida ser obxecto de seguro algún, sendo nulo de pleno dereito calquera pacto ou contrato que se realice para cubrila, compensala ou transmitila, parece que mesmo aínda que o devandito pacto se formalizara co propio traballador autónomo.

Finalmente, aclárase expresamente que as responsabilidades indemnizatorias e de Seguridade social referidas nos apartados anteriores, á parte de ser compatibles entre si, tamén o serán coas sancións administrativas e, mesmo, penais previstas na normativa correspondente. De modo que se aclara calquera dúbida ao respecto e déixase claro o abano de sancións que poden recaer sobre o infractor o que espera que sirva de "aliciente para que os suxeitos afectados acentúen as medidas preventivas ou, polo menos, se sintan motivados indirectamente a que recorran a todos os medios ao seu alcance no terreo do preventivo"[38].

Por certo que, respecto da responsabilidade administrativa, cabe valorar positivamente a introdución dun novo tipo administrativo para poder sancionar certos incumprimentos en materia de prevención de riscos dos autónomos que ata agora carecían de recoñecemento legal, tal e como xa se puxo de manifesto ao longo deste traballo. Así, a disposición adicional segunda da proposta de Estatuto engade, no seu número 3, un novo apartado, o 14 bis, ao artigo 12 LISOS no que se prevé como infracción grave "o incumprimento dos deberes que en materia de prevención de riscos laborais se contemplan nos apartados 3 a 6, ambos os dous inclusive, do artigo 7 do Estatuto do traballador autónomo e da súa normativa regulamentaria de desenvolvemento". Con tal reforma, complétase o abano de condutas sancionables administrativamente, o que achega seguridade xurídica e contribúe á eficacia das novas obrigas en materia preventiva dirixidas á seguridade dos autónomos.

38 Ibídem,páx. 158.

MEDIDAS DE CONCILIACIÓN CONVENCIONAIS EN CASO DE ENFERMIDADE DE FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA AO PERMISO PARA ACOMPAÑAR FAMILIARES A CONSULTA MÉDICA

Nora María Martínez Yáñez

Profesora Axudante de Dereito do Traballo. Universidade de Vigo

SUMARIO

I. OS PERMISOS PARA COIDADO DE FAMILIARES NA NORMATIVA INTERNACIONAL

II. ALTERNATIVAS LEGAIS E CONVENCIONAIS PARA FACER FRONTE ÁS ENFERMIDADES DE FAMILIARES NO DEREITO INTERNO

III. O PERMISO PARA ACOMPAÑAR FAMILIARES A CONSULTA MÉDICA

1. Elemento obxectivo do permiso
   - A. Suxeitos que poden ser acompañados
     - a) Grao de parentesco
     - b) Condicións adicionais: idade, convivencia, dependencia e minusvalidez
   - B. Condicións da consulta médica
     - a) Coincidencia dos horarios de traballo e da consulta médica
     - b) Características da atención sanitaria
2. Elemento subxectivo do permiso: condicións do traballador que accede a este
3. Elemento temporal do permiso: duración
4. Efectos do uso do permiso para os traballadores
   - A. Permisos retribuídos
   - B. Permisos non retribuídos. A flexibilización da xornada ao servizo do traballador
   - C. Cómputo das ausencias e absentismo

IV. CONCLUSIÓN

I. OS PERMISOS PARA COIDADO DE FAMILIARES NA NORMATIVA INTERNACIONAL

Nos últimos anos a conciliación da vida profesional e familiar dos traballadores e traballadoras converteuse nun principio básico da ordenación laboral, debido á extraordinaria relevancia das metas que trata de alcanzar. Como obxectivos inmediatos, destacan a necesaria satisfacción dalgúns dos dereitos fundamentais dos traballadores e as súas familias; o fomento dunha maior implicación masculina nas responsabilidades domésticas e familiares, presuposto sobre o que se asenta a igualdade de trato e de xénero; e o mantemento da rede informal de coidados e atencións que no seo da familia reciben os membros dependentes. Á súa vez, como obxectivos mediatos, pódese mencionar o incremento das taxas de emprego[1], fundamentalmente feminino, e o sostemento do sistema de Seguridade social.

Aínda que as políticas de conciliación deben combinar numerosas ferramentas de orixe interdisciplinar para resultar efectivas[2], é esencial a articulación dos instrumentos orientados a harmonizar os tempos dedicados á vida familiar e laboral dos traballadores. Un deses instrumentos é o permiso, pois, en virtude deste, e se efectivamente se dan os requisitos previstos, o traballador ten dereito a ausentarse do lugar de traballo, sen que diso se deriven prexuízos económicos[3].

Os permisos non foron concibidos inicialmente como mecanismos de conciliación da vida laboral e familiar, entre outras cousas, porque mentres a incorporación da muller ao mercado de traballo non foi masiva, a tradicional repartición entre os sexos dos roles profesionais e familiares facía innecesaria a conciliación. De feito, na actualidade tampouco responden de xeito unívoco -nin sequera primordial- a esta finalidade[4]. Non obstante, non caben dúbidas sobre a súa capacidade para contribuír de forma eficaz a harmonizar a vida laboral e familiar mediante unha reordenación dos tempos de traballo e de ausencia deste.

1 Punto 1 do Informe sobre a economía da Unión Europea no exercicio 2003, resumo e conclusións, Comunicación COM (2003) 729, do 26 de novembro.

2 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I), RL, II (1999) 28.

3 Tomando como base os permisos considerados no artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores, pode dicirse que estes se configuran como un lapso temporal durante o cal o traballador deixa de desenvolver a prestación laboral á que estaba obrigado, aínda que segue recibindo a súa retribución. Trátase, así pois, de verdadeiras ausencias ao traballo, e non de descansos en sentido propio (CABEZA PEREIRO, J., Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada pro lactancia y guarda legal (En torno al artículo 37), REDT, nº 100, marzo-agosto (2000), t. I, 793, 794).

4 En efecto, as causas legais e convencionais que habilitan ao traballador para gozar dun permiso non se restrinxen a este ámbito, senón que van máis alá del, ao prever obrigas políticas, sindicais, sociais, relacionadas coa súa saúde, ou mesmo cos seus asuntos propios, esvaecendo neste último suposto a causa concreta do permiso, e facéndoa recaer no amplo marco das súas motivacións persoais.

A normativa internacional e comunitaria recoñeceu a importancia dos permisos como instrumento de conciliación, especialmente ante dúas situacións como son o coidado de familiares afectados por algunha enfermidade e a crianza dos fillos menores. No seo da Organización Internacional do Traballo, a Recomendación nº 165, de 1981, sobre a igualdade de oportunidades e de trato entre traballadores e traballadoras: traballadores con responsabilidades familiares, sinala a oportunidade de articular permisos para os traballadores en caso de enfermidade dun fillo ou doutro membro da súa familia que estea ao seu cargo[5].. Así mesmo, tanto a Recomendación citada como a nº 191, de 2000, sobre a protección da maternidade, atribúen aos dous pais o dereito de obter un permiso parenteral para coidar dun fillo menor[6].

O ordenamento comunitario seguiu unha senda similar á marcada pola Organización Internacional do Traballo. O papel dos permisos ao servizo da conciliación foi xa destacado na Recomendación do Consello, 92/241/CEE, do 31 de marzo, sobre coidado dos nenos e das nenas[7], o artigo da cal 4 animaba aos Estados membros a adoptar ou fomentar a adopción de permisos especiais para que os proxenitores, sen distinción de sexo, asuman cando así deséxeno as responsabilidades familiares e educativas xeradas polos seus fillos. Uns anos despois, a Directiva 96/34/CE, do Consello, do 3 de xuño, que incorpora o Acordo marco sobre o permiso parenteral celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES, desenvolve, materializa e dá forza executiva a aquela suxestión, impoñendo aos Estados membros a previsión dun permiso parenteral para todos os traballadores con fillos, e dun permiso por motivos de forza maior, vinculado a unha necesidade familiar urxente relacionada cunha enfermidade ou accidente. Aínda que por fin se dá entrada ás necesidades de atención suscitadas por outros membros da familia, aparte dos fillos, estas resérvanse para casos extremos caracterizados pola urxencia dunha situación que afecta á saúde destas persoas, e que, sen ser necesariamente grave[8], fai indispensable a presenza ao seu lado do traballador. Neste sentido, a Directiva mantén dous niveis de conciliación: un máis amplo para a atención aos fillos, e outro máis estrito cando a atención é demandada por outro familiar.

Aínda que transcorreron dez anos dende a adopción da Directiva sobre permiso parenteral, esta segue sendo a norma fundamental en Dereito comunitario en relación coa conciliación da vida laboral e familiar do traballador con responsabilidades familiares.

5 Di literalmente o punto 23, parágrafo primeiro, da Recomendación, que "un traballador -home ou muller- con responsabilidades familiares respecto dun fillo a cargo debería ter a posibilidade de obter un permiso en caso de enfermidade do fillo". E, a continuación, no parágrafo segundo, indícase que "un traballador con responsabilidades familiares debería ter a posibilidade de obter un permiso" en caso de enfermidade doutro membro da súa familia directa que necesite o seu coidado ou axustador". Ao facer esta previsión, a Recomendación nº 165 vai máis lonxe que o Convenio nº 156 da OIT, de 1981, sobre a igualdade de oportunidades e de trato entre traballadores e traballadoras: traballadores con responsabilidades familiares, que se limita a sinalar, de xeito xenérico, que os Estados que ratifiquen o convenio deberán adoptar todas as medidas compatibles coas posibilidades nacionais, para ter en conta as necesidades dos traballadores con responsabilidades familiares "no que concirne ás condicións de emprego e seguridade social" -artigo 4.b)-

6 Apartado 22 e 10.3 e 4, respectivamente.

7 D.O.C.E. núm. L 123, do 8 de maio de 1992.

8 CASAS BAAMONDE, M. E., Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental, RL, t. II (1996) 91.

Non obstante, iso non significa que a Unión Europea deixara de indicar aos Estados membros as directrices ás que debe axustarse nesta materia. Aparte de recomendar o incremento dos servizos sociais de apoio aos nenos e ás persoas dependentes, sublíñase a necesidade de flexibilizar os tempos de traballo, de prever permisos que permitan a harmonización das tarefas laborais e familiares cando sexa necesario e, ademais, a maioría dos documentos subliñan o papel fundamental dos interlocutores sociais na articulación de medidas de conciliación[9].

Respecto a este último aspecto, convén non esquecer que o contido da Directiva 96/34/CE é froito da autonomía da vontade dos axentes sociais da Unión Europea, e que os interlocutores sociais de cada Estado membro desempeñan un papel fundamental no seu transposición, tal e como subliña en repetidas ocasións o Acordo marco. É máis, a transposición da Directiva poderíase facer por vía da negociación colectiva, sen que iso exclúa a responsabilidade dos Estados de garantir a corrección da transposición e a súa realización no prazo sinalado[10]. De aí a importancia de proceder a unha análise dos permisos convencionais previstos ante as situacións de enfermidade dun familiar.

II. ALTERNATIVAS LEGAIS E CONVENCIONAIS PARA FACER FRONTE ÁS ENFERMIDADES DE FAMILIARES NO DEREITO INTERNO

O ordenamento xurídico español deu resposta a algunhas das necesidades relacionadas coas enfermidades dos familiares do traballador, pero non a todas. É ben sabido que o artigo 37.3.b) do Estatuto dos Traballadores concede ao traballador a posibilidade de ausentarse do traballo, con dereito a remuneración, no caso de falecemento, accidente, enfermidade graves ou hospitalización de parentes ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, o que, en principio, parece satisfacer as esixencias comunitarias en relación co recoñecemento dun permiso por causas de forza maior. A duración do permiso é de dous días, ampliables a catro cando sexa necesario facer un desprazamento ao efecto. A maior parte das veces os convenios colectivos limítanse a recoller este dereito nas mesmas condicións en que se plasma no Estatuto, aínda que non é infrecuente a introdución de pequenas melloras, que xeralmente consisten en ampliacións da súa duración[11].

9 Véxase, entre outros documentos, a Resolución do 29 de xuño de 2000, sobre participación equilibrada de homes e mulleres na actividade profesional e na vida familiar, D.O.C.E. núm. C 218, do 31 de xullo de 2000, o Informe da Comisión sobre igualdade entre mulleres e homes, cit., a Decisión 2001/63/CE, do 19 de xaneiro, do Consello, que fixa as directrices para as políticas de emprego dos Estados membros para o ano 2001, D.O.C.E. núm. Lei 22, do 24 de xaneiro de 2001, etc.

10 CASAS BAAMONDE, M. E., Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental, cit., 91-96.

11 Por exemplo, o artigo 29.4 do Convenio colectivo do persoal laboral da Comunidade de Madrid, B.O. da Comunidade de Madrid do 28 de abril de 2005 amplía a duración do permiso ata sete días, en función do parentesco do familiar e da gravidade da enfermidade. Ademais, no seu artigo 31 establece un permiso retribuído de carácter excepcional ao que pode acceder o traballador cando, esgotado o permiso anterior, persista a gravidade da situación do familiar.

Non obstante, este permiso só dá resposta a unha pequena parte dos problemas de conciliación que formula ao traballador o coidado dos familiares enfermos, pois, circunscríbese a afeccións que revisten certa gravidade[12] ou que precisan hospitalización[13].

A esta posibilidade o Estatuto engade outras dúas alternativas. A primeira, contida no artigo 37. 5 e 6, é o dereito de redución de xornada para encargarse do coidado de familiares, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de enfermidade, accidente ou enfermidade non poidan valerse por si mesmos, sempre que non desempeñen unha actividade retribuída. A segunda é a solicitude dunha excedencia, á que se refire o artigo 46.3, polas mesmas circunstancias e os mesmos familiares que dan dereito á redución de xornada, a duración da cal non será superior a un ano, salvo que dispoña outra cousa a negociación colectiva.

O suposto de feito ao que se refiren estes dous mecanismos, ao igual que o suposto que dá lugar ao permiso do artigo 37.3.b), esixe certa gravidade, que se manifesta na condición de que a enfermidade limite a autonomía da persoa. Ademais, ha de tratarse dunha situación que perdure no tempo xustificando dúas solucións en modo algún puntuais, como a redución de xornada e a excedencia.

Pola súa banda, a análise da negociación colectiva permite descubrir outros permisos, na súa maioría non retribuídos, que, cunha duración que oscila entre quince días e tres meses, adoitan concederse aos traballadores en caso de enfermidade grave dun familiar, facendo posible que estes se dediquen completamente ao seu coidado durante un período de tempo non demasiado longo[14].

12 De feito, a doutrina xudicial considerou que non son afeccións graves e que, polo tanto, non xeran dereito ao permiso, unha operación de cataratas -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 25 de marzo de 2003 (JUR 2003/137378)-, a extracción de varias pezas dentais -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias, do 12 de marzo de 2004 (JUR 2004/127148)-, ou unha intervención cirúrxica por luxación no ombro nunha persoa de avanzada idade -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 10 de maio de 2000 (AS 2000/2.596)-.

13 A Lei 39/1999, do 5 de novembro, para a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras, ampliou o suposto de feito da norma ao engadir a hospitalización, pois abonda que esta concorra para ter dereito ao permiso, con independencia de que a enfermidade que determina o ingreso hospitalario sexa grave ou non. Apoiando outra interpretación da reforma, da que non obstante non se derivan efectos prácticos distintos, os Xulgados ordinarios entenderon que a reforma lexislativa equipara o concepto de enfermidade grave co de hospitalización. Así, as sentenzas do Xulgado do social nº 1 de Vitoria-Gasteiz, do 24 de marzo de 2000, (AS 2000/703) e do Xulgado do social nº 4 de Sevilla, do 26 de decembro de 2001 (JUR 2002/76161).

A nova redacción do artigo 37.3.b) do Estatuto dos Traballadores, e a súa influencia sobre a redacción deste permiso na negociación colectiva augura o fin de certa liña jurisprudencial que denegaba o dereito ao permiso en casos de hospitalización por enfermidade non grave ou sen acreditación da súa gravidade. A este respecto, véxanse as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, do 20 de setembro de 2003 (JUR 2003/236331) e do Tribunal Superior de Madrid, do 16 de decembro de 2003 (JUR 2004/94795), nas que se confirma a denegación deste tipo de permisos, estando xa en vigor a Lei 39/1999, sobre a base de que o Convenio colectivo aplicable non contemplaba o suposto de hospitalización. A decisión de ambos os dous Tribunais resulta polémica, ao dar por sentado que o artigo 37.3.b) non é unha norma de dereito necesario, apreciación que resulta discutible, e aínda máis se se ten en conta que o precepto garante dereitos imprescindibles para a conciliación da vida laboral e familiar.

Por outro lado, tamén se formularon dúbidas sobre o concepto de hospitalización, que deron lugar a diversas solucións por parte dos tribunais. Así, avoga por unha interpretación literal do devandito concepto, que exclúe unha longa permanencia no Servizo de Urxencias, a sentenza do Xulgado do Social nº 25 de Madrid, do 3 de decembro de 2001 (AS 2002/274). Pola contra, entende que os ingresos ambulatorios que superen as vinte e catro horas están comprendidos na noción de hospitalización, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, do 4 de xuño de 2002 (AS 2002/2481).

14 A título de exemplo, véxase o artigo 24 do Convenio colectivo de traballo para o sector de "industrias vinícolas" de Navarra, B.O. de Navarra do 11 de maio de 2005, artigo 24 do Convenio colectivo do sector do empaquetado de tomate de Las Palmas, B.O. de Las Palmas de 27 de febreiro de 2004, artigo 21 do X Convenio colectivo da empresa Asociación Telefónica de Asistencia a Minusválidos, B.O.E. do 20 de decembro de 2005, artigo 22.5 do III Convenio colectivo para as empresas do Grupo Generali España, B.O.E. do 23 de novembro de 2005, artigo 23 bis do Convenio colectivo rexional do campo de Canarias, B.O. de Canarias do 19 de decembro de 2005, artigo 18.j) e k) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Cidade Real do 7 de decembro de 2005, etc.

Evidentemente, estes permisos ofrecen novas posibilidades de conciliación, pero volven centrarse nos casos máis extremos, sumándose así ás alternativas recollidas no Estatuto dos Traballadores.

En consecuencia, a lei deixa sen cobertura os supostos máis habituais, nos que o conflito de conciliación vén xerado por doenzas leves que, non obstante, esixen a atención e o coidado do traballador, dificultando o cumprimento das súas obrigas laborais.

Hoxe por hoxe non pode considerarse que estas situacións estean cubertas por algún dos apartados do artigo 37.3, por máis que algún convenio, facendo gala de gran habilidade, identificara o acompañamento de certos familiares a consulta médica co cumprimento dun deber inescusable, esta vez de carácter persoal, recoñecido na letra d) do citado precepto do Estatuto[15]. A solución é válida no ámbito do convenio que así especifícao, e debería ser exemplar para o resto da negociación colectiva, pero, malia todo, non cabe xeneralizar esta equiparación, entre outras cousas, porque non hai xurisprudencia firme que a avale[16].

15 Art. 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, B.O. do Principado de Asturias do 26 de agosto de 2005, artigo 35 do Convenio colectivo da empresa "Rede Arañatecido de entidades sociais para o emprego", B.O.E. de 23 de novembro de 2005 e artigo 71.1.e) do Convenio colectivo para empresas de atención especializada no ámbito da familia, infancia e xuventude, na Comunidade Valenciana, D.O. da Generalitat Valenciana do 17 de agosto de 2004.

16 Aínda que si hai algunha sentenza que confirma esta interpretación, como a do Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, do 11 de novembro de 2003 (JUR 2004/186496).

Neste sentido, o noso ordenamento é restritivo, en comparación co da maior parte dos países membros da Unión Europea, onde non é estraña a previsión de permisos para coidar familiares, aínda cando a súa enfermidade non revista gravidade[17]. Esta situación foi criticada por a doutrina, que entende que o lexislador desaproveitou a oportunidade que lle brindaba a elaboración da Lei 39/1999, do 5 de novembro, para a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras, para introducir entre os permisos remunerados do artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores outros novos que facilitasen o acompañamento de fillos menores ao médico, así como o seu coidado ante enfermidades infecto-contaxiosas[18]..

17 Por exemplo, a lexislación austriaca contempla un permiso retribuído dunha semana ao ano para coidar dun fillo ou parente enfermo.

En Finlandia, permítese que o traballador se ausente do seu traballo un máximo de catro días para coidar dun fillo enfermo menor de dez anos. O permiso pode volver tomarse se o neno contrae outra enfermidade ou se outro fillo se pon enfermo, aínda que se o outro proxenitor está na casa e pode ocuparse do coidado, o traballador perde o dereito a este. O carácter retribuído ou non do permiso fíxase a través do convenio colectivo.

En Francia concédense tres días de permiso ao ano en caso de enfermidade ou accidente dun fillo menor de dezaseis anos que estea baixo a tutela do traballador. Aínda que se amplía ata cinco días se o neno é menor de ou ano ou se o traballador ten tres ou máis fillos menores de dezaseis anos.

En Alemaña cada proxenitor ten dereito a dez días de permiso para atender ao coidado dun fillo -que se converten en vinte para as familias monoparentais-. Agora ben, se se ten máis dun fillo, os días de permiso amplíanse ata un máximo de vinte e cinco por cada proxenitor -cincuenta para as familias monoparentais-. O permiso é retribuído, correndo a retribución a cargo da empresa ou do sistema público de seguro de enfermidade. E, ao contrario do que sucede en Finlandia, o Alemaña consérvase o dereito ao permiso, aínda cando haxa outras persoas que poidan atender ao coidado do neno. Se concorren outras circunstancias, como a especial gravidade da enfermidade ou que o coidado só poida ser dispensado polo traballador, a lexislación alemá contempla outro permiso específico, por enfermidade dun fillo.

En Italia, a lexislación concede a cada proxenitor un permiso non remunerado para coidar dun fillo enfermo de ata tres anos de idade, e cinco días de permiso ao ano para coidar dun fillo enfermo de ata oito anos de idade. Non obstante, ambos os dous proxenitores non poden gozar do permiso á vez.

Nos Países Baixos, o traballador ten á súa disposición un permiso retribuído, sen límites de horas ou días, para dedicarse ao coidado dun parente enfermo. De tódolos xeitos, a duración do permiso non poderá superar, no curso dun ano, o dobre de tempo de traballo semanal.

En Portugal está previsto un permiso de trinta días anuais para asumir o coidado dun fillo menor de dez anos que estea enfermo ou sufrira un accidente, así como un permiso de quince días anuais para encargarse do coidado urxente e indispensable por enfermidade dun fillo menor de dez anos, do cónxuxe ou conviviente e/ou doutro parente que se especificara. Ningún dos dous permisos é retribuído, e tampouco se garante o dereito a recibir un subsidio social.

A lexislación sueca contempla un permiso para coidar os fillos menores de doce anos afectados por algunha enfermidade común. Tal permiso conforma unha bolsa de sesenta días anuais, cunha protección do sistema de Seguridade Social que alcanza unha taxa de reposición de entre o 75 e o 80%.

En Reino Unido admítese un período razoable de permiso para ocuparse dun asunto familiar, como pode ser unha enfermidade repentina ou un accidente sufrido por unha persoa que se atopa a cargo do traballador, ou ben para tomar medidas relativas ao coidado dos fillos debido á enfermidade repentina ou incapacidade da persoa que os coida habitualmente.

Todos estes datos foron extraídos do Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la aplicación de la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, do 19 de xuño de 2003, COM(2003) 358 final, que reflicte a situación existente en novembro de 2002. Ademais, respecto á lexislación sueca, manexouse o estudio de EKBERG, J., ERIKSSON, R., FRIEBEL, G., Parental Leave. A Policy Evaluation of the Swedish "Daddy-Month" Reform, Discussion Paper nº 1617, IZA, Bonn may (2005), 9, dispoñible en http://www.iza.org/en/webcontent/personnel/

18 LOUSADA AROCHENA, F., Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, AL, nº 25, 19 ao 25 de xuño (2000) 449, DE LA VILLA GIL, L. E. e LÓPEZ CUMBRE, L. Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental, RMTAS, nº extraordinario sobre conciliación de la vida laboral y familiar (1999) e MARÍN ALONSO, I. e GORELLI HERNÁNDEZ, J., Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización, Laborum, Murcia (2001) 27 e 28.

Pola súa banda, ARGÜELLES BRANCO, A. R., Vida laboral versus vida familiar. Reflexiones sobre el estado de la cuestión a raíz de las últimas reformas, AL, nº 6, 3 ao 9 de febreiro (2003) 95, propón que se amplíen os permisos dirixidos á conciliación, incluíndo o permiso de "acompañamento dos menores de oito anos que se teñan a cargo á asistencia sanitaria". Probablemente, a idade de oito proposta por esta autora relaciónase coa idade suxerida polo Acordo Marco sobre o permiso parenteral celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES, en relación co permiso parenteral

De feito, habería que preguntarse se a transposición do permiso de forza maior previsto na Directiva 96/34/CE a través da reforma do artigo 37.3.b) esgota as posibilidades abertas pola norma comunitaria. Se se examina detidamente o suposto de feito do permiso previsto no Acordo marco parece que non é así, pois nel tan só se esixe a concorrencia de motivos familiares urxentes, causados por unha enfermidade ou accidente, que fagan imprescindible a presenza inmediata do traballador. Efectivamente, isto sucede en caso dunha enfermidade grave -aínda que a gravidade non sexa un requisito necesario á vista da regulación comunitaria-, de accidente ou hospitalización, tal e como prevé o artigo 37.3.b). Pero non parece haber razóns de peso que impidan considerar como causa de forza maior unha enfermidade non grave dun fillo menor ou dun familiar con autonomía reducida que esixan o coidado do traballador, por non haber outra persoa que poida dispensarllo/llelo, facendo colisionar as súas obrigas familiares coas laborais. Por esta razón, pode concluírse que a transposición levada a cabo pola lei foi incompleta, ou polo menos demasiado restrinxida.

Obviamente, o silencio da lei acerca destas situacións pode ser suplido pola negociación colectiva, que non se mantivo de todo impasible a este respecto. De feito, hai dous permisos que están sendo recoñecidos neste ámbito, e que son o permiso para acompañar a familiares a consulta médica e o permiso para atender directamente ao coidado dun familiar -xeralmente un fillo- afectado por unha enfermidade leve.

A primeira conclusión da presente análise refírese á incidencia de ambos os dous permisos no panorama da negociación[19]. Se ben o permiso de acompañamento a consulta médica está presente en ao redor dunha cuarta parte dos convenios que foron examinados, o permiso para coidar un familiar afectado por unha enfermidade infecto-contaxiosa é moi excepcional, sendo unha proporción non significativa de convenios os que o contemplan.

Ademais, a iso hai que engadir que, atendendo á tipoloxía de convenios que inclúen o permiso de acompañamento, se aprecia unha elevada proporción de convenios de ámbito sectorial, tanto provincial como interprovincial ou estatal, o que, obviamente, supón o sometemento dun grande número de empresas, aínda que o número de convenios non sexa moi alto. En cambio, respecto aos convenios que incorporan disposicións relativas ao coidado directo de familiares en estado non grave, sucede o contrario, isto é, os convenios de empresa son tantos como os convenios de sector, polo que o efecto multiplicador en relación coas empresas vinculadas a estas cláusulas é moito menor.

A incidencia máis restrinxida deste permiso na negociación colectiva obedece probablemente a distintas circunstancias, como por exemplo, que a situación que xera o dereito ao permiso pode presentarse de improviso, ou cunha escasa marxe para advertir ao empresario, que a delimitación temporal da necesidade de coidado é incerta e ademais depende da libre apreciación do traballador, e, por último, que a xustificación do uso do permiso tamén pode formular problemas, en especial polo que se refire aos seus límites, é dicir, a partir de qué momento xa non resulta xustificado o uso do permiso. Todo iso dificulta a facultade organizativa do empresario.

19 Como advertencia metodolóxica, hai que dicir que este traballo se fixo sobre a análise dunha mostra de convenios colectivos publicados en 2004, 2005 e comezos do 2006. A devandita mostra inclúe todos os publicados no boletín oficial do Estado no período citado, así como os convenios de sector de ámbito provincial e interprovincial publicados nos diarios oficiais de comunidades autónomas e provincias. Con carácter excepcional, incluíuse algún convenio do ano 2003 que aínda segue vixente polo seu especial interese na materia.

Por esta razón, os convenios que incorporan este permiso adoitan acoutar a súa duración fixando un crédito horario do que se pode ir facendo uso a medida que sexa necesario[20], ou ben concedendo un número limitado de días con esta finalidade[21].. Ademais, xunto a algúns convenios que establecen o carácter retribuído do permiso[22], outros condicionan o seu desfrute á compensación posterior do tempo empregado nel[23]., articulando unha práctica de flexibilidade horaria ao servizo da conciliación da vida familiar e laboral que tamén se usa en relación co permiso de acompañamento a consulta médica, e que pode facilitar a introdución destas previsións, ao eludir as cargas económicas que doutro xeito se impoñen sobre o empresario.

A escasa incidencia do permiso de acompañamento a consulta sanitaria, e en especial do permiso para coidado de familiares enfermos no panorama da negociación non implica que o traballador suxeito a un convenio onde non estean previstos os devanditos permisos non teña ningunha posibilidade de facer fronte ás situacións de enfermidade leve dos seus familiares. O que sucede é que para iso se verá obrigado a acudir a outros mecanismos, que non son propiamente de conciliación da vida laboral e familiar, como os días de permiso por asuntos propios, que contempla con maior frecuencia a negociación colectiva.

De tódolos xeitos, hai que concluír que o labor da negociación colectiva nesta materia é claramente insuficiente, o cal obriga aos interlocutores sociais a tomar conciencia da relevancia da conciliación como un dos eixes que debe articular a negociación colectiva, e a perseverar na busca de mecanismos ao servizo dos traballadores con responsabilidades familiares, poñendo especial atención nas fórmulas flexibles de xestión do tempo de traballo.

20 Cincuenta horas anuais, segundo o artigo 23.j) do Convenio colectivo da empresa Servicios de Seguridad Mancomunados, S.A. (SESEMA), B.O. de Cidade Real de 11 de agosto de 2004, e oitenta horas anuais no artigo 51 do Convenio colectivo do sector de elevación, depuración, tratamento, captación e distribución de augas de Cidade Real, B.O. de Cidade Real do 16 de xuño de 2003.

21 Un tan só a teor do artigo 18.a) do Convenio colectivo da empresa European Air Transport N.V./S.A., B.O.E. do 27 de abril de 2005, nove días como máximo, segundo o artigo 4 do capítulo VII do Convenio colectivo da empresa "Compañía española de Petróleos, S.A." (CEPSA), B.O.E. de 29 de setembro de 2003, e catro días consecutivos, segundo o artigo 30.1 do Convenio colectivo do persoal laboral da Comunidade de Madrid, cit

22 Artigo 24.i) e j) do III Convenio colectivo nacional para o sector de auto taxis, B.O.E. do 15 de abril de 2003, artigo 13 do Convenio colectivo da empresa "Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.P.A., B.O.E. do 15 de outubro de 2004, artigo 38.b) do III Convenio colectivo General de Ferralla, B.O.E. de 27 de xaneiro de 2006 e artigo 34.g) do Convenio Colectivo da empresa Arteixo Telecom, S.A., B.O.E. do 23 de xullo de 2005. O artigo 30.1 do Convenio colectivo do persoal laboral da Comunidade de Madrid, cit. opta pola solución intermedia: fíxase unha licenza con soldo parcial que ascende ao 50% das retribucións.

23 Artigo 4 do capítulo VII do Convenio colectivo da empresa "Compañía española de Petróleos, S.A." (CEPSA), cit., e artigo 18.a) do Convenio colectivo da empresa European Air Transport N.V./S.A., cit

III. O PERMISO PARA ACOMPAÑAR FAMILIARES A CONSULTA MÉDICA

1. Elemento obxectivo do permiso

As circunstancia obxectiva que ha de mediar para que o traballador poida facer uso deste permiso é que un familiar necesite acudir a consulta médica. Non obstante, nin todos os familiares son tidos en conta para os efectos deste permiso, nin calquera consulta médica serve para activar o dereito do traballador. Nas páxinas seguintes vaise examinar o modo en que a negociación colectiva procedeu a delimitar os presupostos obxectivos do permiso.

A. Suxeitos que poden ser acompañados á consulta médica

A determinación das persoas ás que o traballador pode acompañar facendo uso deste permiso lévase a cabo mediante a aplicación conxunta de dúas coordenadas. Por unha parte, esíxese unha relación de parentesco entre a devandita persoa e o traballador, relación que cada convenio colectivo se encarga de definir. E, por outra parte, ese primeiro círculo de individuos delimitado polo parentesco restrínxese aínda máis como resultado da aplicación da segunda coordenada, que impón sobre eles certas condicións de idade, minusvalidez, dependencia ou convivencia co traballador. Só os que superen estes dous niveis de esixencia poderán xerar no traballador o dereito a facer uso do permiso, sempre que se cumpran o resto das condicións, por suposto.

Aínda que a práctica totalidade dos convenios funciona sobre o esquema descrito, a negociación colectiva tamén mostra excepcións que se caracterizan pola ausencia total ou parcial dalgunha das coordenadas mencionadas. Por exemplo, aínda que as referencias ao parentesco non desaparecen por completo en ningún convenio, hai uns poucos que son menos esixentes a este respecto, de modo que a segunda coordenada se torna esencial para a determinación do elemento obxectivo[24]. E tamén sucede o contrario, é dicir, que abonda demostrar a relación de parentesco para poder acceder ao permiso, prescindindo por completo -esta vez si- de requisitos adicionais referidos á idade, dependencia, etc[25].

24 Todos os convenios aos que se fai referencia contemplan os fillos como suxeitos que poden ser acompañados a consulta médica, de modo que o parentesco como parámetro delimitador non desaparece. Pero, ademais dos fillos, algúns convenios permiten ao traballador acompañar a outras persoas que o necesiten por razóns de dependencia, idade ou polo feito de estar "a cargo do traballador". Por conseguinte, son estas circunstancias as que, finalmente, van servir para configurar o conxunto de persoas que poden xustificar o uso do permiso. Neste sentido, a negociación colectiva mostrouse algo máis receptiva que a lei fronte á protección de relacións de amizade, compañeirismo, veciñanza ou de unións sentimentais que non discorren polas canles comúns. Véxanse ao respecto o artigo 22.k) do V Convenio colectivo para o persoal laboral ao servizo da Junta de Extremadura, D.O. de Extremadura de 23 de xullo de 2005, o artigo 45 do Convenio colectivo de traballo para o sector de residencias privadas de persoas maiores da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, B.O. de La Rioja do 4 de outubro de 2005, o artigo 20.5.c) do Convenio Colectivo da empresa Paradores de Turismo de España, B.O.E. do 7 de xaneiro de 2005, o artigo 24.i) do III Convenio colectivo nacional para o sector de auto Taxis, cit., e o artigo 9 do Convenio colectivo do sector de Auto Taxi de Andalucía, B.O. da xunta de Andalucía do 25 de maio de 2005.

25 Artigo 31.k) do Convenio colectivo para o sector de "Industria de Hostalaría" da Comunidade Foral de Navarra, B.O. de Navarra do 28 de xuño de 2004, artigo 41.6 do I Convenio colectivo de traballo do sector do tempo libre educativo e sociocultural de Cataluña para os anos 2005-2007, D.O. da Generalitat de Cataluña do 1 de xuño de 2005, e artigo 22.7 do Convenio colectivo de traballo do sector das Escolas de educación especial para o ano 2005, D.O. da Generalitat de Cataluña do 29 de setembro de 2005. O artigo 9.h) do Convenio colectivo da empresa Hero España, S.A., B.O.E. de 15 de setembro de 2005 e o artigo 33 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, B.O. de Ávila do 6 de xullo de 2004, utilizan a idade para limitar a posibilidade de acompañar aos fillos a consulta médica, pero non impoñen ningún requisito sobre os outros familiares.

a) Grao de parentesco

Todos os convenios que incorporan o permiso para acompañar familiares a consulta médica inclúen entre os devanditos familiares os fillos. É máis, a maior parte dos convenios que contemplan o devandito permiso fano exclusivamente en relación cos fillos, sen que caiba o acompañamento doutros familiares[26]. Iso proba novamente que, na negociación colectiva, cando se fala de responsabilidades familiares se pensa, ante todo, na relación paterno-filial.

De tódolos xeitos, e malia que a negociación non distingue entre fillos biolóxicos ou adoptivos, o certo é que se manexa un concepto restrinxido que non chega a cubrir os supostos en que, se ben non existe filiación en sentido estrito, si concorren as mesmas obrigas de coidado. O acollemento e tutela de menores son exemplos paradigmáticos diso[27]. A omisión resulta sorprendente se se volve a vista cara á regulación legal dos dereitos de conciliación, que equipara expresamente os pais de acollida cos pais biolóxicos e/ou adoptivos. Así sucede na excedencia para coidado de fillo -artigo 46.3 do Estatuto dos Traballadores-, nos permisos de maternidade e paternidade -artigo 48.4 ET- e na redución de xornada por coidado de familiares -artigo 37.5 ET-. Por iso, hai que lamentar que a posición do lexislador non servira de referencia aos negociadores. De calquera modo, tendo en conta a vontade do lexislador de estender a protección a estes supostos e, sobre todo, o interese superior do menor, que quedaría maltrecho se só nestes casos se exclúe o dereito de acompañamento a consulta médica, hai que concluír que, aínda que o convenio non o prevexa, tamén os pais de acollida, ou titores, son titulares de este dereito, en virtude dunha interpretación extensiva das cláusulas convencionais.

Xunto cos fillos, a negociación colectiva foi ampliando o círculo de familiares que o traballador podería acompañar a consulta médica. A ampliación tivo como obxectivo prioritario introducir tamén aos pais do traballador no ámbito obxectivo do permiso, e así, un número significativo de convenios, aínda que sensiblemente inferior aos que mencionan unicamente aos fillos, refírese aos parentes de primeiro grao. Nalgúns establécese que ha de tratarse de relacións de consanguinidade[28], mentres que outros inclúen tamén as de afinidade, de modo que a posibilidade de acompañamento remata alcanzando tamén a sogros e xenros[29].

26 A título de exemplo, véxase o artigo 10.10 do Convenio Colectivo interprovincial da industria metalgráfica e de fabricación de envases metálicos, B.O.E. do 18 de agosto de 2005, o artigo 34.g) do Convenio Colectivo da empresa Arteixo Telecom, S.A., cit., o artigo 14.g) do Convenio colectivo do sector do comercio de pel e calzado de Vizcaya, B.O. de Vizcaya do 13 de febreiro de 2004, o artigo 15.h) do Convenio colectivo para o sector de salóns de peiteado de señora, institutos de beleza e similares de Valladolid, B.O. de Valladolid de 17 de setembro de 2004, o artigo 25.9 do Convenio colectivo de traballo "limpeza de edificios e locais de Badajoz", D.O. de Extremadura de 25 de agosto de 2005 e o artigo 21.j) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Jaén, B.O. de Jaén do 29 de xuño de 2004.

27 De modo excepcional, véxase o artigo 43.e).1 e 2 do Convenio colectivo da empresa "Minas de Almadén y Arrayanes, S.A.", para os anos 2003-2006, B.O.E. do 27 de abril de 2004.

28 Entre outros, véxase o artigo 56.2 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, B.O.E. do 31 de agosto de 2005, o artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, B.O.E. de 22 de xullo de 2005, o artigo 4 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, B.O. de Guipúzcoa de 10 de xaneiro de 2005 e o artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, D.O. da Generalitat de Cataluña do 2 de febreiro de 2004.

29 A xeito de exemplo, véxase o artigo 27.6 do XX Convenio Colectivo de Banca, B.O.E. do 2 de agosto de 2005, o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, B.O.E. do 10 de novembro de 2004, o artigo 11.f) do Convenio colectivo de traballo agrícola, forestal e pecuario da Rexión de Murcia, B.O. da Rexión de Murcia do 30 de xullo de 2005, o artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, B.O. de Salamanca de 15 de xuño de 2005 e o artigo 22.7 do Convenio colectivo de traballo do sector das Escolas de educación especial para o ano 2005, D.O. da Generalitat de Cataluña do 29 de setembro de 2005.

O habitual é que as posibilidades de acompañamento se deteñan no primeiro grao, aínda que tamén hai exemplos de extensión do ámbito obxectivo do permiso ata o segundo grao, englobando irmáns, avós e netos, así como aos seus equivalentes se o parentesco é por afinidade[30]; se ben a ampliación do círculo de familiares adoita estar vinculada á esixencia de que sufran algunha minusvalidez, como se verá máis adiante[31]. Outros convenios, que tamén son minoritarios, estenden o ámbito obxectivo do permiso a todos os parentes en liña directa, utilizando o termo ascendentes e/ou descendentes, sen indicacións respecto ao grao de parentesco, de modo que o traballador podería acompañar consulta médica non só aos seus pais, senón tamén aos seus avós ou outros ascendentes en caso de que vivisen, e non só aos seus fillos, senón tamén a netos ou outros descendentes[32]. O maior inconveniente que presenta esta alternativa respecto á anterior é que non quedan incluídos no ámbito de aplicación do permiso os irmáns, ao ser colaterais.

Malia a concorrencia deste pequeno grupo de convenios que van máis alá do primeiro grao de parentesco, hai que dicir que a tendencia da negociación colectiva en canto á determinación dos familiares que poden xerar o dereito ao permiso é restritiva. Iso apréciase en maior medida cando se comparan estas cláusulas co permiso do artigo 37.3.b) ou outras disposicións do Estatuto dos Traballadores relativas á conciliación da vida familiar e laboral do traballador con responsabilidades familiares. En todas elas o círculo de parentes que activan os dereitos deseñados se estende ata o segundo grao, incluíndo as relacións por consanguinidade e por afinidade. Por desgraza, como se viu, os negociadores non toman esta referencia na maioría das ocasións, configurando un círculo de familiares máis restrinxido. Aínda así, hai que destacar que a ampliación do círculo de familiares ata o segundo grao é importante, primeiro, porque permite protexer as relacións xurdidas no seo da familia extensa, e, segundo, porque ofrece unha resposta satisfactoria ao papel, ás veces prioritario, que os avós desempeñan na actualidade no coidado dos netos, a causa da incorporación da muller ao mercado de traballo.

30 Neste sentido, habería que estar ao concepto amplo de afinidade defendido polo Tribunal Supremo na sentenza do 18 de febreiro de 1998 (RJ 1998/2209) e do 27 de maio de 1998 (RJ 1998/4932).

31 Artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, D.O. da Generalitat Valenciana do 5 de marzo de 2004, artigo 41 do Convenio colectivo de Manipulado e Envasado de cítricos, froitas e hortalizas para a Comunidade Valenciana, para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, D.O. da Generalitat Valenciana do 25 de marzo de 2004, artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., B.O.E. de 11 de xuño de 2004, artigo 24.7 do Convenio Colectivo interprovincial das empresas minoristas de droguarías, herboristerías, ortopedias e perfumarías, B.O.E. de 15 de marzo de 2005, e artigo 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, B.O. do Principado de Asturias do 26 de agosto de 2005.

32 Refírese a ascendentes o artigo 23 do Convenio colectivo da empresa "Umano Servicios Integrales, S.A., B.O.E. do 24 de agosto de 2004, artigo 30 do III Convenio colectivo estatal para o sector de telemercadotecnia, B.O.E. do 5 de maio de 2005, artigo 53.2 do Convenio colectivo do sector de industrias transformadoras de plásticos de Valencia, B.O. de Valencia do 22 de xullo de 2004, artigo 9.l) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de oficinas e despachos da provincia de Lugo, D.O. de Galicia do 13 de outubro de 2005. E inclúen tanto aos ascendentes coma aos descendentes o artigo 9.h) do Convenio Colectivo da empresa Hero España, S.A., cit. e artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, B.O.E. do 17 de marzo de 2005.

Outro familiar que se adoita entrar no ámbito de aplicación do permiso para acompañamento a consulta médica é o cónxuxe. A súa inclusión debe facerse de xeito expreso, posto que a referencia a parentes por afinidade non o comprende. Non obstante, a proporción de convenios que o mencionan é lixeiramente inferior aos que integran parentes en primeiro grao.

A mención ao cónxuxe acompaña a mención dos fillos, na maioría dos casos, ou a dos parentes en primeiro grao, de modo que o permiso pasa a englobar o conxunto de familiares máis próximos ao traballador[33]. Non obstante, a referencia ao cónxuxe formula un problema respecto ás parellas de feito, que quedarían excluídas do ámbito de aplicación do permiso. Por fortuna, algúns convenios solucionan a situación equiparando expresamente os dereitos dos traballadores que contraeron matrimonio cos dos que se atopan inscritos no correspondente rexistro de parellas de feito[34].

Pola contra, a falta de mención do cónxuxe formula un problema nos convenios que inclúen no elemento obxectivo do permiso aos parentes por afinidade, pois por esta vía se chega ao absurdo de que o traballador podería acompañar a consulta médica os seus sogros pero non ao seu cónxuxe. Nestes casos, nos que quizais os interlocutores sociais se deixaran levar polo pésimo exemplo do artigo 37.3.b) do Estatuto dos Traballadores, que esquece mencionar ao cónxuxe ao lado dos parentes por consanguinidade e afinidade, imponse unha interpretación lóxica do precepto que debe levar a incluír tamén no seu ámbito de aplicación o cónxuxe[35].

b) Condicións adicionais: idade, convivencia, dependencia e minusvalidez

Sobre as relacións de parentesco anteriormente descritas a negociación colectiva aplica unha serie de condicións co fin de precisar qué persoas poden xerar no traballador o dereito a acceder ao permiso de acompañamento. Tales condicións teñen un dobre obxectivo, por unha parte, confirmar que entre o traballador e o seu parente existe unha relación efectiva de tipo familiar, e, por outra parte, restrinxir o uso do permiso ás situacións en que a persoa que deba asistir á consulta médica non teña capacidade para facelo soa, ou ben a súa capacidade para iso poida ser reducida. Para alcanzar o primeiro obxectivo impóñense condicións como a convivencia ou "estar a cargo" do traballador, mentres que en relación co segundo se esixen certos requisitos de idade, dependencia ou minusvalidez.

33 Sen ánimo de exhaustividade, véxase o artigo 23.9 do Convenio colectivo da empresa Fertiberia, S.A., para o conxunto dos seus centros de traballo, agás Luchana (Vizcaya), B.O.E. do 18 de outubro de 2004, artigo 36 do Convenio colectivo do sector de limpeza pública viaria de Guipúzcoa, B.O. de Guipúzcoa do 7 de maio de 2004, o artigo 18.k) do Convenio colectivo do sector de lavandarías industriais de Las Palmas, B.O. de Las Palmas de 2 de abril de 2004 e o artigo 14 do Convenio colectivo para as empresas de pompas fúnebres de Cádiz, B.O. de Cádiz do 3 de setembro de 2005.

34 Artigo 39 in fine do Convenio colectivo da empresa Michelín España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, B.O.E. do 11 de outubro de 2004, artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., artigo 31.k) do Convenio colectivo para o sector de "Industria de Hostalaría" da Comunidade Foral de Navarra, cit., artigo 4.10 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, cit., e artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, B.O. de Guipúzcoa do 3 de febreiro de 2005.

35 Sobre o lapsus do artigo 37.3.b) e a súa probable solución véxase LÓPEZ TERRADA, E., El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos, Tirant Lo Blanch, Valencia (2003) 41, e ALBIOL MONTESINOS, I., La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, Tirant Lo Blanch, Valencia (2001) 11.

As catro condicións non adoitan presentarse xuntas nas cláusulas convencionais, entre outras cousas, porque tal cúmulo de esixencias determinaría un ámbito demasiado restritivo para o uso do permiso. Pola contra, cada convenio incorpora as que lle parecen oportunas -unha ou varias-, podendo mesmo impoñer diferentes condicións ás persoas que conforman o ámbito de aplicación do permiso, segundo o parentesco que medie entre elas e o traballador.

Para acoutar qué fillos do traballador xeran o dereito ao permiso, a negociación colectiva adoita aplicar condicións de idade, e en menor medida de convivencia.

Os fillos han de ser menores de certa idade, non obstante, as idades que aparecen nos convenios son tremendamente variadas. Hai convenios que optan por garantir este dereito unicamente durante a primeira infancia[36], outros aseguran o seu exercicio durante toda a infancia do menor[37], e por fin un último grupo aventúrase na adolescencia, en parte ou por completo. En definitiva, a negociación colectiva cobre idades que oscilan entre os seis e os dezaoito anos.

A variedade que se aprecia impide detectar tendencias consolidadas. É certo que, por idades concretas, os convenios máis numerosos son os que amplían o permiso ata os dezaoito anos. Non obstante, en conxunto, os convenios que escollen idades que non alcanzan a maioría de idade son moito máis numerosos. As idades con maior número de referencias convencionais son seis, oito, doce e dezaoito anos[38].

36 Seis anos é o límite que sinalan, entre outros, o artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, B.O. de Toledo do 10 de xullo de 2004, artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo provincial de panadarías de Toledo, B.O. de Toledo do 19 de agosto de 2004, artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelaría, confeitaría e repostaría da provincia de Lugo, D.O. de Galicia de 28 de novembro de 2005, e o artigo 20.13 do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio da pel e o calzado de Lugo, D. O. de Galicia do 7 de decembro de 2004.

37 A xeito de exemplo, sete anos indica o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit.

Oito anos o Artigo 56 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, cit., artigo 46.i) do VII Convenio colectivo da empresa Vigilancia Integrada, S.A., B.O.E. de 20 de xullo de 2005 e artigo 38 do III Convenio colectivo General de Ferralla, cit.

Nove anos o artigo 22.l) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do Comercio téxtil da provincia de Lugo, D.O. de Galicia do 1 de agosto de 2005.

Dez anos o artigo 20.11 do Convenio Colectivo de traballo para o manipulado, aderezo, recheo e desoso de olivas, B.O. Rexión de Murcia do 11 de agosto de 2005.

Doce anos o artigo 22.i) do Convenio Colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005 e 2006, B.O. de La Rioja de 30 de xullo de 2005 e o artigo 18.1.l) do Convenio colectivo provincial para a actividade de "Hostalaría" de Albacete, B.O. de Albacete do 13 de setembro de 2004.

38 Novamente sen ánimo de exhaustividade, poden mencionarse os seguintes convenios entre os que fixan o termo do dereito na maioría de idade do fillo: artigo 12.d) do Convenio Colectivo de centros especiais de emprego, D.O. de Galicia do 20 de xaneiro de 2004, artigo 35.1.g) do Convenio colectivo de ámbito estatal para o ano 2005 das empresas de mediación en seguros privados, B.O.E. do 24 de xuño de 2005, artigo 24.h) do Convenio colectivo do sector plural de empresas de hospitalización, consulta e asistencia de Palencia, B.O. de Palencia do 6 de abril de 2004 e artigo 16.6 do Convenio colectivo para a industria de hostalaría de Burgos, B.O. de Burgos do 11 de agosto de 2005, artigo 26 do Convenio colectivo para a actividade de comercio de Ávila e a súa provincia, B.O. de Ávila do 4 de febreiro de 2005.

En calquera caso, a ampla diferenza de idades responde a motivacións distintas en función das cales si é posible facer unha clasificación dos convenios. Por un lado, habería que distinguir aqueles que engloban unicamente a infancia do menor. Obviamente, nestes casos non se está a atender á capacidade do menor para asistir sen os seus pais a consulta médica -pois se o permiso se limita ata os oito anos, é evidente que un neno de nove non ten capacidade abonda para ir ao médico só-, senón á situación familiar máis complicada na que se atopan os pais ao tratarse dunha etapa na que os fillos adoitan demandar con frecuencia a atención médica. E, por outro lado, situaríanse os convenios que amplían a posibilidade de exercitar o permiso ata a adolescencia, en todo ou en parte. Neles si que se está a ter en conta o momento a partir do cal, en condicións normais, o fillo ten xa autonomía e capacidade abonda para asistir solo á consulta sanitaria.

Os convenios que ofrecen este dereito unicamente durante a infancia do menor non solucionan por completo os problemas de conciliación da vida laboral e familiar. Malia que contribúen a facer posible esa conciliación durante unha etapa que podería cualificarse de crítica, a responsabilidade dos pais ante a lei polo coidado dos seus fillos só cesa no momento en que estes cumpren a maioría de idade. Por iso, o criterio utilizado polo segundo grupo de convenios, isto é, a capacidade real do fillo para valerse por si mesmo, resulta moito máis axeitado, ao solucionar definitivamente os problemas de conciliación formulados polo acompañamento dos fillos a consulta sanitaria.

Aínda que son moito máis escasos, algúns convenios engaden á idade o requisito da convivencia do menor co traballador[39]., ou ben especifican que os fillos que dan dereito ao permiso son os que están "a cargo do traballador"[40].. Tamén hai convenios que prescinden da condición da idade, e condicionan o dereito ao acompañamento dos fillos a consulta médica á convivencia co traballador, de modo que o dereito ao permiso se seguiría xerando máis alá da maioría de idade, mentres persistise a convivencia[41].. Non é este, non obstante, o suposto máis frecuente.

Estas disposicións teñen especial transcendencia cando os pais están separados ou divorciados e un deles detén a garda e custodia dos fillos, pois só el podería acceder ao permiso. A previsión é criticable, porque aínda que é máis habitual que o proxenitor co que convivan os fillos sexa que os acompañe a consulta médica, mentres ambos os dous deteñan a patria potestade a obriga de velar pola súa saúde e benestar segue recaendo sobre os dous.

Ademais, habería que preguntarse se a concesión do permiso unicamente ao proxenitor que convive co menor entraña unha carga en vez dunha vantaxe, no marco dunha situación familiar na que a conciliación é máis complicada de por si. Isto podería suceder, por exemplo, se o permiso non comprende a totalidade do salario real do traballador, ou non é retribuído[42].

39 Entre outros, artigo 9.l) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de oficinas e despachos da provincia de Lugo, cit., artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit. artigo 23.k) do Convenio colectivo da empresa Servicios de seguridade mancomunados, S.A. (SESEMA), cit., e artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit

40 Artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelaría, confeitaría e repostaría da provincia de Lugo, cit.

41 Artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit

42 Así sucede no artigo 30 do Convenio colectivo do sector de transporte público de viaxeiros por estrada da provincia de Pontevedra, D.O. de Galicia do 16 de febreiro de 2004.

A todo iso hai que engadir que, ao ser a nai a que se fai cargo dos fillos na maioría das familias monoparentais, este tipo de cláusulas poden estar a fomentar de xeito encuberto a repartición tradicional de roles dentro da familia, o cal supón un obstáculo para o mantemento da muller no mercado laboral en condicións de igualdade. Por estas razóns, parece máis apropiado prescindir do requisito da convivencia en relación cos fillos.

En canto ao cónxuxe e ao resto dos parentes -de primeiro ou segundo grao- que conforman o elemento obxectivo do permiso, as condicións aplicadas con máis frecuencia son as de dependencia e idade, que adoitan actuar de xeito disxuntivo.

Como xa se apuntou, mediante estas condicións búscase restrinxir a aplicación do permiso a aquelas situacións que indiquen de forma máis ou menos precisa que a persoa que necesita atención sanitaria non pode valerse por si mesma, o cal xustifica o acompañamento por parte do traballador. Na determinación de tales circunstancias poden escollerse dúas vías. A primeira consiste na valoración das capacidades reais do familiar, esixindo a concorrencia dunha situación de dependencia física para que poida nacer o dereito ao permiso[43].

E a segunda pasa por fundar este dereito no establecemento dun dato obxectivo, que é a superación de certa idade por parte do familiar que ha de ser acompañado. A devandita idade foi cifrada de xeito unánime en máis de sesenta e cinco anos, que parece ser o pórtico de ingreso na vellez[44].

En liñas xerais, estes convenios son máis favorables que os primeiros, pois, segundo os datos sobre a dependencia en España, os problemas graves causados por esta adoitan presentarse a unha idade máis avanzada[45]. Polo tanto, este tipo de regulación tamén permite facer fronte a situacións nas que, sen haber dependencia física en sentido estrito, pode ser conveniente que a persoa maior sexa acompañada ao médico, por diversas razóns -apoio emocional, control da medicación, descrición obxectiva de síntomas, etc.-

43 Artigo 20.5.c) do Convenio Colectivo da empresa Paradores de Turismo de España, cit., artigo 27.6 do XX Convenio Colectivo de Banca, cit., artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., artigo 56.2 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, cit., artigo 28.1.m) do Convenio Colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, cit., artigo 27.n) do XIX Convenio colectivo de contratas ferroviarias, B.O.E. de 6 de outubro de 2005, e artigo 48 do Convenio colectivo de perfumaría e afíns, B.O.E. do 21 de setembro de 2004.

44 Artigo 20 do Convenio colectivo do sector de industria da panadaría de Alicante, B.O. de Alicante do 3 de setembro de 2004, artigo 30 do III Convenio colectivo estatal para o sector de telemercadotecnia, cit., artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., cit., artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, cit., e artigo 23 do Convenio colectivo da empresa "Umano Servicios Integrales, S.A., cit

45 Eé que o incremento da esperanza de vida, a mellora da situación socioeconómica individual, e a extensión da educación, asociada coa adopción de estilos de vida máis saudables, desembocou nunha compresión da morbilidade, que se presenta a idades máis avanzadas, aínda que tamén é certo que se incrementou o número de persoas que requiren coidados de longa duración. Sobre a correlación entre dependencia e idade, véxase SPIELAUER, M., "Familia y dependencia. Un análisis de los cambios demográficos en España y en otros países de la Unión Europea", en Familia y dependencia. Nuevas necesidades, nuevas propuestas, López López, T. (dir.), Fundación Acción Familiar e Edicións Cinca (2005) 41-45.

Agora ben, estes convenios presentan un problema, e é que ao vincular o dereito a un dato obxectivo, como a idade, pode haber situacións que non queden amparadas, como os supostos de dependencia de familiares menores de 65 anos. O certo é que estas situacións son cualitativamente distintas ás das persoas dependentes por idade, pero os amplos termos utilizados nos convenios aos que se fixo referencia en primeiro lugar[46], permitían tamén que o traballador puidese acceder ao dereito de acompañamento a consulta médica nestas circunstancias. Obviamente, a referencia á idade elimina esta posibilidade. Por iso, os convenios que establecen unha protección específica para as persoas maiores non deberían descoidar a atención que requiren os minusválidos, e que tamén é fonte de serios problemas de conciliación entre a vida laboral e familiar.

Á parte da idade ou da dependencia, como indicio que xustifica o acompañamento, algúns convenios inclúen a convivencia do traballador cos parentes de primeiro ou segundo grao. Non obstante, hai que distinguir entre os convenios que introducen a convivencia como requisito único que se suma ao parentesco, e aqueles outros que engaden a convivencia a outras condicións que xa limitaban o círculo de parentes, como a dependencia ou a idade.

No primeiro suposto, renúnciase a valorar as capacidades físicas das persoas que o traballador pode acompañar á consulta médica, de modo que o dereito ao acompañamento se xera simplemente pola existencia dunha relación conxugal ou familiar efectiva[47]. Enténdese que a convivencia e o grao de parentesco xeran no traballador unha responsabilidade familiar que pode esixir o acompañamento a consulta médica aínda no caso de que as capacidades da persoa non se atopen diminuídas.

En cambio, no segundo, a convivencia actúa como un factor que reduce o círculo de familiares dependentes, minusválidos ou maiores de sesenta e cinco anos que o traballador pode acompañar a consulta médica[48].. O funcionamento da convivencia en combinación con estas outras condicións merece unha crítica, pois a dependencia ou a avanzada idade unida ao parentesco conforma xa unha base suficiente para xustificar o acompañamento a consulta sanitaria, sen que pareza razoable seguir esixindo ulteriores condicións. Neste sentido, é significativo que o Estatuto dos Traballadores non esixa propiamente convivencia -aínda que si coidado directo- para configurar o dereito do traballador a acollerse a unha redución de xornada ou a unha excedencia por coidado de familiares. Que o traballador que non convive co seu familiar teña tales dereitos, pero non o dereito de acompañalo a consulta médica, cando este foi recoñecido pola negociación colectiva, resulta paradoxal.

46 "Que non poidan valerse por si mesmos", "persoas dependentes", "que teñan minguadas as súas condicións físicas ou psíquicas".

47 Así se establece no artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, cit., o artigo 43.8.b) do Convenio colectivo da Vide de Cádiz 2004/2005 e 2006, B.O. de Cádiz do 9 de xullo de 2004, o artigo 49.9 do XIV Convenio colectivo xeral da Industria Química, B.O.E. do 6 de agosto de 2004, o artigo 4 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, cit., o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., o artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., o artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., e o artigo 22.l) do Convenio colectivo de traballo para a actividade de industrias vinícolas e alcoholeras da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, B.O. de La Rioja do 30 de xullo de 2005.

48 Artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., artigo 24.8 do Convenio colectivo do Grupo Ercros, S.A. (II Acordo de adhesión e adaptación ao XIV Convenio xeral da industria química española. Ano 2004-2006), B.O.E. do 23 de novembro de 2005, artigo 18.k) do Convenio colectivo do sector de lavandarías industriais de Las Palmas, cit., artigo 23.9 do Convenio colectivo da empresa Fertiberia, S.A., para o conxunto dos seus centros de traballo, agás Luchana (Vizcaya), cit., artigo 9.l) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de oficinas e despachos da provincia de Lugo, cit., e artigo 45 do Convenio colectivo de traballo para o sector de residencias privadas de persoas maiores da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit

Ademais, hai outra dificultade que xorde respecto a todas as cláusulas que esixen a convivencia co cónxuxe, e que se manifesta en caso de que se producira a separación de feito ou xudicial. O artigo 83 do Código Civil, que regula os efectos específicos da sentenza de separación, indica que un deles é a suspensión da vida en común dos casados, pero non anula as demais obrigas que vinculan aos esposos, entre as que hai que ter presentes as de axuda e socorro mutuo ás que se refiren os artigos 67 e 68 de Código civil. Obviamente, as cláusulas que esixen a convivencia para poder facer uso do permiso non favorecen o cumprimento destas obrigas legais.

Por último, hai algúns convenios que introducen como condición que o familiar que demanda o acompañamento teña algún tipo de minusvalidez física, psíquica ou sensorial. Esta referencia presenta unha vantaxe, e é que, aínda que a minusvalidez non ten por que estar causada pola idade, cando o convenio non amparase expresamente as persoas, que non poidan valerse por si mesmas por razóns de idade, habería que incluír no concepto de minusvalidez as situacións de dependencia que limiten a capacidade física ou psíquica da persoa. E viceversa, sempre que se fale de dependencia, sen vincular a devandita situación á idade, será posible interpretar esa noción incluíndo nela as minusvalideces.

En calquera caso, o ideal é que o convenio conceda ao traballador un dereito a acompañar a consulta médica aos tres tipos de familiares o coidado dos cales pode formular graves dificultades de conciliación, a saber, fillos menores, persoas maiores e outros familiares con minusvalías físicas, psíquicas ou sensoriais, e realmente son poucos o que chegan a este nivel de cobertura[49].

As dificultades para valerse por si mesmas das persoas con minusvalideces aconsella que non se engadan ulteriores condicións que restrinxan o acceso ao permiso por parte do traballador. A maior parte dos convenios responden a esta lóxica, chegando mesmo a ampliar o grao de parentesco en relación coas persoas minusválidas, ou a prescindir do requisito da idade cando se trata dos fillos[50] metálicos,. Pero lamentablemente hai tamén convenios suman á minusvalidez a necesidade de que convivir ou estar a cargo do traballador[51]., ou que chegan a esixir que as deficiencias físicas, psíquicas ou sensoriais sexan graves, fixas e permanentes[52].. Estes convenios reservan este dereito para os casos máis extremos, de modo que as posibilidades que ofrecen para harmonizar a vida laboral coa familiar son moi restrinxidas.

49 Artigo 20 do Convenio colectivo do sector de industria da panadaría de Alicante, cit., artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, cit., artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., cit., e artigo 59.I).1 e 2 do Convenio colectivo de traballo da empresa Servei Català de la Salut, CatSalut (persoal laboral), para os anos 2004-2006, D.O. da Generalitat de Catalunya do 11 de abril de 2005.

50 Exemplo paradigmático diso é o artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, D.O. de Galicia do 27 de xullo de 2005, que se refire a "parentes minusválidos físicos ou psíquicos calquera que sexa a súa idade". Pola súa banda, estenden o parentesco ata o segundo grao o artigo 24.7 do Convenio Colectivo interprovincial das empresas minoristas de droguarías, herboristerías, ortopedias e perfumarías, cit., e o artigo 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, cit. E prescinden expresamente do límite de idade o artigo 26.1.h) do Convenio colectivo provincial para o sector do Comercio en xeral (agás alimentación) de Valladolid, B.O. de Valladolid de 14 de xuño de 2005 e o artigo 10.10 do Convenio Colectivo interprovincial da industria metalgráfica e de fabricación de envases.

51 Artigo 23.9 do Convenio colectivo da empresa Fertiberia, S.A., para o conxunto dos seus centros de traballo, agás Luchana (Vizcaya), cit., e artigo 53.2 do Convenio colectivo do sector de industrias transformadoras de plásticos de Valencia, cit

52 Artigo 39.E) do Convenio colectivo da empresa Michelín España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, cit

B. Condicións da consulta médica

a) Coincidencia dos horarios de traballo e da consulta médica

É característica xeral de todos os permisos a coincidencia temporal entre a xornada laboral e a necesidade extra laboral que é necesario atender, pois precisamente esa superposición de tempos é a que outorga razón de ser ao permiso[53]. Conforme a iso, o requisito básico para acceder ao permiso que agora se analiza é que o momento en que teña lugar a consulta médica coincida co horario de traballo, o cal determina a incompatibilidade das obrigas familiares coas laborais[54].

Aínda que algúns convenios esixen simplemente a coincidencia do momento da consulta co horario de traballo[55], outros reforzan este requisito, ao tomar como referencia o horario xeral de consulta médica, que ha de coincidir na súa totalidade coa xornada laboral, imposibilitando que a cita teña lugar fóra desta[56].

53 Así o expón SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Los permisos retribuídos del trabajador, Aranzadi, Pamplona (1999) 50, 51.

54 É especialmente claro o artigo 40.E) do XVI Convenio colectivo da empresa Galletas Siro, S.A., B.O.E. do 5 de xaneiro de 2006, que sinala que "as licenzas e permisos retribuídos se concederán unicamente para o cumprimento dos fins que os motiven, de sorte que se os devanditos fins fosen cumpridos dentro dun período de inactividade laboral, calquera que sexa a súa causa, non poderá solicitarse a expresada concesión unha vez reintegrado o produtor ao traballo, nin terá dereito a reclamar compensación ningunha por tal concepto".

En todo caso, como demostración de que tamén é posible a postura contraria, por sorprendente que pareza, véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana do 19 de abril de 2003 (JUR 2003/56886), que examina uns acordos asinados entre a representación dos traballadores e a empresa, nos que se establecía o dereito do traballador a gozar de permisos retribuídos por asistencia a consulta médica por motivos de saúde propios, tanto se esta tiña lugar dentro da xornada de traballo como no caso contrario. Neste último suposto, reducíase a súa xornada laboral noutro momento, de forma proporcional ás horas investidas na consulta médica. O Tribunal sinala que, "aínda admitindo que a finalidade dos permisos retribuídos para visitas médicas é compaxinar o débito laboral do traballador co dereito á protección da súa saúde, iso non impide o establecemento de melloras na regulación dos permisos retribuídos, conforme sucede no presente caso".

55 Refírense simplemente a que un familiar deba acudir a consulta sanitaria "en horas coincidentes coa súa xornada laboral" o artigo 12.d) do Convenio Colectivo de centros especiais de emprego, cit. e o artigo 44 do Convenio Colectivo do sector de almacenistas de froitas, hortalizas e plátanos da Comunidade de Madrid, subscrito pola Asociación de Empresarios Almacenistas de Froitas e Hortalizas de Madrid, CCOO e UGT, B.O. da Comunidade de Madrid do 29 de xaneiro de 2005. Ou ben, esixen que "o período de tempo no que se produza a consulta médica" coincida coa quenda de traballo, o artigo 28.1.m) do Convenio colectivo provincial de transporte de mercadorías por estrada de Cunca, B.O. de Cunca do 2 de xaneiro de 2006, artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, cit. e o artigo 28.m) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Toledo, B.O. de Toledo, do 22 de novembro de 2005.

56 A fórmula convencional que adoita usarse nestes casos é "cando o horario de consulta coincide co de traballo". Artigo 34.g) do Convenio Colectivo da empresa Arteixo Telecom, S.A., cit., artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., artigo 11.g) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio de mobles e obxectos decorativos da provincia de Lugo, D.O. de Galicia do 13 de xuño de 2005, artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelaría, confeitaría e repostaría da provincia de Lugo, cit., artigo 49.9 do XIV Convenio colectivo xeral da Industria Química, cit., artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, D.O. da Generalitat Valenciana do 5 de marzo de 2004.

Sobre a necesidade de probar a incompatibilidade de horarios, véxase, entre outras, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castilla e León do 28 de xaneiro de 2004 (JUR 2004/186299).

Estas previsións tratan de restrinxir ao mínimo as consecuencias que asume o empresario polo desfrute do permiso, que son, principalmente, a reorganización da actividade para cubrir a ausencia do traballador, e o custo económico do tempo non traballado, cando o permiso é retribuído. Non obstante, a norma apuntada en último lugar é demasiado estrita, pois non toma en conta outros factores que fagan imposible ou dificulten en extremo a asistencia á consulta médica no horario non coincidente coa xornada laboral, como por exemplo, a urxencia de levar a cabo o exame médico, que podería desaconsellar a posibilidade de esperar a que o horario de consulta non coincida co de traballo; a distancia entre o lugar de traballo, o domicilio do traballador e o centro médico, que fai que o tempo empregado no acompañamento sexa superior cando o desprazamento é máis longo[57]; ou a capacidade do centro para fixar as horas de consulta en atención aos seus recursos, e non unicamente aos desexos dos pacientes[58]..

Por iso resultan moito máis axeitadas outras fórmulas que, sen esixir o pleno solapamento entre o horario laboral e o horario de consulta médica, dispoñan de forma xeral que o dereito ao permiso só se xera cando non sexa posible acudir á consulta médica en horas que non coincidan coa xornada laboral. Deste modo, contémplanse as circunstancias anteriormente descritas[59]..

En consecuencia, cando non se estableza claramente outra cousa, parece máis correcto que o acceso ao permiso se basee na coincidencia da hora de consulta coa xornada de traballo, entendendo que non foi posible outra alternativa menos incómoda para o empresario, a elección do cal, en caso de existir, viría imposta pola boa fe.

Por outro lado, a necesidade de que coincida a hora de consulta co horario de traballo supón automaticamente a exclusión do acceso ao permiso dos traballadores nocturnos, é dicir, daqueles a xornada laboral dos cales se desenvolve entre as dez da noite e as seis da mañá, pois nesa franxa horaria non teñen lugar as consultas médicas regulares. A solución non implica un agravio comparativo, pois verdadeiramente neste suposto non se dá unha situación crítica para a conciliación da vida laboral e familiar, de modo que a concesión do permiso non ten sentido[60]. Malia todo, o convenio pode decidir impoñer un réxime máis favorable, concedendo unhas horas ou unha xornada enteira de permiso tamén a estes traballadores[61].

57 En torno a este tema, véxanse as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Castilla e León, do 13 de abril de 2004 (JUR 2004/141319), do 3 de febreiro de 2004 (JUR 2004/186288), do 27 de xaneiro de 2004 (JUR 2004/186314) e do 29 de xullo de 2004 (JUR 2004/210850).

58 Neste sentido, véxase a sentenza do Xulgado do social de Madrid, do 21 de xaneiro de 2000 (AS 2000/1).

Este suposto si está cuberto polo artigo 22.k) do V Convenio colectivo para o persoal laboral ao servizo da Junta de Extremadura, cit., que condicionan o permiso "a que por razóns de dispoñibilidade horaria do centro sanitario [as consultas] non poidan realizarse fóra do horario do traballador"

59 Por exemplo, o artigo 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, cit., dispón que o dereito ao permiso decae cando "estes trámites se poidan realizar fóra da xornada normal de traballo". E, pola súa banda, o artigo 10.i) do Convenio colectivo para as empresas colleiteiras e produtoras de froita, uva de mesa e outros produtos agrícolas e os seus traballadores da Rexión de Murcia, B.O. da Rexión de Murcia do 10 de decembro de 2004, e o artigo 11.f) do Convenio colectivo de traballo agrícola, forestal e pecuario da Rexión de Murcia, cit. dispoñen que o dereito de acompañamento se terá "sempre que esa consulta non se poida realizar en horas fóra de traballo"

60 Sobre todo iso, véxase a sentenza do Xulgado do Social da Comunidade de Madrid do 11 de xuño de 1999 (AS 1999/2014).

61 Así o fan o artigo 35 do Convenio colectivo da empresa "Red Araña-Tejido de entidades sociales para el empleo", cit. e o artigo 40.4 do Convenio colectivo do sector de axuda a domicilio de Cidade Real, B.O. de Cidade Real do 30 de marzo de 2005.

b) Características da atención sanitaria

En ocasións, os convenios limitan o acceso ao permiso impoñendo a condición de que a asistencia sanitaria sexa proporcionada pola Seguridade Social[62]. Esta previsión merece unha crítica negativa por varios motivos. Por unha parte, a Seguridade Social non cobre a totalidade da atención sanitaria, pois, por exemplo, non todas as persoas teñen dereito a servizos de odontoloxía, podoloxía, fisioterapia, entre outros. Por outra banda, cando se trate dos ascendentes, existe a posibilidade de que estes non reciban a asistencia sanitaria da Seguridade Social, por pertencer a outros réximes alternativos -como os dos funcionarios públicos, Forzas Armadas ou funcionarios ao servizo da Administración de Xustiza- ou a mutualidades que actúan en substitución da Seguridade Social, tamén no relativo aos servizos sanitarios. Nestes supostos parece que o traballador debería ter igualmente dereito ao permiso, para o cal habería que recorrer a unha interpretación analóxica da cláusula convencional, pois por regra xeral o seu teor literal non considera esta posibilidade[63]. E, finalmente, o lento funcionamento da Seguridade Social, coas súas características listas de espera na atención especializada, pode facer aconsellable e ás veces ata necesario, acudir á asistencia médica privada[64], en cuxo caso, o traballador non só terá que cargar co custo económico da consulta médica, senón que ademais non poderá facer uso do permiso.

En canto ao tipo de consulta, algúns convenios din que pode tratarse de consulta proporcionada polo médico de cabeceira ou polo médico especialista, mentres outros optan por circunscribir o dereito a esta última modalidade[65].

62 Artigo 34.g) del Convenio Colectivo de la empresa Arteixo Telecom, S.A., cit., artigo 12.d) do Convenio Colectivo de centros especiais de emprego, cit., artigo 22.i) do Convenio Colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para los años 2005 y 2006, cit., artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio ao por maior e importadores de produtos químicos industriais y perfumería, cit., artigo 35.1.g) do Convenio colectivo de ámbito estatal para o ano 2005 das empresas de mediación en seguros privados, cit., artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, cit., artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelería, confeitería e repostería da provincia de Lugo, cit., artigo 21 del Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, cit., artigo 20.13 do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio da piel e o calzado de Lugo, cit., artigo 11.g) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio de mobles e obxectos decorativos da provincia de Lugo, cit.

63 Como excepción poden citarse os artigos 71.1.e) do Convenio colectivo para empresas de atención especializada no ámbito da familia, infancia e xuventude, na Comunidade Valenciana, cit., 22.k) do V Convenio colectivo para o persoal laboral ao servizo da Junta de Extremadura, cit., e 40.1 do Convenio colectivo do sector de axuda a domicilio de Cidade Real, cit., que se refiren ao "sistema público ou centros concertados con este".

64 O artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., parece ser consciente desta realidade, posto que mentres esixe para o desfrute do permiso que a asistencia de cabeceira sexa achegada pola Seguridade Social, este requisito é cancelado expresamente con relación á atención especializada.

65 Exemplos desta última opción son o artigo 22.b) do Convenio colectivo da empresa Interbon, S.A. para os anos 2004-2006, B.O.E. de 5 de outubro de 2004, artigo 43.e).1 e 2 do Convenio colectivo da empresa "Minas de Almadén e Arraiáns, S.A.", para os anos 2003-2006, cit. e artigo 9.11 do Convenio colectivo da empresa Thyssen Krupp Elevadores, S.A., para os centros de traballo de Madrid e Valencia, B.O.E. do 18 de febreiro de 2004.

A razón desta restrición estriba na escasa gravidade que adoitan revestir as afeccións das que se ocupa o médico de cabeceira. Non obstante, estas previsións non garanten plenamente a conciliación da vida laboral e familiar, pois, dende o punto de vista do coidado dos membros da familia -e, en especial, do coidado das persoas maiores e dos minusválidos, xa que os nenos adoitan recibir atención pediátrica- a asistencia ao médico de cabeceira, e con ela a necesidade de acompañamento, pode ser tan perentoria como a asistencia ao médico especialista. Ademais, hai que ter en conta que nas localidades pequenas pode non haber asistencia especializada, sendo obrigado neses casos acudir ao médico de cabeceira.

Se o convenio non di nada ao respecto, é lóxico entender que ambos os dous tipos de consulta dan dereito a solicitar o permiso. Pero, ademais, hai que traer a colación algunha sentenza que opta por un concepto amplo de consulta médica que vai máis alá do estrito sometemento dun problema de saúde a avaliación médica. Así, seguindo este criterio, as terapias de rehabilitación estarían incluídas dentro do concepto de consulta médica[66], salvo que o convenio dixese o contrario[67].

Por último, algún convenio outorga o permiso unicamente cando a consulta médica está nunha localidade distinta á de residencia do traballador[68].. Aínda que é evidente que as necesidades de acompañamento e o tempo investido son superiores nestes casos, este tipo de cláusulas son demasiado restritivas, posto que a necesidade de acompañamento non decae cando a consulta médica ten lugar preto do domicilio do traballador. Por iso, resulta moito máis acertada a posición que adoptan outros convenios para ampliar o tempo de permiso concedido cando a consulta se leva a cabo fóra da localidade de residencia habitual[69].

2. Elemento subxectivo do permiso: condicións do traballador que accede ao permiso

O suxeito que pode gozar do permiso é, evidentemente, o traballador, aínda que os convenios non sempre conceden este dereito a todos os traballadores. As limitacións que impón a negociación colectiva a este respecto circunscríbense aos supostos de acompañamento de fillo a consulta médica[70], e refírense á práctica do acompañamento por un ou os dous proxenitores.

66 Véxase ao respecto o fundamento xurídico terceiro da sentenza do Xulgado do social de Madrid, do 21 de xaneiro de 2000 (AS 2000/1).

67 É o caso do artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit., que exclúe expresamente este tipo de atención sanitaria.

68 Artigo 43.e).1 e 2 do Convenio colectivo da empresa "Minas de Almadén y Arrayanes, S.A.", para os anos 2003-2006, cit., artigo 43.8.b) do Convenio colectivo da Vide de Cádiz 2004/2005 e 2006, cit., artigo 16 do V Convenio colectivo de medianas superficies de distribución de alimentación da Comunidade de Castilla y León, B.O. de Castilla y León do 10 de xuño de 2004, en relación cos traballadores adscritos a centros de traballo sitos en Ávila ou a súa provincia con fillos diminuídos psíquicos, e artigo 32 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, cit., en relación con fillos diminuídos psicofísicamente.

69 O artigo 22.b) do Convenio colectivo da empresa Interbon, S.A. para os anos 2004-2006, cit., concede un máximo anual de 8 horas para acompañar ao cónxuxe e fillos a médicos especialistas, incrementándose o tope en oito horas máis cando iso supoña un desprazamento a outra provincia. O artigo 24.8 do Convenio colectivo do Grupo Ercros, S.A. (II Acordo de adhesión e adaptación ao XIV Convenio xeral da industria química española. Ano 2004-2006), cit., amplía a unha xornada o tempo de permiso cando sexa necesario desprazarse fóra do municipio de residencia.

70 Só atopou unha excepción a esta tendencia, e é o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., que non só se refire ao acompañamento de fillos menores de sete anos, senón tamén ao acompañamento de ascendentes de primeiro grao de consanguinidade ou afinidade que convivan e estean a cargo do traballador.

Agora ben, dentro destas previsións hai que distinguir dous grupos claramente diferenciados: o das cláusulas que regulan o acceso ao permiso cando os dous proxenitores prestan servizos na mesma empresa, e o das cláusulas que regulan o devandito acceso cando non se dá esta circunstancia.

Por regra xeral, os convenios establecen que cando ambos os dous pais sexan traballadores da empresa, o dereito para acompañar o menor a consulta médica só amparará un deles[71].. A previsión é razoable, posto que desta forma se soluciona o problema de conciliación, garantindo a asistencia médica do menor, e ademais se causa o menor prexuízo ao empresario, ao ser só un dos seus traballadores o que fai uso do permiso. Ademais, non afecta á titularidade individual e indistinta do permiso, que segue sendo tanto do pai coma da nai, senón tan só ao exercicio do dereito. O único que resulta reprochable é que a cláusula estea redactada de forma incondicional, é dicir, que a negativa ao desfrute do permiso non se suxeite a razóns obxectivas de produción ou organización que aconsellen prescindir do menor número de traballadores posible na concreta ocasión. Iso é especialmente esixible cando o permiso non sexa retribuído, pois neste caso a única carga que asume o empresario son os axustes organizativos que se derivan da ausencia do traballador que está de permiso, e, se eses axustes non fosen necesarios ou resultasen mínimos, entón non parece xustificada a interdición do exercicio do dereito dun dos proxenitores.

Non obstante, non son estas previsións as máis frecuentes na negociación colectiva, senón xustamente as contrarias, isto é, as que regulan o acceso ao permiso cando o outro proxenitor non presta servizos na mesma empresa. As limitacións que impón a negociación colectiva a este respecto céntranse na posibilidade de que sexa o outro proxenitor que se ocupe de acompañar ao menor a consulta médica, o cal evitará ao empresario problemas de organización, así como ter que asumir a carga económica do tempo de ausencia cando o permiso é retribuído. En definitiva, esta limitación ten que ver, unha vez máis, coa configuración do permiso como o último recurso ao que só se pode acceder cando non existen outras vías para salvar a colisión entre o tempo de traballo e o tempo de familia.

Conforme a iso, as fórmulas que se atopan na negociación colectiva son as seguintes. En primeiro lugar, os convenios que conceden o permiso "sempre que sexa imprescindible por imposibilidade do outro cónxuxe"[72]. Este tipo de previsións non provocan a exclusión automática dun grupo de traballadores do ámbito subxectivo do permiso, pois o seu acceso ou non ao mesmo dependerá das circunstancias de cada momento. É dicir, o traballador terá que demostrar que a súa parella non pode acompañar o menor, e só unha vez probado este extremo, poderá acceder ao permiso para acompañamento a consulta médica.

A proba non ofrecerá grandes dificultades cando o outro proxenitor non poida acompañar ao menor por desempeñar unha actividade remunerada o horario da cal coincida co da consulta, por non se atopar en axeitadas condicións de saúde, ou por estar vinculado a algún outro compromiso "oficial", como por exemplo, a asistencia a un

71 Artigo 33 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, cit., artigo 26 do Convenio colectivo para a actividade de comercio de Ávila e a súa provincia, cit. e artigo 16 do V Convenio colectivo de medianas superficies de distribución de alimentación da Comunidade de Castilla y León, cit

72 Artigo 19 do Convenio colectivo do sector de industrias de carpintaría e ebanistaría da provincia de A Coruña, D.O. de Galicia do 1 de xuño de 2004.

exame, a unha entrevista de traballo ou a un curso de formación. Non obstante, tornarase practicamente imposible cando as razóns que impidan o acompañamento sexan de carácter privado, como as necesidades de coidado doutros membros da familia dependentes -fillos menores ou familiares dependentes por idade ou minusvalidez-.

En segundo lugar, hai convenios que contemplan este permiso unicamente para os traballadores que están á fronte dunha familia monoparental, caracterizada precisamente pola ausencia do outro cónxuxe, por morte, abandono, separación ou divorcio, e sempre que o traballador manteña a custodia dos fillos[73]. Por conseguinte, os traballadores que teñan unha parella estable non se sitúan dentro do ámbito de aplicación do permiso.

En principio, estas medidas pretenden favorecer as familias monoparentais, seguindo as indicacións comunitarias nesta materia[74]., dado que nelas as necesidades de conciliación adoitan ser máis incitantes. Pero, como xa se apuntou, este tipo de disposicións poden volverse contra o grupo que se trata de protexer, se os dereitos dos traballadores non se avalan con suficientes garantías, como a percepción do salario real, malia o desfrute do permiso.

En terceiro e último lugar, outros convenios recoñecen o dereito ao permiso unicamente cando os dous proxenitores traballen, con independencia de que o fagan nesta ou noutra empresa.

Mentres algúns convenios utilizan o verbo traballar, que deberá ser obxecto dunha interpretación ampla para incluír calquera actividade da que se obteña un beneficio económico[75]., outros son máis restritivos, ao esixir que ambos os dous proxenitores presten servizos por conta allea[76]. Deste modo, non só carecerían de dereito ao permiso os traballadores as parellas dos cales non desenvolvesen actividade remunerada algunha, senón tamén aqueles as parellas dos cales fosen funcionarios, traballadores autónomos ou profesionais liberais.

73 O Convenio colectivo do sector de transporte público de viaxeiros por estrada da provincia de Pontevedra, cit., o artigo da cal 30 establece unha licenza dun día sen soldo para acompañar fillos menores de idade a consulta médica, sempre que non exista outro cónxuxe, ou ben que, en caso de separación ou divorcio, o traballador tivese a custodia do fillo. O traballador que non teña a custodia dos fillos, só podería acceder ao permiso cando a necesidade de acudir ao médico coincidise cos días de visita.

74 Véxase o punto 4 da Resolución do Parlamento europeo do 28 de xaneiro de 1999, sobre Protección da familia e do neno, D.O.C.E. núm. C 128, de 7 de maio de 1999 e o apartado 2.v) da Resolución do Consello do 29 de xuño de 2000, sobre participación equilibrada de homes e mulleres na actividade profesional e na vida familiar, cit

75 Artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., artigo 9.11 do Convenio colectivo da empresa Thyssen Krupp Elevadores, S.A., para os centros de traballo de Madrid e Valencia, cit., artigo 18.1.l) do Convenio colectivo provincial para a actividade de "Hostalaría" de Albacete, cit

76 Artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, cit., artigo 28.1.m) do Convenio colectivo provincial de panadarías de Toledo, cit., artigo 28.m) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Toledo, cit., artigo 28.1.m) do Convenio colectivo provincial de transporte de mercadorías por estrada de Cunca, cit., artigo 11.j) do Convenio colectivo de fabricación de pastas, papel e cartón da provincia de Guipúzcoa 2003-2005, B.O. de Guipúzcoa do 11 de febreiro de 2004, artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo do sector do campo de Toledo, B.O. de Toledo do 29 de abril de 2004, artigo 34 do Convenio colectivo do sector de Hostalaría de Toledo, B.O. de Toledo do 24 de maio de 2004, artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo do sector do mazapán, masas fritas, confeitarías e chocolates de Toledo, B.O. de Toledo do 20 de agosto de 2004, artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., artigo 27.1.n) do Convenio colectivo provincial de comercio en xeral da provincia de Toledo, B.O. de Toledo do 4 de maio de 2005.

Nestes supostos presúmese automaticamente a dispoñibilidade do proxenitor que non desempeña unha actividade laboral para acompañar o fillo a consulta médica, sen ter en conta que razóns de moi diverso signo poden impedirllo/llelo -como xa se apuntou, razóns de saúde, da atención requirida por outros membros da familia, ou por ter compromisos non laborais, pero igualmente vinculantes, como exames, entrevistas de traballo, actividades de formación, etc. -. A presunción é aínda máis gratuíta cando o outro proxenitor é funcionario, traballador autónomo ou profesional liberal, pois, aínda que os dereitos de conciliación da vida laboral e familiar dos primeiros son similares aos dos traballadores asalariados, os dous últimos aínda atopan nunha posición máis desvantaxosa que estes, sendo moi inxusto facer recaer sobre eles o peso da conciliación, simplemente porque non están suxeitos a un poder de dirección e organización alleo.

Ademais, algúns convenios impoñen aínda unha condición adicional máis para que o traballador poida acceder ao permiso, e é que o horario de traballo de ambos os dous cónxuxes coincida co horario da consulta médica[77].. De modo que, non só haberá que demostrar que o outro proxenitor realiza unha actividade laboral, senón que ademais, polo seu horario, lle é imposible acompañar ao fillo á consulta médica.

Á marxe das anteriores apreciacións, a legalidade desta limitación é moi dubidosa, por varias razóns. Primeiro, a concesión a un traballador dun dereito subxectivo relacionado coas súas responsabilidades parenterais non pode depender da situación laboral do seu cónxuxe, pois isto é algo que non concirne en absoluto ao status xurídico do traballador, nin sequera no relativo á conciliación da vida familiar e laboral. É certo que hai circunstancias familiares que deben ser tidas en conta para a delimitación dos dereitos dos traballadores, pero trátase de circunstancias que teñen que ver coas responsabilidades do traballador -se ten fillos, se ten ao seu cargo persoas con minusvalideces, se se trata dunha familia monoparental-, e non coa situación profesional dos membros da familia. Aínda que o permiso para acompañar os fillos a consulta médica non é o permiso parenteral que describe a Directiva 96/34/CE, do Consello, do 3 de xuño, que incorpora o Acordo marco sobre o permiso parenteral celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES, esta norma ha de ser tida en conta aos efectos de conformar permisos para o coidado e atención dos fillos, tanto por vía lexislativa coma por vía convencional. E unha das cousas que se deixan moi claras nela é que o permiso parenteral é un dereito individual e intransferible concedido a todos os traballadores e traballadoras polo feito de ser pais[78]. Por motivos de respecto ás responsabilidades derivadas da paternidade, este esquema básico debe manterse nos permisos parenterais que se vaian creando, sen condicionalo a ningunha outra circunstancia.

77 Artigo 11.j) do Convenio colectivo de fabricación de pastas, papel e cartón da provincia de Guipúzcoa 2003-2005, cit., artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit. e artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit.

78 Cláusula 2, parágrafos 1 e 2 do Acordo.

Segundo, botando man das estatísticas, é doado apreciar que dentro do grupo de persoas con fillos menores de idade, a taxa de emprego masculino é bastante máis alta que a taxa de emprego feminino. E é que, mentres as responsabilidades parenterais supoñen un incentivo para a integración e permanencia do varón no mercado de traballo, no caso da muller provocan xusto o efecto contrario, pois é ela a que, conforme aos esquemas tradicionais de repartición de roles dentro da familia, asume en maior medida as cargas familiares. Iso significa que, como resultado da aplicación da cláusula convencional que se está a analizar, serán case exclusivamente os traballadores masculinos os que se vexan privados do dereito a acompañar a consulta médica os seus fillos. Este resultado xoga en contra da repartición equitativa das responsabilidades familiares propugnada pola Comisión, e ademais tende a perpetuar os roles tradicionais que asignan á muller os labores domésticos e de coidado dos membros da familia, e ao varón as tarefas de tipo profesional.

A partir de aquí, a sospeita de que este tipo de cláusulas albergan unha discriminación indirecta adquire cada vez máis consistencia. Seguindo o razoamento da Comisión, habería que dicir que son dobremente discriminatorias: para o varón, porque dificultan a súa participación na vida familiar, e para a muller, porque non a descargan das responsabilidades familiares, senón todo o contrario, obstaculizando as súas posibilidades de formación e acceso ao emprego, sen que pareza existir xustificación abonda para esvaecer a aparencia de discriminación[79].

Por último, só cabe engadir que a imposición de certo modo de repartición das responsabilidades parenterais supón unha intromisión na esfera de privacidade do traballador e vulnera a liberdade dos proxenitores para organizar a súa vida familiar do xeito máis conveniente para eles[80].

79 Ademais, a medida que se está a comentar non axústase a unha das directrices dadas polo Consello na Resolución de 29 de xuño de 2000, sobre participación equilibrada de homes e mulleres na actividade profesional e na vida familiar, cit., a teor da cal os Estados deben "reforzar as medidas que favorezan unha repartición equilibrada entre os traballadores, homes e mulleres, dos coidados que deben prestarse aos fillos, persoas de idade, persoas con deficiencias e outras dependentes deles".

80 Malia todo o apuntado, hai autores na doutrina que aceptan a condición de que ambos os dous pais traballen sen que, na súa opinión, formule problemas. Véxase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Permisos retribuídos" en ARGÜELLES BLANCO, A.R., MARTÍNEZ MORENO, C. e MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002), CES, Madrid (2004) 209.

3. Elemento temporal do permiso: duración

A grande maioría dos convenios que establecen permisos para acompañar familiares a consulta médica concédenos polo tempo que sexa necesario. Iso significa que o permiso pode solicitarse tantas veces como haxa que levar a cabo un acompañamento a consulta médica, utilizando en cada ocasión as horas necesarias para iso.

Só uns poucos convenios poñen restricións, limitando o número de permisos que poden solicitarse ao ano por este concepto[81], ou a cantidade de horas das que se pode dispoñer para cada consulta médica[82]. Non obstante, este tipo de anotacións non son frecuentes na negociación colectiva.

O que si resulta algo máis habitual, como alternativa á concesión destes permisos polo tempo necesario, é a fixación dunha bolsa -xeralmente anual, e nalgún caso illado mensual[83] de horas ou de días[84] que poden ser utilizados a este fin.

Curiosamente, a duración do permiso é tamén outro aspecto no que en ocasións se reflicte a diversa consideración que para os negociadores ten a relación parenteral, por un lado, e a que vincula ao traballador cos demais familiares, por outro. E é que algúns convenios establecen distintas marxes en canto á duración do permiso, que varían a teor de quen sexa o familiar ao que deba acompañar o traballador. En calquera caso, o réxime máis beneficioso sempre se reserva para os fillos[85]..

81 O artigo 10.i) do Convenio colectivo para as empresas colleiteiras e produtoras de froita, uva de mesa e outros produtos agrícolas e os seus traballadores da Rexión de Murcia, cit. e o artigo 46.i) do VII Convenio colectivo da empresa Vixilancia Integrada, cit., din que o permiso só poderá ser utilizado en dúas ocasións ao ano, e o artigo 22.l) do Convenio colectivo de traballo para a actividade de industrias vinícolas e alcoholeras da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit. impón un límite de catro ocasións anuais para utilizar o permiso.

82 Por exemplo, o artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit. establece que só poderá utilizarse un máximo de tres horas cada día que deba acompañarse a un familiar a consulta médica. O mesmo tope diario impón o artigo 27.1.n) do Convenio colectivo provincial de comercio en xeral da provincia de Toledo, cit. E, pola súa banda, o artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo do sector do mazapán, masas fritas, confeitarías e chocolates de Toledo, cit. rebaixa ese tope a dúas horas por consulta.

83 Cunha bolsa de horas mensual, véxase o artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit.-

84 O artigo 46.i) do VII Convenio colectivo da empresa Vigilancia Integrada, S.A., cit., concede dous días de licenza retribuída para acompañar ao médico a fillos menores de oito anos, e tres días se o menor fose minusválido e o artigo 39.E) do Convenio colectivo da empresa Michelín España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, cit. ofrece ao traballador vinte e catro horas para acompañar aos familiares descritos endicho precepto a consultorio médico.

85 O artigo 59.l).1 do Convenio colectivo de traballo da empresa Servei Català de la Salut, CatSalut (persoal laboral), para os anos 2004-2006, cit., atribúe ao traballador un permiso que dura todo o tempo que sexa necesario para acompañar a consulta médica os seus fillos menores. E, a continuación, o artigo 59.l).2 establece unha bolsa de cincuenta horas anuais para acompañar a consultas ou probas médicas aos demais familiares de primeiro grao de consanguinidade ou afinidade cando non se poidan valer por si mesmos. Aínda cando a bolsa prevista se pode cualificar de ampla, o certo é que no primeiro caso a posibilidade de conciliar a vida familiar e laboral é ilimitada mentres que no segundo aparece suxeita a unha limitación temporal.

En sentido parecido, o artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, cit. ofrece aos traballadores fixos unha bolsa de vinte e oito horas anuais para acompañar os seus fillos menores de catorce anos ao médico. A bolsa redúcese ata catro horas anuais se se trata de acompañar ao cónxuxe ou familiares ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade que non poidan valerse por si mesmos. Idéntica disposición atopa no artigo 41 do Convenio colectivo de Manipulado e Envasado de cítricos, froitas e hortalizas para a Comunidade Valenciana, para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, cit.

As bolsas de horas ou de días para medir a duración do permiso restrinxen as posibilidades de conciliación da vida familiar e laboral. Evidentemente, a magnitude da restrición depende da amplitude do crédito horario e, neste sentido, a negociación colectiva ofrece unha galla de posibilidades que vai dende previsións claramente insuficientes[86], ata outras máis razoables[87], pasando por aquelas en las que es dubidoso que se garanta plenamente la liberdade conciliadora, pois o crédito horario non es xeneroso[88], ou engloba tamén as horas que o traballador necesite para acudir a consultas médicas propias[89]. En calquera caso, o establecemento dun tope horario máximo non é unha medida de conciliación idónea, xa que a súa obxectividade lle impide contemplar as circunstancias familiares de cada traballador e, como se suxeriu, os instrumentos de conciliación deben estar concibidos de xeito flexible, precisamente para adaptarse ás necesidades persoais. En teoría, as dificultades de conciliación da vida persoal e familiar non son as mesmas para un traballador con familia numerosa que para outro cun só fillo a cargo, nin para un traballador con parella estable que para unha familia monoparental, nin para un traballador con persoas dependentes ou minusválidas ao seu cargo que para outro que non atopa ante esta circunstancia.

86 Por exemplo, as dúas horas anuais que concede o artigo 24.h) do Convenio colectivo do sector plural de empresas de hospitalización, consulta e asistencia de Palencia, cit., para acompañar fillos menores ao médico, sinalando que o tempo utilizado por enriba dese, correrá a cargo dos días de libre disposición. O as catro horas anuais que prevén o art. 28.1.m) do Convenio Colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, cit., e o artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, cit., para acompañar a consulta médica familiares ata o primeiro grao de consanguinidade, ou ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, respectivamente, que non poidan acudir sós.

87 O artigo 9.h) do Convenio Colectivo da empresa Hero España, S.A., cit. ofrece trinta e dous horas para acompañar a consulta médica a descendentes e ascendentes, o artigo 27.1.n) do Convenio colectivo provincial de comercio en xeral da provincia de Toledo, cit., establece un máximo de vinte horas anuais para acompañamento de menores, o artigo 22.l) do Convenio colectivo de traballo para a actividade de industrias vinícolas e alcoholeras da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit., establece unha bolsa de vinte e catro horas anuais, o artigo 43.8.b) do Convenio colectivo da Vide de Cádiz 2004/2005 e 2006, cit., dispón que o traballador terá oito días ao ano para acompañar a consulta médica a cónxuxe, fillos e familiares ao seu cargo, e o artigo 36 do Convenio colectivo do sector de limpeza pública viaria de Guipúzcoa, cit., establece 3 xornadas anuais para acompañamento de fillos ou cónxuxe a consulta médica..

88 Por exemplo, as oito horas anuais do artigo 20.2 do Convenio colectivo da empresa Avaya Comunicación España, S.L., B.O.E. do 2 de setembro de 2005 e do artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., as dez do artigo 27.n) do XIX Convenio colectivo de contratas ferroviarias, cit., as doce do artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., ou as catorce do artigo 11.j) do Convenio colectivo de fabricación de pastas, papel e cartón da provincia de Guipúzcoa 2003-2005, cit.

89 Vinte e cinco horas anuais para acompañar a consulta médica un familiar ata o primeiro grao de consanguinidade ou afinidade dispón o artigo 41.6 do I Convenio colectivo de traballo do sector do tempo libre educativo e sociocultural de Cataluña para os anos 2005-2007, cit. Dezaseis horas anuais para asistencia a consultas de medicina xeral prevé o artigo 9.i) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Guipúzcoa, B.O. de Guipúzcoa do 3 de xaneiro de 2006, o artigo 4 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, cit., o artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., o artigo 26.1.h) do Convenio colectivo provincial para o sector do Comercio en xeral (agás alimentación) de Valladolid, cit. e o artigo 22.i) do Convenio colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005 e 2006, cit., estando exenta de limitacións a asistencia a médicos especialistas; doce horas anuais o artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, cit., e dez horas anuais o artigo 31.k) do Convenio colectivo para o sector de "Industria de Hostalaría" da Comunidade Foral de Navarra, cit., pero en todos estes casos a bolsa engloba o acompañamento de diversos familiares a consulta sanitaria e as asistencia do propio traballador como paciente, o cal pode facer insuficiente o tempo previsto.

Se o permiso se concede polo tempo necesario, as diferenzas entre as cargas familiares intégranse na regulación xurídica de forma implícita, asegurando o trato igualitario dos traballadores para o desfrute da liberdade conciliadora; en cambio, se se establece un límite de horas, ningunha destas circunstancias é tida en conta, e a conciliación só se garante aos que teñan menos cargas familiares, ou ben a aqueles que conten cunha rede de apoio para facer fronte a estas.

As bolsas de horas para consulta médica formulan, ademais, outro problema, e é se os traballadores que non están suxeitos a un réxime de xornada completa por calquera motivo -por traballar a tempo parcial, por acollerse ao permiso de lactación ou ao permiso de maternidade a tempo parcial, ou a unha redución de xornada por circunstancias familiares- teñen á súa disposición o mesmo número de horas de permiso, ou se, pola contra, estas mingúan proporcionalmente á súa xornada. O artigo 12.4.d) do Estatuto dos Traballadores, baixo a influencia do Convenio nº 175 da OIT, de 1994, sobre o traballo a tempo parcial, e, sobre todo, da Directiva 97/81/CE, do Consello, do 15 de decembro, que recolle o Acordo marco sobre o traballo a tempo parcial concluído pola UNICE, o CEEP e a CES, establece o principio de igualdade de dereitos entre os traballadores a tempo completo e a tempo parcial, pero tamén a posibilidade de que, mediante disposicións legais, regulamentarias ou convencionais, se aplique a regra pro rata temporis no recoñecemento de tales dereitos[90].

Posto que a lei non regula o permiso para acompañar familiares a consulta médica, o problema podería quedar resolto se os convenios incluísen unha cláusula resolvendo de forma expresa a devandita cuestión, pero este tipo de previsións son practicamente inexistentes[91]..

90 Tamén a Recomendación nº 165 da OIT, de 1981, sobre a igualdade de oportunidades e de trato entre traballadores e traballadoras: traballadores con responsabilidades familiares, establece no punto vinte e un regras relativas aos traballadores a tempo parcial. No parágrafo segundo do devandito apartado dise que "as condicións de emprego -incluída a protección da seguridade social- dos traballadores a tempo parcial e dos traballadores temporais deberían ser equivalentes ás dos traballadores a tempo completo e dos traballadores permanentes, respectivamente; en casos apropiados, os seus dereitos deberían calcularse en forma proporcional". Evidentemente, o precepto, formulado con amplitude, non achega unha resposta concreta en materia de permisos, pois, aínda que se establece o principio xeral de equivalencia nas condicións de emprego, tamén se permite o cálculo proporcional en casos apropiados. A cuestión é encher de contido este último concepto xurídico indeterminado.

91 De todos os convenios analizados neste traballo, o único que fai referencia os traballadores temporais e/ou a tempo parcial é o XIX Convenio colectivo de contratas ferroviarias, cit., o artigo da cal 27 in fine indica que "gozarán de igual número de permisos retribuídos que os traballadores a tempo completo".

Pola súa banda, o artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, cit., cuantifica de xeito distinto o permiso para acompañar os fillos a consulta médica, segundo se trate de traballadores fixos ou de traballadores fixos-discontínuos. Mentres aos primeiros se lles conceden vinte e oito horas ao ano cun límite de tres horas ao mes, os segundos teñen dereito a dezanove horas por campaña sen límite mensual. A mesma regra atopa no artigo 41 do Convenio colectivo de Manipulado e Envasado de cítricos, froitas e hortalizas para a Comunidade Valenciana, para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, cit.

Ante o silencio da negociación colectiva, a xurisprudencia opta por buscar a razón de ser do permiso para comprobar se dela se desprende a súa aplicación proporcional[92]. Así o fixo o Tribunal Superior de Xustiza de Madrid na súa sentenza do 3 de xullo de 2002 (ÁS 2002/3323), sobre permisos para asistir a consultas médicas do propio traballador[93], que, inclinándose por unha interpretación teleolóxica, entendeu que todos os traballadores, con independencia de cál fose a súa xornada, debían gozar das mesmas horas de permiso, posto que a morbilidade non é proporcional ao tempo de prestación de servizos.

De modo similar, podería dicirse que a morbilidade dos familiares, e as responsabilidades do traballador fronte a estes, non son proporcionais ao tempo de prestación de servizos e, en consecuencia, as bolsas previstas nos convenios citados non poderían reducirse, aínda cando non se traballase a xornada completa[94].

Dende este punto de vista, o permiso para acompañar familiares a consulta médica non ten que ver co traballo prestado, senón coas necesidades de conciliación de vida familiar e profesional ás que se enfronta cada traballador, que poden ser iguais ou maiores nos traballadores con xornada reducida. De feito, os mecanismos que prevé o Estatuto dos Traballadores para reducir a xornada de traballo temporalmente -permiso de lactación, permiso de maternidade a tempo parcial e reducións de xornada por coidado de fillos ou familiares- teñen como causa precisamente a presenza de cargas familiares que dificultan a conciliación da vida familiar e profesional. E, pola súa banda, o traballo a tempo parcial é unha modalidade preferida por persoas con responsabilidades familiares. Polo tanto, é razoable esperar que os traballadores que se atopan nalgunha das situacións anteriores teñan necesidades de conciliación parecidas ás dos traballadores a tempo completo.

Agora ben, como xa se indicou, o permiso concédese porque o tempo de traballo coincide co momento preciso en que é necesario asistir a consulta médica, no bo entendemento de que ao traballador non lle foi posible elixir outra alternativa menos gravosa para o empresario. Polo tanto, as posibilidades de que a consulta se solape coa xornada laboral serán menores para os que non traballen a xornada completa, e neste sentido, quizais fagan menos uso do permiso que outros traballadores que, con similares condicións familiares, traballen a tempo completo.

92 Véxase, como exemplo desta posición, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 15 de abril de 2005 (AS 2005/1186).

93 Sobre esta sentenza, véxase SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Contratados a tiempo parcial y horas de permiso para consulta médica. Comentario a la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de julio de 2002, AS, nº 19 (2002). Consultado en Westlaw, BIB 2003/27.

94 GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., non descarta a posibilidade de que os traballadores a tempo parcial visen reducido, en proporción á súa xornada, o tempo concedido para o desfrute de certos permisos. Pero para iso estima que haberá que ter en conta varios factores, como a capacidade do traballador para situar temporalmente a situación xustificadora do permiso, o número de horas de traballo e a súa distribución, así como a relación do suposto de feito do permiso co interese da empresa (El contrato de trabajo a tiempo parcial, Aranzadi, Pamplona (1998) 248-255). No permiso para acompañar familiares a consulta médica, como se dixo, a ausencia do primeiro factor aconsella non reducir proporcionalmente o tempo asignado para este mester.

4. Efectos do uso do permiso para os traballadores

O recoñecemento convencional do permiso para acompañamento a consulta médica a certos familiares supón sen dúbida un paso adiante en materia de conciliación. Non obstante, dito recoñecemento debería ir rodeado das garantías necesarias para que o recurso a este non comportase o traballador prexuízos, económicos ou doutro tipo. Por iso, hai que examinar cál é o réxime retributivo dos permisos e a súa consideración ou non como absentismo.

A. Permisos retribuídos

A maior parte dos convenios que inclúen este permiso sitúano entre os retribuídos, pero non adoita especificarse que se entende por retribución para estes supostos, se o salario basee unicamente, ou tamén os distintos plus que de ordinario cobra o traballador. O problema preséntase con especial intensidade en relación cos complementos salariais conectados coa prestación efectiva do traballo, como os de cantidade e calidade da produción, asistencia e puntualidade, ou os relacionados coas condicións nas que se presta o traballo, como turnicidade, nocturnidade, traballo en días festivos, etc. Só uns poucos convenios recoñecen expresamente que o traballador que goza deste permiso ten dereito ao seu salario real[95], ou, pola contra indícanse os plus que non se incluirán na retribución[96]..

A elección por unha ou outra alternativa é lícita á luz das disposicións legais, e revela unha política salarial que, ou ben restrinxe o exercicio do dereito aos permisos, ou ben foméntao, garantindo que a súa utilización non ocasionará prexuízos económicos ao traballador.

95 Garanten a percepción do salario real, o Anexo nº 8 do XIX Convenio colectivo interprovincial da empresa Domar, S.A., B.O.E. do 30 de novembro de 2004, o artigo 39 in fine do Convenio colectivo da empresa Michelín España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, cit., o artigo 24 do Convenio colectivo do Grupo Ercros, S.A. (II Acordo de adhesión e adaptación ao XIV Convenio xeral da industria química española. Ano 2004-2006), cit., o artigo 24.h) do Convenio colectivo do sector plural de empresas de hospitalización, consulta e asistencia de Palencia, cit., o artigo 32 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, cit.

Pola súa parte, o artigo 10.10 do Convenio colectivo interprovincial da industria metalgráfica e de fabricación de envases metálicos, cit., sinala expresamente o desfrute do permiso para acompañar familiares a consulta médica non afecta á percepción do plus de asistencia e puntualidade.

96 O artigo 40.E) do XVI Convenio colectivo da empresa Galletas Siro, S.A., cit., exclúe o pagamento dos plus de nocturno e festivo. O artigo 22.i) do Convenio colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005 e 2006, cit., di que "no suposto de que o traballador por cumprimento do deber ou desempeño do cargo perciba unha remuneración, descontarase o importe da mesma do salario a que tivese dereito na empresa". O artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., establece que o salario non incluirá as primas de produción nin as primas por carencia de incentivo. O artigo 9 do Convenio colectivo do sector de Auto Taxi de Andalucía, cit., establece que a retribución dos permisos consistirá no salario base máis antigüidade no seu cómputo diario.

Noutros Convenios, a perda de certos plus non se establece expresamente, pero dedúcese da lectura dos artigos implicados. Así, aínda que o artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., establece un permiso retribuído para acompañar determinados familiares a consulta médica, o artigo 13 do mesmo convenio dispón que "en caso de cesamento no traballo por calquera motivo o devandito premio [o premio de asistencia e puntualidade] se aboará de acordo cos días realmente traballados". Algo semellante, en relación coa prima de asistencia e puntualidade, se deduce do artigo 22 do Convenio colectivo da empresa Thyssenkrupp Elevadores, S.A., para os centros de traballo de Madrid e Valencia, cit.

Agora ben, en defecto dunha previsión expresa ao respecto, habería que aplicar a doutrina xurisprudencial xenérica en torno á retribución dos permisos e licenzas. Os Tribunais, tomando como referencia o dereito a remuneración do que fala o artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores, propugnan unha interpretación sistemática e finalista que teña en conta, en primeiro lugar, que é o que a devandita norma autoriza -a cesación da obriga de traballar, pero non a de pagar o correspondente salario-, e, en segundo lugar, cál é o obxectivo buscado -a protección efectiva do interese do traballador de atender ás súas necesidades persoais, que sería posta en entredito se por ausentarse do traballo perdese parte do seu salario-. Da conxunción de ambas as dúas coordenadas dedúcese que a retribución debe coincidir co salario real, é dicir, co salario que percibise o traballador de prestar servizos conforme á xornada que tivese prefixada para ese día, englobando por conseguinte tanto salario base como complementos, pero non as indemnizacións ou suplido polos gastos realizados como consecuencia da actividade laboral, que o artigo 26.2 do Estatuto dos Traballadores exclúe do concepto de salario[97].

Aínda que o permiso para acompañar familiares a consulta médica non figura entre os permisos retribuídos do artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores, a súa introdución en plano de igualdade cos permisos retribuídos por vía convencional, permite aplicarlle a doutrina xurisprudencial reproducida, sempre que o convenio colectivo non dispoña outra cousa[98].

B. Permisos non retribuídos. A flexibilización da xornada ao servizo do traballador

Xunto aos convenios que retribúen o permiso para acompañar a familiares a consulta médica, atopan outros que non o retribúen, ou que só o retribúen parcialmente, fixándose un límite horario a partir do cal se pode seguir gozando do permiso polo tempo que sexa necesario, pero xa con carácter non retribuído[99].

97 Vexáse a sentenza do Tribunal Supremo do 20 de maio de 1992 (RJ 1992/3581). No marco dos Tribunais Superiores, a doutrina sentada por o Supremo na sentenza citada foi desenvolvida especialmente por o Tribunal Superior de Xustiza de Navarra, nas súas sentenzas do 30 de setembro de 2004 (AS 2004/2779), do 30 de novembro de 2002 (JUR 2003/20414) e do 26 de setembro de 1996 (AS 1996/3344), e polo Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, do que hai que mencionar dúas sentenzas do 24 de abril de 2001, (AS 2001/939) e (AS 2001/2102), e a do 9 de maio de 1994 (AS 1994/2284). A esta liña xurisprudencial tamén se adheriu o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña na sentenza do 16 de outubro de 2003 (AS 2003/3860).

De tódolos xeitos, en aplicación desta doutrina, confirmouse a exclusión do concepto de salario, e polo tanto, o seu non abono ao traballador que goza do permiso, das primas de produción -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Aragón, do 23 de xaneiro de 1999 (AS 1999/123)- ou do plus de asistencia -sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, do 22 de xuño de 1999 (AS 1999/2834), que hai que confrontar coa anteriormente citada do mesmo órgano xudicial do 16 de outubro de 2003 (AS 2003/3860), na que, pola contra, si se estima que debe pagarse o plus de asistencia-.

98 De feito, hai algunha sentenza que fai o propio en relación cos permisos concedidos ao traballador para asistir a consulta médica, como por exemplo, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 16 de outubro de 2003 (AS 2003/3860), e a xa citada do Tribunal Superior de Xustiza de Navarra, do 30 de novembro de 2002 (JUR 2003/20414), ou, a nivel inferior, a sentenza do xulgado do social de Navarra, do 6 de setembro de 2002 (JUR 2002/230147).

99 Como exemplo desta alternativa, se vexa o artigo 53.2 do Convenio colectivo do sector de industrias transformadoras de plásticos de Valencia, cit., que establece o dereito de acompañar a certos familiares a consulta médica polo tempo necesario, pero advertindo que a retribución só alcanzará un máximo de seis horas ao ano.

Obviamente, dende o punto de vista da conciliación da vida familiar e persoal, estes permisos non poden ser obxecto dunha valoración positiva, posto que o peso económico da conciliación recae exclusivamente sobre o traballador, podendo causar un efecto disuasorio á hora de acceder ao permiso. Ademais, se se ten en conta que a maior parte dos traballadores que fan uso deste tipo de permisos son mulleres, a conclusión é que a súa non retribución causa un impacto negativo sobre este grupo, ao obstaculizar a consecución efectiva da igualdade salarial, dificultando a integración da muller no mercado de traballo en condicións de igualdade.

Probablemente, para evitar estes efectos, a negociación colectiva inclínase a facilitar mecanismos de compensación horaria que permiten recuperar o tempo empregado no desfrute do permiso[100], sendo escasos os convenios que non prevén esta posibilidade cando o permiso non é retribuído[101]. Deste modo, o tempo que se deixa de traballar por acompañar o familiar á consulta médica recupérase noutro momento, xeralmente posterior. Algúns convenios establecen un período de referencia dentro do cal ha de producirse a devandita recuperación[102]., en tanto que outros remiten a concreción destes detalles ao acordo individual entre o traballador e a empresa[103].. Nestes últimos casos, o recurso ao verbo "podrán", indica que os traballadores poden optar entre gozar propiamente do permiso, coa consecuente perda de retribución, ou ben recuperar as horas empregadas, en cuxos casos non habería prexuízo económico ningún.

Esta particular configuración dos permisos para acompañar familiares a consulta médica supón a desnaturalización da institución do permiso, que se caracteriza precisamente pola liberación da obriga de traballar unha cantidade de horas ou de días. Fronte a iso, cando se establecen mecanismos de compensación, o traballador unicamente se libera da súa obriga de prestar servizos nun momento determinado -o que coincide coa consulta médica-, asumindo simultaneamente a obriga de traballar noutro momento inicialmente situado fóra do seu horario de traballo. Deste modo, mentres os permisos en sentido estrito modifican o horario e a xornada do traballador, estes permisos impropios, suxeitos a compensación horaria, só modifican o horario, pero non a xornada, o cómputo da cal seguirá sendo o mesmo ao final do período de referencia.

100 Por exemplo, o artigo 19.10 do Convenio colectivo de traballo para o sector de establecementos sanitarios e clínicas privadas de Granada, B.O. de Granada do 14 de xullo de 2004, outorga aos seus empregados o dereito a acompañar aos seus fillos menores a consulta médica "debendo de recuperar o tempo empregado niso cando, en cómputo anual, sume unha xornada completa, optando entre compensar o devandito tempo cos seus días de libre disposición ou recuperándoo mediante traballo no tempo utilizado".

101 Como exemplo desta posición véxase o artigo 30 do III Convenio colectivo estatal para o sector de telemercadotecnia, cit., o artigo 23 do Convenio colectivo da empresa "Umano Servicios Integrales, S.A., cit., o artigo 30 do Convenio colectivo do sector de transporte público de viaxeiros por estrada, cit. e o artigo 45 do Convenio colectivo de traballo para o sector de residencias privadas de persoas maiores da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit.

Tampouco prevé posibilidade de compensar as ausencias o artigo 22.b) do Convenio colectivo da empresa Interbon, S.A. para os anos 2004-2006, cit., aínda que o réxime que este convenio establece para os permisos de acompañamento a consulta médica é peculiar, pois outorga oito horas de permiso retribuído, ao cal engade tres días de permiso non retribuído, nos casos en que fose necesario.

102 Artigo 20.2 do Convenio colectivo da empresa Avaya Comunicación España, S.L., cit

103 Artigo 56.2 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, cit., artigo 27.6 do XX Convenio Colectivo de Banca, cit. e artigo 48 do Convenio colectivo de perfumaría e afíns, cit

Por todo iso, os permisos compensables previstos na negociación colectiva, máis que permisos en sentido estrito, son mecanismos de distribución do tempo de traballo que permiten alterar a colocación horaria da prestación cando medie xustificación abonda, neste caso, a necesidade de acompañar un familiar a consulta médica.

Algo similar pode dicirse doutro mecanismo que aparece con menos frecuencia na negociación, pero que persegue a mesma finalidade. Trátase do compromiso da empresa para facilitar, na medida do posible, cambios correspondentes aos traballadores que deban acompañar a certos familiares a consulta médica[104]. Evidentemente, non é un permiso; de feito, a negociación colectiva xa non lle asigna este nome, pero si que se trata dun mecanismo que pode facer posible a conciliación de forma tan eficaz como os permisos, coa vantaxe de que nestes casos non hai perda de retribución total ou parcial, pois non se deixa de traballar as horas estipuladas. O único inconveniente é que, ao configurarse como unha facultade do empresario, e non como un dereito do traballador, este se atopa nunha situación moito máis débil respecto ao seu uso, pois, a fin de contas, aparece como unha concesión graciable do empresario.

Como instrumentos de flexibilización a favor da conciliación da vida laboral e familiar, os permisos impropios supoñen un paso adiante na consecución da liberdade conciliadora. Non entrañan prexuízos económicos nin para o traballador, nin para a empresa, esixindo só a reorganización dos tempos, de modo que, ademais de servir de forma eficaz para a consecución do fin perseguido -o acompañamento do familiar á consulta médica-, é o mecanismo que menos custos carrexa para as partes. A posibilidade de que o tempo de recuperación sexa fixado de forma individual polo traballador e o empresario fomenta ademais o axuste da nova distribución horaria ás necesidades de ambos os dous, e, canto maior sexa o período de referencia previsto para a recuperación das horas empregadas, maiores serán as posibilidades de que á devandita recuperación se produza de modo satisfactorio para os intereses das partes.

En resumo, os permisos compensables son un exemplo de como a negociación colectiva pode ser innovadora, creando fórmulas para a harmonización da vida laboral e familiar. E ademais, son un exemplo de como a flexibilidade horaria, utilizada polo común en beneficio da empresa, tamén pode favorecer os intereses dos traballadores[105]..

104 Artigo 30 do Convenio colectivo do sector de axudas a domicilio para Sevilla e provincia, B.O. de Sevilla do 25 de agosto de 2005.

105 Os permisos compensables responden así ás indicacións do Consello, que xa na súa Resolución do 6 de decembro de 1994, sobre participación equitativa das mulleres nunha estratexia de crecemento económico orientada cara á intensificación do emprego na Unión Europea, D.O.C.E. núm. C 368, do 23 de decembro de 1994, subliñaban o importante papel dos interlocutores sociais para introducir medidas de flexibilización do tempo de traballo, consideradas "tanto unha necesidade de xestión empresarial e de economía nacional como unha esixencia de índole social, para ofrecer ás mulleres e os homes a posibilidade de conciliar mellor a actividade profesional coas obrigas familiares e os intereses persoais" -apartado 5.a)-

C. Cómputo das ausencias e absentismo

Salvo nos casos en que as horas de permiso se compensan posteriormente, as ausencias do traballador que fai uso do permiso para acompañar familiares a consulta médica poden considerarse absentismo ou non. Obviamente, o réxime máis favorable é este último, pois contribúe a evitar dous tipos de consecuencias negativas, a saber, a perda de retribución cando non incorrer en absentismo reporta beneficios económicos para o traballador, e o incremento do risco de ser despedido por causas obxectivas -artigo 52.d) do Estatuto dos Traballadores-.

Os convenios colectivos apenas regulan esta cuestión, e os que o fan, adoitan considerar estas ausencias como absentismo, de modo que, aínda que sexan permisos xustificados e retribuídos, poden comportar consecuencias negativas sobre o traballador[106]. Ademais, se se ten en conta que en boa parte das ocasións os permisos serán utilizados por mulleres, ditas consecuencias negativas tórnanse significativas dende a perspectiva de xénero. Por todo iso, sería conveniente que os convenios que regulan este permiso previsen expresamente que a súa utilización non será tida en conta para os efectos de cómputo do absentismo.

IV. CONCLUSIÓN

O permiso para acompañar familiares a consulta médica trata de dar resposta a un conflito de intereses lexítimos especialmente sensibles que enfronta ao traballador e ao empresario, pois o desexo de conciliación da vida familiar e laboral entra en pugna coa facultade de organización empresarial. Que o permiso teña a súa orixe nunha necesidade familiar que pode presentarse con frecuencia e de modo imprevisto pode provocar a nivel empresarial certo rexeitamento fronte ao seu recoñecemento. De feito, aínda que existen convenios de empresa dispostos a conceder este dereito aos traballadores, cada vez son máis os convenios de sector que introducen o devandito permiso. Esta tendencia mostra unha sensibilidade crecente -aínda que aínda insuficiente- por parte dos sindicatos cara ás necesidades de conciliación que xorden a raíz da atención sanitaria requirida por algúns membros da familia. Precisamente é esta actitude sindical a que está a conseguir estender tal permiso nas empresas, aínda reticentes a este na súa maior parte.

106 O réxime máis positivo conteno o artigo 43 do XIX Convenio colectivo interprovincial da empresa Domar, S.A., cit., que exclúe do cómputo do absentismo os permisos retribuídos, entre os que se atopa o de acompañamento a consulta médica.

Pola súa banda, o artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., cit., que dispón que en caso de asistencia a consulta médica, as tres primeiras horas diarias non serán computadas como absentismo, mentres que as que superen esa cantidade si o serán.

Finalmente, o artigo 36.3 do XIV do Convenio colectivo xeral da industria química, cit., e o artigo 45.3 do Convenio colectivo de perfumaría e afíns, cit., non inclúen o permiso para acompañamento a consulta médica nos que non computan para os efectos de absentismo.

De calquera modo, como todo conflito que enfronta intereses lexítimos, a solución a este pasa pola busca dun equilibrio entre eles, o cal supón que o recoñecemento do dereito a acompañar familiares a consulta médica ha de estar rodeado dunha serie de contrapesos que salvagarden a facultade de organización empresarial. Neste sentido, non convén deixar caer no baleiro algunhas das solucións convencionais que foron analizadas neste traballo, como a creación dunha bolsa de horas flexibles, recuperables nun curto espazo de tempo -por exemplo, dentro da semana-, que complementen unhas horas iniciais libres e retribuídas dispostas para o permiso de acompañamento. Ou ben outras previsións menos novidosas pero igualmente eficaces, como a anotación do grao de parentesco. Na incorporación destes e outros límites razoables á descrición do permiso atópase sen dúbida a clave para a súa difusión en todos os ámbitos da negociación colectiva.

A PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E A INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL

Nicolás González Raposo

Inspector de Traballo da provincia de Lugo

SUMARIO

I. INTRODUCIÓN.

II. FUNCIÓNS E FACULTADES DA INSPECCIÓN DE TRABALLO.

III. PRINCIPIOS E GARANTÍAS DA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. PROCEDEMENTO SANCIONADOR.

IV. INFRACCIÓNS E SANCIÓNS.

V. CONCORRENCIA COA ORDE XURISDICIONAL PENAL.

VI. OUTRAS MEDIDAS DERIVADAS DA ACTUACIÓN INSPECTORA.

VII. TÉCNICOS HABILITADOS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

I. INTRODUCIÓN

As primeiras normas de intervención do Estado nas condicións de traballo a finais do século XIX van dirixidas á protección de colectivos específicos de traballadores, así en España apróbase a lei de 1873 destinada á prohibición do traballo de menores de 10 anos e outras normas similares que resultou ser letra morta por non haber mecanismos coercitivos que garantisen a súa aplicación e quedar sometido o seu cumprimento á vontade unilateral do empresario.

En España inicialmente toda a lexislación laboral, e en particular as normas de seguridade e hixiene formularon graves dificultades para a súa aplicación práctica, o Xeneral Marvá, creador da Inspección de Traballo, resume a situación existente en 1907: "En España, doloroso é dicilo, estamos aínda na infancia deste asunto: carecemos de lexislación obreira, falta de coñecemento da materia, non existe interese en asimilala e, o que é máis, persoas ilustradas a descoñecen, desdeñan o seu estudo e afectan non crer na súa utilidade.

A intervención dos Gobernos na regulamentación dos preceptos de salubridade e seguridade obreira, sinaladamente naquelas industrias perigosas ou insalubres para o operario é perfectamente lícita, e neste punto están de acordo todas as lexislacións".

Xorde, polo tanto, a necesidade de crear uns instrumentos que garantan e velen polo cumprimento das primeiras normas de intervención do Estado nas relacións laborais, particularmente en seguridade e hixiene no traballo, e así por Real Decreto do 1 de marzo de 1906 créase a Inspección de Traballo, dentro do Ministerio da Gobernación, con funcións tanto preventiva como represiva.

Nestes momentos non soamente se non cuestiona a necesidade de intervención pública como garantía para asegurar o cumprimento e control da normativa social, senón que o desenvolvemento de tal misión aspira a ser compartido polos axentes sociais. Este cambio é consecuencia da existencia dunhas organizacións sindicais e patronais fortes e da conciencia de que é a través da negociación e non a confrontación como se produce o progreso social e económico.

En definitiva, a Inspección de Traballo nace inicialmente como Inspección de Seguridade e Hixiene, e aínda hoxe en boa parte dos países europeos e en especial da Unión Europea continúa, como no Reino Unido, tendo exclusivamente este carácter, ou como no resto dos países do sistema anglosaxón, tendo unha organización independente e específica dedicada á seguridade e hixiene.

Por tanto, a seguridade e hixiene ou prevención de riscos laborais esta incardinada e vinculada á Inspección de Traballo dende a súa orixe e aínda hoxe segue sendo un dos aspectos máis importantes da actuación inspectora e dos que ten máis impacto social, consecuencia das cifras de sinestralidade laboral.

Hoxe en día, o seu fundamento atopa na propia Constitución de 1978, cando no seu artigo 42 establece que "os Poderes Públicos velarán pola seguridade e hixiene no traballo", que se concreta na Lei 42/1997, do 14 de novembro, Ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social, que no seu artigo 3 establece as funcións da Inspección e que analizaremos ao longo deste artigo, e na propia Lei de Prevención de Riscos Laborais, que no seu capitulo VII aborda a regulación das Responsabilidades e Sancións e tendo en conta as modificacións introducidas polo Real Decreto lexislativo 5/2000 do 4 de agosto.

Ao longo deste artigo analizaremos as funcións e facultades da Inspección de Traballo, os principios e garantías que han de rexer o procedemento sancionador, o réxime de infraccións e sancións e o interesante tema da concorrencia das actuacións administrativa e penal.

II. FUNCIÓNS E FACULTADES DA INSPECCIÓN DE TRABALLO

O artigo 3 da lei 42/1997 xa mencionada determina as funcións inspectoras, basicamente de vixilancia e esixencia de responsabilidade do cumprimento das normas legais, regulamentarias e contido normativo dos convenios colectivos nos ámbitos, entre outros, de Prevención de Riscos Laborais, que concreta en " normas de prevención de riscos laborais, así como das normas xurídico-técnicas que incidan nas condicións de traballo na devandita materia".

A Lei 31/1995, de Prevención de Regos Laborais, no seu artigo 7 determina as misións das Administracións Públicas, entre as que esta a "vixilancia e control, asesorando para o mellor cumprimento da normativa", "de sanción en caso de incumprimento", asignando o artigo 9 estas dúas últimas á Inspección de Traballo e Seguridade Social.

En consecuencia, o ámbito normativo a vixilancia do cal se encomenda á Inspección de traballo e Seguridade Social é a totalidade do ordenamento xurídico- laboral de prevención de regos laborais, incluíndose as normas xurídico-técnicas que incidan nas condicións de traballo en materia de prevención de riscos laborais, aínda que non tivesen a cualificación directa de normativa laboral.

Non obstante, a tradicional función represora da Inspección convive cunha, non menos importante, función de **ASESORAMENTO E INFORME**.

Así, o artigo 9.1 da Lei 31/1995 establece que corresponde á Inspección de Traballo e Seguridade Social a función da vixilancia e control da normativa sobre prevención de riscos laborais.

En cumprimento desta misión, terá as seguintes funcións:

b) Asesorar e informar as empresas e os traballadores sobre o xeito máis efectivo de cumprir as disposicións a vixilancia das cales ten encomendada.

c) Elaborar os informes solicitados polos Xulgados do Social nas demandas deducidas ante estes nos procedementos de accidentes de traballo e enfermidades profesionais.

d) Informar á autoridade laboral sobre os accidentes de traballo mortais, moi graves ou graves, e sobre aqueles outros en que, polas súas características ou polos suxeitos afectados, se considere necesario o devandito informe, así como sobre as enfermidades profesionais nas que concorran as devanditas cualificacións e, en xeral, nos supostos en que aquela o solicite respecto do cumprimento da normativa legal en materia de prevención de riscos laborais.

e) Comprobar e favorecer o cumprimento das obrigas asumidas polos servizos de prevención establecidos na presente Lei.

Art. 40. Colaboración coa Inspección de Traballo e Seguridade Social

1. Os traballadores e os seus representantes poderán recorrer á Inspección de Traballo e Seguridade Social se consideran que as medidas adoptadas e os medios utilizados polo empresario non son suficientes para garantir a seguridade e a saúde no traballo.

2. Nas visitas aos centros de traballo para a comprobación do cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais, o Inspector de Traballo e Seguridade Social comunicará a súa presenza ao empresario ou ao seu representante ou á persoa inspeccionada, ao Comité de Seguridade e Saúde, ao Delegado de Prevención ou, na súa ausencia, aos representantes legais dos traballadores, co fin de que poidan acompañalo durante o desenvolvemento da súa visita e formulalo as observacións que estimen oportunas, a menos que considere que as devanditas comunicacións poidan prexudicar o éxito das súas funcións.

3. A Inspección de Traballo e Seguridade Social informará os Delegados de Prevención sobre os resultados das visitas a que fai referencia o apartado anterior e sobre as medidas adoptadas como consecuencia destas, así como ao empresario mediante dilixencia no Libro de Visitas da Inspección de Traballo e Seguridade Social que debe existir en cada centro de traballo.

4. As organizacións sindicais e empresariais máis representativas serán consultadas con carácter previo á elaboración dos plans de actuación da Inspección de Traballo e Seguridade Social en materia de prevención de riscos no traballo, en especial dos programas específicos para empresas de menos de 6 traballadores, e informadas do resultado dos devanditos plans.

É dicir, non se trata dunha facultade do Inspector actuante notificar a súa presenza aos Delegados de Prevención, senón que ao meu modo de ver trátase dunha obriga do Inspector e solo naqueles casos en que poida estar xustificada admitiríase a non notificación (necesidade de efectuar unha comprobación inmediata, comprobación dunha situación de economía irregular, etc), cunha interpretación restritiva xa que a norma xeral debe de ser a notificación aos Delegados de Prevención para que estes poidan exercer os seus dereitos de información, consulta e participación.

Art. 43. Requirimentos da Inspección de Traballo e Seguridade Social

1. Cando o Inspector de Traballo e Seguridade Social comprobase a existencia dunha infracción á normativa sobre prevención de riscos laborais, requirirá o empresario para a subsanación das deficiencias observadas, salvo que pola gravidade e inminencia dos riscos procedese acordar a paralización prevista no artigo 44. Todo iso sen prexuízo da proposta de sanción correspondente, no seu caso.

Polo tanto, o Requirimento será obrigatorio para o Inspector cando comprobe que hai un incumprimento da normativa de Prevención de Riscos laborais, será a medida menos grave que poida adoptar o Inspector pero terá a obriga de tomala no caso de que polas circunstancias concorrentes non considere preciso levantar Acta de Infracción.

Existen tamén unhas funcións de **VIXILANCIA E SANCIÓN**.

A Lei 42/ 1997 sinala no seu artigo 1 o obxecto do sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social ao establecer que "Constitúe o sistema da Inspección de Traballo e Seguridade Social o conxunto de principios legais, normas, órganos, funcionarios e medios materiais que contribúen ao axeitado cumprimento das normas laborais; de prevención de riscos laborais; de Seguridade Social e protección social; colocación, emprego e protección por desemprego; cooperativas; migración e traballo de estranxeiros, e de cantas outras materias lle sexan atribuídas ".

Esta función concrétase nunha serie de actividades, das que a máis rechamante é a posibilidade de propoñer sancións pola infracción da lexislación o cumprimento da cal está encargada de vixiar.

As funcións coercitivas da Inspección concrétanse no artigo 9, letras a) e f) da Lei 31/1995:

1. Corresponde á Inspección de Traballo e Seguridade Social a función da vixilancia e control da normativa sobre prevención de riscos laborais.

En cumprimento desta misión, terá as seguintes funcións:

a) Vixiar o cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais, así como das normas xurídico-técnicas que incidan nas condicións de traballo en materia de prevención, aínda que non tivesen a cualificación directa de normativa laboral, propoñendo á autoridade laboral competente a sanción correspondente, cando comprobase unha infracción á normativa sobre prevención de riscos laborais, de acordo co previsto no capítulo VII da presente Lei.

f) Ordenar a paralización inmediata de traballos cando, a xuízo do inspector, se advirta a existencia de risco grave e inminente para a seguridade ou saúde dos traballadores.

Art. 44. Paralización de traballos

1. Cando o Inspector de Traballo e Seguridade Social comprobe que a inobservancia da normativa sobre prevención de riscos laborais implica, o seu xuízo, un risco grave e inminente para a seguridade e a saúde dos traballadores poderá ordenar a paralización inmediata de tales traballos ou tarefas. A devandita medida será comunicada á empresa responsable, que a porá en coñecemento inmediato dos traballadores afectados, do Comité de Seguridade e Saúde, do Delegado de Prevención ou, na súa ausencia, dos representantes do persoal. A empresa responsable dará conta ao Inspector de Traballo e Seguridade Social do cumprimento desta notificación.

O Inspector de Traballo e Seguridade Social dará traslado da súa decisión de forma inmediata á autoridade laboral. A empresa, sen prexuízo do cumprimento inmediato de tal decisión, poderá impugnala ante a autoridade laboral no prazo de tres días hábiles, debendo resolverse tal impugnación no prazo máximo de vinte e catro horas. Tal resolución será executiva, sen prexuízo dos recursos que procedan.

A paralización dos traballos levantarase pola Inspección de Traballo e Seguridade Social que a decretase, ou polo empresario tan pronto como se emenden as causas que a motivaron, debendo, neste último caso, comunicalo inmediatamente á Inspección de Traballo e Seguridade Social.

1. Os supostos de paralización regulados neste artigo, así como os que se contemplen na normativa reguladora das actividades previstas no apartado 2 do artigo 7. º da presente Lei, entenderanse, en todo caso, sen prexuízo do pagamento do salario ou das indemnizacións que procedan e das medidas que poidan arbitrarse para a súa garantía.

O incumprimento da orde de paralización esta tipificado como infracción administrativa Moi Grave no artigo 13 do TRLISOS, apartado 3º:

Non paralizar nin suspender de forma inmediata, por requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social, os traballos que se realicen sen observar a normativa sobre prevención de riscos laborais e que, a xuízo da Inspección, impliquen a existencia dun risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores, ou continuar os traballos sen emendar previamente as causas que motivaron a paralización.

O incumprimento da orde de paralización ten un efecto derivado máis importante e ese que segundo o artigo 195 da LGSS, se equipara á falta de formalización das continxencias de accidente de traballo respecto dos sinistros que se produzan durante a vixencia da orde de paralización, o que constitúe o empresario como responsable directo de todas as prestacións derivadas destes.

III. PRINCIPIOS E GARANTÍAS DA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. PROCEDEMENTO SANCIONADOR

A posibilidade que ten a Administración de sancionar condutas punibles deriva da propia Constitución de 1978, que no seu artigo 25-1 determina que " ninguén pode ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que no momento de producirse non constitúan delito, falta ou infracción administrativa segundo a lexislación vixente". En todo caso calquera sanción require da tramitación do correspondente procedemento previo (artigo 134 -1 da Lei 30/1992).

O procedemento en materia sancionadora administrativa suple o proceso penal e debe de recoñecer todos os dereitos de defensa de afectado, unido á circunstancia de que a Administración é á vez instrutora e resolutora, asumindo dúas calidades que o Tribunal Constitucional considerou un risco á imparcialidade do Acto a xulgar, polo que ha de xustificar coidadosamente a eventual sanción que impoña.

O Tribunal Constitucional en sentenza do 8 de xuño de 1981 establece que os principios esenciais reflectidos no artigo 24 da Constitución en materia de procedemento han de ser aplicables á actividade sancionadora da Administración na medida necesaria para preservar os valores esenciais que se atopan na base do precepto.

Neste sentido a Xurisprudencia estimou derrogados pola Constitución os vellos principios de "solve et repete" e "reforrmatio in peius" que eran de aplicación na actividade administrativa sancionadora anterior á Constitución.

Polo tanto, resultan plenamente aplicables á orde administrativa o principio de legalidade que deriva do propio artigo 25.1 da Constitución e o principio de tipicidade segundo o cal só son infraccións administrativas as vulneracións previstas como tales infraccións por unha lei. Non son posibles cláusulas xerais ou indeterminadas de infracción que permitan un excesivo poder discrecional do órgano administrativo.

Igualmente, resulta aplicable o principio de culpabilidade, sendo rexeitable todo intento de establecer unha responsabilidade obxectiva que non requira dolo ou culpa na conduta sancionable. O artigo 130 da Lei 30/1992 establece que " só poderán ser sancionadas por feitos constitutivos de infracción administrativa as persoas físicas e xurídicas que resulten responsables destes aínda a titulo de simple inobservancia".

Igualmente resulta plenamente aplicable ao ámbito administrativo o principio de presunción de inocencia, recoñecido no artigo 24.2 da Constitución, e no artigo 137 da Lei 30/92 que establece que " os procedementos sancionadores respectarán a presunción de non existencia de responsabilidade administrativa mentres non se demostre o contrario".

Este principio choca co principio de presunción de certeza dos actos administrativos. Neste sentido o Tribunal Constitucional, en Sentenza do 26 de abril de 1990 sinalou que " a sanción ten que estar baseada en actos ou medios probatorios de cargo ou incriminación da conduta reprochada; que a carga da proba corresponde a quen acusa sen

que ninguén este obrigado a probar a súa propia inocencia; e que calquera insuficiencia no resultado das probas practicadas libremente valorado polo órgano sancionador, debe de traducirse nun pronunciamento absolutorio".

IV. INFRACCIÓNS E SANCIÓNS

Na introdución xa sinalamos que a función principal da Inspección de Traballo é a de vixiar e controlar o cumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, e no seu caso, a esixencia de responsabilidade mediante a imposición dunha sanción.

A Lei de Prevención de Riscos Laborais no seu capitulo VII recollía o réxime de responsabilidades e sancións, incluíndo a tipificación das infraccións e o réxime sancionador correspondente. Non obstante, seguindo un mandato de l a Lei 55/1999, do 29 de decembro aprobouse o Real Decreto Lexislativo 5/2000 do 4 de agosto, de Infraccións e Sancións na Orde Social, que deixo sen efecto os preceptos correspondentes do capitulo VII da Lei de Prevención de Riscos Laborais, unificando nun texto todas as infraccións e sancións na Orde Social.

Esta materia sufriu unha nova modificación pola lei 54/2003, do 12 de decembro par mellorar o cumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, mediante un reforzamento do labor inspector, tipificando como infracción o mero cumprimento formal da norma e a falta de integración da prevención na empresa entre outras e unha maior adecuación da norma calificadora á norma substantiva de dereito incumprida.

INFRACCIÓNS

As infraccións en materia de Prevención de Riscos Laborais veñen definidas, en cumprimento do principio de legalidade, no artigo 5-2 do Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da lei sobre infraccións e sancións na orde social, nos seguintes termos:

2. Son infraccións laborais en materia de prevención de riscos laborais as accións ou omisións dos diferentes suxeitos responsables que incumpran as normas legais, regulamentarias e cláusulas normativas dos convenios colectivos en materia de seguridade e saúde no traballo suxeitas a responsabilidade conforme a esta lei.

Inserimos este apartado 2 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

Unha vez definidas procédese á descrición dos distintos tipos de infracción, cualificándoas en leves, graves e moi graves.

Art. 11. Infraccións leves

Son infraccións leves:

1. A falta de limpeza do centro de traballo da que non se derive risco para a integridade física ou saúde dos traballadores.

2. Non dar conta, en tempo e forma, á autoridade laboral competente, conforme ás disposicións vixentes, dos accidentes de traballo acontecidos e das enfermidades profesionais declaradas cando teñan a cualificación de leves.

3. Non comunicar á autoridade laboral competente a apertura do centro de traballo ou a reanudación ou continuación dos traballos despois de efectuar alteracións ou ampliacións de importancia, ou consignar con inexactitude os datos que debe declarar ou cumprir, sempre que non se trate de industria cualificada pola normativa vixente como perigosa, insalubre ou nociva polos elementos, procesos ou substancias que se manipulen.

4. As que supoñan incumprimentos da normativa de prevención de riscos laborais, sempre que carezan de transcendencia grave para a integridade física ou a saúde dos traballadores.

5. Calquera outras que afecten a obrigas de carácter formal ou documental esixidas na normativa de prevención de riscos laborais e que non estean tipificadas como graves ou moi graves.

Véxase o art. 39.3 desta disposición.

Art. 12. Infraccións graves

Son infraccións graves:

1.a) Incumprir a obriga de integrar a prevención de riscos laborais na empresa a través da implantación e aplicación dun plan de prevención, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

b) Non levar a cabo as avaliacións de riscos e, no seu caso, as súas actualizacións e revisións, así como os controis periódicos das condicións de traballo e da actividade dos traballadores que procedan, ou non realizar aquelas actividades de prevención que fixesen necesarias os resultados das avaliacións, co alcance e contido establecidos na normativa sobre prevención de riscos laborais.

Inserimos este apartado 1 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

2. Non realizar os recoñecementos médicos e probas de vixilancia periódica do estado de saúde dos traballadores que procedan conforme á normativa sobre prevención de riscos laborais, ou non comunicar o seu resultado aos traballadores afectados.

3. Non dar conta en tempo e forma á autoridade laboral, conforme ás disposicións vixentes, dos accidentes de traballo acontecidos e das enfermidades profesionais declaradas cando teñan a cualificación de graves, moi graves ou mortais, ou non levar a cabo unha investigación en caso de producirse danos á saúde dos traballadores ou de ter indicios de que as medidas preventivas son insuficientes.

4. Non rexistrar e arquivar os datos obtidos nas avaliacións, controis, recoñecementos, investigacións ou informes a que se refiren os artigos 16, 22 e 23 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de Prevención de Riscos Laborais.

5. Non comunicar á autoridade laboral competente a apertura do centro de traballo ou a reanudación ou continuación dos traballos despois de efectuar alteracións ou ampliacións de importancia, ou consignar con inexactitude os datos que debe declarar ou cumprir, sempre que se trate de industria cualificada pola normativa vixente como perigosa, insalubre ou nociva polos elementos, procesos ou substancias que se manipulen.

6. Incumprir a obriga de efectuar a planificación da actividade preventiva que derive como necesaria da avaliación de riscos, ou non realizar o seu seguimento, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

Inserimos este apartado 6 coa redacción establecida por laL. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

7. A adscrición de traballadores a postos de traballo as condicións da cal fosen incompatibles coas súas características persoais ou de quen atopen manifestamente en estados ou situacións transitorias que non respondan ás esixencias psicofísicas dos respectivos postos de traballo, así como a dedicación daqueles á realización de tarefas sen tomar en consideración as súas capacidades profesionais en materia de seguridade e saúde no traballo, salvo que se trate de infracción moi grave conforme ao artigo seguinte.

8. O incumprimento das obrigas en materia de formación e información suficiente e adecuada aos traballadores acerca dos riscos do posto de traballo susceptibles de provocar danos para a seguridade e saúde e sobre as medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción moi grave conforme ao artigo seguinte.

9. A superación dos límites de exposición aos axentes nocivos que, conforme á normativa sobre prevención de riscos laborais, orixine risco de danos graves para a seguridade e saúde dos traballadores, sen adoptar as medidas preventivas axeitadas, salvo que se trate de infracción moi grave conforme ao artigo seguinte.

10. Non adoptar as medidas previstas no artigo 20 da Lei de Prevención de Riscos Laborais en materia de primeiros auxilios, loita contra incendios e evacuación dos traballadores.

11. O incumprimento dos dereitos de información, consulta e participación dos traballadores recoñecidos na normativa sobre prevención de riscos laborais.

12. Non proporcionar a formación ou os medios axeitados para o desenvolvemento das súas funcións aos traballadores designados para as actividades de prevención e aos delegados de prevención.

13. Non adoptar os empresarios e os traballadores por conta propia que desenvolvan actividades nun mesmo centro de traballo, ou os empresarios a que se refire o artigo 24.4 da Lei de Prevención de Riscos Laborais, as medidas de cooperación e coordinación necesarias para a protección e prevención de riscos laborais.

14. Non adoptar o empresario titular do centro de traballo as medidas necesarias para garantir que aqueles outros que desenvolvan actividades neste reciban a información e as instrucións adecuadas sobre os riscos existentes e as medidas de protección, prevención e emerxencia, na forma e co contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

Inserimos este apartado 14 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

15.a) No designar a un ou varios traballadores para ocuparse das actividades de protección e prevención na empresa ou non organizar ou concertar un servizo de prevención cando iso sexa preceptivo, ou non dotar aos recursos preventivos dos medios que sexan necesarios para o desenvolvemento das actividades preventivas.

b) A falta de presenza dos recursos preventivos cando iso sexa preceptivo ou o incumprimento das obrigas derivadas da súa presenza.

Inserimos este apartado 15 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

16. As que supoñan incumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, sempre que o devandito incumprimento cree un risco grave para a integridade física ou a saúde dos traballadores afectados e especialmente en materia de:

a) Comunicación á autoridade laboral, cando legalmente proceda, das substancias, axentes físicos, químicos e biolóxicos, ou procesos utilizados nas empresas.

b) Deseño, elección, instalación, disposición, utilización e mantemento dos lugares de traballo, ferramentas, maquinaria e equipos.

c) Prohibicións ou limitacións respecto de operacións, procesos e uso de axentes físicos, químicos e biolóxicos nos lugares de traballo.

d) Limitacións respecto do número de traballadores que poidan quedar expostos a determinados axentes físicos, químicos e biolóxicos.

e) Utilización de modalidades determinadas de mostraxe, medición e avaliación de resultados.

f) Medidas de protección colectiva ou individual.

g) Sinalización de seguridade e etiquetaxe e envasado de substancias perigosas, en canto estas se manipulen ou empreguen no proceso produtivo.

h) Servizos ou medidas de hixiene persoal.

i) Rexistro dos niveis de exposición a axentes físicos, químicos e biolóxicos, listas de traballadores expostos e expedientes médicos.

17. A falta de limpeza do centro ou lugar de traballo, cando sexa habitual ou cando diso se deriven riscos para a integridade física e saúde dos traballadores.

18. O incumprimento do deber de información aos traballadores designados para ocuparse das actividades de prevención ou, se é o caso, ao servizo de prevención da incorporación á empresa de traballadores con relacións de traballo temporais, de duración determinada ou proporcionados por empresas de traballo temporal.

19. Non facilitar aos traballadores designados ou ao servizo de prevención o acceso á información e documentación sinaladas no apartado 1 do artigo 18 e no apartado 1 do artigo 23 da Lei de Prevención de Riscos Laborais.

Inserimos este apartado 19 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

20. Non someter, nos termos regulamentariamente establecidos, o sistema de prevención da empresa ao control dunha auditoría ou avaliación externa cando non se concertase o servizo de prevención cunha entidade especializada allea á empresa.

21. Facilitar á autoridade laboral competente, as entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas, as persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas ou as entidades acreditadas para desenvolver e certificar a formación en materia de prevención de riscos laborais, datos de forma ou con contido inexactos, omitir os que debera consignar, así como non comunicar calquera modificación das súas condicións de acreditación ou autorización.

22. Incumprir as obrigas derivadas de actividades correspondentes a servizos de prevención alleos respecto dos seus empresarios concertados, de acordo coa normativa aplicable.

23. No ámbito de aplicación do Real Decreto 1.627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción:

a) Incumprir a obriga de elaborar o plan de seguridade e saúde no traballo co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, en particular por carecer dun contido real e axeitado aos riscos específicos para a seguridade e a saúde dos traballadores da obra ou por non se adaptar ás características particulares das actividades ou os procedementos desenvolvidos ou do ámbito dos postos de traballo.

b) Incumprir a obriga de realizar o seguimento do plan de seguridade e saúde no traballo, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

Este apartado 23 foi engadido pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

24. No ámbito de aplicación do Real Decreto 1.627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción, o incumprimento das seguintes obrigas correspondentes ao promotor:

a) Non designar os coordinadores en materia de seguridade e saúde cando iso sexa preceptivo.

b) Incumprir a obriga de que se elabore o estudo ou, no seu caso, o estudo básico de seguridade e saúde, cando iso sexa preceptivo, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, ou cando tales estudos presenten deficiencias ou carencias significativas e graves en relación coa seguridade e a saúde na obra.

c) Non adoptar as medidas necesarias para garantir, na forma e co alcance e contido previstos na normativa de prevención, que os empresarios que desenvolven actividades na obra reciban a información e as instrucións adecuadas sobre os riscos e as medidas de protección, prevención e emerxencia.

d) Non cumprir os coordinadores en materia de seguridade e saúde as obrigas establecidas no artigo 9 do Real Decreto 1.627/1997 como consecuencia da súa falta de presenza, dedicación ou actividade na obra.

e) Non cumprir os coordinadores en materia de seguridade e saúde as obrigas, distintas das citadas nos parágrafos anteriores, establecidas na normativa de prevención de riscos laborais cando tales incumprimentos teñan ou poidan ter repercusión grave en relación coa seguridade e saúde na obra.

Este apartado 24 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

25. Incumprir as obrigas derivadas de actividades correspondentes ás persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas, de acordo coa normativa aplicable.

Este apartado 25 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

26. Incumprir as obrigas derivadas de actividades correspondentes a entidades acreditadas para desenvolver e certificar a formación en materia de prevención de riscos laborais, de acordo coa normativa aplicable.

Este apartado 26 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

Ver Disposicións Relacionadas

Art. 13. Infraccións moi graves

Son infraccións moi graves:

1. Non observar as normas específicas en materia de protección da seguridade e a saúde das traballadoras durante os períodos de embarazo e lactación.

2. Non observar as normas específicas en materia de protección da seguridade e a saúde dos menores.

3. Non paralizar nin suspender de forma inmediata, por requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social, os traballos que se realicen sen observar a normativa sobre prevención de riscos laborais e que, a xuízo da Inspección, impliquen a existencia dun risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores, ou continuar os traballos sen emendar previamente as causas que motivaron a paralización.

4. A adscrición dos traballadores a postos de traballo as condicións da cal fosen incompatibles coas súas características persoais coñecidas ou que atopen manifestamente en estados ou situacións transitorias que non respondan ás esixencias psicofísicas dos respectivos postos de traballo, así como a dedicación daqueles á realización de tarefas sen tomar en consideración as súas capacidades profesionais en materia de seguridade e saúde no traballo, cando diso se derive un risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores.

5. Incumprir o deber de confidencialidade no uso dos datos relativos á vixilancia da saúde dos traballadores, nos termos previstos no apartado 4 do artigo 22 da Lei de Prevención de Riscos Laborais.

6. Superar os límites de exposición aos axentes nocivos que, conforme á normativa sobre prevención de riscos laborais, orixinen riscos de danos para a saúde dos traballadores sen adoptar as medidas preventivas axeitadas, cando se trate de riscos graves e inminentes.

7. Non adoptar, os empresarios e os traballadores por conta propia que desenvolvan actividades nun mesmo centro de traballo, as medidas de cooperación e coordinación necesarias para a protección e prevención de riscos laborais, cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas como perigosas ou con riscos especiais.

8.a) Non adoptar o promotor ou o empresario titular do centro de traballo, as medidas necesarias para garantir que aqueles outros que desenvolvan actividades neste reciban a información e as instrucións adecuadas, na forma e co contido e alcance establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, sobre os riscos e as medidas de protección, prevención e emerxencia cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas como perigosas ou con riscos especiais.

b) A falta de presenza dos recursos preventivos cando iso sexa preceptivo ou o incumprimento das obrigas derivadas da súa presenza, cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas como perigosas ou con riscos especiais.

Inserimos este apartado 8 coa redacción establecida pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

9. As accións ou omisións que impidan o exercicio do dereito dos traballadores a paralizar a súa actividade nos casos de risco grave e inminente, nos termos previstos no artigo 21 da Lei de Prevención de Riscos Laborais.

10. Non adoptar calquera outras medidas preventivas aplicables ás condicións de traballo en execución da normativa sobre prevención de riscos laborais das que se derive un risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores.

11. Exercer as súas actividades as entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas, as persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas ou as que desenvolvan e certifiquen a formación en materia de prevención de riscos laborais, sen contar coa preceptiva acreditación ou autorización, cando esta fose suspendida ou extinguida, cando caducase a autorización provisional, así como cando se excedan na súa actuación do seu alcance.

12. Manter as entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas ou as persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas, vinculacións comerciais, financeiras ou de calquera outro tipo, coas empresas auditar ou concertadas, distintas ás propias da súa actuación como tales, así como certificar, as entidades que desenvolvan ou certifiquen a formación preventiva, actividades non desenvolvidas na súa totalidade.

13. A alteración ou o falseamento, polas persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas, do contido do informe da empresa auditar.

Este apartado 13 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

14. A subscrición de pactos que teñan por obxecto a elusión, en fraude de lei, das responsabilidades establecidas no apartado 3 do artigo 42 desta lei.

Este apartado 14 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

SANCIÓNS

As sancións que corresponden a cada infracción veñen determinadas na propia Lei, así como os criterios de graduación das sancións correspondentes.

Art. 39. Criterios de graduación das sancións

3. Nas sancións por infraccións en materia de prevención de riscos laborais, para os efectos da súa graduación, teranse en conta os seguintes criterios:

a) A perigosidade das actividades desenvolvidas na empresa ou centro de traballo.

b) O carácter permanente ou transitorio dos riscos inherentes ás devanditas actividades.

c) A gravidade dos danos producidos ou que puidesen producirse pola ausencia ou deficiencia das medidas preventivas necesarias.

d) O número de traballadores afectados.

e) As medidas de protección individual ou colectiva adoptadas polo empresario e as instrucións impartidas por este en orde á prevención dos riscos.

f) O incumprimento das advertencias ou requirimentos previos a que se refire o artigo 43 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de Prevención de Riscos Laborais.

Inserimos este parágrafo f) coa redacción establecida pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 31, I.L. 6090).

g) A inobservancia das propostas realizadas polos servizos de prevención, os delegados de prevención ou o comité de seguridade e saúde da empresa para a corrección das deficiencias legais existentes.

h) A conduta xeral seguida polo empresario en orde á estrita observancia das normas en materia de prevención de riscos laborais.

Art. 40. Contía das sancións

2. As infraccións en materia de prevención de riscos laborais sancionaranse:

a) As leves, no seu grao mínimo, con multa de 5.000 a 50.000 pesetas (de 30,05 a 300,51 €); no seu grao medio de 50.001 a 100.000 pesetas (de 300,52 a 601,01 €); e no seu grao máximo, de 100.001 a 250.000 pesetas (de 601,02 a 1.502,53 €).

b) As graves, con multa, no seu grao mínimo de 250.001 a 1.000.000 de pesetas (de 1.502,54 a 6.010,12 €); no seu grao medio, de 1.000.001 a 2.500.000 pesetas (de 6.010,13 a 15.025,30 €); e no seu grao máximo, de 2.500.001 a 5.000.000 de pesetas (de 15.025,31 a 30.050,61 €).

c) As moi graves con multa, no seu grao mínimo, de 5.000.001 a 20.000.000 de pesetas (de 30.050,62 a 120.202,42 €); no seu grao medio de 20.000.001 a 50.000.000 de pesetas (de 120.202,43 a 300.506,05 €); e no seu grao máximo de 50.000.001 a 100.000.000 de pesetas (de 300.506,06 a 601.012,10 €).

As sancións impostas por infraccións moi graves, unha vez asines, faranse públicas na forma que se determine regulamentariamente.

As infraccións, por faltas graves e moi graves das entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas, das persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas e das entidades acreditadas para desenvolver ou certificar a formación en materia de prevención de riscos laborais, poderán dar lugar, ademais de ás multas previstas neste artigo, á cancelación da acreditación outorgada por a autoridade laboral.

V. CONCORRENCIA COA ORDE XURISDICIONAL PENAL

Un principio xeral do dereito sancionador é o "non bis in idem", polo cal unha persoa non pode ser sancionada dúas veces por un mesmo feito.

Este principio remóntase ao dereito romano relacionándose coa cousa xulgada, no sentido de que o xa decidido mediante sentenza firme nun proceso anterior obriga o xuíz do segundo proceso.

O principio "non bis in idem" require unha tripla identidade de suxeitos, feito e fundamento. O principal problema formúlase na diversidade existente entre quen poida ser suxeito no ámbito administrativo e quen poida selo no ámbito penal. Cando unha conduta tipificada como infracción no ámbito administrativo e penal pode ser cometida por unha persoa física, parece clara a identidade do suxeito pasivo. Cando a infracción se comete por unha persoa xurídica non parece que poida establecerse tal identidade. A sanción penal non parece que poida impedir a administrativa baseándose no principio mencionado en tanto que, mesmo dándose todas as demais condicións para a súa aplicación falta unha dos seus elementos fundamentais como é o da identidade subxectiva.

Este principio aparece desenvolvido polo Texto Refundido da lei de Infraccións e Sancións na Orde Social no seu artigo 3 nos seguintes termos:

Concorrencia coa orde xurisdicional penal

1. Non poderán sancionarse os feitos que fosen sancionados penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade de suxeito, de feito e de fundamento.

2. Nos supostos en que as infraccións puidesen ser constitutivas de ilícito penal, a Administración pasará o tanto de culpa ao órgano xudicial competente ou ao Ministerio Fiscal e absterase de seguir o procedemento sancionador mentres a autoridade xudicial non dite sentenza firme ou resolución que poña fin ao procedemento ou mentres o Ministerio Fiscal non comunique a improcedencia de iniciar ou proseguir actuacións.

3. De non se considerar a existencia de ilícito penal, ou no caso de ditarse resolución doutro tipo que poña fin ao procedemento penal, a Administración continuará o expediente sancionador baseándose nos feitos que os Tribunais consideraran probados.

4. A comunicación do tanto de culpa ao órgano xudicial ou ao Ministerio Fiscal ou o inicio de actuacións por parte destes, non afectará ao inmediato cumprimento das medidas de paralización de traballos adoptadas nos casos de risco grave e inminente para a seguridade ou saúde do traballador, á efectividade dos requirimentos de subsanación formulados, nin aos expedientes sancionadores sen conexión directa cos que sexan obxecto das eventuais actuacións xurisdicionais da orde penal.

Este artigo desenvólvese a nivel regulamentario polo Real Decreto 928/1998, que aproba o regulamento de procedemento para a imposición de sancións na Orde Social que no seu artigo 5 establece que:

1. Cando a Inspección actuante ou o órgano ao que corresponda resolver o expediente sancionador entenda que as infraccións poden ser constitutivas de delito, o comunicará ao Ministerio Fiscal e se absterá de seguir o procedemento administrativo sancionador a que se refire o capítulo III e que corresponda aos mesmos feitos, ata que o Ministerio Fiscal, no seu caso, resolva non interpoñer acción, ou sexa firme a sentenza ou auto de sobresemento que dite a autoridade xudicial e solicitará, do devandito órgano xudicial, a notificación do resultado, que se efectuará nos termos previstos no artigo 270 da Lei Orgánica do Poder Xudicial. Se se tivera iniciado procedemento sancionador, a decisión sobre a suspensión corresponderá ao órgano competente para resolver.

O Inspector ou Subinspector actuante, no suposto antes sinalado, comunicarao pola súa canle orgánica ao Xefe da Inspección Provincial de Traballo e Seguridade Social, con expresión dos feitos e circunstancias e dos suxeitos que puidesen resultar afectados. O devandito Xefe, se estimase a eventual concorrencia de ilícito penal, comunicarao ao Ministerio Fiscal, tendo en conta o disposto no parágrafo primeiro respecto á suspensión, e ao órgano ao que corresponda resolver.

Tamén se suspenderá o procedemento administrativo cando, non mediando a devandita comunicación, se vinga en coñecemento da existencia de actuacións penais polos mesmos feitos e fundamento en relación a o mesmo presunto responsable.

2. A comunicación do apartado anterior, non afectará ao inmediato cumprimento da paralización de traballos a que se refire o artigo 44 da Lei de Prevención de Riscos Laborais, nin á eficacia dos requirimentos formulados, o incumprimento dos cales se comunicará a través do órgano correspondente ao Xulgado competente, por se fose constitutivo de ilícito penal, nin tampouco afectará á esixencia de débedas que se apreciasen co Sistema de Seguridade Social.

3. A condena por delito en sentenza firme excluirá a imposición de sanción administrativa polos mesmos feitos que fosen considerados probados sempre que concorra, ademais, identidade de suxeito e fundamento, sen prexuízo da liquidación de cotas á Seguridade Social e demais conceptos de recadación conxunta, e da esixencia de reintegro das axudas, bonificacións ou das prestacións sociais indebidamente percibidas, se procedese.

Ante as elevadas cifras de sinestralidade formúlase constantemente por diversos colectivos, a necesidade de fomentar a actuación da xurisdición penal, especialmente pola vía do artigo 316 do Código Penal, é dicir a condena polo delito de risco, sen esperar a que a actuación penal se produza unha vez acaecido o resultado danoso para o traballador.

Ao meu modo de ver e defendendo as boas intencións da devandita petición, la mesma tropeza cunha realidade xudicial que non favorece a súa aplicación e que nestes momentos, incluso pode producir efectos perniciosos se se utiliza de forma indiscriminada. Dichos efectos son os derivados da paralización por tempo indeterminado do Expediente Administrativo mentres esta pendente a actuación en vía penal e a dificultade de obter sentenzas condenatorias o que unido á necesidade de respectar os Feitos declarados probados na resolucións Xudiciais poden provocar que as propostas de sanción administrativa queden sen efecto.

A experiencia dinos que é moi difícil non xa obter sentenzas condenatorias senón, incluso, que a Dilixencias Previas non arquívense e chegar ao acto do xuízo, o que provoca que se continúe o procedemento administrativo despois dun tempo que pode ser longo co que fai perder á sanción administrativa o efecto disuasorio que pretende ao quedar moi diluída no tempo a súa eficacia.

Por último, facer unha reflexión sobre este tema: se xa é difícil obter fallos condenatorios cando hai un dano ¿canto máis difícil será obtelos cando non se produciu ningún dano?

VI. OUTRAS MEDIDAS DERIVADAS DA ACTUACIÓN INSPECTORA

Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais

Art. 53. Suspensión ou peche do centro de traballo

O Goberno ou, no seu caso, os órganos de goberno das Comunidades Autónomas con competencias na materia, cando concorran circunstancias de excepcional gravidade nas infraccións en materia de seguridade e saúde no traballo, poderán acordar a suspensión das actividades laborais por un tempo determinado ou, en caso extremo, o peche do centro de traballo correspondente, sen prexuízo, en todo caso, do pagamento do salario ou das indemnizacións que procedan e das medidas que poidan arbitrarse para a súa garantía.

Trátase dunha medida de carácter excepcional e que, polo tanto, ten que aplicarse de forma restritiva, e tendo en conta que, de modo inmediato, a seguridade dos traballadores ante un incumprimento de normas de prevención que orixine unha situación de risco grave e inminente xa queda asegurada, se é o caso, coa orde de paralización do artigo 44 da Lei 31/1995, medida esta de carácter preventivo dirixida a tal finalidade.

Dada a importancia e transcendencia da medida requírese que a decisión o tome o Consello de Goberno da Comunidade Autónoma que corresponda ou en caso de falta de transferencia da competencia sancionadora o Consello de Ministros. O desenvolvemento regulamentario do artigo 53 da Lei 31/1995 esixe para a tramitación da medida

que a intervención das máximas autoridades da Inspección a nivel provincial e de Comunidade Autónoma para poñer en coñecemento do órgano correspondente da Comunidade Autónoma a medida proposta e sométase ao acordo do Consello de Goberno (artigo 26 do Real Decreto 928/1998, do 14 de maio)

Proposta de Recarga. Artigo 123 da Lei Xeral de Seguridade Social.

Trátase dunha medida que se pode derivar da actuación inspectora en caso de accidente de traballo e enfermidade profesional e que ten efectos en materia de responsabilidade para prestacións de seguridade social. Atópase regulada no artigo 123 da LGSS nos seguintes termos:

Art. 123. Recarga das prestacións económicas en caso de accidente de traballo e enfermidade profesional

1. Todas as prestacións económicas que teñan a súa causa en accidente de traballo ou enfermidade profesional se aumentarán, segundo a gravidade da falta, dun 30 a un 50 por cento, cando a lesión se produza por máquinas, artefactos ou en instalacións, centros ou lugares de traballo que carezan dos dispositivos de precaución regulamentarios, téñanos inutilizados ou en malas condicións, ou cando non se observen as medidas xerais ou particulares de seguridade e hixiene no traballo, ou as elementais de salubridade ou as de adecuación persoal a cada traballo, habida conta das súas características e da idade, sexo e demais condicións do traballador.

2. A responsabilidade do pagamento da recarga establecida no apartado anterior recaerá directamente sobre o empresario infractor e non poderá ser obxecto de seguro ningún, sendo nulo de pleno dereito calquera pacto ou contrato que se realice para cubrila, compensala ou transmitila.

3. A responsabilidade que regula este artigo é independente e compatible coas de toda orde, mesmo penal, que poidan derivarse da infracción.

Para que a Recarga poida recoñecerse hanse de cumprir tres requisitos:

1º. - que exista previamente un accidente ou enfermidade que teñan a súa orixe no traballo.

2º. - que tal accidente ou enfermidade de dereito a unha prestación económica da Seguridade Social.

3º. - Que o accidente ou enfermidade sexan causados por falta grave de medidas de seguridade e hixiene achacable ao empresario, que exista un nexo causal entre o incumprimento da norma de seguridade e o accidente ou a enfermidade. Neste sentido é abundante a xurisprudencia que establece que a recarga de prestacións debe de interpretarse restritivamente.

Trátase dunha medida de grande transcendencia económica tanto para o empresario como para o traballador no seu caso, beneficiarios deste; toda vez que vai supoñer unha obriga de capitalizar o importe deste que en función do tipo de prestación ou da idade do traballador pode alcanzar cifras moi importantes, que poden alterar a situación económica do empresario e que, en sentido contrario, vai modificar á alza o importe da prestación a recibir polo traballador beneficiario.

Esta transcendencia a vai agravada pola terminante declaración do artigo123 citado que prohibe o aseguramento da recarga así como a expresa compatibilidade coa responsabilidade civil, penal e administrativa.

Suxeito responsable da recarga será o empresario ao que se lle impute o incumprimento da normativa, que non ten porque ser necesariamente o empresario titular da relación laboral co traballador accidentado. Por exemplo o caso dunha empresa usuaria que utiliza os servizos de traballadores postos a disposición por unha ETT, ou os supostos do artigo 24 da Lei 31/1995 de comparición de centros de traballo por traballadores de varios empresarios e sen prexuízo, da posibilidade da responsabilidade solidaria prevista no artigo 42.3 do Texto Refundido da Lei de Infraccións e Sancións na Orde Social.

VII. TÉCNICOS HABILITADOS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Non quero rematar este artigo sen referirme ao reforzamento da actuación inspectora que supuxo a posibilidade de que os Técnicos habilitados da Comunidades Autónomas actúen como colaboradores da Inspección de Traballo e Seguridade Social que estableceu a Lei 54/2003, do 12 de decembro, de reforma do Marco Normativo de Prevención de Riscos Laborais.

O desenvolvemento regulamentario realizouse polo Real Decreto 684/2005, do 10 de xuño, que regula as condicións de habilitación e actuación dos Técnicos das Comunidades Autónomas. Os devanditos funcionarios deberán contar coa habilitación correspondente que conceden as correspondentes Autoridades da Comunidades Autónomas, que a levarán a cabo de acordo co procedemento e as condicións establecidos na súa propia normativa e que expedirán o documento oficial que acredite a súa habilitación. Para conceder a habilitación será requisito que os Técnicos sexan funcionarios dos Grupos A ou B e conten con titulación universitaria e a formación mínima prevista no artigo 37.2 e 3 do Regulamento dos Servizos de Prevención, Real Decreto 39/1997 do 17 de xaneiro. É dicir quedan excluídos da posibilidade de habilitación o persoal laboral e en cambio inclúese os funcionarios interinos.

As funcións dos Técnicos habilitados circunscríbese á comprobación e control nas empresas e centros de traballo das condicións materiais ou técnicas de seguridade e saúde conforme ao artigo 9.3 da Lei 31/1995, e sempre dentro das accións programadas pola correspondente Comisión Territorial da Inspección de Traballo e Seguridade Social.

As facultades dos Técnicos habilitados están establecidas no artigos 62 do Real Decreto 138/2000, de organización e funcionamento da Inspección de Traballo e Seguridade Social e é similares ás dos Inspectores dereito de entrada, solicitar información, practicar comprobacións, etc)

A consecuencia das súas actuacións comprobatorias poderán realizar Requirimentos para a subsanación de deficiencias cun prazo para a corrección, que no caso de que non se emenden se porá en coñecemento da Inspección de Traballo, tendo a devandita comunicación presunción legal de certeza respecto dos feitos reflectidos nesta e procedendo o Inspector designado a levantar a correspondente Acta de infracción que iniciase o procedemento sancionador correspondente.

No caso de que se aprecie unha situación de risco grave e inminente deberán practicar un Requirimento para o seu cumprimento inmediato e, no caso de incumprimento comunicarase urxentemente á Inspección de Traballo para que o Inspector designado adopte as medidas que corresponda, podendo solicitar a presenza do Técnico que efectuou o Requirimento previo para acompañalo na visita ao centro de traballo.

ÍNDICE DE MONOGRAFÍAS

TÓPICOS

ÍNDICE

REVISTA GALEGA DE SERVIZO SOCIAL

TÓPICOS

Accidentes de traballo
Administracións Públicas
Arbitraxes laborais
Asistencia social
Conflitos colectivos
Contrato de traballo
Convenios colectivos
Descentralización produtiva. Contratas
Desemprego
Despedimento
Emprego
Estranxeiros
Extinción do contrato de traballo
Folga
Igualdade e non discriminación. Outros dereitos fundamentais
Infraccións e sancións
Maternidade
Permisos
Prestacións
Procedemento laboral
Recursos
Relacións laborais
Relacións laborais especiais
Representantes dos traballadores
Saúde laboral
Seguridade Social complementaria
Seguridade Social. Réximes especiais
Sindicatos
Sucesión de empresa
Suspensión do contrato de traballo
Viuvez
Xornada
Xubilación

ÍNDICE

Reprodúcese, no seu caso, o índice ou un resumo do mesmo ilustrativo do contido do libro

ACCIDENTES DE TRABALLO

María de los Reyes Martínez Barroso

Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los tribunales (Madrid, 2004)

Sumario: I. Delimitación conceptual de las enfermedades de trabajo. 1. Distinción jurídica entre enfermedad y accidente. 2. Enfermedad del trabajo, enfermedad profesional y enfermedad común. 3. El concepto legal de accidente de trabajo. 4. El concepto «genérico» de enfermedades del trabajo. 5. Definición legal de las enfermedades del trabajo, en sentido estricto. 6. Diferencias entre enfermedad del trabajo y enfermedad profesional. 7. El nexo causal en las enfermedades del trabajo. II. Clasificación de las enfermedades del trabajo. 1. Criterios clasificatorios. 2. Enfermedades cardiovasculares y análogas. 3. Enfermedades infecto-contagiosas. 4. Enfermedades psíquicas. 5. Enfermedades de esfuerzo y lesiones traumáticas. 6. Enfermedades relacionadas con las nuevas tecnologías. 7. Las peculiaridades del accidente de trabajo ocurrido en el domicilio.

ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS

Juan José Fernández Domínguez e Susana Rodríguez Escanciano

La movilidad en la función pública. Entre la estabilidad y la eficacia en la gestión (Madrid, 2004)

Sumario: Introducción. I. Instrumentos administrativos para la ordenación de los recursos humanos. En especial, las relaciones de puestos de trabajo y los planes de empleo. 1. Las relaciones de puestos de trabajo: una desnaturalizada «radiografía» de las funciones correspondientes a cada puesto. 2. Los planes de empleo y su excesiva complejidad

técnica. II. El defectuoso planteamiento del sistema de carrera. 1. La función de los cuerpos en la carrera administrativa. 2. Grupos de titulación. 3. Niveles de clasificación. 4. Grado personal. 5. Promoción interna. 6. Desplazamientos horizontales. III. Sistemas de provisión. 1. Las formas típicas de provisión de puestos de trabajo (concurso ordinario, concurso específico y libre designación) a la luz de los principios de mérito y capacidad. 2. Las formas atípicas de provisión de puestos de trabajo: un mero intento (rodeado de importantes fracasos) de dar respuesta a las necesidades del servicio. IV. El diseño actual de las distintas situaciones administrativas: problemas pendientes de solución. 1. Servicio activo. 2. Servicio en Comunidades Autónomas. 3. Situación de servicio en otras Administraciones Públicas. 4. Servicios especiales. 5. Expectativa de destino. 6. Excedencia forzosa. 7. Excedencia por cuidado de hijos o familiares. 8. Excedencia voluntaria. 9. Suspensión de funciones. V. Reflexión final: la importancia de la negociación colectiva.

AA.VV.

Las relaciones laborales en las administraciones locales (Barcelona, 2004)

Sumario: - Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: marco general (Juan Rivero Lamas) – Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las administraciones públicas (Antonio V. Sempere Navarro) – Problemas asociados al empleo del contrato de trabajo para obra o servcio determinado por las administraciones públicas. Una referencia al contrato de inserción (Jaime Cabeza Pereiro) – La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las corporaciones locales (José Enrique Mora Mateo) – Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la "propia actividad" (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las administraciones públicas) (José Gárate Castro) – Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas (Antonio Martín Valverde) – La negociación colectiva en las administraciones públicas (Juan García Blasco) – La prevención de riesgos laborales en la Administración civil y militar (José Ignacio García Ninet)

(Ver **contrato de traballo; descentralización produtiva. Contratas; despedimento; extinción do contrato de traballo; saúde labora**l)

ARBITRAXES LABORAIS

Mª Luz Rodríguez Fernández

Negociación colectiva y solución de conflictos laborales (Albacete, 2004)

Sumario: Preliminar: repliegue del Estado social y solución autónoma de conflictos. I. En defensa de una construcción de los procedimientos autónomos de solución de conflictos como método de negociación colectiva. 1. La apuesta por los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. 2. La comprensión de los procedimientos de solución de conflictos como fórmulas autónomas y no extrajudiciales. 3. Consecuencias de la comprensión de los procedimientos autónomos de solución de conflictos como fórmulas de negociación colectiva. II. Relaciones con otros procedimientos de solución de conflictos fruto igualmente de la negociación colectiva. Parte primera: intervención de la comisión paritaria en funciones de interpretación del convenio colectivo. Parte segunda: intervención de la comisión paritaria como órgano específico de solución de conflictos. III. Aspectos de negociación colectiva en el desarrollo de los procedimientos de mediación y arbitraje. 1. Introducción (Método de análisis y tipos de conflicto que se analizan) 2. Los

conflictos motivados por el bloqueo de la negociación colectiva. Los conflictos surgidos en periodos de consultas.

(Ver **convenios colectivos; conflitos colectivos**)

ASISTENCIA SOCIAL

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario e**n igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais**. Ver **convenios colectivos; despedimento; folga; prestacións; procedemento laboral; sindicatos; suspensión do contrato de traballo**)

CONFLITOS COLECTIVOS

Mª Luz Rodríguez Fernández

Negociación colectiva y solución de conflictos laborales (Albacete, 2004)

(Ver sumario **en arbitraxes laborais;** ver **convenios colectivos**)

CONTRATO DE TRABALLO

AA.VV.

Las relaciones laborales en las administraciones locales (Barcelona, 2004)

(Ver sumario **en administracións públicas; descentralización produtiva. Contratas; despedimento; extinción do contrato de traballo; saúde laboral**)

Roberto Fernández Fernández, Rodrigo Tascón López, Henar Álvarez Cuesta e José Gustavo Rodríguez Hidalgo

Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios (León, 2004)

(Ver sumario **en emprego**. Ver **relacións laborais especiais**)

CONVENIOS COLECTIVOS

Ana Rosa Argüelles Blanco, Carolina Martínez Moreno e Paz Menéndez Sebastián

Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002) (Madrid, 2004)

Sumario: I. La igualdad de oportunidades mediante la conciliación de la vida laboral y familiar. 1. La incidencia del género en las oportunidades laborales: las responsabilidades familiares como factor de trato desigual. 2. Protección de la familia e igualdad de oportunidades laborales en la normativa internacional. 3. Mujer y familia en el derecho español del trabajo. 4. La contribución de la negociación colectiva a la protección de la familia y su conciliación con el trabajo. II. Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares. 1. Consideraciones preliminares. 2. Reducción de jornada y/o ausencia por lactancia. 3. Reducción de jornada/ausencia por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado. 4. Reducción por guarda legal. 5. Reducción de jornada por cuidado directo de un familiar. 6. Concreción horaria. Reglas comunes a todas las reducciones y/o ausencias. III.

Permisos retribuidos. 1. A modo de presentación. 2. Régimen jurídico de los permisos. 3. Permiso por nacimiento de hijo. 4. Permiso por infortunio de familiares próximos. 5. Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. 6. Breve aproximación a algunos permisos convencionales. IV. Suspensión del contrato por maternidad y riesgo durante el embarazo. 1. Breve referencia al régimen legal de la suspensión por parto, acogimiento y adopción. 2. Régimen convencional de la suspensión por parto, acogimiento y adopción. 3. Tratamiento del riesgo durante el embarazo. 4. Vacaciones y suspensión del contrato por maternidad o riesgo durante el embarazo. 5. Mejora de las prestaciones de la Seguridad Social. 6. Otras previsiones convencionales relativas a la maternidad. V. Excedencia por cuidado de hijos y otros familiares. 1. El régimen legal de la figura. 2. Referencias convencionales a la naturaleza jurídica y la titularidad del derecho. 3. Causa y duración de la excedencia. 4. Condiciones para el ejercicio del derecho. 5. Efectos sobre la relación de trabajo. 6. El reingreso a la empresa.

(Ver **permisos**; **suspensión de contrato de traballo; xornada**)

Mª Luz Rodríguez Fernández

Negociación colectiva y solución de conflictos laborales (Albacete, 2004)

(Ver sumario **en arbitraxes laborais;** ver **conflitos colectivos**)

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais.** Ver **asistencia social; despedimento; folga; prestacións; procedemento laboral; sindicatos; suspensión do contrato de traballo**)

DESCENTRALIZACIÓN PRODUTIVA. CONTRATAS

David Montoya Medina

Trabajo en contratas y protección de los trabajadores (Valencia, 2004)

Sumario: I. Introducción. 1. Delimitación del objeto de estudio. 2. Contratas y descentralización de la actividad productiva. II. El supuesto de hecho del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. 1. Planteamiento general. 2. Los contratos civiles de base: el contrato de arrendamiento de obra y servicios. 3. Antecedentes normativos del artículo 42 del ET. 4. La singular relación triangular del trabajo en contratas. Posición jurídica del trabajador frente al comitente y al contratista. 5. Características del supuesto de heco normativo. III. El empleo antijurídico de la subcontratación. 1. Introducción. 2. La "pseudocontrata" y los fraudes en la contratación de mano de obra. 3. Subcontratación en interdicción legal del esquirolaje. IV. El sistema normativo de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios. 1. Introducción. 2. La responsabilidad empresarial en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. 3. Los supuestos especiales de responsabilidad contenidos en la Ley General de Seguridad Social. 4. La responsabilidad empresarial en materia de infracciones de naturaleza administrativa. V. La discutida aplicación extensiva del artículo 44 ET a los supuestos de sucesión de actividad en contratas y concesiones administrativas. 1. Planteamiento previo. La hipótesis de la aplicabilidad del artículo 44 del ET a los supuestos de sucesión en la ejecución de actividades descentralizadas. 2. El objeto de la transmisión en el artículo 44 del ET: ¿participa la contrata del supuesto de hecho del artículo 44 del ET? La tesis patrimonialista del Tribunal Supremo. 3. La directiva 2001/23/CE sobre transmisión de empresas y la doctrina flexibilizadota del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: ¿una relectura del artículo 44 del ET? 4. La dua-

lidad de concepciones de la empresa y su incidencia en la operatividad del artículo 44 del ET: los criterios de la empresa-organización y la empresa-actividad. 5. El problema de fondo: el necesario equilibrio entre la estabilidad en el empleo y el normal funcionamiento del mercado de contratas. VI. Los derechos de información de los trabajadores y sus representantes legales. 1. Introducción. 2. Los derechos de información del artículo 64.1 del ET acerca de las previsiones empresariales sobre subcontratación. 3. Los derechos de información sobre contratas ya concertadas previstos en el artículo 42 del ET.

AA.VV.

Las relaciones laborales en las administraciones locales (Barcelona, 2004)

(Ver sumario **en administracións públicas.** Ver **contrato de traballo; despedimento; extinción do contrato de traballo; saúde laboral**)

DESEMPREGO

AA.VV.

Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo (Madrid, 2004)

Sumario: Introducción. – Presentación del libro y memoria breve del III Xacobeo Laboral (Efrén Borrajo Dacruz) – Humanismo y Trabajo en el espíritu y en el ámbito cultural de Compostela (Manuel Fraga Iribarne) – Las relaciones laborales y los cambios de la sociedad a la luz de los principios xacobeos de libertad y universalidad (Mª José Cimadevila Cea) – Causas y objetivos del Seminario, en Santiago de Compostela, sobre «Derecho del Trabajo y Nueva Sociedad» (Efrén Borrajo Dacruz) I. Transformación de la familia y Derecho del Trabajo. – Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Jesús Martínez Girón) – Nuevas formas de familia y Derecho de la negociación colectiva (Alberto Arufe Varela) – El matrimonio como «presupuesto» del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Xosé Manuel Carril Vázquez) – Situación normativa de la pensión de viudedad: ¿para cuándo el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia) (Pedro Gete Castrillo) – Familia y trabajo. Algunas reflexiones sobre el ordenamiento laboral y la conciliación de la vida laboral y familiar (Pedro Rabanal Carbajo) II. Los trabajadores y la nueva Ley Concursal. – El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal (Bartolomé Ríos Salmerón y Ana de la Puebla Pinilla) – Algunas consideraciones acerca del privilegio general reconocido a los créditos de los trabajadores en la Ley Concursal (Mª Luisa Segoviano Astaburuaga) – Notas sobre los créditos laborales en la Ley Concursal (Ignacio Albiol Montesinos) – Apuntes sobre los efectos de la desaparición de la ejecución separada y la nueva posición de las preferencias laborales en el seno del concurso (Juan José Fernández Domínguez y Rodrigo Tascón López) – Los créditos refaccionarios en la Ley Concursal (Manuel Iglesias Cabero) – La competencia objetiva y territorial en los procedimientos laborales de la Ley Concursal (Ricardo López Mosteiro) – Las competencias laborales del juez mercantil (Pedro Rabanal Carbajo) III. La prejubilación laboral. – Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos (Jaime Cabeza Pereiro) – Relaciones jurídicas entre la prejubilación y la jubilación anticipada: a propósito de la libre voluntad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo (Mª Belén Fernández Docampo) – La jubilación parcial anticipada (Marta Fernández Prieto) – Rasgos esenciales de la prejubilación en el Derecho italiano (Francisca Fernández Prol) – La prejubilación como causa de la extinción del contrato de trabajo (José María Marín Correa) – Notas sobre el status jurídico-laboral del trabajador prejubilado (Pedro Rabanal Carbajo) – Los complementos de preju-

bilación y los subsidios por desempleo: aspectos problemáticos (Remedios Roqueta Buj) IV. Responsabilidades de la empresa en materia de seguridad y salud en el trabajo. – Responsabilidades del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Sobre su responsabilidad «civil» y «extrapenal» por actos propios causantes de daños derivados de incumplimientos de la obligación de protección frente a los riesgos laborales (Javier Gárate Castro) – Algunas cuestiones controvertidas de los delitos contra la salud y seguridad de los trabajadores (arts. 316 y 317 del Código Penal) (Consuelo Ferreiro Regueiro) – La obligación de información del fabricante sobre los riesgos de los productos y equipos de trabajo (José Luis Goñi Sein y Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano) – Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción ha contribuido el trabajador (Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo) – Prevención de riesgos laborales del autónomo en el sector de la construcción (Jesús Lahera Forteza) – El recargo de prestaciones en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: algunos puntos críticos (Lourdes Mella Méndez) V. Responsabilidades de la empresa en materia de inmigración. – Obligaciones y responsabilidades de la empresa en materia de inmigración: puntos críticos al hilo de la reciente jurisprudencia en materia de accidente de trabajo y despido (Ignacio García-Perrote Escartín) – Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Obligaciones impuestas a los empresarios en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (Sonsoles González Solís) – Visión general de las principales modificaciones efectuadas por la LO 14/2003, sobre los derechos socio-laborales de los extranjeros (Mª Dolores Valdueza Blanco) VI. Vida familiar y trabajo asalariado. – La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Puntos críticos (Luis Gil Suárez) – La conciliación de la vida familiar y laboral: cuestiones polémicas en la reciente doctrina jurisprudencial (Raquel Aguilera Izquierdo, Rosario Cristóbal Rocero y Nuria P. García Piñeiro) – Desempleo y conciliación de la vida familiar y laboral. Acceso a la prestación desde la involuntaria pérdida de un empleo con jornada y retribución reducidas en aplicación del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores: determinación de su base reguladora (José Luis Gilolmo López) – La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares (Mª José López Álvarez) – Principio de igualdad y configuración convencional de las reducciones de jornada y los permisos específicos para la conciliación de la vida familiar y laboral (Paz Menéndez Sebastián) – Conciliación de la vida laboral y familiar: experiencia en el sector sanitario (Yolanda Sánchez-Urán Azaña y Juan Gil Plana) – Dificultades en la conciliación de la vida familiar y laboral (Concepción-Rosario Ureste García)

(Ver estranxeiros; extinción do contrato de traballo; relacións laborais; saúde laboral; viuvez; xubilación)

DESPEDIMENTO

Rocío Molina González-Pumariega

La protección jurídica de la mujer trabajadora (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en suspensión do contrato de traballo;** ver **maternidade; saúde laboral**)

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais.** Ver **asistencia social; convenios colectivos; folga; prestacións; procedemento laboral; sindicatos; suspensión do contrato de traballo**)

AA.VV.

Las relaciones laborales en las administraciones locales (Barcelona, 2004)

(Ver sumario **en administracións públicas.** Ver **contrato de traballo; descentralización produtiva. Contratas; extinción do contrato de traballo; saúde laboral**)

Amparo Garrigues Giménez

La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social (Madrid, 2004)

Sumario: Introducción. 1. Acotación del tema. 2. Precedentes históricos en la regulación jurídico-positiva de la maternidad. Primera parte: Maternidad y contrato de trabajo. I. Maternidad de la mujer trabajadora y condiciones de seguridad y salud en el trabajo. 1. Planteamiento normativo. 2. Ámbito de aplicación y bien jurídico protegido. 3. Medidas preventivas y protectoras. II. La maternidad como condición suspensiva del contrato de trabajo. 1. Cuestiones preliminares. 2. Las causas concretas de suspensión del contrato de trabajo subsumibles bajo la denominación genérica de «maternidad». 3. Los efectos de la suspensión del contrato de trabajo por las causas anteriores, o «maternidad» en sentido amplio. 4. La suspensión del contrato de trabajo en caso de excedencia por cuidado de hijos. III. Otras ausencias del trabajo relacionadas con la maternidad/paternidad: los permisos. Las reducciones de jornada. 1. Introducción. 2. Permiso por nacimiento de hijo. 3. Permiso para realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. 4. Permiso para lactancia de hijo menor de nueve meses. 5. Permiso por hospitalización puerperal de hijos. 6. Las reducciones de jornada. 7. Conflictos en materia de concreción horaria y determinación del período de disfrute de los permisos y reducciones de jornada. IV. Maternidad y protección contra el despido. 1. Consideraciones previas. 2. Maternidad/paternidad y protección contra el despido en el ordenamiento laboral español. Segunda parte: Maternidad y protección social. Introducción. 1. La protección de la maternidad desde la perspectiva de la Seguridad Social: ratio normativa y político-social. V. La prestación económica por maternidad. 1. Evolución legislativa reciente y normativa aplicable. 2. Bienes jurídicos considerados, situaciones contempladas y ámbito objetivo de protección. 3. La prestación económica por maternidad y su contenido. 4. La condición de beneficiario. 5. Extensión temporal de la prestación. 6. Los supuestos de intersección entre maternidad e incapacidad temporal y su problemática. Concurrencia con la extinción del contrato de trabajo. 7. Gestión de la prestación y aspectos procedimentales. 8. Responsabilidad en materia de prestación por maternidad. VI. La prestación económica por riesgo durante el embarazo. 1. Evolución legislativa reciente y normativa aplicable. 2. Bienes jurídicos considerados, situaciones contempladas y ámbito objetivo de la protección. 3. La prestación económica por riesgo durante el embarazo y su contenido. 4. La condición de beneficiario. 5. Extensión temporal de la prestación. 6. La extinción del derecho a la prestación 7. Gestión de la prestación y aspectos procedimentales. 8. Responsabilidad en orden a la prestación por riesgo durante el embarazo. 9. La obligación de cotizar durante la situación de riesgo durante el embarazo. VII. Otras medidas protectoras del sistema de la seguridad social relacionadas con la maternidad/paternidad y el cuidado de hijos. 1. La prestación económica por parto o adopción múltiples. 2. La prestación de pago único por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos. 3. La asignación económica por hijo o menor acogido a cargo. 4. La denominada «prestación por excedencia».

(Ver **maternidade; permisos; saúde laboral; suspensión do contrato de traballo**)

EMPREGO

Roberto Fernández Fernández, Rodrigo Tascón López, Henar Álvarez Cuesta e José Gustavo Rodríguez Hidalgo

Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios (León, 2004)

Sumario: I. Introducción. II. La cuota de reserva de empleo a favor de los minusválidos. 1. Concepto y fundamento de la reserva. 2. La cuota de reserva en las empresas. 3. Medidas alternativas. 4. Cumplimiento. 5. La otra vertiente de la medida: las Administraciones Públicas. III. Otras medidas previstas en el ordenamiento jurídico español de fomento del empleo. 1. Fomento de la contratación indefinida. 2. Contratos formativos y de interinidad. 3. Un supuesto residual en el ordenamiento español: el fomento de la contratación. 4. El programa de renta activa de inserción. IV. La relación laboral especial de los discapacitados en los centros especiales de empleo. 1. Sujetos de la relación laboral. 2. Los equipos multiprofesionales. 3. Contenido de la relación laboral. 4. Enclaves laborales. 5. Derechos colectivos. V. El régimen laboral ordinario del discapacitado. 1. Inicio de la relación laboral: capacidad, forma y acceso en condiciones de igualdad. 2. Algunas especialidades en determinadas condiciones de trabajo. 3. Formación y readaptación profesionales. 4. Prevención de riesgos laborales. 5. Vicisitudes en la relación laboral relacionadas con la discapacidad. VI. Desarrollo convencional de las medidas legales a favor del empleo de minusválidos. 1. Incentivos a la contratación del trabajador con minusvalía. 2. Clasificación profesional, asignación de tareas y adaptación de puestos de trabajo. 3. Condiciones de trabajo relativas a jornada y salario. 4. Ayudas a favor del trabajador con discapacitados a su cargo. 5. Condiciones y mejoras para los casos de incapacidad sobrevenida. VII. Conclusiones.

(Ver **contrato de traballo; relacións laborais especiai**s)

ESTRANXEIROS

AA.VV.

Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en desemprego**. Ver **extinción do contrato de traballo; relacións laborais; saúde laboral; viuvez; xubilación**)

EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

AA.VV.

Las relaciones laborales en las administraciones locales (Barcelona, 2004)

(Ver **sumario en administracións públicas**. Ver **contrato de traballo; descentralización produtiva. Contratas; despedimento; saúde laboral**)

AA.VV.

Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en desemprego**. Ver **estranxeiros; relacións laborais; saúde laboral; viuvez; xubilación**)

FOLGA

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais.** Ver **asistencia social; convenios colectivos; despedimento; prestacións; procedemento laboral; sindicatos; suspensión do contrato de traballo**)

IGUALDADE E NON DISCRIMINACIÓN. OUTROS DEREITOS FUNDAMENTAIS

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

Sumario: I. Relación individual laboral y funcionarial. 1. Excedencia por cuidade de hijos menores de 3 años de los funcionarios interinos (Belén Alonso García) 2. Acuerdos estatales de concertación social y competencias de las Comunidades Autónomas. El caso de la formación profesional (Manuel Álvarez de la Rosa) 3. El acoso sexual en el trabajo (Leodegario Fernández Marcos) 4. Los «usos laborales» de las libertades de expresión e información (Joaquín García Murcia) 5. Dignidad del trabajador y acoso moral (Jesús Martínez Girón) 6. Límites en los incrementos de las retribuciones en el sector público: Ley Estatal de Presupuestos, Leyes Autonómicas y Acuerdos Colectivos (Remedios Roqueta Buj) 7. Transportistas autónomos. Constitucionalidad de su exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo (Juan Antonio Sagardoy Bengoechea) 8. Derecho a la excedencia forzosa o a la situación equivalente en la función pública del dirigente sindical de ámbito provincial o superior de un sindicato más representativo. A propósito de la STC 18/2003, de 30 de enero (Tomás Sala Franco) 9. La indemnización por despido colectivo: el errático debate sobre la dispositividad de un derecho mínimo (Fernando Valdés Dal-Ré) II. Derecho Colectivo del trabajo. 1. Garantías de los representantes del personal (Germán Barreiro González) 2. De sospechas en indicios en la discriminación antisindical (En torno a la STC 84/2002, de 22 de abril (Alfredo Montoya Melgar) 3. Autonomía colectiva y autonomía individual (En torno a la STC 225/2001, de 26 de noviembre) (Juan Manuel Ramírez Martínez) 4. El derecho de reunión de los trabajadores en el marco de la libertad sindical (Fermín Rodríguez Sañudo) 5. Huelga: servicios esenciales y servicios mínimos (Luis Enrique de la Villa Gil) III. Derecho de la Seguridad Social. 1. Las uniones de hecho como causa de extinción de la pensión de viudedad (Icíar Alzaga Ruiz) 2. Pensión de viudedad y doctrina del paréntesis. Con ocasión de la STC 172/2001, de 19 de julio (Jaime Cabeza Pereiro) 3. La filiación en el Derecho de la Seguridad Social. A propósito de la STC 200/2001, de 4 de octubre (José María Goerlich Peset) 4. Convenio colectivo modificativo y pensionistas (problemas sustantivos y de legitimación procesal) (José Luis Monereo Pérez). 5. Sobre el posible reconocimiento de discriminación empresarial por razón del embarazo, sin que el empresario conozca el estado de gestación de la trabajadora (Comentario a la STC 17/2003, de 30 de enero) (Carmen Ortiz Lallana) 6. Axiomas y aporías en torno a los conceptos de seguridad y asistencia social (En torno a la STC 239/2002, de 11 de diciembre, sobre la constitucionalidad del Decreto de la Junta de Andalucía 284/1998, sobre prestaciones extraordinarias de vejez e invalidez) (José Vida Soria) IV. Derecho Procesal del Trabajo. 1. La doctrina del TC sobre la tutela judicial efectiva y su relación con los actos de comunicación procesales (Ignacio Albiol Montesinos) 2. Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional (María Emilia

Casas Baamonde) 3. «Esfuerzo físico» como no-discriminatorio: una cuestión de prueba (Comentario a la STC 250/2000, de 30 de octubre) (Gonzalo Diéguez Cuervo) 4. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inmunidad patrimonial de los Estados extranjeros y sus consecuencias en el procedimiento de ejecución de sentencias. Algunas reflexiones críticas (Jesús M. Galiana Moreno) 5. Sobre la utilización en el proceso laboral, como medio de prueba, de las reproducción de imágenes, sonido, palabras y, en general, datos obtenidos a través del recurso a aparatos proporcionados por las nuevas tecnologías (Especial referencia a los criterios seguidos por la jurisprudencia constitucional y ordinaria) (Javier Gárate Castro) 6. La motivación de las sentencias laborales: una presentación de la jurisprudencia constitucional y ordinaria (Antonio Martín Valverde) 7. El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo (Antonio Ojeda Avilés) 8. Igualdad constitucional e igualdad en la aplicación de la ley (Manuel Carlos Palomeque López) 9. Apoderamiento apud acta en el proceso laboral. A propósito de la STC 285/2000, de 27 de noviembre (Abdón Pedrajas Moreno) 10. Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales (Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer) 11. Caducidad de la acción y tutela judicial efectiva en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo (STC 214/2002, de 11 de noviembre) Anexo. 1. Conciliación previa y acceso al proceso (STC 199/2001, de 3 de octubre, recurso de amparo 4.660/1998) (Luis Miguel Camps Ruiz) 2. Comentario a la STC 95/2002, de 25 de abril. Competencias sobre legislación laboral, educación y formación profesional, fondos de empleo y ordenación de la economía. Delimitación del ámbito territorial (Jaime Montalvo Correa)

(Ver **asistencia social; convenios colectivos; despedimento; folga; prestacións; procedemento laboral; sindicatos; suspensión do contrato de traballo**)

INFRACCIÓNS E SANCIÓNS

Juan Miguel Díaz Rodríguez

Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo (Valladolid, 2004)

Sumario: Introducción: la función inspectora en materia laboral. 1. La Inspección de Trabajo en el Derecho Administrativo Sancionador. 2. El sistema de Inspección de Trabajo. I. Los informes de la Inspección de Trabajo. 1. Informes y asesoramiento técnico. 2. Los informes en las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 3. Concepto y naturaleza jurídica del informe. IV. Clases de informes. V. El informe como prueba. II. Los requerimientos de la Inspección de Trabajo. 1. El objeto de los requerimientos. 2. El requerimiento en materia de infracciones administrativas laborales: las actas de advertencia. III. El requerimiento en el ámbito de la prevención de riesgos laborales: las órdenes de paralización. IV. El requerimiento de cuotas de cotización al sistema de Seguridad Social. V. La discrecionalidad administrativa en los requerimientos de la Inspección de Trabajo. III. Las actas de la Inspección de Trabajo. 1. Las actas en el Derecho y las actas de inspección. 2. Las actas de la Inspección de Trabajo. 3. La presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo. IV. Las actas de infracción. 1. Las infracciones administrativas en el orden social y la actuación de la Inspección de Trabajo. 2. Las actas de infracción. 3. Infracciones por obstrucción a la labor inspectora: las «actas de obstrucción». 4. Las actas de infracción y el posterior procedimiento sancionador. 5. La iniciación de procesos judiciales en relación con el procedimiento administrativo sancionador laboral. 6. La notificación de la resolución del procedimiento sancionador. Recursos y ejecución. 7. La sanción administrativa laboral. 8. Prescripción, caducidad y non bis in idem en el Derecho administrativo sancionador laboral. V. Las actas de liquidación. 1. La cotización al sistema público de seguridad social y la extensión de actas de liquidación por

parte de la Inspección de Trabajo. 2. La reclamación de cuotas: actos de gestión recaudatoria y la actuación de la Inspección de Trabajo. 3. Las actas de liquidación. 4. Las actas de liquidación en el posterior expediente liquidatorio de cuotas. Conclusiones.

MATERNIDADE

Rocío Molina González-Pumariega

La protección jurídica de la mujer trabajadora (Madrid, 2004)

(Ver sumario e**n suspensión do contrato de traballo**; ver **despedimento; saúde laboral**)

Amparo Garrigues Giménez

La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en despedimento**. Ver **permisos; saúde laboral; suspensión do contrato de traballo**)

PERMISOS

Ana Rosa Argüelles Blanco, Carolina Martínez Moreno e Paz Menéndez Sebastián

Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002) (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en convenios colectivos;** ver **suspensión de contrato de traballo; xornada**)

Amparo Garrigues Giménez

La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en despedimento.** Ver **maternidade; saúde laboral; suspensión do contrato de traballo**)

PRESTACIÓNS

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais.** Ver **asistencia social; convenios colectivos; despedimento; folga; procedemento laboral; sindicatos; suspensión do contrato de traballo**)

PROCEDEMENTO LABORAL

Carmen Sáez Lara

La tutela judicial efectiva y el proceso laboral (Madrid, 2004)

Sumario: I. El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso justo. 1. El derecho a la tutela judicial en el orden social. 2. Contenido y protección constitucional del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) II. El derecho de acceso a los tribunales laborales: derecho de acceso al proceso y derecho de acceso al recurso. 1. La doctrina del Tribunal Constitucional. 2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. III. El derecho de acceso al proceso. La doctrina constitucional sobre el acceso al proceso. 1. Doctrina general y garantía del derecho frente al legislador. 2. La jurisdicción y compe-

tencia del órgano judicial. 3. La legitimación. 4. Inadecuación del procedimiento. 5. La falta de capacidad procesal. 6 Defectos de representación procesal. 7. Los requisitos preprocesales. La conciliación previa y la reclamación administrativa previa. 8. Las exigencias legales del escrito de demanda. 9. Control constitucional del acceso al proceso. Los cánones del control de constitucionalidad. Recapitulación y propuesta. IV. El derecho de acceso al recurso. 1. La doctrina del TC sobre el derecho de acceso al recurso. 2. Derecho de acceso al recurso y función de los recursos judiciales. El sistema de recursos y el derecho a la tutela judicial efectiva. 3. Garantía constitucional del derecho a los recursos. 4. El recurso de suplicación. 5. El recurso de casación para la unificación de doctrina. 6. El recurso de reposición. 7. Los cánones de constitucionalidad en el acceso al recurso. Recapitulación y propuesta.

(Ver **recursos**)

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais.** Ver **asistencia social; convenios colectivos; despedimento; folga; prestacións; sindicatos; suspensión do contrato de traballo**)

RECURSOS

Carmen Sáez Lara

La tutela judicial efectiva y el proceso laboral (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en procedemento laboral**)

RELACIÓNS LABORAIS

Marta Fernández Prieto

La transmisión de empresas en crisis. Incidencia de la Ley Concursal (Murcia, 2004)

(Ver sumario **en sucesión de empresa**)

AA.VV.

Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en desemprego. Ver estranxeiros; extinción do contrato de traballo; saúde laboral; viuvez; xubilación**)

RELACIÓNS LABORAIS ESPECIAIS

Roberto Fernández Fernández, Rodrigo Tascón López, Henar Álvarez Cuesta e José Gustavo Rodríguez Hidalgo

Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios (León, 2004)

(Ver sumario **en emprego**. Ver **contrato de traballo**)

REPRESENTANTES DOS TRABALLADORES

Antonio V. Sempere Navarro e Ana Isabel Pérez Campos

Las garantías de los representantes de los trabajadores (Estudio del artículo 68 ET) (Pamplona, 2004)

Sumario: Nota preliminar. I. Cuestiones generales. 1. Precisiones terminológicas. «Garantías» y «sujetos protegidos». 2. Cuestiones metodológicas. Modulación judicial y convencional de las previsiones legales. II. Expediente contradictorio. 1. Delimitación conceptual. 2. Naturaleza jurídica y finalidad. 3. Titulares de la garantía. 4. Alcance temporal de la garantía. 5. Formalización del expediente. 6. Efectos del expediente. III. Prioridad de permanencia en la empresa. 1. Alcance y fundamento. 2. Duración de la prioridad de permanencia. IV. Inmunidad y no discriminación. 1. La inmunidad del representante. 2. La proscripción de discriminaciones. V. Libertad de expresión. 1. Concepto y fundamento. 2. Titularidad del derecho. 3. Contenido del derecho. 4. Límites al ejercicio del derecho. VI. Crédito horario. 1. Concepto y fundamento. 2. Elementos configuradotes del crédito horario. 3. Formalización del crédito horario. 4. Utilización del crédito horario. Anexo jurisprudencial. Anexo convenios colectivos.

SAÚDE LABORAL

Rocío Molina González-Pumariega

La protección jurídica de la mujer trabajadora **(Madrid, 2004)**

(Ver sumario **en suspensión do contrato de traballo**; ver **despedimento; maternidade**)

AA.VV.

Las relaciones laborales en las administraciones locales (Barcelona, 2004)

(Ver sumario **en administracións públicas.** Ver **contrato de traballo; descentralización produtiva. Contratas; despedimento; extinción do contrato de traballo**)

Amparo Garrigues Giménez

La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en despedimento**. Ver **maternidade; permisos; suspensión do contrato de traballo**)

AA.VV.

Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en desemprego**. Ver **estranxeiros; extinción do contrato de traballo; relacións laborais; viuvez; xubilación**)

SEGURIDADE SOCIAL COMPLEMENTARIA

Roberto Fernández Fernández

Las relaciones jurídicas entre los socios-trabajadores y las mutualidades de carácter empresarial (Albacete, 2004)

Sumario: Introducción. Clases de socios en las mutualidades empresariales. 1. Mutualistas. 2. El socio protector. I. La relación asegurativa. 3. Pólizas y reglamentos de prestaciones. 4. El reflejo documental de la condición de asegurado. 5. Obligaciones del mutualista en cuanto asegurado. 6. Derechos del mutualista en cuanto asegurado. 7. Facultades y debe-

res del empresario en cuanto tomador del seguro. 8. La actuación de la mutualidad en cuanto entidad aseguradora. II. La relación societaria. 9. Requisitos para ostentar la condición de mutualista. 10. Obligaciones del mutualista. 11. Derechos de los mutualistas. 12. Prerrogativas y deberes del socio protector. III. Participación de los trabajadores en las mutualidades voluntarias de empresa: el principio democrático. 13. Los órganos sociales de la mutualidad y la inclusión de los socios en su estructura orgánica. 14. El funcionamiento interno de las entidades de previsión social y su control por parte de los sindicatos. 15. Las asociaciones representativas del mutualismo: Federaciones y Confederación Nacional de Mutualidades de Previsión Social. Conclusiones.

SEGURIDADE SOCIAL. RÉXIMES ESPECIAIS

Arántzazu Vicente Palacio

El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (Pamplona, 2004)

(Sumario: I. Una breve introducción con unos pocos números. II. Determinación de la legislación aplicable: la actual e inicial irrelevancia de la nacionalidad del trabajador del mar y la importancia de la nacionalidad del buque. III. Campo de aplicación. IV. Actos de encuadramiento: inscripción de empresas, libro de matrícula, afiliación de trabajadores, altas y bajas. V. Cotización. VI. Acción protectora. VII. Gestión. VIII. Una reflexión final y un ejemplo comparativo del carácter asistencial del Régimen Especial del Mar. IX. Bibliografía.

SINDICATOS

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais**. Ver **asistencia social; convenios colectivos; despedimento; folga; prestacións; procedemento laboral; suspensión do contrato de traballo**)

SUCESIÓN DE EMPRESA

Marta Fernández Prieto

La transmisión de empresas en crisis. Incidencia de la Ley Concursal (Murcia, 2004)

Sumario: Primera parte: La transmisión de la empresa en crisis en el derecho comunitario. I. La Directiva 77/187 en el ámbito del derecho comunitario del trabajo. II. Transmisión de empresas en el marco de procedimiento concursales. 1. Ausencia de referencia expresa a la empresa en crisis en la Directiva77/187 antes de la reforma. 2. Aplicabilidad o no de la Directiva 77/187 a la transmisión de empresas en crisis por la jurisprudencia del TJCE. 3. La Directiva 98/50 por la que se modifica la Directiva 77/187. 4. La codificación de la Directiva 77/187 modificada por la Directiva 98/50: la Directiva 2001/23. 5. La regulación comunitaria de la transmisión de la empresa en crisis. Segunda parte: La transmisión de la empresa en crisis en el derecho interno. I. El derecho comparado. 1. Derecho belga. 2. Derecho francés. 3. Derecho alemán. 4. Derecho italiano. 5. Derecho inglés. 6. Derecho portugués. II. El ordenamiento español. 1. El nuevo marco laboral de la transmisión de empresa. 2. La situación actual: transmisión de empresas incursas en procedimientos concursales hasta la entrada en vigor de la ley concursal. 3. Conveniencia de una regulación flexible de la transmisión de la empresa en crisis. 4. Incidencia del concurso

sobre la extinción de los contratos de trabajo y sobre la transmisión de la empresa en la ley concursal. Bibliografía. Jurisprudencia.
(Ver **relacións laborais**)

SUSPENSIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

Ana Rosa Argüelles Blanco, Carolina Martínez Moreno e Paz Menéndez Sebastián

Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002) (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en convenios colectivos;** ver **permisos; xornada**)

Rocío Molina González-Pumariega

La protección jurídica de la mujer trabajadora (Madrid, 2004)

Sumario: Introducción: Sobre la protección de la mujer trabajadora. I. Las normas protectoras y su evolución histórica. 1. Normas realmente protectoras y normas supuestamente protectoras de la mujer trabajadora. 2. Las tendencias actuales en la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. II. Maternidad y protección frente a los riesgos laborales. 1. Introducción. 2. Riesgos para la trabajadora embarazada, de parto reciente o en un período de lactancia. 3. Evaluación de riesgos y prevención. 4. Derechos específicos en razón de la maternidad y lactancia. 5. Trabajos prohibidos como consecuencia del embarazo y de la lactancia. III. Maternidad y suspensión del contrato de trabajo. 1. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por maternidad. 2. La suspensión del contrato de trabajo por maternidad. 3. Posición jurídica de la mujer durante la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por maternidad: deberes y derechos vigentes. IV. Maternidad y protección frente al despido. 1. La protección frente al despido. 2. La extinción del contrato de trabajo temporal por la llegada de su término.
(Ver **despedimento**; **maternidade; saúde laboral**)

AA.VV.

Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudio en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en igualdade en non discriminación. Outros dereitos fundamentais.** Ver **asistencia social; convenios colectivos; despedimento; folga; prestacións; procedemento laboral; sindicatos**)

Amparo Garrigues Giménez

La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en despedimento**. Ver **maternidade; permisos; saúde laboral**)

VIUVEZ

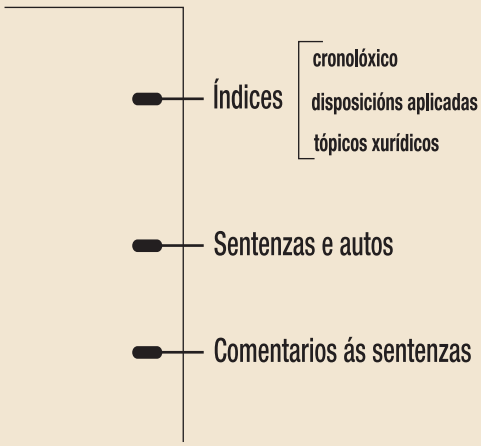
AA.VV.

Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo (Madrid, 2004)

(Ver sumario **en desemprego**. Ver **estranxeiros; extinción do contrato de traballo; relacións laborais; saúde laboral; xubilación**)

REVISTA GALEGA DERE SOC

DOUTRINA DAS SALAS DO SOCIAL E DO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA



ÍNDICES

CRONOLÓXICO

DISPOSICIÓNS APLICADAS

TÓPICOS XURÍDICOS

REVISTA GALEGA

ÍNDICE CRONOLÓXICO

Nº REF.			DATA	PÁX.
3901	Sent.	S.S.	01.07.04	*173*
3902	Sent.	S.S.	02.07.04	*179*
3903	Sent.	S.S.	05.07.04	*182*
3904	Sent.	S.S.	07.07.04	*186*
3905	Sent.	S.S.	08.07.04	*190*
3906	Sent.	S.S.	08.07.04	*194*
3907	Sent.	S.S.	08.07.04	*198*
3908	Sent.	S.S.	08.07.04	*202*
3909	Sent.	S.S.	09.07.04	*205*
3910	Sent.	S.S.	09.07.04	*207*
3911	Sent.	S.S.	09.07.04	*212*
3912	Sent.	S.CA.	12.07.04	*217*
3913	Sent.	S.S.	12.07.04	*221*
3914	Sent.	S.S.	12.07.04	*229*
3915	Sent.	S.CA.	14.07.04	*232*
3916	Sent.	S.S.	14.07.04	*233*
3917	Sent.	S.S.	15.07.04	*236*
3918	Sent.	S.S.	15.07.04	*239*
3919	Sent.	S.S.	15.07.04	*243*
3920	Sent.	S.S.	15.07.04	*246*
3921	Sent.	S.S.	15.07.04	*249*
3922	Sent.	S.S.	15.07.04	*254*
3923	Sent.	S.S.	16.07.04	*256*
3924	Sent.	S.S.	16.07.04	*258*
3925	Sent.	S.S.	16.07.04	*261*
3926	Sent.	S.S.	19.07.04	*271*
3927	Sent.	S.S.	19.07.04	*275*
3928	Sent.	S.S.	20.07.04	*279*
3929	Sent.	S.S.	20.07.04	*282*
3930	Sent.	S.S.	21.07.04	*285*
3931	Sent.	S.S.	21.07.04	*293*
3932	Sent.	S.S.	22.07.04	*297*
3933	Sent.	S.S.	23.07.04	*300*
3934	Sent.	S.S.	28.07.04	*308*
3935	Sent.	S.CA.	30.07.04	*320*
3936	Sent.	S.S.	16.09.04	*322*
3937	Sent.	S.S.	17.09.04	*327*
3938	Sent.	S.S.	17.09.04	*332*
3939	Sent.	S.S.	20.09.04	*336*
3940	Sent.	S.S.	20.09.04	*339*
3941	Sent.	S.S.	20.09.04	*341*
3942	Sent.	S.S.	20.09.04	*347*
3943	Sent.	S.S.	23.09.04	*351*
3944	Sent.	S.S.	23.09.04	*353*
3945	Sent.	S.S.	24.09.04	*356*
3946	Sent.	S.S.	24.09.04	*360*
3947	Sent.	S.S.	24.09.04	*363*
3948	Sent.	S.S.	24.09.04	*368*

Nº REF.			DATA	PÁX.
3949	Sent.	S.S.	27.09.04	*371*
3950	Sent.	S.S.	29.09.04	*379*
3951	Sent.	S.S.	29.09.04	*384*
3952	Sent.	S.S.	30.09.04	*390*
3953	Sent.	S.S.	30.09.04	*396*
3954	Sent.	S.S.	01.10.04	*399*
3955	Sent.	S.S.	04.10.04	*401*
3956	Sent.	S.S.	04.10.04	*404*
3957	Sent.	S.S.	05.10.04	*408*
3958	Sent.	S.S.	08.10.04	*411*
3959	Sent.	S.S.	08.10.04	*418*
3960	Sent.	S.S.	08.10.04	*421*
3961	Sent.	S.S.	08.10.04	*424*
3962	Sent.	S.S.	08.10.04	*427*
3963	Sent.	S.S.	11.10.04	*430*
3964	Sent.	S.S.	11.10.04	*434*
3965	Sent.	S.S.	11.10.04	*438*
3966	Sent.	S.S.	11.10.04	*441*
3967	Sent.	S.S.	15.10.04	*445*
3968	Sent.	S.S.	15.10.04	*450*
3969	Sent.	S.S.	18.10.04	*452*
3970	Sent.	S.S.	18.10.04	*456*
3971	Sent.	S.S.	18.10.04	*458*
3972	Sent.	S.S.	20.10.04	*461*
3973	Sent.	S.S.	20.10.04	*469*
3974	Sent.	S.S.	21.10.04	*476*
3975	Sent.	S.S.	22.10.04	*481*
3976	Sent.	S.CA.	25.10.04	*486*
3977	Sent.	S.CA.	25.10.04	*489*
3978	Sent.	S.CA.	25.10.04	*491*
3979	Sent.	S.CA.	25.10.04	*493*
3980	Sent.	S.CA.	25.10.04	*496*
3981	Sent.	S.CA.	25.10.04	*498*
3982	Sent.	S.S.	25.10.04	*500*
3983	Sent.	S.S.	26.10.04	*502*
3984	Sent.	S.S.	29.10.04	*507*
3985	Sent.	S.S.	02.11.04	*511*
3986	Sent.	S.S.	04.11.04	*515*
3987	Sent.	S.S.	05.11.04	*519*
3988	Sent.	S.S.	05.11.04	*523*
3989	Sent.	S.S.	08.11.04	*528*
3990	Sent.	S.S.	08.11.04	*531*
3991	Sent.	S.S.	08.11.04	*535*
3992	Sent.	S.CA.	10.11.04	*538*
3993	Sent.	S.S.	10.11.04	*540*
3994	Sent.	S.S.	10.11.04	*543*
3995	Sent.	S.S.	12.11.04	*549*
3996	Sent.	S.CA.	18.11.04	*562*
3997	Sent.	S.S.	18.11.04	*565*
3998	Sent.	S.CA.	18.11.04	*570*
3999	Sent.	S.CA.	19.11.04	*572*
4000	Sent.	S.CA.	19.11.04	*574*
4001	Sent.	S.S.	19.11.04	*576*
4002	Sent.	S.S.	19.11.04	*584*
4003	Sent.	S.S.	19.11.04	*587*
4004	Sent.	S.S.	19.11.04	*594*
4005	Sent.	S.S.	23.11.04	*597*
4006	Sent.	S.S.	23.11.04	*603*
4007	Sent.	S.S.	23.11.04	*613*
4008	Sent.	S.S.	25.11.04	*616*
4009	Sent.	S.S.	26.11.04	*623*
4010	Sent.	S.S.	02.12.04	*627*
4011	Sent.	S.S.	02.12.04	*630*
4012	Sent.	S.S.	03.12.04	*637*
4013	Sent.	S.S.	07.12.04	*645*
4014	Sent.	S.S.	10.12.04	*650*
4015	Sent.	S.S.	13.12.04	*656*
4016	Sent.	S.S.	15.12.04	*660*
4017	Sent.	S.S.	15.12.04	*666*
4018	Sent.	S.S.	16.12.04	*670*
4019	Sent.	S.S.	17.12.04	*676*
4020	Sent.	S.S.	17.12.04	*682*
4021	Sent.	S.S.	17.12.04	*687*
4022	Sent.	S.S.	17.12.04	*693*
4023	Sent.	S.S.	20.12.04	*697*
4024	Sent.	S.S.	22.12.04	*700*
4025	Sent.	S.S.	22.12.04	*709*
4026	Sent.	S.S.	22.12.04	*717*
4027	Sent.	S.S.	28.12.04	

ÍNDICE DE DISPOSICIÓNS APLICADAS

		DATA REF.	Nº
Código Penal			
Art. 617.2ª			
	Sent. S.CA.	12.07.04	**3912**
Código Civil, de 24 de xullo de 1889			
Art. 1.4			
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Art. 1.6			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
Art. 2			
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
Art. 3			
	Sent. S.S.	29.09.04	**3950**
	Sent. S.S.	08.10.04	**3961**
Art. 4.2			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3980**
Art. 6.3			
	Sent. S.S.	08.10.04	**3961**
Art. 6.4			
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Art. 6.5			
	Sent. S.S.	08.11.04	**3990**
Art. 7			
	Sent. S.S.	16.07.04	**3924**
	Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
	Sent. S.S.	02.12.04	**4011**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
	Sent. S.S.	17.12.04	**4019**
Art. 8			
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
Art. 1.101			
	Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
	Sent. S.S.	17.12.04	**4022**

Art. 1.103
Art. 1.106
Sent. S.S. 15.10.04 **3967**
Art. 1.132
Sent. S.S. 26.10.04 **3983**
Art. 1.134
Sent. S.S. 26.10.04 **3983**
Art. 1.144
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Art. 1.145
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Art. 1.214
Sent. S.S. 21.07.04 **3930**
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Art. 1.226
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Art. 1.253
Sent. S.CA. 25.10.04 **3979**
Art. 1.254
Sent. S.S. 08.07.04 **3906**
Sent. S.S. 11.10.04 **3965**
Art. 1.255
Sent. S.S. 08.10.04 **3961**
Sent. S.S. 11.10.04 **3965**
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Art. 1.256
Sent. S.S. 09.07.04 **3911**
Sent. S.S. 27.09.04 **3949**
Sent. S.S. 04.10.04 **3956**
Sent. S.S. 08.10.04 **3960**
Sent. S.S. 11.10.04 **3965**
Art. 1.258
Sent. S.S. 08.07.04 **3906**
Sent. S.S. 16.07.04 **3924**
Sent. S.S. 21.07.04 **3930**
Sent. S.S. 02.12.04 **4011**
Sent. S.S. 10.12.04 **4014**
Sent. S.S. 17.12.04 **4019**
Art. 1.261
Sent. S.S. 04.10.04 **3956**
Art. 1.262
Sent. S.S. 04.10.04 **3956**
Sent. S.S. 10.12.04 **4014**
Art. 1.265
Sent. S.S. 08.07.04 **3905**
Art. 1.266
Sent. S.S. 08.07.04 **3905**
Art. 1.275
Sent. S.S. 10.11.04 **3993**
Art. 1.278
Sent. S.S. 08.07.04 **3906**
Art. 1.280
Sent. S.S. 08.07.04 **3906**
Art. 1.281
Sent. S.S. 08.07.04 **3906**
Sent. S.S. 09.07.04 **3911**
Sent. S.S. 15.07.04 **3921**
Sent. S.S. 24.09.04 **3948**
Sent. S.S. 27.09.04 **3949**
Sent. S.S. 29.09.04 **3950**
Sent. S.S. 11.10.04 **3965**
Sent. S.S. 02.12.04 **4011**
Art. 1.282
Sent. S.S. 08.07.04 **3906**
Sent. S.S. 09.07.04 **3911**
Sent. S.S. 27.09.04 **3949**
Art. 1.285
Sent. S.S. 27.09.04 **3949**
Art. 1.289
Sent. S.S. 24.09.04 **3948**
Sent. S.S. 11.10.04 **3965**
Art. 1.361
Sent. S.S. 05.11.04 **3988**
Art. 1.542
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Art. 1.543
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Art. 1.902
Sent. S.S. 15.12.04 **4016**
Sent. S.S. 17.12.04 **4022**

Real Decreto-Lei 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de traballo

Art. 6
Sent. S.S. 20.07.04 **3929**
Art. 7
Sent. S.S. 15.07.04 **3918**
Art. 10
Sent. S.S. 20.07.04 **3929**

Constitución Española

Art. 9
Sent. S.S. 16.09.04 **3936**
Sent. S.S. 24.09.04 **3947**
Sent. S.S. 21.10.04 **3974**
Art. 10
Sent. S.S. 01.07.04 **3901**
Art. 14
Sent. S.S. 16.09.04 **3936**
Sent. S.S. 20.09.04 **3941**
Sent. S.S. 24.09.04 **3947**
Sent. S.S. 29.09.04 **3951**
Sent. S.S. 11.10.04 **3963**
Sent. S.S. 18.10.04 **3969**
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Sent. S.S. 22.12.04 **4025**
Art. 15
Sent. S.S. 01.07.04 **3901**
Sent. S.S. 20.09.04 **3941**
Sent. S.S. 19.11.04 **4003**
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Sent. S.S. 22.12.04 **4025**
Art. 18
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Art. 23
Sent. S.S. 16.09.04 **3936**
Sent. S.S. 24.09.04 **3947**
Art. 24
Sent. S.S. 09.07.04 **3911**
Sent. S.S. 16.07.04 **3924**
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Sent. S.S. 23.09.04 **3943**
Sent. S.S. 27.09.04 **3949**
Sent. S.S. 30.09.04 **3953**
Sent. S.S. 05.10.04 **3957**
Sent. S.S. 11.10.04 **3963**
Sent. S.S. 18.10.04 **3969**
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Sent. S.S. 05.11.04 **3988**
Sent. S.CA. 19.11.04 **4000**
Sent. S.S. 19.11.04 **4003**
Sent. S.S. 19.11.04 **4004**
Sent. S.S. 23.11.04 **4006**
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Sent. S.S. 20.12.04 **4023**
Art. 28
Sent. S.S. 08.07.04 **3907**
Sent. S.S. 09.07.04 **3910**
Sent. S.S. 20.07.04 **3929**
Sent. S.S. 29.09.04 **3951**
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Sent. S.S. 04.11.04 **3986**
Art. 32.3
Sent. S.S. 12.07.04 **3914**
Art. 106
Sent. S.CA. 19.11.04 **3999**
Art. 117
Sent. S.S. 16.07.04 **3923**
Sent. S.S. 23.07.04 **3933**
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Sent. S.S. 27.09.04 **3949**
Sent. S.S. 19.11.04 **4003**
Art. 120.3
Sent. S.S. 08.07.04 **3905**
Sent. S.S. 05.11.04 **3988**

Lei 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para a reforma da Función Pública

Art. 19
Sent. S.S. 21.10.04 **3974**

Lei 6/1985, de 1 de xullo, Orgánica do Poder Xudicial

Art. 11
Sent. S.S. 02.12.04 **4011**
Art. 182.1
Sent. S.S. 11.10.04 **3965**
Art. 238.3
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Art. 240
Sent. S.S. 17.09.04 **3938**
Art. 241
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Art. 242
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Art. 248
Sent. S.S. 08.07.04 **3905**
Art. 267
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**

Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, polo que se regula a relación laboral de carácter especial do persoal de alta dirección

Art. 1
Sent. S.S. 08.10.04 **3962**
Art. 1.2
Sent. S.S. 08.11.04 **3989**
Sent. S.S. 02.12.04 **4011**
Art. 2.1
Sent. S.S. 19.07.04 **3926**
Art. 3
Sent. S.S. 19.07.04 **3926**
Art. 10
Sent. S.S. 19.07.04 **3926**
Art. 11.2
Sent. S.S. 19.07.04 **3926**

Lei 11/1985, de 2 de agosto, Orgánica de liberdade sindical

Art. 8.2
Sent. S.S. 23.09.04 **3944**
Art. 12
Sent. S.S. 08.07.04 **3907**

Lei 8/1987, de 8 de xuño, de Plans e Fondos de pensións

D.A. 1ª
Sent. S.S. 23.11.04 **4005**

Lei 9/1987, de 12 de xuño, de Órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ao servizo das Administracións Públicas

Art. 42.4
Sent. S.S. 23.09.04 **3944**

Lei 8/1988, de 7 de abril, de infraccións e sancións na orde social

Art. 14.1.5
Sent. S.CA. 14.07.04 **3915**
Art. 18.3
Sent. S.CA. 25.10.04 **3979**
Art. 30.3.3
Sent. S.CA. 18.11.04 **3998**
Art. 49.3.1
Sent. S.CA. 30.07.04 **3935**
Art. 52
Sent. S.CA. 18.11.04 **3998**
Art. 52.2
Sent. S.CA. 25.10.04 **3979**

Lei 12/1992, de 27 de maio, de contrato de axencia

Art. 2
Sent. S.S. 23.11.04 **4007**

Lei 30/1992, de 26 novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común

Art. 129.4
Sent. S.CA. 25.10.04 **3980**

Real Decreto-Lei 3/1993, de 26 de febreiro

Art. 17
Sent. S.S. 21.10.04 **3974**

Lei 14/1994, de 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal

Art. 6.2
Sent. S.S. 22.12.04 **4024**
Art. 7.2
Sent. S.S. 22.12.04 **4024**

Real Decreto Lexislativo 1/1994, de 20 xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei Xeral da Seguridade Social

Art. 30.1.e)
Sent. S.CA. 25.10.04 **3981**

Art. 43
Sent. S.S. 17.12.04 **4021**
Art. 103
Sent. S.CA. 14.07.04 **3915**
Art. 104
Sent. S.CA. 12.07.04 **3912**
Sent. S.CA. 14.07.04 **3915**
Art. 109
Sent. S.CA. 14.07.04 **3915**
Sent. S.CA. 25.10.04 **3976**
Art. 115
Sent. S.S. 14.07.04 **3916**
Sent. S.S. 17.12.04 **4020**
Art. 123
Sent. S.S. 17.12.04 **4021**
Art. 127
Sent. S.CA. 25.10.04 **3981**
Art. 128
Sent. S.S. 22.10.04 **3975**
Art. 137
Sent. S.S. 17.12.04 **4020**

Real Decreto Lexislativo 1/1995, de 24 de marzo, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores

Art. 1
Sent. S.CA. 25.10.04 **3980**
Art. 1.1
Sent. S.S. 20.09.04 **3939**
Sent. S.S. 08.10.04 **3959**
Sent. S.S. 08.10.04 **3962**
Sent. S.S. 29.10.04 **3984**
Sent. S.S. 08.11.04 **3989**
Sent. S.S. 10.11.04 **3993**
Sent. S.S. 23.11.04 **4006**
Sent. S.S. 15.12.04 **4016**

Art. 1.2
Sent. S.S. 16.07.04 **3924**
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Sent. S.S. 16.09.04 **3936**
Sent. S.S. 24.09.04 **3947**
Sent. S.S. 21.10.04 **3974**
Sent. S.S. 12.11.04 **3995**
Sent. S.S. 10.12.04 **4014**
Art. 1.3.f)
Sent. S.S. 23.11.04 **4007**
Art. 2
Sent. S.CA. 25.10.04 **3980**
Sent. S.S. 02.12.04 **4011**
Art. 2.1.f)
Sent. S.S. 23.11.04 **4007**
Art. 3.1
Sent. S.S. 22.12.04 **4024**
Art. 3.5
Sent. S.S. 21.10.04 **3974**
Art. 4.1
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Art. 4.2
Sent. S.S. 08.10.04 **3960**
Art. 4.2.d)
Sent. S.S. 29.09.04 **3951**
Art. 4.2.f)
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Art. 4.2.g)
Sent. S.S. 15.10.04 **3967**
Sent. S.S. 18.10.04 **3969**
Art. 5
Sent. S.S. 21.07.04 **3930**
Sent. S.S. 23.07.04 **3933**
Sent. S.S. 28.07.04 **3934**
Sent. S.S. 19.11.04 **4001**
Sent. S.S. 19.11.04 **4003**
Sent. S.S. 25.11.04 **4008**
Sent. S.S. 17.12.04 **4019**
Art. 5.c)
Sent. S.S. 05.07.04 **3903**
Art. 5.2
Sent. S.S. 18.10.04 **3970**
Art. 8
Sent. S.S. 20.07.04 **3928**
Sent. S.S. 02.12.04 **4011**

Art. 8.2
Sent. S.S. 08.07.04 **3906**
Sent. S.S. 11.10.04 **3966**
Sent. S.S. 10.12.04 **4014**
Art. 10
Sent. S.CA. 25.10.04 **3980**
Art. 12

	Sent. S.S.	24.09.04	**3946**
Art. 12.4			
	Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
Art. 14			
	Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
Art. 15			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3946**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Art. 15.1			
	Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
	Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	04.10.04	**3955**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3964**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
	Sent. S.S.	21.10.04	**3974**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3990**
Art. 15.3			
	Sent. S.S.	20.07.04	**3928**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3964**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
Art. 17			
	Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3969**
Art. 20			
	Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
	Sent. S.S.	23.07.04	**3933**
Art. 20.2			
	Sent. S.S.	05.07.04	**3903**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3970**
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
	Sent. S.S.	25.11.04	**4008**
	Sent. S.S.	17.12.04	**4019**
Art. 26	Sent. S.CA.	25.10.04	**3976**
	Sent. S.S.	01.10.04	**3954**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3971**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 31			
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Art. 32.3			
	Sent. S.S.	12.07.04	**3914**
Art. 33.8			
	Sent. S.S.	12.11.04	**3995**
Art. 34.4			
	Sent. S.S.	01.10.04	**3954**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3971**
Art. 34.5			
	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
Art. 38			
	Sent. S.S.	19.07.04	**3927**
Art. 39			
	Sent. S.S.	05.07.04	**3903**
	Sent. S.S.	15.07.04	**3919**
	Sent. S.S.	25.10.04	**3982**
Art. 40.1			
	Sent. S.S.	15.10.04	**3968**
Art. 41			
	Sent. S.S.	05.07.04	**3903**
	Sent. S.S.	26.11.04	**4009**
Art. 41.4			
	Sent. S.S.	12.07.04	**3913**
Art. 42			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 43			
	Sent. S.S.	23.11.04	**4006**
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 44			
	Sent. S.S.	19.07.04	**3926**
	Sent. S.S.	30.09.04	**3953**
	Sent. S.S.	08.10.04	**3961**
	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
	Sent. S.S.	23.11.04	**4005**
Art. 44.1			
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
	Sent. S.S.	02.11.04	**3985**
Art. 45.1			
	Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
Art. 46.2			
	Sent. S.S.	19.11.04	**4001**
Art. 48.1			
	Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
Art. 49.1			
	Sent. S.S.	24.09.04	**3948**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3965**
Art. 49.1.b)			
	Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
	Sent. S.S.	02.12.04	**4011**
Art. 49.1.c)			

Sent. S.S. 09.07.04 **3911**
Sent. S.S. 20.09.04 **3940**
Sent. S.S. 24.09.04 **3945**
Sent. S.S. 24.09.04 **3947**
Sent. S.S. 26.10.04 **3983**
Sent. S.S. 08.11.04 **3990**
Art. 49.1.d)
Sent. S.S. 04.10.04 **3956**
Sent. S.S. 02.12.04 **4010**
Art. 49.1.e)
Sent. S.S. 26.10.04 **3983**
Art. 49.1.g)
Sent. S.S. 05.11.04 **3988**
Art. 49.1.k)
Sent. S.S. 27.09.04 **3949**
Sent. S.S. 04.10.04 **3956**
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Art. 49.3
Sent. S.S. 11.10.04 **3966**
Art. 50 Sent. S.S. 05.07.04 **3903**
Art. 50.1.c)
Sent. S.S. 08.10.04 **3960**
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**

Art. 50.2
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Art. 51.1
Sent. S.S. 12.11.04 **3995**
Sent. S.S. 22.12.04 **4026**
Art. 51.10
Sent. S.CA. 19.11.04 **3999**
Art. 52
Sent. S.S. 26.10.04 **3983**
Art. 52.e)
Sent. S.S. 16.09.04 **3936**
Sent. S.S. 20.09.04 **3940**
Sent. S.S. 24.09.04 **3945**
Sent. S.S. 24.09.04 **3947**
Sent. S.S. 08.11.04 **3990**
Art. 53.1
Sent. S.S. 22.12.04 **4026**
Art. 53.4
Sent. S.S. 22.12.04 **4026**
Art. 54
Sent. S.S. 21.10.04 **3974**
Art. 54.1
Sent. S.S. 07.07.04 **3904**
Sent. S.S. 25.11.04 **4008**
Art. 54.2
Sent. S.S. 16.07.04 **3925**
Art. 54.2.b)
Sent. S.S. 05.07.04 **3903**
Sent. S.S. 08.07.04 **3905**
Art. 54.2.c)
Sent. S.S. 05.10.04 **3957**
Sent. S.S. 20.10.04 **3972**
Sent. S.S. 19.11.04 **4003**
Art. 54.2.d)
Sent. S.S. 21.07.04 **3930**
Sent. S.S. 23.07.04 **3933**
Sent. S.S. 18.10.04 **3970**
Sent. S.S. 25.11.04 **4008**
Sent. S.S. 03.12.04 **4012**
Sent. S.S. 17.12.04 **4019**
Art. 54.2.f)
Sent. S.S. 07.07.04 **3904**
Art. 55 Sent. S.S. 09.07.04 **3910**
Sent. S.S. 16.07.04 **3924**
Sent. S.S. 23.07.04 **3933**
Sent. S.S. 30.09.04 **3953**
Sent. S.S. 21.10.04 **3974**
Sent. S.S. 08.11.04 **3990**
Sent. S.S. 23.11.04 **4006**
Sent. S.S. 10.12.04 **4014**
Art. 55.3
Sent. S.S. 11.10.04 **3963**
Sent. S.S. 11.10.04 **3964**
Sent. S.S. 18.10.04 **3969**
Sent. S.S. 10.11.04 **3994**
Art. 55.4
Sent. S.S. 07.07.04 **3904**
Sent. S.S. 11.10.04 **3964**
Sent. S.S. 11.10.04 **3966**
Sent. S.S. 26.10.04 **3983**
Sent. S.S. 02.11.04 **3985**
Sent. S.S. 05.11.04 **3988**
Sent. S.S. 25.11.04 **4008**
Sent. S.S. 02.12.04 **4010**
Art. 55.5
Sent. S.S. 19.07.04 **3926**
Sent. S.S. 20.09.04 **3940**
Sent. S.S. 24.09.04 **3945**
Sent. S.S. 24.09.04 **3947**

	Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3963**
	Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3969**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
	Sent. S.S.	25.11.04	**4008**
	Sent. S.S.	17.12.04	**4019**
Art. 55.6			
	Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 55.11			
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
Art. 56	Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3924**
	Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3970**
	Sent. S.S.	21.10.04	**3974**
	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
	Sent. S.S.	02.11.04	**3985**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3990**
	Sent. S.S.	19.11.04	**4004**
	Sent. S.S.	23.11.04	**4006**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
	Sent. S.S.	22.12.04	**4024**
Art. 56.1			
	Sent. S.S.	05.07.04	**3903**
	Sent. S.S.	20.07.04	**3928**
	Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3964**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
	Sent. S.S.	10.11.04	**3994**
	Sent. S.S.	17.12.04	**4019**
Art. 58			
	Sent. S.S.	21.07.04	**3931**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3991**
Art. 59			
	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
	Sent. S.S.	20.07.04	**3928**
Art. 59.1			
	Sent. S.S.	11.10.04	**3965**
Art. 59.3			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4024**
Art. 60			
	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
Art. 60.2			
	Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
	Sent. S.S.	21.07.04	**3931**
	Sent. S.S.	23.07.04	**3933**
	Sent. S.S.	17.12.04	**4019**
Art. 63			
	Sent. S.S.	04.10.04	**3956**
Art. 67			
	Sent. S.S.	28.12.04	**4027**
Art. 82			
	Sent. S.S.	13.12.04	**4015**
Art. 82.4			
	Sent. S.S.	18.11.04	**3997**
Art. 84			
	Sent. S.S.	02.07.04	**3902**
Art. 85			
	Sent. S.S.	12.07.04	**3913**
Art. 86.4			
	Sent. S.S.	18.11.04	**3997**
Art. 92.2			
	Sent. S.CA.	14.07.04	**3915**
Art. 93			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3980**
Art. 95			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3980**

Real Decreto Lexislativo 2/1995, de 7 de abril, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Procedemento Laboral

Art. 4			
	Sent. S.S.	19.11.04	**4002**
Art. 32			
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Art. 51			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 75			
	Sent. S.S.	16.07.04	**3923**
Art. 80.1			
	Sent. S.S.	05.11.04	**3987**

	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 87.4			
	Sent. S.S.	05.11.04	**3987**
Art. 88	Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
Art. 90	Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
	Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
Art. 92.1			
	Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
Art. 92.2			
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Art. 96			
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 97.2			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
	Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
	Sent. S.S.	19.07.04	**3926**
	Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
	Sent. S.S.	23.09.04	**3943**
	Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 101			
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Art. 103.2			
	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
Art. 108			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
	Sent. S.S.	02.11.04	**3985**
	Sent. S.S.	10.11.04	**3994**
Art. 108.2			
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
Art. 110			
	Sent. S.S.	02.11.04	**3985**
	Sent. S.S.	10.11.04	**3994**
Art. 111			
	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 113			
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 115			
	Sent. S.S.	21.07.04	**3931**
Art. 151			
	Sent. S.S.	15.07.04	**3920**
	Sent. S.S.	22.07.04	**3932**
	Sent. S.S.	17.09.04	**3937**
	Sent. S.S.	15.10.04	**3968**
	Sent. S.S.	25.10.04	**3982**
Art. 152			
	Sent. S.S.	15.07.04	**3920**
Art. 155			
	Sent. S.S.	15.07.04	**3918**
Art. 163			
	Sent. S.S.	15.07.04	**3918**
Art. 175			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3909**
Art. 175.3			
	Sent. S.S.	15.07.04	**3918**
Art. 179			
	Sent. S.S.	08.07.04	**3908**
	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
	Sent. S.S.	07.12.04	**4013**
	Sent. S.S.	20.12.04	**4023**
Art. 179.2			
	Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 180			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
	Sent. S.S.	07.12.04	**4013**
	Sent. S.S.	20.12.04	**4023**
	Sent. S.S.	22.12.04	**4025**
Art. 181			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3909**
Art. 182			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3909**
Art. 183			
	Sent. S.S.	17.09.04	**3938**
Art. 188			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3923**
	Sent. S.S.	23.07.04	**3933**
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**

Art. 189.1

Sent. S.S.	28.07.04	**3934**

Art. 191.a)

Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
Sent. S.S.	23.09.04	**3943**
Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Sent. S.S.	22.12.04	**4026**

Art. 191.b)

Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
Sent. S.S.	16.07.04	**3923**
Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
Sent. S.S.	19.07.04	**3926**
Sent. S.S.	20.07.04	**3928**
Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
Sent. S.S.	23.07.04	**3933**
Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
Sent. S.S.	24.09.04	**3946**
Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
Sent. S.S.	24.09.04	**3948**
Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
Sent. S.S.	30.09.04	**3953**
Sent. S.S.	04.10.04	**3955**
Sent. S.S.	04.10.04	**3956**
Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
Sent. S.S.	08.10.04	**3961**
Sent. S.S.	08.10.04	**3962**
Sent. S.S.	11.10.04	**3963**
Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
Sent. S.S.	18.10.04	**3969**
Sent. S.S.	18.10.04	**3970**
Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
Sent. S.S.	21.10.04	**3974**
Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
Sent. S.S.	10.11.04	**3994**
Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Sent. S.S.	23.11.04	**4006**
Sent. S.S.	25.11.04	**4008**
Sent. S.S.	02.12.04	**4010**
Sent. S.S.	02.12.04	**4011**
Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Sent. S.S.	22.12.04	**4024**
Sent. S.S.	22.12.04	**4026**

Art. 191.c)

Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
Sent. S.S.	07.07.04	**3904**
Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
Sent. S.S.	16.07.04	**3923**
Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
Sent. S.S.	19.07.04	**3926**
Sent. S.S.	20.07.04	**3928**
Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
Sent. S.S.	23.07.04	**3933**
Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
Sent. S.S.	24.09.04	**3946**
Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
Sent. S.S.	24.09.04	**3948**
Sent. S.S.	27.09.04	**3949**
Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
Sent. S.S.	30.09.04	**3953**
Sent. S.S.	04.10.04	**3955**
Sent. S.S.	04.10.04	**3956**
Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
Sent. S.S.	08.10.04	**3960**
Sent. S.S.	08.10.04	**3961**
Sent. S.S.	08.10.04	**3962**
Sent. S.S.	11.10.04	**3963**
Sent. S.S.	11.10.04	**3964**
Sent. S.S.	11.10.04	**3965**
Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
Sent. S.S.	18.10.04	**3969**
Sent. S.S.	18.10.04	**3970**
Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
Sent. S.S.	21.10.04	**3974**

	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3990**
	Sent. S.S.	10.11.04	**3994**
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
	Sent. S.S.	19.11.04	**4004**
	Sent. S.S.	23.11.04	**4006**
	Sent. S.S.	25.11.04	**4008**
	Sent. S.S.	02.12.04	**4010**
	Sent. S.S.	02.12.04	**4011**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
	Sent. S.S.	15.12.04	**4017**
	Sent. S.S.	22.12.04	**4024**
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 194			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
	Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3923**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
	Sent. S.S.	23.07.04	**3933**
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
	Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
Art. 194.2			
	Sent. S.S.	15.07.04	**3922**
	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
Art. 194.3			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
Art. 201			
	Sent. S.S.	24.09.04	**3948**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3965**
	Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
Art. 202			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
	Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
Art. 228			
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
Art. 231			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 233			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
	Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 235.1			
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
Art. 263			
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**

Real Decreto 1.637/1995, de 6 de outubro, que aproba o regulamento xeral de recadación do sistema da Seguridade Social

Art. 10			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**
Art. 11			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**
Art. 83			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**

Real Decreto 2.064/1995, de 22 de decembro, de cotización e liquidación doutros dereitos da Seguridade Social

Art. 16			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**

Lei 29/1998, de 13 xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-administrativa

Art. 8	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**
	Sent. S.CA.	18.11.04	**3996**
Art. 33	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**
	Sent. S.CA.	18.11.04	**3996**
Art. 41	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**
	Sent. S.CA.	18.11.04	**3996**

Art. 42	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**
	Sent. S.CA.	18.11.04	**3996**
Art. 45.3			
	Sent. S.CA.	19.11.04	**4000**
Art. 52.2			
	Sent. S.CA.	10.11.04	**3992**
Art. 60.1			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**
Art. 69.c)			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**
Art. 139			
	Sent. S.CA.	19.11.04	**3999**
Art. 139.2			
	Sent. S.CA.	19.11.04	**4000**

Real Decreto 928/1998, de 14 de maio, polo que se aproba o regulamento xeral sobre Procedementos para a imposición de sancións por infraccións de orde social e para os expedientes liquidatorios de cotas da Seguridade Social

Art. 8.2			
	Sent. S.CA.	12.07.04	**3912**
Art. 15			
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3979**

Real Decreto 2.720/1998, de 18 decembro, que derroga o R.D. 2.546/1994, de 29 de decembro, de desenvolvemento do art. 15 do Estatuto dos Traballadores en materia de contratación

Art. 2			
	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
Art. 2.2.			
	Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3990**
Art. 3.2			
	Sent. S.S.	04.10.04	**3955**
Art. 4	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Art. 9.1	Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
	Sent. S.S.	24.09.04	**3947**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Art. 9.3			
	Sent. S.S.	20.07.04	**3928**
D.T.U.	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**

Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil

Art. 128			
	Sent. S.S.	30.09.04	**3952**
Art. 209.4			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 216			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
	Sent. S.S.	28.12.04	**4027**
Art. 217			
	Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 218			
	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
	Sent. S.S.	28.12.04	**4027**
Art. 222			
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Art. 247			
	Sent. S.S.	02.12.04	**4011**
Art. 270			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 304			
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 316			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
Art. 326			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Art. 340			
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Art. 348			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**

	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
	Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
	Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Art. 350			
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Art. 359			
	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
Art. 363			
	Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
Art. 376			
	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
Art. 399.3			
	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Art. 400			
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Art. 416			
	Sent. S.S.	19.11.04	**4002**

ÍNDICE DE TÓPICOS XURÍDICOS

		DATA REF.	Nº
ACCIDENTE LABORAL			
Concepto e requisitos. Relación de causalidade inexistente	Sent. S.S.	17.12.04	**4020**
Concepto. Traballador autónomo do mar	Sent. S.S.	14.07.04	**3916**
Recargo das prestacións. Caducidade do expediente	Sent. S.S.	17.12.04	**4021**
Responsabilidade civil derivada	Sent. S.S.	17.12.04	**4022**
ACOSO MORAL			
Existencia. Indemnización	Sent. S.S.	01.07.04	**3901**
ACTAS			
Falla de acreditación da representación	Sent. S.CA.	19.11.04	**4000**
Falla de cotización ao réxime xeral	Sent. S.CA.	12.07.04	**3912**
Presunción de certeza	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**
	Sent. S.CA.	18.11.04	**3996**
	Sent. S.CA.	18.11.04	**3998**
Presunción de certeza. Non outorgamento	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**

ACTIVIDADE EMPRESARIAL

Sector siderometal	Sent. S.CA.	14.07.04	**3915**

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Contratación temporal fraudulenta	Sent. S.S.	24.10.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.10.04	**3947**
	Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
Determinación de empresario responsable	Sent. S.S.	30.09.04	**3953**

CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Consolidación de nivel retributivo: non procede	Sent. S.S.	15.07.04	**3919**

COMPETENCIA

Accidente laboral. Xurisdición civil	Sent. S.S.	17.12.04	**4022**
Dereito de folga do persoal estatutario do SERGAS. Xurisdición social	Sent. S.S.	04.11.04	**3986**
Persoal estatutario do SERGAS	Sent. S.S.	07.12.04	**4013**

CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA

Absorción e compensación	Sent. S.S.	01.10.04	**3954**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3971**
Non se configura por convenio colectivo	Sent. S.S.	18.11.04	**3997**

CONFLITO COLECTIVO

Convenio colectivo aplicable	Sent. S.S.	13.12.04	**4015**
Lexitimación activa. Procedemento	Sent. S.S.	15.07.04	**3920**
Interpretación de cláusula de convenio	Sent. S.S.	29.09.04	**3950**
Interpretación de cláusula salarial	Sent. S.S.	17.09.04	**3937**
Proceso xudicial. Afectación a colectivo de traballadores	Sent. S.S.	15.10.04	**3968**
	Sent. S.S.	25.10.04	**3982**
Proceso xudicial. Interese xeral ou colectivo	Sent. S.S.	22.07.04	**3932**

CONTRATO DE TRABALLO

Criterios xerais. Debe estimarse. Reporteira	Sent. S.S.	08.10..04	**3959**
	Sent. S.S.	29.10.04	**3984**
Criterios xerais. Debe estimarse. Elementos configuradores	Sent. S.S.	15.12.04	**4016**
Criterios xerais. Non debe estimarse. Falla de dependencia	Sent. S.S.	20.12.04	**4023**
Diferenza con outros contratos afíns. Contrato de axencia	Sent. S.S.	23.11.04	**4007**

Eventual fraudulento	Sent. S.S.	04.10.04	**3955**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3990**
Ilícito. Prostitución	Sent. S.S.	10.11.04	**3993**
Indefinido non fixo ao servizo da Admon.	Sent. S.S.	21.10.04	**3974**
Inexistente. Entre sindicalista e sindicato	Sent. S.S.	24.10.04	**3946**
Obra ou servizo. Fraudulento	Sent. S.S.	24.10.04	**3945**
	Sent. S.S.	24.10.04	**3947**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3964**
	Sent. S.S.	16.09.04	**3936**
	Sent. S.S.	20.09.04	**3940**
Non debe estimarse. Conselleiro societario	Sent. S.S.	08.11.04	**3989**
Relación laboral substituída por relación mercantil	Sent. S.S.	20.09.04	**3939**

CONVENIOS COLECTIVOS

Ámbito de aplicación. Criterios.			
Actividade preponderante da empresa	Sent. S.S.	13.12.04	**4015**
Contido. Incremento retributivo	Sent. S.S.	15.07.04	**3917**
Extraestatutarios. Interpretación	Sent. S.S.	15.07.04	**3921**
Nulo. Debe estimarse. Concorrencia	Sent. S.S.	02.07.04	**3902**
Sucesión de convenios.			
Derrogación de cláusulas anteriores	Sent. S.S.	18.11.04	**3997**

DEREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS

Catálogo de dereitos fundamentais. Acoso moral: non concorre. Discriminación por motivos sindicais: non concorre	Sent. S.S.	22.12.04	**4025**
Dereito á vida, integridade física e moral	Sent. S.S.	20.09.04	**3941**
Procedemento. Canle procesual: determinación	Sent. S.S.	09.07.04	**3909**
Vulneración da tutela xudicial efectiva	Sent. S.CA.	19.11.04	**4000**

DESEMPREGO

Perda de prestacións por conivencia entre empresario e traballadores	Sent. S.CA.	18.11.04	**3998**
Carga da proba. Indicios insuficientes	Sent. S.S.	08.07.04	**3908**
Reintegro de cantidades e exclusión de prestacións	Sent. S.CA.	25.10.04	**3979**

DESPEDIMENTO

Colectivo. Cómputo de traballadores	Sent. S.S.	12.11.04	**3995**
Contratación temporal fraudulenta sucesiva	Sent. S.S.	20.07.04	**3928**
Determinación do empresario responsable	Sent. S.S.	16.07.04	**3924**
Determinación do salario regulador	Sent. S.S.	10.11.04	**3994**

Embriaguez habitual	Sent. S.S.	07.07.04	**3904**
Falta de puntualidade. Improcedencia	Sent. S.S.	16.07.04	**3925**
Improcedencia	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**
Improcedente. Contrato eventual fraudulento	Sent. S.S.	04.10.04	**3955**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3964**
	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3990**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Improcedente. Falla de indicios de discriminación	Sent. S.S.	29.09.04	**3951**
Improcedente. Incapacidade do empresario	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
Improcedente. Liquidación preconsitutuída	Sent. S.S.	02.12.04	**4010**
Improcedente. Traballador fixo descontinuo	Sent. S.S.	02.11.04	**3985**
Improcedente. Transgresión da boa fe contractual	Sent. S.S.	18.10.04	**3970**
Indisciplina ou desobediencia	Sent. S.S.	05.07.04	**3903**
Inexistente	Sent. S.S.	08.10.04	**3962**
Inexistente. Traballador indefinido non fixo	Sent. S.S.	21.10.04	**3974**
Nulidade. Discriminación sindical	Sent. S.S.	09.07.04	**3910**
Nulidade. Garantía de indemnidade	Sent. S.S.	03.12.04	**4012**
Nulo inexistente. Improcedente	Sent. S.S.	20.10.04	**3973**
Nulo inexistente. Falla de acreditación de represalia	Sent. S.S.	18.10.04	**3969**
Nulo inexistente. Pluricausalidade	Sent. S.S.	15.12.04	**4017**
Nulo inexistente. Supostos	Sent. S.S.	19.07.04	**3926**
Nulo. Represalia	Sent. S.S.	25.11.04	**4008**
Nulo. Represalia. Danos e perdas	Sent. S.S.	15.10.04	**3967**
Obxectivo. Amortización do posto	Sent. S.S.	11.10.04	**3963**
Obxectivo. Nulidade por defectos formais	Sent. S.S.	22.12.04	**4026**
Procedente. Ofensas	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
	Sent. S.S.	19.11.04	**4003**
Procedente. Transgresión da boa fe contractual	Sent. S.S.	17.12.04	**4019**
Retractación do empresario	Sent. S.S.	04.10.04	**3956**
Tácito	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
Transgresión da boa fe contractual	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
	Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
	Sent. S.S.	23.07.04	**3933**

EMPRESA E EMPRESARIO

Cesión ilegal de traballadores inexistente	Sent. S.S.	23.11.04	**4006**
Concepto de empresario	Sent. S.CA.	25.10.04	**3980**
Contratación de empresas interpostas	Sent. S.CA.	25.10.04	**3980**
Determinación	Sent. S.S.	16.07.04	**3924**
	Sent. S.S.	30.09.04	**3953**
Grupo de empresas existente	Sent. S.S.	11.10.04	**3966**

	Sent. S.S.	10.11.04	**3994**
Grupo de empresas. Responsabilidade solidaria	Sent. S.S.	12.11.04	**3995**
Sucesión de empresas inexistente	Sent. S.S.	02.11.04	**3985**
E.T.T. Contratación fraudulenta	Sent. S.S.	22.12.04	**4024**
Transmisión de empresa. Incapacidade do empresario	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
Transmisión de empresa. Inexistencia	Sent. S.S.	08.10.04	**3961**
Transmisión. Grupo	Sent. S.S.	28.07.04	**3934**

EXCEDENCIAS

Voluntaria. Reingreso, vacante e indemnización de danos	Sent. S.S.	19.11.04	**4001**

EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

Condición resolutoria. Inexistencia	Sent. S.S.	02.12.04	**4011**
Deber ocupación efectiva. Incumprimento grave do empresario	Sent. S.S.	08.10.04	**3960**
Dimisión inexistente	Sent. S.S.	04.10.04	**3956**
	Sent. S.S.	10.12.04	**4014**
Expediente de regulación de emprego	Sent. S.CA.	19.11.04	**3999**
Incumprimento grave do empresario	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Inexistente. Incapacidade do empresario	Sent. S.S.	05.11.04	**3988**
Modificación substancial	Sent. S.S.	05.07.04	**3903**
Morte do traballador	Sent. S.S.	26.10.04	**3983**
Liquidación liberatoria	Sent. S.S.	24.10.04	**3948**
Obra ou servizo determinados. Fraude	Sent. S.S.	09.07.04	**3911**
Temporal fraudulento	Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
Traballador indefinido non fixo	Sent. S.S.	21.10.04	**3974**

FOLGA

Abusiva. Intermitente	Sent. S.S.	15.07.04	**3918**
Non debe estimarse lesión. Información aos traballadores da ilegalidade da folga	Sent. S.S.	04.11.04	**3986**
Sanción por vulneración do dereito	Sent. S.CA.	25.10.04	**3980**
Servizos mínimos. Designación	Sent. S.S.	20.07.04	**3929**

FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

Empresa con menos de 25 traballadores. Responsabilidade directa. Fraude de lei	Sent. S.S.	12.11.04	**3995**

FRAUDE DE LEI

Contratación temporal	Sent. S.S.	08.07.04	**3906**
Obra ou servizo determinados	Sent. S.S.	09.07.04	**3911**

INCAPACIDADE TEMPORAL

Declaración e control. Impugnación de alta: desestimación	Sent. S.S.	22.10.04	**3975**
Declaración e control. Non concorre	Sent. S.S.	30.09.04	**3952**

INFRACCIÓNS E SANCIÓNS

Acta de infracción. Nulidade inexistente	Sent. S.CA.	30.07.04	**3935**
Falta grave. Non pagamento cotización	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**
Falta moi grave. Non achega de datos identificativos	Sent. S.CA.	30.07.04	**3935**
Falta moi grave. Veracidade da acta	Sent. S.CA.	25.10.04	**3979**
Gradación. Principio de proporcionalidade	Sent. S.S.	21.07.04	**3931**
Infracción moi grave. Deslealdade	Sent. S.S.	08.11.04	**3991**
Ocultación	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
Presuncións. Proba admisible	Sent. S.CA.	18.11.04	**3998**

LIBERDADE SINDICAL

Eleccións. Preaviso. Nulidade. Consecuencias	Sent. S.S.	28.12.04	**4027**
Prexuízo derivado da condición de liberado sindical	Sent. S.S.	08.07.04	**3907**
Procedemento de tutela do dereito. Carga da proba	Sent. S.S.	07.12.04	**4013**
Utilización do local axeitado	Sent. S.S.	23.09.04	**3944**

MOBILIDADE FUNCIONAL

Diferenza entre ordinaria e descendente	Sent. S.S.	25.10.04	**3982**

MOBILIDADE XEOGRÁFICA

Límites ao traslado	Sent. S.S.	15.10.04	**3968**

MODIFICACIÓN DAS CONDICIÓNS DE TRABALLO

Carácter colectivo. Esixencia de fase de consultas	Sent. S.S.	12.07.04	**3913**
Carácter colectivo. Non debe estimarse. Modificación non consumada	Sent. S.S.	26.11.04	**4009**

PERSOAL ESTATUTARIO DO SERGAS

Competencia da xurisdición social	Sent. S.S.	07.12.04	**4013**
Dereito de folga. Competencia da xurisdición social	Sent. S.S.	04.11.04	**3986**

PRESCRICIÓN E CADUCIDADE

Despedimento. Non cómputo sábados	Sent. S.S.	11.10.04	**3965**

Faltas clandestinas do traballador	Sent. S.S.	23.07.04	**3933**
Faltas continuadas	Sent. S.S.	21.07.04	**3930**
Faltas dos traballadores	Sent. S.S.	08.07.04	**3905**
	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
	Sent. S.S.	17.12.04	**4019**
PRINCIPIOS XURÍDICOS			
Equilibrio procesual	Sent. S.S.	16.07.04	**3923**
PROCEDEMENTO LABORAL			
Accións declarativas. Diferenza coas de condena	Sent. S.S.	05.11.04	**3987**
Aclaración de sentenzas	Sent. S.S.	20.10.04	**3972**
Audiencia ao demandado rebelde	Sent. S.S.	17.09.04	**3938**
Conciliación previa	Sent. S.S.	15.07.04	**3918**
Criterios xerais. Incongruencia	Sent. S.S.	28.12.04	**4027**
Execución. Terceiría mellor dereito	Sent. S.S.	12.07.04	**3914**
Lexitimación pasiva	Sent. S.S.	23.11.04	**4006**
Litispendencia e prexudicialide	Sent. S.S.	19.11.04	**4002**
Nulidade actuacións. Indefensión	Sent. S.S.	05.10.04	**3957**
Recurso de suplicación	Sent. S.S.	15.07.04	**3922**
Sentenza. Motivación arbitraria	Sent. S.S.	23.10.04	**3943**
RECURSOS			
Admisión ou non por razón da contía	Sent. S.CA.	25.10.04	**3977**
	Sent. S.CA.	25.10.04	**3978**
	Sent. S.CA.	18.11.04	**3996**
Caducidade por superación de prazo	Sent. S.CA.	10.11.04	**3992**
Suplicación. Inexistencia de motivos de infracción xurídica	Sent. S.S.	16.07.04	**3923**
RELACIÓNS LABORAIS			
Alta dirección	Sent. S.S.	19.07.04	**3926**
	Sent. S.S.	08.10.04	**3962**
	Sent. S.S.	02.12.04	**4011**
	Sent. S.S.	08.11.04	**3989**
Carácter especial. Penados	Sent. S.S.	19.11.04	**4004**
Normas que as rexen	Sent. S.CA.	14.07.04	**3915**
RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL			
Prexuízo por resolución administrativa errónea	Sent. S.CA.	19.11.04	**3999**
SERGAS. Danos e prexuízos por contaxio de hepatite C	Sent. S.S.	16.12.04	**4018**

SALARIOS

Axudas de custo	Sent. S.CA.	12.07.04	**3912**
Plus de locomoción	Sent. S.CA.	25.10.04	**3976**

SEGURIDADE SOCIAL

Base de cotización. Gastos de dieta e transporte	Sent. S.CA.	12.07.04	**3912**
Base de cotización. Plus de locomoción	Sent. S.CA.	25.10.04	**3976**
Melloras voluntarias. Complemento de pensión a cargo da empresa	Sent. S.S.	23.11.04	**4005**
Suxeitos incluídos no réxime xeral	Sent. S.S.	20.09.04	**3942**
Traballadores migrantes. Pro rata temporis. Bases medias	Sent. S.S.	08.10.04	**3958**

SUCESIÓN DE EMPRESA

Inexistente	Sent. S.S.	19.07.04	**3926**
Responsabilidade solidaria	Sent. S.CA.	25.10.04	**3981**

SUSPENSIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

Mutuo acordo. Reincorporación	Sent. S.S.	27.09.04	**3949**

TRABALLADORES

Cesión ilegal de traballadores	Sent. S.CA.	25.10.04	**3980**
Fixo-descontinuo	Sent. S.S.	02.11.04	**3985**

VACACIÓNS

Data. Negociación	Sent. S.S.	19.07.04	**3927**

XORNADA

Descanso intraxornada. Cómputo como tempo de traballo	Sent. S.S.	01.10.04	**3954**
	Sent. S.S.	18.10.04	**3971**

SENTENZAS E AUTOS

REVISTA GALEGA

3901 **Recurso nº 2.422/04**

S.S. DELIMITACIÓN DO ACOSO MORAL OU «MOBBING» RESPECTO DE FIGURAS AFÍNS E NATUREZA DISUASORIA OU REPARADORA DA INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a uno de julio de dos mil cuatro

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. 2.422/2004 interpuesto por doña C.V.C. 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 C.V.C. en reclamación de R. CONTRATO siendo demandadas las empresas "R., S.C.", "P., S.C.", e "I., S.L." con asistencia del Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 571/2003 sentencia con fecha 18 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

"PRIMERO.- Que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "R., S.C.", dedicada a la actividad de venta a domicilio y con domicilio en …, en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido suscrito en fecha veintidós de enero de dos mil tres, para la prestación de servicios como Teleoperadora, con idéntica categoría profesional, en jornada semanal de 20 horas a la semana, sobre una jornada máxima legal de 40 horas y percibien-

do un salario mensual de doscientos sesenta y tres euros y veinte céntimos (263,20 euros), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. SEEGUNDO.- Que las empresas "P., S.C." e "I., S.L.", se encuentran ubicadas en el mismo domicilio que la anterior, siendo el local propiedad de "I., S.L." y estando cedido parcialmente y de forma gratuita a las otras dos empresas, "R., S.C." y "P., S.C." En los tres casos es el domicilio social designado estatutariamente. TERCERO.- Que "I., S.L." tiene por objeto social la venta de libros y otros objetos a comisión y por representación; la compra, venta y alquiler de inmuebles y la distribución, comercialización y venta de artículos relacionados con el hogar, pudiendo ser realizadas las actividades integrantes del objeto social, total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo. Sus socios y administradores solidarios son don M.R.F. y doña I.V.Q. CUARTO.- Que "R., S.C." tiene por objeto social la venta de libros y otros objetos a comisión y por representación; la compra, venta y alquiler de inmuebles y la distribución, comercialización y venta, incluso en régimen de agencia o franquicia de artículos para el hogar. Sus socios y administradores son don M.R.F. y doña I.V.Q. QUINTO.- Que "P., S.C." tiene por objeto social la venta de libros y otros objetos a comisión y por representación; la compra, venta y alquiler de inmuebles y la distribución, comercialización y venta, incluso en régimen de agencia o franquicia de artículos para el hogar. Sus socios y administradores son don M.R.F. y doña I.V.Q. SEXTO.- Que la actora prestaba inicialmente servicios en la primera planta, donde se ubica el centro de trabajo de "R., S.C.", pasando a hacerlo seguidamente y en momento no determinado en la planta baja, donde se ubica el centro de trabajo de "P., S.C.", a las órdenes del encargado de ésta última y vendiendo productos de la misma. Siempre estuvo dada de alta en la Seguridad Social por "R., S.C." y ésta era quien le pagaba sus salarios. SÉPTIMO.- Que en los mismos locales tienen su sede social las sociedades limitadas "R., S.C." y "Ro., S.L." y "P.F., S.L.", cuyo objeto social es la comercialización, distribución y venta de artículos para el hogar y cuyos administradores solidarios son don M.R.F. y doña I.V.Q. OCTAVO.- Que la actora realizaba llamadas telefónicas a diversos posibles clientes, extraídos de listados facilitados por la empresa y en el número indicado por ésta, presentándoles productos y precios, obteniendo, si era posible, una venta o una entrevista; fijando hora de entrega o de cita en el domicilio del posible cliente y rellenando un albarán de entrega en el que figuraba impreso el anagrama y el nombre del Grupo I.P., con su dirección. El artículo o artículos eran porteados por el comercial/repartidor al domicilio del previsible cliente, quien decidía si se quedaba o no con la mercancía y abonaba, en su caso, el precio o lo financiaba, siéndole presentados, por el Comercial/repartidos, otros productos. En los albaranes de entrega figura el nombre "Grupo I.P.", en mayúsculas y en la parte superior izquierda se pone un sello de la empresa "R., S.C." o "P., S.C.". NOVENO.- Que "I., S.L." facturaba diversa mercancía a "R., S.C." y a otros clientes y "R., S.C." adquiría productos a otros clientes. DÉCIMO.- Que "P., S.C." y "R., S.C." están dadas de alta en el Impuesto de Actividades Económicas en el epígrafe 6.639 Comercio Menor otras mercancías sin establecimiento e "I., S.L." está dada de alta en el epígrafe 6143 Comercio Mayor Productos Mantenimiento Hogar. UNDÉCIMO.- Que en el portal de acceso a los centros de trabajo sólo figura el nombre I.P. y un logotipo correspondiente a un ave. Una vez que se accede a las dependencias, en la planta baja y a la izquierda hay un letrero que dice P., y al fondo otro que indica I.; en la escalera de acceso a la primera planta se indica "R., S.C." DUODÉCIMO.- Las listas de precios que llevan los vendedores se refieren a productos de alta precio y bajo precio que venden "R., S.C." y "P., S.C.", figurando las mismas a nombre de "R., S.C." DÉCIMO TERCERO.- Que en los locales teóricamente correspondientes a "R., S.C.", prestaban servicios cuatro trabajadoras dadas de alta y retribuidas por "R., S.C."; dos trabajadores dadas de alta y retribuidas por "P., S.C." y el encargado don A.R.M., ofertando indistintamente productos de las empresas "R., S.C." y "P., S.C." En los locales teóricamente correspondientes a "P., S.C." prestaban servicios, la actora; tres trabajadoras dadas de alta y retribuidas por "P., S.C." y el encargado don A.V.Q. DÉCIMO CUARTO.- Que la actora debía rellenar diariamente los resultados de sus actividades de captación de clientes, sobre los listados facilitados. DÉCIMO QUINTO.- Que a partir del mes de mayo de dos mil tres, la representante de las demandadas doña I.V.Q. y los encargados, pasaron a dirigirse a la actora, en diversas ocasiones, con brusquedad, pasando a ser controlada permanentemente en su trabajo, permaneciendo la representante de las empresas o los encargados, en zona inmediata a su puesto de trabajo. Sus conversaciones telefónicas con clientes eran

grabadas por la empresa usualmente, sin que conste que la actora tuviera conocimiento de ella y hubiera manifestado su conformidad. DÉCIMO SEXTO.- Que en fecha desconocida, la dirección del Grupo I.P. fijó en el tablón de anuncios de los locales situados en la C/ …, municipio de … (A Coruña), una circular, con el siguiente contenido: 1.- Elhorario de las llamadas en esta empresa es de 9:30 a 13:30; esto significa que tenemos que ser puntuales (se sancionarán las faltas de puntualidad). Al llegar uno se pone a trabajar, los comentarios, charlas y demás se dejan para fuera de los horarios. 2.- E respeto hacia los clientes, compañeros y la empresa, es uno de los valores más importantes de este grupo, entonces, vamos a evitar los insultos, tanto orales como escritos (de lo contrario nos veremos obligados a sancionar). 3.- Para un rendimiento satisfactorio en vuestro trabajo es imprescindible que os dejéis corregir, para ello tenemos una persona dedicada a vosotras, es fundamental el respeto hacia ella y que empecéis a aplicar en el momento la corrección. Procurad evitar las protestas hacia ella; y en todo caso dirigirlas a la dirección. 4.- La media jornada no contempla descanso para café, si en alguna ocasión se permite estará supeditado única y exclusivamente a los buenos resultados de la organización. DÉCIMO SÉPTIMO.- Que en fecha siete de julio de dos mil tres la actora fue trasladada de una Sala donde se encontraba con varias compañeras y que tenía luz natural y las puertas abiertas, a otra sala contigua, con otra compañera, ambas sentadas cara a la pared, con las persianas bajadas y las puertas cerradas, bajo permanente control del encargado. DÉCIMO OCTAVO.- Que en fecha diez de julio de dos mil tres la actora que asistida en urgencias médicas y causó baja médica por trastorno reactivo ansioso, derivada de acoso moral en el trabajo y laringitis. DÉCIMO NOVENO.- Que la demandada "R., S.C." requirió a la actora, mediante burofax y en dos ocasiones, para que se personara, en fechas diecisiete de octubre y veintidós de octubre de dos mil tres en la Consulta del Doctor J.F.H., Especialista en Psiquiatría, cuya consulta se encuentra en la Ciudad de Vigo, para realizar controles de su situación de baja médica respondiendo la actora que no acudiría a dichas citas por no corresponderle a la empresa el control de la situación de Incapacidad Temporal y atentar la pretensión de la empresa contra su derecho a la intimidad. En el segundo requerimiento, la empresa apercibía a la actora que la desobediencia al misma constituía una sanción que podría determinar la suspensión de sus derechos económicos. VIGÉSIMO.- Que la actora no ha ostentado la condición de delegado de Personal, ni miembro de comité de Empresa o Delegado sindical. VIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha doce de septiembre de dos mil tres tuvo luar el preceptivo acto de conciliación ante el servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia, con respecto a "R., S.C." y de intentada sin efecto, por incomparecencia de las codemandadas, con respecto a "I., S.L." y "P., S.C."".

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

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña C.V.C. contra las empresas "R., S.C.", "P., S.C." e "I., S.L.", debía de declarar y declaraba la extinción de la relación laboral que ligaba a la actora con las demandadas, condenándolas a estar y pasar por esta declaración y a que le abonen, de forma solidaria, la cantidad de cuatrocientos cincuenta y cinco euros y veinte céntimos (455,20 euros), en concepto de indemnización por extinción del contrato, y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la petición de superior salario regulador e indemnización de daños y perjuicios, debía absolver y absolvía a las demandadas de los citados pedimentos".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la actora la desestimación parcial de su demanda, instando –por el cauce del artículo 191.b LPL– la modificación de los HDP, y denunciando –vía artículo 191.c) LPL– la infracción por inaplicación de los artículos 10 y 15 CE y 180 LPL.

Para fijar la litis debemos precisar los puntos fundamentales del pleito: (a) la actora presta servicios para una empresa como Teleoperadora desde el 22.01.03; (b) a partir de mayo los encargados de la empresa comenzaron a dirigirse a la actora con brusquedad, controlándola constantemente y sus conversaciones con clientes pasaron a ser grabadas; (c) el 07.07.03 la actora y otra compañera fueron trasladadas de la sala donde se encontraban con las demás compañeras a otra, de cara a la

pared, con las persianas bajadas y las puertas cerradas, bajo control permanente del encargado; (d) el 10.07.03 fue asistida en urgencias y causó baja por trastorno reactivo ansioso.

SEGUNDO- Por la primera de las vías pretende que en el ordinal décimo octavo se añada la siguiente frase: "la trabajadora sigue en situación de IT", con amparo en los folios 214 y siguientes. Sin embargo, no podemos acceder a dicha modificación.

Ha de reiterarse una vez más –SSTSJ Galicia 23.03.04 R. 615/04, 11.02.04 R. 6.871/03, 23.12.02 R. 1.744/02, 15.06.02 R. 938/99, 16.05.02 R. 1.171/99, 03.05.02 R. 944/02, 07.02.02 R. 6.499/01, 25.10.01 R. 1.458/98, 05.07.01 R. 2.775/01, 20.04.01 R. 2.851/95, 05.03.01 R. 277/01, 08.02.01 R. 5.959/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 10.01.01 R. 2.952/98 ...– 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 artículo 191 LPL (STC 294/1993, de 18.10), 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 los artículos 316, 326, 348 y 376 LEC, así como el artículo 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*.

El recurso de Suplicación está sometido a un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los artículos 188 y siguientes LPL, y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el artículo 194 LPL, al decir que "en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare" y que "también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión". Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– supone que la 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* si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias. Lo que se traduce en:

a.- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical.

b.- Que el acta de juicio resulte conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados.

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 (valgan por todas las 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 21.01.99 R. 22/96, 21.01.99 R. 57/96, 26.02.99 R. 585/96, 23.03.99 R. 794/99, 10.06.99 R. 2.689/96, 11.06.99 R. 2.133/96, 3.03.00 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, 20.9.01 R. 3.892/01,etc.).

d.- Que el éxito de la pretensión revisoria está igualmente condicionada a que por la parte recurrente se haga precisa especificación de la modificación que se propone, con redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se

propone, y a que haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella (SSTSJ Galicia 26.01.02 R. 578/01 y 10.01.01 R. 1.791/98). Y

e.- Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada –vinculantemente– por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba.

Todo ello supone que rechacemos la modificación propuesta, porque los documentos que se proponen no suponen prueba de aquello que se intenta demostrar por la parte –que la trabajadora sigue en situación de IT-; de hecho, los burofaxes tienen fecha de octubre de 2003 y la sentencia de 18.03.03, sin perjuicio de que como el proceso psiquiátrico de la actora no está controlado por especialista la prueba de esta persistencia adolecería de una grave deficiencia; y, desde luego, no evidenciaría el yerro del Juzgador al que antes nos referíamos.

TERCERO.- En el motivo de recurso destinado a examinar el derecho aplicado en la sentencia de instancia se abordan dos cuestiones: la existencia del "mobbing" sufrida por la actora y la indemnización que le corresponde percibir por tal razón.

1.- No existe en el ordenamiento jurídico español el concepto de "mobbing" o acoso moral, pero esta ausencia no implica la inexistencia de aquella figura jurídica, al igual que en su momento sucediera con el denominado "grupo de empresas". Debemos, por tanto, determinar qué elementos caracterizan la figura jurídica de referencia y si concurren en el caso presente.

El acoso moral se caracteriza por siguientes elementos: 1) el bien jurídico protegido, que no es otro sino el derecho a la dignidad personal del trabajador, de ahí su directo enlace con el derecho constitucional tutelado en el artículo 15 CE. 2) La forma en que se produce la lesión de ese derecho, lo que implica por parte del sujeto activo (empresario u otros trabajadores compañeros del ofendido) una conducta caracterizada por: a) un acoso u hostigamiento a un trabajador mediante cualquier conducta vejatoria o intimidatoria de carácter injusto; b) reiteración en el tiempo de dicha conducta, siguiendo una unidad de propósito; c) perseguir una finalidad consistente de modo específico en minar psicológicamente al acosado, logrando así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el acosador.

La relación del "mobbing" con el acoso sexual es patente, pues también en ésta, como recoge la STC 136/01 (FJ 5º), con apoyo en su anterior sentencia 224/1999, "ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto".

Sentado qué cabe entender por acoso moral, la consecuencia directa que se deduce es que no tienen cabida en tal concepto situaciones de trastorno por ansiedad del trabajador a consecuencia de factores tales como el estrés laboral, la falta de adaptación al ambiente laboral marcado por el empresario o los compañeros, u otras irregularidades cometidas por el empresario con la finalidad de obtener una ventaja laboral de forma indebida, pero ajena a la específica intención de socavar la dignidad personal del trabajador. Lo que ya indicábamos en la importante STSJ Galicia 12.09.02 R. R 3.806/02, reiterado por otras, 14.03.03 R. 579/03 o 06.03.03 R. 290/03. En la misma línea, entre otras, SSTSJ País Vasco 02.10.03 R. 1.673/03, 26.02.02 R. 163/02 y 12.07.02 R 1.414/02, SSTSJ Murcia 01.10.03 R.895/03, 02.09.03 R. 935/03 y 27.10.03 R. 1.073/03 (y las que en ella se citan), SSTSJ Andalucía/Granada 28.10.03 R. 3.080/03 y 09.09.03 R. 1.978/03, STSJ Madrid 20.03.03 R. 791/03 y SSTSJ Cataluña 01.07.03 R. 2.164/03 y 23.09.03 R. 582/03.

2.- Conforme a lo expuesto pasamos a resolver si en el caso presente se puede apreciar aquel acoso moral cuya existencia denuncia la recurrente. Para ello se requiere identificar las conductas que reprocha al acosador (en este caso el empresario), las cuales se concretan conforme a los incólumes HDP en que a partir de mayo los responsables de la empresa comenzaron a dirigirse a la actora con brusquedad, en julio se le trasladó junto con otra trabajadora a una sala separada de sus compañeras, se les colocó de cara a la pared, bajo vigilancia constante y con las persianas bajadas y las puertas cerradas y tres días después

de la medida fue asistida en urgencias y causó baja por trastorno reactivo ansioso (HDP DÉCIMO QUINTO, DÉCIMO SÉPTIMO y DÉCIMO OCTAVO).

Estas actuaciones pueden considerarse constitutivas de un trato vejatorio o degradante, porque, al margen del posible ejercicio más o menos riguroso de las funciones directivas que corresponden al empresario, concurre un plus de humillación de la trabajadora, se trata –como decíamos antes- de socavar su dignidad: desde el mes de mayo comienza a cambiar el trato hacia la trabajadora (órdenes con brusquedad, control permanente de su trabajo –con presencia física del encargado en la inmediación de su mesa- y grabación de sus conversaciones telefónicas) faltando una explicación satisfactoria por parte de la empresa, este comportamiento se acentúa en el mes de julio, y así, se le ha obligado a prestar sus servicios en un aula separada del resto del personal –sin que conste la justificación de tal medida-, con una intimidante vigilancia constante de los encargados de la empresa –vigilancia a la que no se somete a los demás-, con las persianas bajadas –frente a la luz natural de que disfrutaba en la otra sala-, con la puerta la cerrada –en la otra estaba abierta- y de cara a la pared -cual si de un castigo de parvulario se tratase-. Lo anterior, tal como ha quedado plasmado, atenta directamente contra la dignidad humana al margen de cualquier otro planteamiento y sin que sea óbice que el trastorno sufrido por la trabajadora no haya sido tratado por un especialista o que la baja se produzca tres días más tarde de adoptar la medida, esto serviría en todo caso para modular la cuantía de la indemnización, en ningún caso para matizar el daño moral que se causa. El motivo debe ser estimado.

3.- Resuelto que es lo anterior, corresponde fijar la cantidad dineraria en la que se fijan los daños morales sufridos. Es doctrina unificada (STS 09.06.93 Ar. 4.552) la que señala que 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. Postura matizada por las SSTS 20.01.97 Ar. 620, 02.02.98 Ar. 1.251, 09.11.98 Ar. 8.917, y 23.12.98 Ar. 1.999\384, en el sentido de que sea el demandante quien acredite una mínima base fáctica que sirva para delimitar los perfiles y elementos de la indemnización. En consecuencia, y apreciando todos los elementos concurrentes (y la base fáctica aportada por la actora tanto en su demanda, como en su recurso), la Sala estima que los perjuicios morales sufridos por la trabajadora y a pagar por las demandadas se valoran en 3.005,6 euros. Cantidad totalmente ajustada, máxime atendiendo a que ésta no ha de cumplir una función simbólica sino reparadora y disuasoria (SSTJ. CEE 10.04.84, Casos Harz-Deutsche Tradox y Colsonh-Kaman).

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 CE, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por doña C.V.C., revocamos parcialmente la sentencia que con fecha 18.03.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Santiago de Compostela, y acogiendo la demanda condenamos a las empresas "R., S.C.", "P., S.C." e "I., S.L." a abonar solidariamente una indemnización de tres mil cinco con seis (3.005,6) euros, como compensación de los daños y perjuicios causados.

3902 **Recurso nº 2.238/04**

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. DEBE ESTIMARSE. CONCORRENCIA ILEGAL DE CONVENIO DE EMPRESA CON CONVENIO DE SECTOR.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a dos de julio de dos mil cuatro

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 2.238/04 interpuesto por la empresa "C.C., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 139/04 se presentó demanda por Sindicato Nacional de Comisiones Obreras (CC.OO.) en reclamación de impugnación convenio colectivo siendo demandados Unión General de Trabajadores (U.G.T.), la empresa "C.C., S.A.", doña E.C.D. y el Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha ocho de marzo de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- En fecha 12.02.03, se publicó en el Boletín Oficial del Estado, el Convenio Colectivo Básico Estatal para las Industrias de Conservas Vegetales, que fue suscrito el 21.11.02, de una parte, por la Federación Nacional de Asociaciones de Industrias de Conservas Vegetales, y de otra, por las Centrales Sindicales U.G.T. y CC.OO. Por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 28.01.03 se dispuso la inscripción en el Registro y la publicación de dicho Convenio. El Convenio figura incorporado a autos teniendo aquí su integro contenido por reproducido. SEGUNDO.- En fecha 22.1.2004, se publicó en el boletín Oficial de la Provincia de Ourense, el Convenio Colectivo de la Empresa demandada "C.C., S.A." para los años 2003 a 2005, suscrito en fecha 10.10.03, entre la representación de la empresa y la Delegada de Personal por el Sindicato U.G.T. la codemandada doña E.C.D. Dicho Convenio figura incorporado a autos, teniendo aquí su integro contenido por reproducido. TERCERO.- Durante los años 2000, 2001, 2002 y 2003, la representación de la empresa demandada y la representación de los trabajadores, suscribieron Convenio Colectivo de Empresa, los cuales figuran incorporados a autos, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido. Dichos Convenios no fueron inscritos ni publicados en el B.O.P. CUARTO.- La empresa demandada "C.C., S.A." tiene por objeto la actividad de conservas vegetales, manipulación y elaboración de Marrón Glacé y derivados de la castaña, si bien actualmente se dedica únicamente a la manipulación y elaboración de Marrón Glacé".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, contra la empresa "C.C., S.A.", la Unión General de Trabajadores (U.G.T.) y doña E.C.D. debo declarar y declaro la nulidad de los arts. 2, 4, 5, 9, 10, 11 y 21 del Convenio Colectivo de la empresa "C.C., S.A.", así como la aplicación a la empresa del Convenio Colectivo Básico Estatal, para las Industrias de Conservas Vegetales, condenando a los demandaos a estar y pasar por dicha declaración y a la aplicación de la misma".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por "C.C., 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.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara la nulidad de los arts. 2, 4, 5, 9, 10, 11 y 21 del Convenio Colectivo de la empresa "C.C., S.A.", así como la aplicación a la empresa del Convenio Colectivo Básico Estatal, para las Industrias de Conservas Vegetales, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a la aplicación de la misma.

Frente a ella el propio demandado-condenado interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 191.a) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la nulidad de la sentencia:

1.- Por inadecuación de procedimiento, denunciando la aplicación indebida de los artículos 161 a 163 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque el procedimiento de impugnación de convenio colectivo del art. 161 es solo por ilegalidad o lesividad y no cuando además se pretende la aplicación del convenio estatal. Y además porque no hay conformidad con el convenio colectivo aplicable a la empresa y para resolver sobre el fondo hay que saber cual es el convenio colectivo de aplicación y solo así saber y discutir sobre la ilegalidad o la lesividad.

2.- Por acumulación indebida de acciones porque se impugna el convenio colectivo de empresa por la ilegalidad de disposiciones contrarias al convenio estatal y además se ejercita la acción declarativa sobre aplicaron o no del convenio colectivo estatal a la empresa.

3.- Por falta de motivación suficiente y por ello infracción de los artículos 97 de la Ley de Procedimiento Laboral y 218 LEC.

Ninguna de las denuncias prospera, porque no hay inadecuación de procedimiento

ya que el artículo 162.3 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que si la autoridad laboral no contestara la solicitud a la que se refiere el apartado anterior en el plazo de quince días, la desestimara o el convenio colectivo ya hubiere sido registrado, la impugnación de éste podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo.

En las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1995 (RJ 1995\3.758), 12 de febrero de 1996 (RJ 1996\1.011) y 25 de marzo de 1997 (RJ 1997\2.617), entienden que esta remisión al proceso de conflicto colectivo lo es exclusivamente a efectos de la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la singularidad de la modalidad procesal en sí misma con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia.

Por ello el convenio colectivo de la empresa demandada se impugna por ilegalidad, y es ilegal, porque vulnera el de ámbito nacional, es decir es lo mismo la pretensión de ilegalidad o lesividad y la pretensión de aplicación del convenio colectivo nacional, porque si la pretensión de nulidad por ilegalidad prospera y se admite como presupuesto que es ilegal, la consecuencia de la nulidad del convenio de empresa es la vigencia del estatal.

Por ello en el petitun de la demanda se dice: que se declare la nulidad de los arts. 2, 4, 5, 9, 10, 11 y 21 del Convenio Colectivo de Empresa de "C.C., S.A.", así como la aplicación a la Empresa del Convenio Colectivo Básico Estatal para las Industrias de Conservas Vegetales, condenando a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a la aplicación efectiva de las mismas.

Y no hay acumulación indebida de acciones ya que la acción declarativa es consecuencia y efecto, o causa y efecto, determinadas disposiciones son ilegales porque no mejoran y vulneran el convenio nacional, y esa ilegalidad es causa de la nulidad del convenio colectivo de empresa y como hay convenio de ámbito superior vigente y aplicable, debe ser de aplicación. Por ello quizá la pretensión se entendería mejor si alteramos el orden del suplico: que se aplique el convenio colectivo nacional por nulidad del de empresa, que no solo sería de ciertos artículos, porque la nulidad sería de todo el convenio, manifestación que hacemos a los solos efectos de aclarar la pretensión, ya que sino la sentencia seria incongruente por que el pronunciamiento excedería de lo pedido.

Además como declaró el TS en su Sentencia de 23 de octubre de 1993 (RJ 1993\8.060); 11 de junio de 1997 (RJ 1997/5.393) la inadecuación de procedimiento, aun comportando la infracción de normas de orden público, naturaleza que tienen las procesales, no debe ser apreciada, con los consiguientes efectos de nulidad, más que cuando implique la ausencia de requisitos indispensables para que sea alcanzado el fin insito al proceso o a los actos procesales afectados o cuando comporta la indefensión de parte -véanse art. 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1.578, 2.635 y ApNDL 8.375) y art. 204.c) de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1990\922 y 1.049)-. En consecuencia como nada de esto sucede en el presente caso, según se ha expuesto anteriormente, y es evidente que el procedimiento seguido de conflicto colectivo no comporta indefensión alguna de parte, ni tampoco impide que la resolución judicial que se dicte sea acorde con la verdadera naturaleza de la pretensión deducida de impugnación de Convenio Colectivo, teniendo en cuenta cuál es el propio contenido de tal pretensión, no concurren pues, los supuestos en que podrían fundamentarse una resolución de nulidad por inadecuación del procedimiento, la cual, por otra parte, supondría una injustificada e indebida dilación del proceso (art. 24.2 de la Constitución [RCL 1978\2.836 y ApNDL 2.875])

Por último tampoco cabria la nulidad por falta de motivación porque en líneas generales, la doctrina constitucional relativa a la incongruencia por omisión admite que una respuesta genérica a las pretensiones de las partes, aunque no se pronuncie sobre «todas las alegaciones concretas», o no se pronuncie «sobre las alegaciones concretas no sustanciales» realizadas, e incluso admite una falta de respuesta, siempre que el silencio judicial pueda razonablemente ser entendido como una «desestimación tácita» (SSTC 4/1994; 91/1995; 56/1996; 58/1996; 85/1996; 26/1997; 39/2003, de 27 de febrero), porque cabe una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales» (SSTC 124/2000, 16 de mayo; 186/2002, 14 de octubre; 6/2003, 20 de enero; 218/2003, 15 de diciembre), para lo que «es preciso ponderar

las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva» (SSTC 5/2001, de 15 de enero; 237/2001, de 18 de diciembre; 27/2002, de 11 de febrero; 218/2003, de 15 de diciembre), pues la exigencia de congruencia «no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo» (SSTC 182/2000, de 10 de julio; 218/2003, de 15 de diciembre).

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 85.1 del Estatuto de los Trabajadores al entender que es imposible la impugnación por la ilegalidad de un convenio cuando contradiga o se oponga a otro convenio porque la impugnación sobre ilegalidad sólo se produce si se violan normas de derecho necesario.

Inaplicación del art. 90 del Estatuto de los Trabajadores porque todos los convenios de empresa son validos y eficaces erga omnes, y el convenio colectivo de la empresa demandada tras ser examinado por la autoridad laboral y no apreciar ilegalidad ni lesividad alguna, lo publicó en el DOG y si no hubiera sido así, conforme a dicho art. 90.5 ET lo comunicaría al Juzgado de lo Social competente para que se adoptaran las medidas que procediesen en orden a subsanar supuestas anomalías.

Y por ultimo se denuncia infracción del art. 84 ET. Porque según tiene establecido la doctrina unificada, "el efecto derivado de la prohibición de concurrencia nunca puede ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal.

Tampoco la denuncia jurídica se admite porque para que se aplicara el artículo 85 ET debió respetarse el artículo 84 y no se hizo, este artículo sienta el principio general consistente en la prohibición de que un convenio, durante su vigencia, pueda ser afectado por lo dispuesto en otros de ámbito distinto, estableciéndose dos excepciones: pacto en contrario y vigencia superior al de empresa, excepciones entre las que no puede encuentra el supuesto de autos. Por ello ante la concurrencia mencionada y como así expuso el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de febrero de 1992, se concede preferencia al convenio colectivo en vigor respecto al que invade posteriormente su ámbito de aplicación, consagrándose así el criterio del convenio «priori in tempore posterior in ius».

Pero además la sentencia de 29.01.97 (RJ 1997/909) dice que es importante señalar que la regla de concurrencia que establece este precepto no es la de la norma más favorable en su conjunto (comparación global de los convenios concurrentes), sino la comparación analítica dentro de cada materia en el sentido de que la regulación del convenio de empresa en cada materia objeto de ordenación sólo puede mejorar la norma sectorial, lo que además se subraya en el párrafo tercero, a tenor el cual en el supuesto de concurrencia entre el convenio nacional y otro de ámbito inferior se aplicará en cada materia el convenio que resulte más favorable para los trabajadores; precisión innecesaria, porque si la situación de conflicto se elimina mediante la anulación de la norma del convenio de empresa que no respeta los mínimos, ya no existe una situación de concurrencia que pueda resolverse con la aplicación del principio de norma más favorable en su vertiente de comparación analítica.

Y por ello el hecho de que la autoridad laboral no lo hubiera impugnado no quiere decir que sea legal y por ello valido y eficaz erga omnes, porque precisamente compete a los tribunales a través del procedimiento correspondiente velar por su legalidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 12.02.02 (RJ 2002/3.782) aunque es cierto que la nulidad de los convenios sólo puede ser declarada por los Tribunales mediante procedimiento instado de oficio por la autoridad laboral correspondiente o por aquellos que tienen legitimación para ello, a tenor del art. 163 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1.144 y 1.563). Porque el control de la legalidad de la potestad reglamentaria que el art. 106 de la Constitución atribuye a los Tribunales, alcanza también a la legalidad del carácter normativo que tienen las disposiciones de un Convenio Colectivo.

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 la empresa "C.C., S.A.", contra la sentencia de fecha 08.03.04, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, en el Procedimiento nº 139-04 sobre impugnación de convenio debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3903 Recurso nº 2.633/04

S.S. DESOBEDIENCIA XUSTIFICADORA, POR CAUSA DA SÚA GRAVIDADE, DA EXISTENCIA DE DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO PROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a cinco de julio de dos mil cuatro

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 2.633/04, interpuesto por el Letrado don F.M.J.M., en nombre y representación de doña B.B.P., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 087/04 se presentó demanda por doña B.B.P., sobre despido, frente a la "A.P.F.J.L.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 13 de abril 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: "PRIMERO.- La actora, doña B.B.P., viene prestando sus servicios para la "A.P.F.J.L.", desde el 05.09.00, con la categoría profesional de Auxiliar no docente y percibiendo un salario mensual de 800,63 euros brutos, sin inclusión de prorrateo de pagas extras, y 827,30 euros, con inclusión de prorrateo. SEGUNDO.- La actora presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., por extinción de la relación laboral, el 02.01.04, celebrándose sin avenencia el 16.01.04. Se presentó demanda el 29.01.04. TERCERO.- La empresa comunicó a la actora carta fechada el 13.01.04, en el sentido siguiente: La Junta Directiva de la "A.P.F.J.L.", por medio de la presente le comunica que, por los motivos que más adelante se detallan, ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo. Los motivos citados son: 1. Falta injustificada de asistencia al trabajo los días 24, 26, 29, 30 de diciembre de 2003 y los días 2 y 5 de enero de 2004. 2. Simulación de enfermedad para no acudir a trabajar los días 10, 18, 19, 22 y 23 de diciembre de 2003. 3. Desobediencia reiterada a las instrucciones dadas por sus superiores. 4. Abandono injustificado de sus deberes, llegando al punto de que los días 7, 8, 9 y 12 de enero se negó a realizar sus labores de ayuda y formación de los jóvenes discapacitados, permaneciendo la totalidad de su jornada laboral, unas veces sentada y otras fumando y paseando por los locales de la empresa. 5. Trato desconsiderado con dos discapacitados del centro. 6. Negarse a hacer entrega a la Junta Directiva de las llaves de los locales, que tiene en su poder. Tales hechos son sancionados con el despido a tenor del art. 54.2.d) del E.T. y del Convenio colectivo de centros especiales de empleo. CUARTO.- Los Estatutos de la Entidad demandada constan en autos y se tienen por íntegramente reproducidos, estableciéndose como objeto de la Asociación las siguientes: "artículo 3: El objeto fundamental de la Asociación es la integración social y laboral de jóvenes con discapacidad psíquicofísica en grado límite, a través de una serie de acciones que se pueden concretar, entre otras, en las siguientes: a) formación y ejecución de toda clase de trabajos artesanos susceptibles de ser realizados por dichos jóvenes, en especial los de tejeduría artesanal-manual. b) realización de todo tipo de actividades culturales, sociales y de otra índole, que contribuyan de cualquier manera a su integración. c) Fomentar la creación de CENTROS para la realización de sus propias actividades y otras de orden educativo. d) Impartir DOCENCIA, dentro del campo de su propia actividad. e) fomentar y divulgar la ARTESANÍA como valor cultural, económico, patrimonial… f) en general, cuanto favorezca el bienestar de las personas objeto de integración y de la defensa de sus derechos e intereses. Artículo 4: Para el cumplimiento de sus fines, la Asociación colaborará con todo tipo de instituciones públicas y privadas, reivindicando de los poderes públicos una atención especial a estos colectivos para

conseguir el pleno ejercicio de todos sus derechos, reconocidos por la propia Constitución y Leyes que la desarrollan. La asociación podrá realizar todo tipo de actividades económicas, sin ánimo de lucro, coincidentes con el objetivo y finalidad para los que fue creada, no generando competencia desleal y destinada a la colectividad genérica de los asociados". QUINTO: No consta que la demandada tenga reconocida la condición de centro especial de empleo en la Comunidad Autónoma de Galicia. SEXTO: El centro de trabajo donde prestaba servicios la actora se encontraba cerrado por inventario, indicando la presidenta de la entidad demandada a la actora que prestara sus servicios en el stand de ventas del centro de cuatro caminos desde el día 24.12.03, a lo que la actora se negó y no acudió a prestar servicios, sino hasta el 07.01.04 en el centro de trabajo habitual. La actora nunca estuvo, en años anteriores, en el stand de ventas del centro de "Cuatro Caminos". SÉPTIMO: La actora estuvo de baja por I.T. del 18.12.03 al 23.12.03. OCTAVO: No consta que la actora ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. NOVENO: La actora presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., por causa de despido, el 16.01.04, celebrándose sin avenencia el 28.01.04".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo las demandas acumuladas interpuestas por la actora doña B.B.P., contra la "A.P.F.J.L.", declarándose procedente el despido efectuado por esta entidad, sin derecho a indemnización, ni salarios de tramitación.= 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.- Por la representación letrada de la parte actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia desestimatoria de las demandas acumuladas –de rescisión de contrato y despido-, interpuestas contra la "A.P.F.J.L.", declarándose procedente el despido efectuado por dicha entidad, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación; pretendiendo como primer motivo de recurso y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados y, en concreto, el ordinal primero, a fin de que se adicione un texto del tenor literal siguiente: *"A la actora le resulta de aplicación el IV Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no reglada, publicado en el B.O.E. nº 45, de 21.02.01; conforme establece este Convenio, el Auxiliar no docente es quien, a juicio de la Dirección, ejerce labores de atención y asistencia a alumnos en actos o programas formativos o culturales. En fecha 26.11.03, la presidenta de la Asociación demandada modificó el horario de trabajo de la actora, estableciéndolo, a partir de ese momento, de 08.00 a 15.00 horas, haciendo una semana de jornada partida, de 09.30 a 13.00h. y de 16.00 a 19.00h."*. Adición que se rechaza, en cuanto al primero párrafo, al contener calificaciones o conceptos jurídicos, más propios de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato de hechos probados, no así el segundo, que, si bien se acepta, al estar acreditado por la documental (folios 18 y 20), es irrelevante, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho. Se interesa, igualmente, la modificación del ordinal sexto, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: *"Con fecha 24.12.03, la actora se reincorporó a su puesto de trabajo, una vez obtenida el alta médica del proceso de incapacidad temporal que la había mantenido alejada del trabajo. Una vez acudió al centro de trabajo habitual (en el local de la Asociación), sito en A Coruña, C/. …, a las 08.00h., hora habitual del comienzo de la actividad, se encontró con las puertas del mismo cerradas. Puesta en contacto telefónico con la presidenta de la Asociación demandada, ésta se presentó a las 09.00h., indicándole que a partir de ese momento tendría que acudir a trabajar al stand de ventas del Centro Comercial "Cuatro Caminos" (A Coruña), a realizar funciones de venta al público, en jornadas de mañana y tarde, a partir de las 10.00h. En los siguientes días (26, 29 y 30.12.03; 03, 02. y 05.01.04), la demandante volvió a acudir a las 08.00h. de la mañana al centro de trabajo habitual, encontrándoselo siempre cerrado y manifestándole en todas las ocasiones la presidenta de la Asociación demandada que se fuera a trabajar al stand de ventas del Centro Comercial "Cuatro Caminos" (A Coruña"). En fecha 29.12.03, la actora recibió burofax, firmado por la presidenta de la Asociación demandada y otro miembro de la misma, en el que se le ordenaba que de inmediato se presente en el stand de venta al público que la Asociación tiene abierto en el Centro Comercial "Cuatro Caminos", siendo imprescindible su asisten-*

cia para el adecuado funcionamiento del citado stand. La actora no aceptó la realización de funciones correspondientes a diferente categoría y grupo profesional, cuales son las de vendedora. La actora nunca estuvo en años anteriores en el stand de ventas del Centro de "Cuatro Caminos".

Modificación que se rechaza, pues, aparte de no aportarse documental que de modo directo y evidente demuestre el error del Juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas, trata de hacer una nueva valoración de la prueba, ya valorada y practicada por el Magistrado de instancia, sin que se pueda desconocer que algunos aspectos de la redacción alternativa que se pretende, especialmente en el último párrafo, contiene calificaciones o valoraciones jurídicas.

SEGUNDO.- Como segundo motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, denuncia infracción, por inaplicación, del 2º párrafo del apartado 4 de los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, 50.1.a) y 50.2, en relación con los artículos 41.2 y 41.3 y 39.1, 2, 3 y 5, todos ellos del mismo cuerpo legal, así como violación, por inaplicación, de los artículos 2 (ámbito de aplicación) y 11 (definición de las categoría laborales, Auxiliar no docente) del IV Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no reglada (B.O.E. nº 45 de 21.02.01); alegando, en esencia, que se había tratado de imponer a la actora una movilidad funcional fuera de su grupo profesional de pertenencia, para realizar funciones de "venta", que no se corresponden, ni tan siquiera, a su centro de trabajo (enseñanzas no regladas); que no existen razones técnicas u organizativas que justifiquen la medida, puesto que ni se trataba de una necesidad perentoria o imprevisible (la de venta en el stand), así como que la negativa de la actora a aceptar tales modificaciones ha de considerarse absolutamente lícita. Consecuentemente, el despido basado en una injustificada inasistencia al centro de trabajo, falsa, por cuanto que se ha acreditado que sí acudió al centro de trabajo, negándose únicamente a realizar funciones que no le correspondían, ha de ser considerado despido improcedente, conforme determina el artículo 55.4, párrafo 2º del E.T., al no haber quedado acreditado el incumplimiento alegado por el empresario, con la consecuencia establecida en el artículo 56.1 del propio E.T. Y que, en todo caso, estaríamos ante una modificación sustancial del contrato de trabajo que, conforme al artículo 50.1 del E.T., daría lugar a una justa causa de extinción del mismo, al redundar en perjuicio tanto de su formación profesional, como de su dignidad personal, al degradarla de la función de Cuidadora de jóvenes discapacitados, a la de vendedora de stand, lo que suponía un indudable trato vejatorio, solicitando, en consecuencia, se declare la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, debido a modificación sustancial de las condiciones de trabajo, así como la improcedencia del despido, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y, asimismo, a abonarle las cantidades indicadas en las demandas acumuladas, en concepto de indemnización y salarios de tramitación.

En el presente recurso se plantean dos cuestiones: en primer lugar, si el despido de la trabajadora, con fundamento en el artículo 54.2.b) del E.T. (indisciplina o desobediencia en el trabajo), es ajustado a derecho o no (procedente o improcedente), y si, en todo caso, procede la rescisión del contrato por voluntad de la trabajadora, con fundamento en el artículo 50.1.a) del E.T.: "modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad".

Entrando en el análisis de esta segunda cuestión, y de conformidad con reiterada jurisprudencia, la extinción del contrato de trabajo que autoriza y prevé el nº 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, requiere un doble requisito: por una parte, que la empresa, unilateralmente, introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, y por otra, que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad; si no concurre esta doble circunstancia, la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo podrá dar lugar, en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el artículo 41.3 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo, asimilada en cuanto a las indemnizaciones que prevé el citado artículo 50. Por lo demás, el Tribunal Supremo entiende que "el perjuicio en la formación profesional que puede justificar la resolución del contrato de trabajo, es, según jurisprudencia reiterada de la Sala, el que deriva de la degradación profesional (sentencias de 21.03.89 -RJ. 1.905/1989- y 27.01.90 – RJ. 800/1990) o de la infracción prolongada del deber de ocupación efectiva (sentencia de

11.10.89 –RJ. 7.16771.89-), habiendo señalado, igualmente, que no cabe reconocer tal causa resolutoria en los supuestos de movilidad "horizontal" o cambio de un puesto de trabajo a otro del mismo grupo o categoría profesional, señalando, igualmente, que es cierto que en muchas ocasiones el cambio de puesto puede ser no deseado por el trabajador, por el coste de adaptación al nuevo destino o por la pérdida de unas u otras ventajas materiales o inmateriales. Pero esta resistencia y la propia eventualidad de la dificultad de adaptación al nuevo puesto no son suficientes para fundamentar la acción resolutoria, a la vista de la facultad empresarial de variación que prevé el artículo 39 del E.T.; facultad que, como se ha advertido por la doctrina y la jurisprudencia, significa en comparación con la legislación precedente, un "ensanchamiento" del *ius variandi* empresarial (S.T.S. de 03.12.90 -RJ. 9.748/1990-). En este sentido, conviene resaltar que el grave perjuicio a la formación profesional del trabajador no cabe confundirlo con la mera contrariedad del proyecto profesional de éste (S.T.S. de 16.01.91 –RJ. 0052/91-).

Por lo que, en aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos, estando acreditado que por la presidenta de la entidad demandada (por circunstancias coyunturales y de escasa duración) -al estar el centro de trabajo donde prestaba sus servicios la actora cerrado por inventario- se le encomendó que prestara sus servicios en el stand de ventas del centro de "Cuatro Caminos" desde el día 24.12.03 hasta el 07.01.04, a lo que aquélla se negó, es evidente que la orden no era atentatoria a los derechos y libertades de la trabajadora, ni constituía vejación o trato desconsiderado que redunde en perjuicio de su formación o en menoscabo de su dignidad, por lo que en ningún caso podría prosperar la demanda de rescisión de contrato y sí, en cambio, un supuesto claro de indisciplina o desobediencia en el trabajo, regulado en el artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, pues, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, 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, por lo que, al no ofrecer duda que la actitud de la trabajadora, no sólo supuso el incumplimiento de una orden, sino también una reiterada falta de asistencia al trabajo, pues, durante los días a que se ha hecho referencia (desde el 24.12.03 hasta el 07.01.04), sin causa que lo justificase, ni tan siquiera se acercó al stand, a fin de determinar cuál sería su labor y apreciar las funciones reales que iba a realizar, para luego reclamar, si lo tuviera por conveniente, contra posibles modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, el no haberlo hecho así conlleva declarar procedente el despido efectuado por la empresa por este motivo, con las consecuencias del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores. En base a lo qué, 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 formulado por doña B.B.P. contra la sentencia de fecha 13 de abril del presente año, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Dos de los de A Coruña en autos instados por la recurrente frente a la "A.P.F.J.L.", sobre despido, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3904 **Recurso nº 2.471/04**

S.S. REQUISITOS ESIXIBLES PARA PODER APRECIAR A NOTA DE «HABITUALIDADE» NA CAUSA XUSTA DE DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO POR EMBRIAGUEZ HABITUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a siete de julio de dos mil cuatro

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. 2471/04 interpuesto por don M.A.C.P. 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 M.A.C.P. en reclamación de despido, siendo demandado la empresa "U., S.A." y el FOGASA., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 18/04 sentencia con fecha once de marzo de dos mil cuatro, 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.A.C.P. ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa "U., S.A." con destino en el servicio de limpieza y recogida de basura de Ferrol, en turno de noche, con una antigüedad de 02.01.91, ocupando la categoría profesional de peón y percibiendo un salario mensual de 1.250,49 €, incluida prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- La Empresa "U., S.A." en fecha 13.09.93, entregó al actor escrito del tenor literal siguiente: *"Dado que frecuentemente se encuentra Vd. trabajando en estado de embriaguez, hasta el punto de que en repetidas ocasiones ha tenido que ser enviado a su casa por encontrarse incapacitado para realizar su trabajo, le recordamos que ello entraña un serio peligro de accidentes tanto para Vd. como para las personas que trabajan con Vd. Por dicho motivo le comunicamos que el próximo lunes día 18 del corriente debe Vd. presentarse en: Servicios Médicos Dragados, c/ …, La Coruña, a las 8:30 horas a fin de pasar reconocimiento y darle el tratamiento adecuado, para no vernos obligados a utilizar procedimientos sancionadores".* TERCERO.- La Empresa "U., S.A.", impuso al demandante las siguientes sanciones: 1.- En fecha 04.11.96 se impuso al actor sanción de suspensión de empleo y sueldo de tres días, calificada como falta grave, por haber cometido el día 31.10.96 negativa del trabajador a realizar la recogida de limpiezas en la zona de Mandiá con amenazas a un superior lo que obligó a cambiar al demandante de distrito. 2.- En fecha 18.04.97, se impuso al actor sanción de suspensión de empleo y sueldo de uno o dos días sueldo,

calificada como falta leve al ausentarse el día 17.04.97 sin causa justificada del puesto de trabajo. 3.- En fecha 08.11.00 se impuso nuevamente al actor una sanción de suspensión de empleo y sueldo de 7 días calificada como falta grave, ya que *"siendo las 1,30 horas del día 02.11.00, desoyó las instrucciones de su encargado, quedándose por espacio de una hora en una cafetería sita en la Plaza de España, en lugar de acompañar al conductor al vertedero a vaciar el camión. El Sr. L.R., le solicitó que saliese del bar para indicarle que no se podía Ud. quedar en el mismo mientras se iba a vaciar al vertedero, a lo que le contestó que estaba comiendo el bocadillo, cuando su equipo todavía no había efectuado la parada para tal fin, pues depende de la situación en que se encuentre la recogida a la hora de efectuar dicha parada (habitualmente alrededor de las 2,00). Además de muy malas formas, le increpó a voces desde la puerta de la cafetería que: subiré con el camión a vaciar cuando me salga de los huevos".* 4.- En fecha 26.03.00 el actor volvió a ser sancionado con siete días de suspensión de empleo y sueldo calificado como falta grave por la comisión de los siguiente hechos: *La dirección de esta empresa, ha tenido conocimiento a través del parte realizado por su encargado de noche don J.L.R., que UD dentro de su jornada habitual de trabajo, se ha ausentado del mismo sin autorización, aproximadamente a la 1,00 horas del día 17.03.01, desplazándose al Bar …, en el Paseo de la Marina, y donde fue visto consumiendo bebidas alcohólicas. Que aproximadamente a las 2,00 horas de la madrugada, se puso a dar voces, con palabras amenazadoras en la calle Celso Emilio Ferreiro y al ser recriminado por tal actitud por su responsable, el conductor don R.S.L., le manifestó que no trabajaría con él, por lo que Ud. solicitó de su encargado lo llevase para su casa, pues se quería ir, aun no habiendo terminado su jornada de trabajo ni evidenciando ni alegando causa justificada alguna (su jornada de trabajo finaliza a las 5,30 horas), y diciendo que ya traería el parte de baja. Su abandono motivó el que su puesto de trabajo tuviese que ser cubierto por el Sr. M.C.U., que fue quien terminó su trabajo.* 5.- En fecha 02.11.01, el actor fue nuevamente sancionado con diez días de suspensión de empleo y sueldo calificado como falta grave ya que, en base a la comisión de los siguientes hechos: *"La dirección de esta empresa, ha tenido conocimiento a través del parte realizado por su encargado de noche, don J.L.R., que Ud, además de haberse incorporado tarde a su turno de trabajo (noche) el pasado 23 de octubre de 2001, ya que debía haber indicado su actividad a las 23:00 y se tuvo que dar la salida sin usted, con el consiguiente trastorno para el servicio, pues hubo que llamar a un sustituto para su puesto, se le vio en las inmediaciones al centro de trabajo a eso de las 23:20 horas, y en dirección al mismo, pero en estado de evidente embriaguez, hecho que pueden atestiguar sus compañeros don M.C.U., don V.B.B., don A.F.P., don J.C.P.P. y el propio encargado don J.L.R., que ante su estado indicó al Sr. F. que lo llevase para su casa.* 6.- El actor volvió a ser sancionado en fecha 05.11.02, con siete días de suspensión de empleo y sueldo calificado como falta grave en falta de comisión del siguiente hecho: *"La dirección de esta empresa ha tenido conocimiento a través de su encargado don J.L.R., que el pasado 31 de octubre del presente año tuvo que dar la salida sin Ud., con el consiguiente trastorno para el servicio, pues hubo que llamar a un sustituto para su puesto ya que se encontraba en estado de evidente embriaguez. De este hecho pueden atestiguar sus compañeros doña A.M.L.L., don J..M.A., así como el propio encargado don J.L.R. y el Jefe de Servicio don R.S.L., que se le solicitó que acudiera a la c/ María para corroborar dicha situación".* Todas las anteriores sanciones fueron aquietadas y consentidas por el demandante, no constando que las impugnase en vía judicial. CUARTO.- La empresa demandada "U., S.A." en fecha 11.11.03 entregó al actor carta de sanción del tenor literal siguiente: *La dirección de esta empresa, ha tenido conocimiento a través de las correspondientes inspecciones realizadas por el capataz de noches don J.L.R., que usted dentro de su jornada habitual, ha demorado inexcusablemente las funciones del trabajo que usted debería haber realizado durante el turno de noche día 10 (madrugada del 10 al 11), dejando sin barrer las calles San Amaro, Lugo, Carmen, Pardo Bajo y Las Angustias. Que el trabajo que usted dejó de realizar, representa aproximadamente el 35% de su trabajo habitual. Que diariamente, termina el 100% de su distrito, sobrándole tiempo incuso para realizar tareas específicas que su encargado le indica. Que la noche de ayer, no era en absoluto, un día con más trabajo del habitual, sino todo lo contrario, (lunes noche), los días con más carga de trabajo, son los jueves y viernes por la noche. De todo lo expuesto, y dado que la actividad de "U., S.A." se trata de un servicio público y de primera necesidad, esta conducta supone un perjuicio para la empresa y también para el servicio. Esta conducta está tipificada como falta grave en el art.*

57 del Convenio General del Sector de la Limpieza (BOE 07.03.96) y sancionable hasta con una suspensión de empleo y sueldo de 3 a 15 días según el art. 60 del citado Texto legal. Sírvase la presente, para sancionarle con 3 días de suspensión de empleo y sueldo, con el ánimo de que de tales hechos no vuelvan a repetirse, y que comprenderá los próximos días 13, 14 y 15 del presente mes de noviembre en su horario habitual. QUINTO.- El Capataz de turno de noche don J.L.R., entregó parte de incidencias a la empresa en fecha 24.11.03, en el cual se hacía constar lo siguiente: *"Por medio de la presente, pasa a detallarte los hechos acaecidos el pasado día 22 (madrugada del viernes al sábado) en el servicio de barrido del turno de noche. A la hora de dar la salida del cuartelillo de la calle Doctor Fleming me encuentro con el Sr. don M.A.C.P. parecía estar con evidentes signos de embriaguez. Al verlo en tal estado, lo dejé salir del cuartelillo sin decirle nada, y me fue a buscar a los señores D.F.L. y M.A.T.R., que junto conmigo, comprobamos desde la Avda. del Rey que mis sospechas eran totalmente ciertas, pues en la calle del Sol entre Carmen y Lugo, no le llegaba a nada la acera para andar, pues se tambaleaba de un sitio para otro. Ante la posibilidad de que pudiese sufrir u ocasionar un accidente grave y la deplorable imagen que estaba dando, opte por mandarlo marchar para su casa invitándole a entregar las herramientas de trabajo a su compañero Sr. T. Ante tal invitación, y sin mediar una sola palabra por su parte, se fue del lugar por la Avda. del Rey hacia Canido.* SEXTO.- La empresa "U., S.A.", en fecha 09.12.03, entregó al actor carta de despido del tenor literal siguiente: *"Lamentamos comunicarle que la empresa ha decidido proceder a su despido, con efectos desde la notificación de la presente, y con base en los siguientes hechos: 1.- El pasado 22 de noviembre, a la hora de dar salida del cuartelillo de la calle Dr. Fleming, el capataz del servicio, don J.L.R., observó que mostraba signos de embriaguez. Posteriormente, y con objeto de comprobar su estado, se dirigió a la calle del Sol, junto con otros dos trabajadores del servicio, y comprobaron que, efectivamente, se encontraba Vd. en la referida calle, tramo entre c/ Carmen y c/ Lugo, en un estado de embriaguez manifiesta, al observar que casi no podía sostenerse de pie, tambaleándose de un lado al otro de la calle. Ante la posibilidad de que sufriese un accidente, dado el estado en que se encontraba, el encargado optó por mandarlo a casa, invitándole a que le entregase los utensilios de trabajo a su compañero Sr. T.R. que, junto con el Sr. F.L., se habían acercado para comprobar los hechos que se le imputan. 2.- A su vez, le recordamos que el pasado 11 de noviembre de 2003, fue sancionado por una falta grave, por haber dejado de barrer las calles San Amaro, Lugo, Carmen, Pardo Bajo y las Angustias, cumpliendo la misma los días 13, 14 y 15 (3 días de suspensión de empleo y sueldo). 3.- A lo anterior cabe añadir que fue sancionado en otras ocasiones por hechos similares. Concretamente:*

Fechas	**hechos Cometidos**	**Sanción**
05.11.02	*embriaguez*	*3 días suspensión empleo y sueldo*
02.11.01	*embriaguez*	*7 días idem*
26.03.01	*abandono puesto trabajo*	*7 días idem*
08.11.00	*abandono puesto trabajo*	*7 días idem*
18.11.00	*falta*	*amonestación por escrito*
04.11.96	*desobediencia*	*3 días idem*
06.11.95	*abandono puesto trabajo*	*amonestación por escrito*
13.11.93	*embriaguez habitual*	*amonestación*

Los hechos relatados en el apartado 1) de esta carta son constitutivos de una falta muy grave, contemplada en el artículo 58.8 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública, Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos y Limpieza y Conservación de Alcantarillado (la embriaguez habitual… si repercute negativamente en el trabajo), pues el referido 22.11.03 se encontraba Vd. en horas de trabajo y vistiendo el uniforme de la empresa, habiendo sido sancionado en otras ocasiones por hechos similares. Además, el mismo artículo 58.19 contempla como falta muy grave, la reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, dentro de os seis meses inmediatamente anteriores, cuando hubiera sido objeto de sanción, como sucede en el presente caso, por haber sido sancionado el pasado 11 de noviembre por falta grave. Por todo lo cual, reiteramos la decisión de la empresa de proceder a la extinción de su contrato de trabajo, por despido, informándole de que quedan a su disposición las cantidades que pudieran corresponderle por la liquidación de su contrato". OCTAVO.- La empresa "U., S.A.", dio audiencia a los delegados sindicales de CIGA y U.G.T. con representación en la empresa y al Presidente del Comité de Empresa, del despido disciplinario efectuado al actor en fecha 10.12.03. NOVENO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni sindical de

los trabajadores. DÉCIMO.- La Empresa "U., S.A." se dedica a la actividad de limpieza pública, viaria y se rige por el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza Pública de fecha 20.12.95, Convenio Estatal y tiene concierto administrativo con el Excmo. Concello de Ferrol para la limpieza diaria de las calles de dicha ciudad. UNDÉCIMO.- En fecha 30.12.03, se presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose la conciliación administrativa previa en fecha 16.01.94, 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 de la demanda deducida por don M.A.C.P. contra la empresa "U., S.A." y FOGASA. en reclamación sobre despido, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 09.12.03 constituye un despido que debe ser calificado como procedente, absolviendo a los demandados de la pretensión formulada en su contra en el escrito rector de los autos".

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, declara procedente la decisión extintiva empresarial y absuelve libremente a los demandados. Decisión ésta contra la que recurre la parte actora, quien articula un único motivo de suplicación, subdividido en dos apartados, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia, en el primer apartado: infracción de lo dispuesto en el art. 54.1 y 2.f) del ET, en relación con lo dispuesto en los arts. 56, 57, 58 y 60 del Convenio General para Limpieza y Conservación de Alcantarillado, y ello por entender que en el presente caso no se probó que concurra la circunstancia de "embriaguez habitual", pues ésta exige según la STS de 04.02.84, "una persistencia con intervalos normales, mas o menos regulares", lo que no se da en el presente caso cuando entre el último episodio y el anterior transcurrieron 382 días, dado que la última vez que se sancionó al demandante por embriaguez fue el 5 de noviembre de 2002.

En el segundo apartado, alega el recurrente que la carta de despido califica los hechos de 22 de noviembre de 2003 como falta muy grave (art. 58.8 del Convenio colectivo), cuando la calificación correcta es la de una falta grave prevista en el art. 57.14 de dicho Convenio, cuando se refiere a "la embriaguez o toxicomanía durante el trabajo cuando no sea habitual, o fuera del mismo vistiendo uniforme de la empresa". De hecho la empresa calificó la anterior sanción de 5 de noviembre de 2002 como una falta grave del art. 57.14 y no muy grave del art. 58.8 cuya aplicación, a su juicio, debe reputarse indebida.

Y en el tercero, que la sanción de tres días de suspensión de empleo y sueldo que le fue impuesta el 11 de noviembre de 2003, debe calificarse como falta leve subsumible en el art. 56.1 del Convenio colectivo, en el que se tipifica el descuido, error o demora inexplicable en la ejecución de cualquier trabajo, por lo que no cabe apreciar la reincidencia prevista en el art. 58.19, aunque el trabajador se hubiera aquietado con la sanción impuesta.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, la sentencia de instancia declara procedente el despido del actor sobre la base de una doble consideración: la primera, por apreciación de la reincidencia prevista en el Convenio colectivo, dado que el demandante, casi un mes antes de ser despedido había sido sancionado por otra falta grave con tres días de suspensión de empleo y sueldo, de tal modo que su posterior embriaguez -en 22 de noviembre de 2003- con repercusión directa en el trabajo, afecta a la entidad de esta nueva falta permitiendo considerarla como muy grave e imponer la sanción de despido. Y la segunda, porque está acreditado que el demandante tiene antecedentes reiterados por faltas injustificadas de asistencia al trabajo, causadas por su hábito etílico desde el año 1993 hasta el 05.11.02, con nueve sanciones consentidas y aceptadas por él, que acreditan la habitualidad que repercute negativamente en su trabajo.

Y estas consideraciones de la sentencia de instancia, que la Sala reputa acertadas partiendo de los inalterados hechos probados, no permiten acoger ninguna de las infracciones jurídicas que se denuncian por las siguientes razones:

1.- Debe rechazarse, en primer término, el motivo relativo a la imposibilidad de apreciar la situación de reincidencia en falta grave prevista en el art. 58.19 del Convenio

General para Limpieza y Conservación de Alcantarillado aplicable al supuesto concreto. En efecto, que consta probado que el actor, en 11.11.03, fue sancionado por falta grave con tres días de suspensión de empleo y sueldo por "demorar inexcusablemente las funciones del trabajo que debía haber realizado durante el turno de noche, día 10, dejando sin barrer las calles San Amaro, Lugo, Carmen, Pardo Bajo y Las Angustias; trabajo que dejó de realizar y que representa aproximadamente el 35% de su trabajo habitual". Esta conducta fue calificada por la empresa como falta grave y frente a su sanción se aquietó el recurrente, sin que pueda aceptarse que en realidad se trató de una falta leve subsumible en el art. 56. 1 del Convenio colectivo, en el que se tipifica "el descuido, error o demora inexplicable en la ejecución de cualquier trabajo", pues no se trató de una simple demora, sino de "una disminución voluntaria del rendimiento normal de trabajo" *que el actor dejó de realizar* y que -correctamente- debe subsumirse en la falta grave prevista en el art. 57.15 del Pacto colectivo. No cabe, por tanto, intentar modificar ahora la calificación relativa a la gravedad de la falta cuando, además, el trabajador se aquietó con ella y con la sanción tres días de suspensión de empleo y sueldo que le fue impuesta, y que está prevista en el Convenio para las faltas graves.

Consecuentemente, su posterior sanción de despido en 09.12.03, por la conducta observada el 22 de noviembre anterior, en que el capataz de la empresa tuvo que mandarlo para casa, dado en estado de "embriaguez manifiesta" en que se encontraba, al observar que casi no podía sostenerse en pie, pone de manifiesto que aunque se reputase tal hecho como falta grave subsumible en el art. 57.14 del Convenio colectivo (que tipifica la "embriaguez o toxicomanía durante el trabajo *cuando no sea habitual,* o fuera del mismo vistiendo uniforme de la empresa"), nada impide aplicar -como ha hecho el Magistrado de instancia- "la reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, dentro de los últimos seis meses, siempre que haya sido objeto de sanción", elevando dicha falta a la categoría de "muy grave" tal como prevé el art. 58.19 del repetido convenio, sancionable con despido como ha hecho la empresa demandada, máxime cuando la embriaguez ha repercutido directamente y de manera negativa en el trabajo.

2.- En segundo término, tampoco resulta acogible la pretendida falta de prueba a propósito de la habitualidad en la embriaguez que se imputa al trabajador, pues si bien es cierto que la última sanción impuesta al trabajador por dicha embriaguez se produjo en 05.11.02, no lo es menos que las nueve sanciones que se declaran probadas, y que le fueron impuestas entre 13.11.93 y 11.11.03, por abandono de puesto de trabajo, desobediencia, embriaguez y disminución voluntaria de rendimiento, tienen por causa y están íntimamente relacionadas con su hábito etílico, tal como aprecia el Magistrado de instancia tras valorar las pruebas practicadas en juicio, en especial, la testifical, estando también acreditado que la empresa ha ofrecido al demandante sus servicios médicos para tratar de superar el problema de alcoholismo severo que padece, con escasa colaboración por su parte, todo lo cual lleva a la Sala a mantener la valoración de la sentencia de instancia, en cuanto de forma correcta y ajustada a derecho, apreció la existencia de un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, subsumible en los arts. 54.2 f) y 55.4 del ET, en relación con el art. 58.8 del Convenio Colectivo, que tipifican como falta muy grave y permiten imponer la máxima sanción de despido, "la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo", en cuanto que dicha embriaguez aparece como reiterada en el tiempo, persistente y no esporádica, y con intervalos mas o menos regulares tal como exige la doctrina jurisprudencial (STS de 04.02.84 y 18.11.89, Ar. 8.077). Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicaciÛn interpuesto por el actor don M.A.C.P., contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 2004 dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Ferrol, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del recurrente frente a la empresa "U., S.A.", debemos confirmar y confirmamos Ìntegramente dicha sentencia.

3905 **Recurso nº 2.455/04**

S.S. INEXISTENCIA DE PRESCRICIÓN DE FALTA DELIBERADAMENTE OCULTADA, COA CONSECUENCIA DE QUE EXISTA DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, NO SECTOR DE SEGUROS.

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

A Coruña, a ocho de julio de dos mil cuatro

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. 2.455/04 interpuesto por don J.J.M.B. 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 J.J.M.B. en reclamación de despido siendo demandado "P.S.N.A.M.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 819-2003 sentencia con fecha 23 de febrero de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"1.- Que el actor prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad "P.S.N.A.M.A." con domicilio social en Madrid, dedicada a la actividad de Mutua Aseguradora, prestó el actor los servicios, en la Delegación de Santiago, con una antigüedad de 15 de noviembre de 1996 hasta 17 de noviembre de 2003, con la categoría profesional de Grupo III Nivel 8 y con un salario de mil doscientas diecisiete euros y veinticuatro céntimos (1.217,24 euros) con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, a excepción del mes de octubre de 2003 en la que todos los trabajadores de la entidad percibieron una paga lineal de mil novecientos sesenta y nueve euros y treinta y dos céntimos (1.969,32 euros). Que es de aplicación el convenio colectivo general de ámbito estatal para las entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo, años 2000 a 2003. 2.- Que en fecha 3 de noviembre de 2003 la oficina de "P.S.N.A.M.A." en Santiago envía carta de despido al actor, con efectos de 3 de noviembre de 2003, por los hechos y causas que consta en carta unida en autos y que no se reproduce en aras de la brevedad, alegando como causa de despido la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza que hace imposible la continuación de la relación laboral encontrándose incardinada entre las faltas descritas en el art. 59.3 del vigente Convenio Colectivo General de ámbito Estatal para Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, en relación con el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores y suponiendo ésa una clara vulneración de los deberes laborales básicos contemplados en el art. 5 de dicho cuerpo legal. 3.- En fecha 18 de agosto de 2003 se emite un informe de la Subdirección de Administración de la empresa, como consecuencia de las irregularidades contables que se registraban en la Oficina de Santiago desde el año 2000. El problema se plantea a partir de la entrada en funcionamiento de las nuevas aplicaciones informáticas en la Mutua, que tuvo entrada alrededor del año 2000, en Coruña su implantación fue anterior a la de Santiago. Cada oficina debía grabar todos los cobros de recibos en la aplicación de Tesorería e ingresar sus importes en la cuenta corriente, efectuando la oportuna liquidación de ingresos y Gastos a la Central. 4.- En la oficina de Santiago en un primer momento había dos empleados, el actor y don J.M.R.G. –también despedido por la entidad demandada-, posteriormente la entidad demandada en el año 2001 aumentó a cuatro trabajadores. Tanto el actor como don J.M.R.G. realizaban las propuestas de seguros, los ingresos y cobros, los ingresos generados por el cobro no se hacían con la regularidad deseada. Los ordenadores tenía clave personal, pero los trabajadores utilizaban indistintamente el ordenador que esta libre. 5.- El actor realiza las siguientes funciones, introducir datos en el sistema informático y llevar los importes de los ingresos en los bandos. Con anterioridad a la implantación de la aplicación informática, el actor hacía las propuestas de seguros a máquina de escribir. La contabilidad siempre se llevó desde Madrid. 6.- Con anterioridad a la implantación de la aplicación informática en la oficina de Santiago, los empleados realizaban las pólizas de seguros manualmente con máquina de escribir, mandando la póliza original a Madrid para que les remitieran la póliza definitiva. Una copia se quedaba en la oficina/delegación, y otra copia se la llevaba el asegurado. El 26 de septiembre de 2003, el coordinador Territorial de Galicia, don J.R.F.I. envió una carta al subdirector general de "P.S.N.A.M.A." acompañando cinco propuestas de seguro temporales firmados todas por el actor y que no fueron grabados en el sistema informático ni enviados su original a Madrid, entregando a los respectivos mutualista el

corresponde recibo, encontrándose esos cinco propuestas de seguros en el puesto de trabajo del actor, sin saber donde esta el importe de los mismos. Las propuestas del seguro son las siguientes: doña M.C.G.M. suscribió el seguro del vehículo Opel Kadett 1.8, matrícula …, desde el día 1 de julio de 2000 a 8 de enero de 2001, que trasfirió al Peugeot 206, matrícula ... La solicitud de seguro temporal por tres meses (31.03.02 a 30.06.00) respecto del primer vehículo nunca fue grabada en nuestro sistema informático, si bien la aseguradora le abonó a Ud. el importe de la prima de treinta y dos mil ciento cincuenta y siete pesetas (32.157 Ptas.) ciento noventa y tres euros y veintisiete céntimos (193,27 euros). Don O.A.M.: suscribió póliza de seguro temporal Mercedes 230-E, matrícula …, desde el día 03.0599 a 02.06.99, por importe de la prima dieciséis mil doscientas veinticuatro pesetas (16.224 Ptas) noventa y siete euros y cincuenta y un céntimos (97,51 euros), haciéndole entrega del correspondiente recibo firmado por Ud. Don V.B.M., suscribió solicitud de seguro temporal sobre vehículo Renault Clio 19-D-RN, matricula …, desde el 15.06.99 a 14.08.99, abonando la prima de dieciocho mil quinientas noventa y cuatro céntimos (18.594 ptas) ciento once euros y setenta y cinco céntimos (111,75 euros). Doña M.J.G.P., suscribió propuesta de seguro temporal sobre vehículo Renault Clio Wind 1.2-3 P, matrícula … desde el 25.03.00 a 24.04.00, abonando la prima correspondiente once mil setecientas pesetas (11.700 ptas) setenta euros y treinta y dos céntimos (70,32 euros). Don E.P.B., suscribió solicitud de seguro temporal del vehículo Suzuki-800-Marauder, matrícula …, desde el día 16.06.99 al 15.10.99, abonando la prima correspondiente de cuarenta mil ciento dieciséis pesetas (40.116 ptas doscientos cuarenta y un euros y diez céntimos (241,10 euros). 7.- Según el informe de fecha 12 de agosto de 2003, en los años 2001 y 2002 existen gran cantidad de recibos considerados cobrados, cuyos importes no han sido ingresados en la cuenta corriente de la Empresa, y al contrario existen recibos que han pagado los mutualista en la Oficina y no se han dado como cobrados, originando la consiguiente anulación de los mismo, así como la reclamación posterior por parte de los que asegurados la haber sido dado de baja sus pólizas, a pesar de haber pagado los recibos correspondientes. Ejemplo de ello, es la póliza nº … del mutualista don J.C.M.B., anexo 1 del informe, en que textualmente dice "fecha 3 de julio de 2003, póliza cobrada hacemos de un año y esta de baja. Llama el asegurado porque no le han pasado el recibo de este año. Le comunicó que la póliza está de baja por impago. Muy enfadado me dice que pagó en la oficina el recibo del año pasado (y está de baja) una vez más la historia de siempre. Vendrá con el recibo para solucionar el problema. B.S.". Anexo 2, nº de póliza 300.787.697, mutualista don A.T.M., dice textualmente "póliza pagada de baja por impago. Viene la madre del asegurado para pagar recibo del periodo en curso pero la póliza está de baja por impago. Que lo pagó aquí en la oficina hace casi un año y que vino posteriormente enfadada cuando llegó la carta de baja. Mañana traerá el recibo para rehabilitarlo o hacer lo que sea. Total es la historia de siempre. B.". 8.- Que en fecha 8 de septiembre de 2003 el actor a solicitud del Subdirector General de la entidad demandada, realiza las siguientes alegaciones con relación a las irregularidades detectadas en Santiago "…Puede existir la posibilidad de que figuren como cobrados recibos y altas de nueva producción (propuestas) y que en realidad no lo estuvieran. Los ingresos generados por el cobro de recibos y recobros que figuran en el Banco no se hacían con la regularidad deseada. De hecho, durante un largo período se hacían los ingresos una o dos veces al mes, llegando a acumular cantidades importantes de efectivo y talones sin especificar a que concepto correspondían. Esto motiva que se imputen los cobros a recibos o siniestros recobrados que, como luego se vería, no se corresponden. Es verdad que, al menos por mi parte, como responsable de la contabilidad debía haber llevado un control más severo sobre este tema…" 9.- Que el actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del despido. 10.- Que en fecha 10 de diciembre de 2003 y siete 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 la demanda formulada por don J.J.M.B. contra "P.S.N.A.M.A.", debía de declarar y declaraba la procedencia del despido efectuado y la extinción de la relación laboral que ligaba a las partes, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte

demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada y declara la procedencia del despido efectuado y la extinción de la relación laboral que ligaba a las partes, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma.

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 de los hechos probados sexto y séptimo de la resolución recurrida, debiendo incorporarse, al sexto, el siguiente texto "...encontrándose esas cinco propuestas de seguros en un sobre en la zona de trabajo del referido J., junto con los dos partes de accidente, sin saber dónde está el importe de los mismos..." y debiendo añadirse al ordinal séptimo lo siguiente: "según el informe de fecha 14 de agosto de 2003..., a pesar de haber pagado los recibos correspondientes, pero es difícil saber si efectivamente se cobraron los recibos en la oficina de Santiago y posteriormente se ingresó el dinero en el banco o si se asignaron cobros a recibos cuando los mutualistas no los habían cobrado. Así como ejemplo, indicamos lo comentado por B., trabajador de la empresa que indica...es la Póliza nº ...".

La incorporación al ordinal sexto del texto propuesto deviene innecesaria pues ya en el mismo se recoge que esas cinco propuestas de seguros se encontraban en el puesto de trabajo del actor, sin saber dónde está el importe de los mismos, siendo a todas luces irrelevante que se encontrasen en un sobre, único matiz que se aprecia entre lo ya recogido en la sentencia y el texto que se pretende introducir para incorporar al mencionado ordinal sexto.

Por lo que se refiere a la modificación del ordinal séptimo, en el sentido de añadir el texto propuesto, tampoco ha de venir aceptada al pretender incorporar solo aquella parte de las conclusiones finales que recoge dicho informe y que pueden resultar más favorables a su tesis de sembrar dudas, cuando el mismo informe recoge textualmente "...lo que si sabemos con certeza...es que hay casos en los que los mutualistas han acudido a la oficina a pagar el recibo y este no se ha dado por cobrado". Circunstancia que aparece objetivada "...al realizar el seguimiento de los 222 recibos".

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, al amparo del artículo 191 c) de la L.P.L. denuncia la parte recurrente la infracción por no aplicación de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, así como la no aplicación de los artículos 359 de la LEC y 120.3 de la Constitución, 248 de la L.O.P.J. y 97.2 de la L.P.L. alegando que el Juzgador no basa su fallo en prueba alguna convincente, sacando la conclusión del conjunto global de la prueba.

Ha de tenerse presente que la facultad de la valoración conjunta de la prueba incumbe con exclusividad al juzgador de instancia y que su versión de los hechos declarados probados sólo puede ser atacada e impugnada cuando se citen pruebas documentales o periciales que revelen inequívocamente el error sufrido, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos. En el supuesto enjuiciado el Juzgador de instancia después de apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba– declara los hechos probados y llega a la conclusión razonada de que aquella conducta del actor, plasmada en la relación fáctica, constituye una transgresión de la buena fe contractual y abuso de derecho. De manera tal que en el recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, no puede pretenderse que el Tribunal Superior efectúe una nueva ponderación de la prueba, y sólo de manera excepcional, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente –artículos 191 b) y 194 de la LPL– pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador «a quo» hubiera podido incurrir, o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho –artículo 97.2 de la LPL–, carezcan de la más elemental lógica.

TERCERO.- Bajo el mismo amparo procesal denuncia la parte recurrente la infracción por aplicación indebida de los artículos 54.2 b) y d), 59 y 60 del Estatuto de los Trabajadores y 59 y 61 y 62 del Convenio Colectivo de aplicación, alegando que en el supuesto enjuiciado la desobediencia no ha sido reiterada ni persistente, ni hubo decisión firme y decidida de incumplir, limitándose a errar en la forma de trabajar. También invoca la teoría

gradualista que, a su juicio, habría de haberse tenido en cuenta, valorando la conducta anterior del recurrente, sin ningún otro expediente sancionador, con una hoja de servicios y rentabilidad para la empresa intachable, por lo que considera exagerada y no ajustada a derecho la sanción impuesta, existiendo un amplio abanico de sanciones que pudieran serle de aplicación a la supuesta conducta del recurrente, y no la máxima laboral. Por último reproduce la prescripción alegada en la instancia sosteniendo que la empresa conocía la situación con anterioridad a junio de 2003.

Comenzando por esta última alegación es doctrina reiterada que en las faltas cometidas fraudulentamente "con ocultación y eludiendo los posibles controles del empresario el 'dies a quo' no se computa hasta que la empresa no tiene adecuado conocimiento de su comisión (SSTS 27 de octubre de 1982 [RJ 1982\6.262], 2 de febrero de 1984 [RJ 1984\823], 6 de febrero de 1986 [RJ 1986\5.390], 3 de noviembre de 1988 [RJ 1988\8.508], entre otras)...o "cuando concurra ocultación maliciosa de los hechos, el plazo de la prescripción se computa desde la fecha en que se conocen los hechos, y no desde que se cometieron" (STS de 12 de febrero [RJ 1992\970], 26 de mayo [RJ 1992\3.608] y 24 de septiembre de 1992 [RJ 1992\6.809], 3 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8.536] y 20 de marzo de 1996 [RJ 1996\2.304].

En el supuesto enjuiciado la empresa no pudo conocer el alcance real de las irregularidades atribuidas al actor hasta la conclusión el informe de fecha 14 de agosto de 2003 y como quiera que la carta de despido ha sido presentada el día 3 de noviembre de 2003 no ha transcurrido el plazo establecido de dos a seis meses para la sanción de las faltas muy graves.

En cuanto a la cuestión de fondo señalar que la actuación del actor, recogida en la inalterada relación fáctica de la resolución recurrida, ha propiciado que la empresa llegase a desconocer la responsabilidad que, como entidad aseguradora, tenía que asumir ya que, por un lado, existían gran cantidad de recibos considerados como cobrados, cuyos importes no habían sido ingresados en la cuenta corriente de la empresa, y por otro lado, existían recibos que habían sido pagados por los mutualistas en la oficina y que no se habían dado como cobrados, originando la consiguiente anulación de los mismos, y la posterior reclamación por parte de los asegurados al haber sido dados de baja de sus pólizas. Esto fue debido a que el actor incumplió las órdenes de que las pólizas debían darse de alta sin demora en el ordenador y, realizados los cobros, estos debían ingresarse en debida forma en la Entidad bancaria.

Tal modo de proceder supone una transgresión de la buena fe contractual y una quiebra en la confianza que debe presidir las relaciones entre empleado y empleador y que debe ser calificada en este caso de muy grave teniendo en cuenta que en la actividad del ramo de seguros el conocimiento del alcance de las responsabilidades que debe asumir el asegurador constituye un elemento esencial. Por consiguiente ha de estimarse correcta y ajustada a derecho la sentencia de instancia que declara la procedencia del despido efectuado y la extinción de la relación laboral.

En consecuencia,

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por don J.J.M.B. contra la Sentencia de fecha 23 de febrero de 2004, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente, confirmando la expresada resolución.

3906 **Recurso nº 2.478/04**

S.S. CONTRATO TEMPORAL FRAUDULENTO, A EXTINCIÓN EXTEMPORÁNEA DO CAL PROVOCA A EXISTENCIA DUN DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a ocho de julio de dos mil cuatro

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. 2478-2004 interpuesto por la empresa "S., S.A." 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 D.T.V. en reclamación de despido siendo demandado don M.C.G., las empresas "H.C., S.L." y "C.C., S.L.", "S., S.A." y siendo parte el Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 936/03 sentencia con fecha diecinueve de enero de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- La actora doña D.T.V. viene prestando servicios para la empresa "S., S.A.", desde el 19 de noviembre de 1999 mediante un contrato de trabajo de duración determina a tiempo parcial, cuyo objeto era prestar servicios en "H.C., S.L.", mientras la empresa mantenga la concesión de los servicios, con la categoría profesional de Limpiadora, percibiendo un salario de 525,09 euros incluida prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- A mayores la actora en fecha 7 de mayo de 2003 suscribió un contrato de trabajo de interinidad con la empresa, para prestar servicios en el mismo "H.C., S.L.", y para sustituir a su hija doña P.V.T., mientras durase la situación de baja por enfermedad.

TERCERO.- La actora prestaba servicios de lunes a domingos realizando una jornada superior a la pactada en sus contratos.

CUARTO.- En fecha 22 de octubre de 2003 la actora recibió Carta de cese de la demandada por fin de contrato con efectos del 31 de octubre de 2003. Igualmente su hija fue cesada también en la indicada fecha.

QUINTO.-La empresa "S., S.A." venía realizando la limpieza del "H.C., S.L." y del pub V., donde prestaba servicios la actora y su hija.

SEXTO.- En fecha 21 de octubre de 2003 don M.C.G., titular del negocio denominado C., comunicó por escrito a la empresa "S., S.A.", que en fecha 31 de octubre de 2003 quedaba rescindido el contrato de prestación de servicios firmado el 20 de septiembre de 2000.

En fecha 22 de octubre de 2003 solicitó comunicación a don M.C.G. sobre la nueva empresa adjudicataria del servicio, respondiendo en la misma fecha este señor que se pasaban a realizar los servicios de limpieza con personal propio.

SEPTIMO.- La explotación del "H.C., S.L." y Pub V. vino siendo realizado por don M.C.G. hasta que en fecha 10 de octubre de 2003 se pasó a realizar por la Sociedad "C.C., S.L.", constituida mediante escritura pública notarial de esta fecha, siendo socios de la misma don M.C.G. (3.600 euros) y don J.R.C.V. (400 euros), siendo administrador único de la sociedad este último.

OCTAVO.- En fecha 20 de noviembre de 2003 se celebró Acto de Conciliación ante el S.M.A.C, con resultado "Sin Avenencia", presentando demanda la actora ante el Juzgado de lo Social Decano el 27 de noviembre 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 D.T.V., contra don M.C.G. y las empresas "H.C., S.L.", "C.C., S.L." y "S., S.A." debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora, condenando a la empresa "S., S.A.", a que en 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 3.100,48 euros con abono en todo caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia, absolviendo de la presente demanda a don M.C.G. y "C.C., S.L." (así como a "H.C., S.L.")

Por medio de auto de fecha 28 de enero de 2004 se acordó desestimar el recurso de aclaración interpuesto por la representación de doña D.T.V.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando en parte la demanda formulada por doña D.T.V. contra don M.C.G., "H.C., S.L.", "C.C., S.L." y "S., S.A.", declaró improcedente el despido de la actora, condenando a la empresa "S., S.A." a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de dicha resolución, optase entre la readmisión de las trabajadora en su puesto de trabajo o a indemnizarla con la cantidad de 3.100,48 Euros y en

todo caso, a abonar a la trabajador los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha resolución, absolviendo a don M.C.G., "H.C., S.L." y "C.C., S.L.", y, frente a dicha resolución se alzan en suplicación ambas partes en litigio.

SEGUNDO.- La parte actora, articula su recurso en atención a dos motivos, en el primero de los cuales, al amparo del articulo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa, en primer lugar, la adición, al hecho probado segundo de un párrafo en el que se establezca lo siguiente: "... percibiendo un salario de 525,09 Euros incluido el prorrateo de las pagas extras".

Apoya sus pretensión de revisión, en la documental de los folios 292 al 412, así como en el escrito obrante a los folios 674 y 675 de los autos, siendo así que, como ha venido estableciendo esta propia Sala con reiteración, para que pueda prosperar la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, tal modificación 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, por lo 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, y la aplicación de tal doctrina al caso de autos determina la desestimación de la revisión auspiciada por la parte actora, habida cuenta de que la genérica invocación de la documental contenida en los folios 292 al 412, donde se plasman, entre otras documentos, diversas transferencias bancarias y ordenes de abono efectuadas por la empresa relativas, incluso a otros trabajadores, dista de constituir la prueba documental específica y concreta, sin necesidad de conjeturas o razonamientos, que se requiere para constituir válida apoyatura de una modificación fáctica en el seno de un recurso extraordinario como el de suplicación que nos ocupa, en tanto que la documental de los folios 674 y 675, se refiere a la "instructa" presentada por la empresa demandada "S., S.A." en el acto del juicio como contestación a la demanda rectora del procedimiento, que no es hábil y suficiente para fundamentar modificación fáctica alguna, de manera que, en atención a lo expuesto, ha d rechazarse la pretensión de revisión interesada por la demandante en el motivo primero de su recurso.

TERCERO.- En sede jurídica, constituyendo el motivo segundo del recurso, la parte actora, con amparo procesal en el articulo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción del articulo 56 del Estatuto de los Trabajadores, arguyendo, en esencia, que han de tenerse en cuenta para la indemnización y los salarios de tramitación, todas las retribuciones de la trabajadora correspondientes a los dos contratos que le vinculaban a la demandada.

No ha de tener acogida la pretensión auspiciada por la parte actora en el motivo segundo del recurso que interpuso frente a la sentencia de instancia y es que la Sala considera que, en atención a lo actuado en el presente procedimiento, no hay que tener en cuenta mas que los salarios del contrato a que se contrae la litis, pues como ya establece el Juez de instancia en el auto de aclaración, la demanda rectora del procedimiento, se articuló en relación a un único contrato laboral celebrado con fecha 19.11.99, con categoría profesional de limpiadora y la indemnización interesada se circunscribió a tal relación contractual y no a otra, ratificando la demandante su pretensión en el acto del juicio, sin que la mera referencia que llevó a cabo a la existencia de un segundo contrato devenga asaz para el acogimiento de las pretensiones del recurso, siendo de destacar que en modo alguno se solicita la declaración de improcedencia de otro contrato que no sea el antes referido y solo se pide el aumento de la cuantía indemnizatoria y de salarios de tramitación que, en atención a lo expuesto, no ha de prosperar, lo que determina la desestimación del recurso interpuesto por la demandante doña D.T.V.

CUARTO.- La empresa codemandada, "S., S.A.", interpone, a su vez, recurso de suplicación frente a la resolución de instancia, articulándolo en atención a dos motivos, en el primero de los cuales, al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la modificación del relato fáctico de dicha resolución y en el segundo, pretende, con amparo procesal correcto, el examen de la normativa aplicada.

Por lo que atañe, al motivo primero, solicita la mercantil recurrente que se introduzca un nuevo párrafo primero en el hecho sexto en el que se haga constar que: "Desde el 16 de noviembre de 1999 la empresa "S., S.A." presta los servicios de limpieza de las instalaciones de don M.C.G. sitas en la carretera … (Ourense), "H.C., S.L.", en virtud de contrato de arrendamiento de servicios", invocando en pro de sus intereses de revisión, la documental de los folios 440 a 443 y 204 a 207 de los autos, siendo así que, como es sabido, para que exista el error directamente ligado a la declaración de Hechos probados que justificase la revisión fáctica, ha de ser evidente e inequívoco y debe fluir de pruebas, exclusivamente documentales y periciales, predeterminadas y, asimismo, debe apoyarse en concretas y específicas pruebas prevalentes, toda vez que no resulta admisible la corrección, complementación o supresión del contenido del relato fáctico, en base al criterio subjetivo de quien los recusa, frente al más objetivo y fundado del Juzgador de Instancia, lo que aplicado al supuesto que nos ocupa, determina el rechazo de la pretensión revisoria auspiciada por la mercantil recurrente habida cuenta de que la documental que invoca no deviene asaz para evidenciar la concurrencia de error en la valoración efectuada por el Juez de instancia que, en uso de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, llega a las consideraciones plasmadas en el relato histórico de su resolución, y en consecuencia, ha de permanecer inalterado el ordinal sexto de la sentencia "a quo", donde se expresa que: "En fecha 21 de octubre de 2003, don M.C.G., titular del negocio denominado C., comunicó por escrito a la empresa "S., S.A." que en fecha 31 de octubre de 2003 quedaba rescindido el contrato de prestación de servicios firmado el 20 de septiembre de 2000. En fecha 22 de octubre solicitó comunicación a don M.C.G. sobre la nueva empresa adjudicataria del servicio, respondiendo en la misma fecha este señor que se pasaban a realizar los servicios de limpieza con personal propio".

QUINTO.- En sede jurídica, constituyendo el motivo segundo del recurso, la empresa recurrente denuncia la infracción "por aplicación errónea del artículo 12.4.a) del Estatuto de los Trabajadores" y "por aplicación errónea de los artículos 8.2 y 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 1.254, 1.258, 1.278, 1.280, .1281 y 1.282 del Código Civil que se inaplican".

Así las cosas, inalterados los ordinales que constituyen el relato histórico de la resolución de instancia y aún en la consideración de que la realización de una jornada superior a la pactada pudiese dar lugar a una relación a jornada completa y no se concretase en la indefinición del contrato de duración determinada a tiempo parcial suscrito entre las partes, se ofrece evidente la concurrencia de una situación de fraude de ley que determina que la relación laboral entre partes, aún bajo apariencia de temporalidad, deba considerarse de carácter indefinido y es que su objeto no se ajusta a lo establecido en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, siendo así que no se ha constatado que en el momento de la suscripción del contrato de trabajo de noviembre de 1999 existiese una previa relación de arrendamiento de servicios entre la empresa recurrente y los codemandados que justificase o diese cobertura al contrato laboral temporal, siendo al efecto determinantes las razones que expone el Juez "a quo", compartidas por esta Sala, en orden a las circunstancias y características de los documentos incorporados a autos por los codemandados en los que pretenden basar la existencia de una relación de arrendamiento de servicios previa a la relación laboral en cuestión, siendo de destacar que en uno de los ejemplares del supuesto "contrato" ni siquiera obra fecha alguna, conteniendo estipulaciones tan pintorescas como la primera, en que se establece que la empresa "prestará" desde el 16.11.99 los servicios descritos en la hoja de servicios que se adjunta al contrato -fechado en 20.09.00-, de manera que, es dado establecer que la parte demandada no ha logrado desvirtuar los acertados razonamientos, al efecto, del Juzgador de instancia, en cuya virtud llega a la consideración de que el cese operado por la empresa "S., S.A." debe ser considerado improcedente, lo que conlleva la desestimación del recurso articulado por la referida mercantil frente a la resolución de instancia.

SEXTO.- En consecuencia, desestimados de los recursos respectivamente articulados por las partes litigantes, ha de ser confirmada la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, en autos nº 71/2004, imponiendo a "S., S.A." el abono de las costas del recurso que incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante en la cuantía de 300 Euros.

Fallamos

Desestimando los recursos de suplicación respectivamente interpuestos por doña D.T.V. y por la empresa "S., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, con fecha 19.01.04, en los autos nº 963/03, sobre Despido, confirmamos dicha resolución.

3907 **Recurso nº 2.624/04**

S.S. VULNERACIÓN DA LIBERDADE SINDICAL. CONDICIONAMENTO PARA OCUPAR POSTO DE TRABALLO DE RENUNCIAR Á CONDICIÓN DE LIBERADO SINDICAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Mª Antonia Rodríguez Eibe

A Coruña, a ocho de julio de dos mil cuatro

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. 2.624/04, interpuesto por Universidad de Vigo contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.A.Z.F. en reclamación de tutela derechos fundamentales, siendo demandado Universidad de Vigo, y como coadyuvantes los sindicatos Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores y como parte, también, interviniente el Ministerio Fiscal, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 87/2004 sentencia con fecha 15 de marzo de 2004, 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.A.Z.F., con DNI número …, viene prestando servicios por cuenta de la Universidad de Vigo, desde el 14.10.94, con la categoría profesional de auxiliar de servicios generales, grupo V, en el centro de trabajo de …, del Campus de Lagoa-Marcosende (Vigo), como personal laboral fijo, con una retribución bruta anual de 14.733'65 euros.- SEGUNDO.- El actor ostenta en la actualidad la condición de delegado sindical por el sindicato UGT en el Comité Intercentros y en los Comités de Empresa de la Universidad de Vigo, según acuerdo de la Sección Sindical de UGT de fecha 10.06.00. Por medio de Resolución del rectorado de la Universidad de fecha 12.07.02, se acuerda conceder la acumulación de crédito sindical, pasando don J.A.Z.F. ostentar la situación de liberado sindical, conservando todos sus derechos profesionales y retributivos, con efectos de 16.07.02.- TERCERO.- Con fecha 09.10.03 la Comisión de Política de Empleo informa favorablemente la contratación temporal de un Técnico Superior de Instalaciones Deportivas; para esto, se encomendó las funciones al Sr. S.S., que dejó libre su plaza de auxiliar técnico de instalaciones deportivas. Se acudió a la lista de espera de esta categoría para proveer la plaza, y una vez agotada ésta, se convocó por medio de resolución administrativa de fecha 12.11.03 proceso selectivo para la cobertura, con carácter provisional de una plaza en el servicio de deportes, así como para general una nueva lista de espera. Esta plaza tiene una dotación salarial en términos globales y anuales de 17.239'55 euros.- CUARTO.- El 26 de noviembre de 2003 el actor fue admitido provisionalmente en el proceso selectivo –concurso de promoción interna- y con carácter definitivo el 05.12.03; hasta ese momento no se le exigió renuncia alguna al su condición de liberado sindical ni certificado de compatibilidad con la discapacidad que el actor tiene.- QUINTO.- Con fecha 26 de diciembre de 2003 el gerente de la Universidad de Vigo remitió la siguiente resolución al actor: *Vista la propuesta formulada por la comisión de valoración designada para la selección de Auxiliares Técnico de Instalaciones Deportivas (R.R. 12.11.03), mediante la que se pretende proveer de forma urgente las necesidades existentes en esta categoría, procede ofrecerle los siguientes puestos. Campus de Vigo: uno en jornada de tarde (sustitución y A.S.S.).- Campus de Ourense: uno en jornada de mañana y otro para cubrir todos los sábados (10-14 h. y 16-20 h), más domingos y festivos que sean necesarios, quedando a disposición de las necesidades del servicio la restante jornada hasta completar las 35 horas semanales.- Dado que Ud. tiene actualmente la*

condición de librado sindical, la aceptación del puesto requiere que previamente comunique a esta Xerencia por escrito su disposición a incorporarse al mismo de manera efectiva, inmediata y por el tiempo previsto inicialmente (6 meses).- Resultando urgente la provisión de estos puestos, esta comunicación deberá producirse en un plazo de dos días hábiles desde la recepción de este escrito. De no constar ante esta Xerencia en tal plazo, se considerará que opta por continuar liberado sindicalmente y se procederá a ofertar las puestos de acuerdo con el orden de preferencia resultante del proceso selectivo".- SEXTO.- *Con la misma fecha de 26 de diciembre, al trabajador se le remitió la siguiente resolución: Vista la propuesta formulada por la comisión de valoración designada para la selección de Auxiliares Técnicos de instalaciones Deportivas (R.R. 12.11.03).- Vistas las funciones propias de esta categoría elaboradas por el Servicio de Deportes, Considerando las discapacidades alegadas por Vd. en relación con las tareas propias de su categoría (Auxiliar de Servicios), obrantes en su expediente personal.- Antes de la efectiva cobertura de la plaza, resulta necesario que acredite ante esta Universidad que no padece enfermedad ni defecto físico que impida el desempeño de las funciones propias de esta categoría, que se acompañan con este escrito, mediante certificación de compatibilidad expedida por la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais y que debe estar expresamente referida a la compatibilidad de su discapacidad con relación a las funciones propias de la categoría de Auxiliar Técnico de Instalaciones Deportivas. A tal efecto se le concede un plazo de 10 días, advirtiéndole que por motivo de la urgencia en la cobertura de las plazas de esta categoría, de no cumplimentar el trámite en ese plazo se procederá a ofrecerle las plazas vacantes a los restantes candidatos. Dicho plazo se contará desde la recepción de este escrito.*- Junto a esta resolución administrativa se le entrega un manual de funciones de la categoría ofertada.- SEPTIMO.- El 26 de diciembre de 2003 se le entrega al trabajador resolución administrativa del Tribunal calificador en la que se hace pública la puntuación conseguida por los candidatos. El actor aparece el segundo en el concurso oposición de promoción interna con un total de 15 puntos.- OCTAVO.- El 29 de diciembre de 2003, el trabajador presentó ante la gerencia de la Universidad manifestando su disconformidad con la renuncia exigida, aunque presentando la renuncia a la liberación sindical "bajo amenazas y condicionada a la resolución administrativa o judicial de los recursos que se presenten.- NOVENO.- El 30 de diciembre de 2003 el actor presentó reclamación contra la necesidad de acreditar la compatibilidad de la discapacidad con el puesto ofertado, así como para manifestar la imposibilidad de certificar tal circunstancia en el plazo de 10 días; igualmente se reclama contra las plazas ofertadas, toda vez que no coinciden con la propuesta de plazas, horario, etc. El día 9 de enero de 2004, ante la falta de contestación por la Universidad, el trabajador presenta un nuevo escrito dando cuenta de las gestiones verificadas para conseguir el certificado de compatibilidad con su discapacidad.- DÉCIMO.- Con fecha de salida 12 de enero de 2004, se le remitió al trabajador la siguiente comunicación: *En respuesta a su escrito con nº de registro de entrada 200300008151 me complace reiterarle lo que se expresó con suficiente precisión en la comunicación recibida personalmente por Vd. el 26 de diciembre de 2003; debe aportar certificación de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais relativa a la compatibilidad de su discapacidad con las funciones de la categoría de auxiliar técnico de instalaciones deportivas, que se le entregaron en ese mismo momento, en el plazo allí indicado.*- UNDÉCIMO.- Con fecha de salida 13 de enero de 2004, al trabajador se le remitió la siguiente comunicación, recibida el 19 de enero de 2004: *Una vez terminado el plazo que se le concedía en el escrito con nº de registro de salida 200300008870, recibido por Vd. personalmente el día 26 de diciembre del 2003 y no obstante visto su escrito con registro de entrada 200400000111 el que no se acompaña del certificado de compatibilidad expedido por la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais exigido en el escrito referenciado al inicio, por razones de urgencia y necesidad, me complace comunicarle que se procederá a ofertar la realización de las funciones propias de la categoría de Auxiliar Técnico de Instalaciones Deportivas en el Campus de Ourense a los candidatos correspondientes continuando así con el procedimiento de cobertura.*- DUODÉCIMO.- El 12 de enero de 2004 comenzó a trabajar como auxiliar técnico de instalaciones deportivas el tercero en la lista de espera definitiva, sustituyendo al Sr. S.S.; ese mismo día se contrató para una plaza de mañana en Ourense al segundo de la lista de espera. El 19 de enero

contrató al cuarto en la lista de espera para una plaza en Ourense.- DECIMOTERCERO.- El 19 de enero de 2004 recibió el trabajador resolución administrativa en la que se estimaba en parte la reclamación del trabajador, publicándose una nueva lista de espera en donde figura el actor el primero, ante la renuncia de la persona que había quedado en primer lugar en el concurso".- DECIMOCUARTO.- El pleno del Comité Intercentros de la Universidad en su reunión del 20 de enero de 2004, adoptó el siguiente acuerdo: Manuales de funciones por resolución gerencial.- En este punto el Presidente da lectura al escrito que le envió don J.A.Z.F. en el que solicita que le envíe copia del manual de funciones de la categoría de ATID negociado entre el CI y la Gerencia (dicho escrito quedará unido a este acta).- El Presidente, ante el Pleno, da cuenta de que no existe ningún manual de funciones que recoja las propias de la categoría de ATID. Las únicas funciones definidas son las que aparecen en el I Convenio Colectivo en el anexo I, el resto de las categorías no poseen dicho catálogo, previendo la Disposición Adicional Segunda su negociación y elaboración e un plazo de seis meses. Dicha negociación aún no tuvo lugar. El Presidente recuerda también que el Servicio de Deportes y la Gerencia no tienen capacidad para elaborar dicho documento al margen de lo especificado en el I Convenio Colectivo por lo que el manual de funciones facilitado por RR HH no tiene carácter vinculante alguno".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: PRIMERO.- Que estimando la demanda interpuesta por don J.A.Z.F., debo declarar y declaro la existencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, declarando nula la conducta de la Universidad de Vigo, y ordenando el cese inmediato de tal vulneración.- SEGUNDO.- En tal sentido, debo declarar y declaro la obligación de la Universidad de Vigo a ofertar al actor las plazas a cubrir y el derecho a elegir del actor –si cumple los demás requisitos exigibles del concurso- la plaza que tenga por conveniente, al ocupar el número uno del concurso, sin obligación ninguna a renunciar a su condición de liberado sindical.- TERCERO.- En consecuencia, debo condenar y condeno a la Universidad de Vigo a abonar al trabajador la cantidad de 1.800 euros en concepto de daños y perjuicios causados por la vulneración de tal derecho fundamental.- Y todo con la intervención procesal como coadyuvantes de los sindicatos UGT y Comisiones Obreras."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada -Universidad de Vigo-, 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 interpuesta por el actor y declara la existencia de vulneración del derecho a la libertad sindical, declarando nula la conducta de la Universidad de Vigo, ordenando el cese inmediato de tal vulneración, recurre en suplicación la parte demandada, solicitando en primer término, con amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL revisión de hechos probados, en concreto del ordinal cuarto a fin de que se le añada al mismo la redacción que propone en su escrito de recurso del siguiente tenor "...discapacidad que fue puesta de manifiesto por el actor a la Universidad en escrito de fecha 8 de marzo de 2001 cuando alegó que el proceso degenerativo que padece, especialmente en rodillas y columna vertebral desaconsejaban que portase cajas con libros; dicha discapacidad había sido declarada compatible con las funciones de auxiliar de servicios para la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais".

Revisión inacogible, ya que, si la revisión fáctica sólo es posible si se sustenta en documental o pericial obrante en autos no contradicha por otros elementos probatorios y demostrativa sin necesidad de conjeturas del juzgador de instancia en la valoración de la prueba, la adicción que se solicita ha de resultar trascendente para la resolución de la cuestión planteada, lo que no acontece en el supuesto que nos ocupa por cuanto que la redacción que propone el recurrente al hecho cuarto de prueba, resulta irrelevante para la resolución de la cuestión planteada, que no es otra sino, que la posible vulneración de la tutela sobre el derecho a la libertad sindical, lo que excluye otros temas alegados por el recurrente en el escrito de recurso.

SEGUNDO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia la demandada recurrente infracción por aplicación indebida del art. 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en

relación con el art. 176 de la Ley de Procedimiento Laboral y con el art. 28 de la Constitución Española. Sostiene dicha recurrente que el demandante establece una confusión entre lo que es el objeto de la contienda, motivando que la fundamentación jurídica de la sentencia se haya dedicado a analizar si una resolución administrativa que no le concede un puesto de trabajo por el solicitado, constituye una infracción al derecho a la libertad sindical, dando por supuesto que esa resolución denegatoria se funda en todo o en parte en condición de liberado sindical, lo que es totalmente incierto ya que el único asunto resuelto por la administración demandada, fue el de la inexistencia del certificado de compatibilidad expedido por el organismo competente a la vista de la minusvalía declarada por el actor y los requerimientos físicos del puesto de trabajo que se trataba de cubrir, no resolviéndose nada acerca de la condición de liberado sindical del actor, sin que exista pues, conexión alguna entre el hecho de que no haya accedido el demandante al puesto pretendido y la condición de liberado sindical.

TERCERO.- Para la solución de la cuestión sometida a debate hay que tener en cuenta, como a tal efecto se constata en la redacción fáctica de la sentencia de instancia que: 1º) "el actor, quien viene prestando servicios para la Universidad de Vigo, con la categoría profesional de "auxiliar de servicios generales, grupo V, como personal laboral fijo, ostenta en la actualidad la condición de delegado sindical por el sindicato U.G.T en el Comité intercentros y en los Comités de Empresa de la Universidad de Vigo, habiéndose acordado por Resolución de la Universidad de fecha 12.07.02, conceder la acumulación del crédito sindical al actor, pasando a ostentar la situación de liberado sindical, conservando todos sus derechos profesionales y retributivos, con efectos de 16.07.02". 2º) "Con fecha 09.10.03 la comisión de Política de empleo informa favorablemente la contratación temporal de un Técnico Superior de Instalaciones Deportivas, y se acudió a la lista de espera de esta categoría para proveer la plaza, y una vez agotada ésta, se convocó por medio de Resolución administrativa de fecha 12.11.03 proceso selectivo para la cobertura, con carácter provisional de una plaza en el servicio de deportes, así como para generar una nueva lista de espera. En fecha 26.11.03, el actor fue admitido provisionalmente en el proceso selectivo, concurso de promoción interna, sin que hasta ese momento se le exigiese renuncia alguna a su condición de liberado sindical". 3º) "Con fecha 26 de diciembre de 2003 el gerente de la Universidad de Vigo remitió la siguiente resolución al actor: Vista la propuesta formulada por la comisión de valoración designada para la selección de Auxiliares Técnico de Instalaciones Deportivas (R.R. 12.11.03), mediante la que se pretende proveer de forma urgente las necesidades existentes en esta categoría, procede ofrecerle los siguientes puestos. Campus de Vigo: uno en jornada de tarde (sustitución y A.S.S.).- Campus de Ourense: uno en jornada de mañana y otro para cubrir todos los sábados (10-14 h. y 16-20 h), más domingos y festivos que sean necesarios, quedando a disposición de las necesidades del servicio la restante jornada hasta completar las 35 horas semanales.- Dado que Ud. tiene actualmente la condición de librado sindical, la aceptación del puesto requiere que previamente comunique a esta Xerencia por escrito su disposición a incorporarse al mismo de manera efectiva, inmediata y por el tiempo previsto inicialmente (6 meses).- Resultando urgente la provisión de estos puestos, esta comunicación deberá producirse en un plazo de dos días hábiles desde la recepción de este escrito. De no constar ante esta Xerencia en tal plazo, se considerará que opta por continuar liberado sindicalmente y se procederá a ofertar las puestos de acuerdo con el orden de preferencia resultante del proceso selectivo; 4º) "El 26 de noviembre de 2003 el actor fue admitido provisionalmente en el proceso selectivo –concurso de promoción interna- y con carácter definitivo el 05.12.03; hasta ese momento no se le exigió renuncia alguna al su condición de liberado sindical ni certificado de compatibilidad con la discapacidad que el actor tiene". 5º). "El 26.12.03 se le entrega al trabajador demandante la resolución administrativa del tribunal calificador en el que se hace pública la puntuación conseguida por los candidatos, apareciendo el actor el segundo en el concurso oposición de promoción interna con un total de 15 puntos y el 29.12.03, el actor presentó ante la Gerencia de la Universidad, manifestando su disconformidad con la renuncia efectuada".

TERCERO.- Así las cosas, la acción entablada en la presente litis, tiene como único objeto, a tenor de lo dispuesto en los arts 127, 175, 182 de la LPL, determinar si ha existido o no vulneración de la libertad sindical, y ello es totalmente independiente de la cuestión de legalidad ordinaria relativa a una posible vulneración del derecho a la igualdad de trato en el empleo por su condición de minusválido, ya reconocida por la demandada desde el mes de enero de 2000 con motivo de la adquisición de la cualidad de personal fijo

en la universidad por el cupo de reserva de minusválido. Y en este sentido a la vista de la redacción fáctica de la sentencia de instancia la vulneración del derecho a la libertad sindical se produce desde el momento en el que la demandada le impone al actor un plazo de dos días para que manifieste su disposición a renunciar a su condición de liberado sindical (hecho probado sexto), ya que si el actor no hubiese presentado su disposición a renunciar a su condición de liberado sindical en el plazo señalado, se considerará "que opta por continuar liberado sindicalmente y se procederá a ofertar los puestos de trabajo de acuerdo con el orden de prelación en el proceso impugnado; o lo que es lo mismo quedaba excluido del proceso, y es sólo cuando el actor opta por la renuncia cuando se le excluye por no presentar el certificado de compatibilidad, extremo éste de legalidad ordinaria y ajeno a la demanda planteada.

Centrada pues, la cuestión litigiosa en la alegada lesión a la libertad sindical de recurrente (art. 28 CE), debemos recordar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (S TC 17/96, de 7 de febrero; 74/98, de 31 de marzo; 87/ 98, de 21 de abril; 191/98, de 29 de septiembre; y 30/2000, de 31 de enero, entre otras) que ha venido subrayando que "la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad". En consecuencia dentro del contenido del derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 de la CE, se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una "garantía de indemnidad" que veda cualquier diferencia de trato por razón de afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien las realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical.

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión que la decisión de la demandada de imponer al actor el plazo para que manifieste su disposición a renunciar a su condición de liberado sindical para poder optar al puesto de trabajo ofertado por la administración en virtud de convocatoria de 26.11.03 vulnera la garantía de indemnidad que acompaña a la libertad sindical garantizada por el art. 28.1 de la CE y – art. 15 de la LOLS, reiterando que, al igual que el resto de los trabajadores en el ámbito empresarial, la garantía de indemnidad de los representantes sociales en la administración pública, proscribe todo perjuicio funcionarial que tenga su causa en el legítimo ejercicio de una actividad sindical. Ahora bien, dado que ningún derecho fundamental es absoluto, según viene reiterando el TC, tampoco la garantía de indemnidad integrada en el art. 28 de la CE es ilimitada, otros bienes y derechos constitucionales concurrentes pueden, de esta forma justificar ciertos sacrificios no desproporcionados en la garantía de indemnidad del representante sindical, pues la garantía de la indemnidad del representante sindical no excluye el ejercicio de facultades organizativas por la administración a fin de alcanzar el resultado de eficacia el art. 103 de la CE, pero habrá de tratarse en todo caso, de sacrificios justificados en tanto que proporcionados (S TC 70/2000, de 13 de marzo) esto es adecuados indispensables y ponderados para otros derechos constitucionales, lo que en modo alguno ha resultado acreditado, ni siquiera las razones de urgencia que argumenta la administración para la cobertura de la plaza.

En consecuencia se impone, previa desestimación del recurso la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la Universidad de Vigo contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social número Uno de Vigo de fecha 15.03.04, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3908 **Recurso nº 2.979/04**

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. INDICIOS INSUFICIENTES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a ocho de julio de dos mil cuatro

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 2.979/04, interpuesto por la Letrada Sra. R.M., en nombre y representación de don L.F.S., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 403/03 se presentó demanda por don L.F.S., sobre tutela de derechos fundamentales, frente a la Consellería da Presidencia. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 11 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: PRIMERO.- Don L.F.S. presta servicios para la Xunta de Galicia con la categoría profesional de conductor de su parque móvil. Es laboral fijo, grupo III, categoría 63. SEGUNDO.- El Consejo de la *Xunta* en la reunión del día 27.02.03 adoptó el siguiente acuerdo: "Primero.- De conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera del Decreto 144/2001, de 7 de junio, sobre indemnizaciones por razón del servicio al personal con destino en la Administración Autonómica de Galicia, cada Entidad u Organismo sufragará las indemnizaciones y demás compensaciones que por razón del servicio prestado a los mismos tengan derecho a percibir los conductores, cualquiera que sea la entidad u organismo de la Administración de la Comunidad Autónoma al que los antedichos conductores estén adscritos. Segundo.- Queda exceptuado de lo dispuesto en la disposición anterior las indemnizaciones y demás compensaciones que por razón de los servicios prestados a los Conselleiros tengan derecho a percibir los conductores al servicio de los mismos, que correrán a cargo de la Consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, siempre que el antedicho personal conductor pertenezca al Parque Móvil de la Xunta de Galicia". TERCERO.- El 12 de marzo de 2003 se comunicó a los conductores del parque móvil el siguiente escrito: "El Consejo de la Xunta en la reunión del día 27.02.03 acordó que cada Consellería, Entidad u organismo sufragará las dietas y demás compensaciones que por razón de servicio tuvieran derecho a percibir los conductores. Quedan exceptuados del apartado anterior los conductores al servicio de los Conselleiros siempre y cuando pertenezcan al Parque Móvil. Por lo tanto las dietas correspondientes al mes de marzo deben ser entregas para su abono en la Consellería que corresponda". CUARTO.- El 21 de marzo de 2003 el hoy actor dirigió un escrito al Ilmo. Secretario de la Consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administracións Públicas, manifestando estar interesado en conocer el acuerdo del Consejo de la Xunta adoptado el día 22 de febrero de 2003. No se dio contestación a esta solicitud. QUINTO.- En los años 1999, 2000, 2001 y 2002, el número de Conductores del Parque Móvil que de forma regular prestaron servicios para los Presidentes y Conselleiros fue de doce por año. En fecha 3 de febrero de 2004 los conductores que están prestando este servicio de forma regular son los que constan en la certificación de esa misma fecha extendida por el Supervisor Responsable del parque Móvil de la Xunta de Galicia, siendo los siguientes: J.G.V., R.L.P., F.J.A.C., S.R.R., J.G.V., W.F.J.I.P., M.V.P., J.L.V.C., J.D.R., R.M.C., R.F.M.C., M.A.O., A.J.H., A.S.G., J.P.R., J.M.A.A., S.V.I., V.L.B. SEXTO.- La adscripción de conductores al servicio de Presidente y Conselleiros se realiza atendiendo a criterios tales como la proximidad del domicilio del conductor con el de la autoridad a la que presta los servicios, las características personales y profesionales del Conductor y la disponibilidad del personal en el parque. Esta adscripción puede cambiar en cualquier momento se produce una modificación de circunstancias. SÉPTIMO.- El Comité de empresa de los Servicios Centrales de la Xunta de Galicia está constituido por diez miembros de la C.I.G., cuatro de U.G.T. y tres de CC.OO.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO: Que debo desestimar la demanda interpuesta por don L.F.S. contra la Xunta de Galicia. Notifíquese... etc.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 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, insta la revisión del relato fáctico con cita de los folios 197 a 200 y 248 a 255 obrantes en autos.

La revisión del relato fáctico exige, por imperativo de los arts. 191.b) y 194.3 LPL, según reiterada doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en la STS de 25.03.98 (Sala de lo Social), la revisión de hechos probados requiere los siguientes requisitos: 1.º Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2.º Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. 3.º Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. Tales exigencias derivan de que el recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, "casi casacional", como lo calificó el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 294/1993, de 18 octubre, no permite que el Tribunal Superior pueda efectuar una nueva ponderación de la prueba, salvo error evidenciado por documentos o pericias, sino que el error del juzgador, ha de ser denunciado a través del art. 191.b) LPL y con los requisitos formales precisos, en tal sentido se pronuncian las SSTSJ de La Rioja de 11 julio de 2002, Andalucía, Málaga 05.05.00, de Canarias, Tenerife de 03.03.00 y de Navarra de 15.11.99, entre otras, habiendo manifestado ya la STS de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986\6.035), que "la superación del rigorismo formalista en el recurso de casación –y, por supuesto en el de Suplicación, en modo alguno supone introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de instancia. Las mínimas exigencias formales, de claridad y de contenido, que regulan este recurso extraordinario, han de tenerse como requisitos que cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso. Por ello, precisamente, su exigencia es obligada tanto para la adecuada marcha del proceso en sí, como para la garantía de la contraparte, la que no puede resultar perjudicada por los efectos de la inactividad o desacierto de la otra, tal y como vienen precisando numerosas sentencias del Tribunal Supremo y la consolidan en lo inmediato las del Tribunal Constitucional, cabiendo mencionar entre las primeras las de 14 (RJ 1986\221) y 28 de enero (RJ 1986\292), 10 de febrero (RJ 1986\731) y 9 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4.937), y entre las segundas las de 27 de mayo (RTC 1986\68) y 16 de junio de 1986 (RTC 1986\79)", doctrina que aplicada al presente supuesto implica la desestimación del motivo fáctico.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. 14 y 35 CE, arts 3, 4 y 85 LET así como el Código Civil argumentando que existe discriminación por efectuarse distinción entre quienes desempeñan las funciones para unos Cargos Políticos y otros, así como en el momento de adjudicar los destinos por no existir normas previas que los regulen ni consultarse con los afectados, con lo que se producen diferencias económicas entre unos trabajadores y otros.

El motivo no puede ser atendido por cuanto el art. 179.2 LPL establece que "una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", precepto aplicable por la remisión que efectúa el art. 181 LPL a los preceptos anteriores, sin embargo, 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, así, 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 resulta ningún indicio, dato o elemento que permita deducir trato discriminatorio alguno en relación con el actor, la actuación de la demandada se fundamenta en una norma con rango de Decreto, que se halla en vigor y cuya aplicación le viene encomendada, siendo las decisiones adoptadas por la misma propias de su ámbito organizativo, 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.S. contra la sentencia dictada el 11.03.04 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Santiago en autos Nº 403-2003 sobre tutela de derechos fundamentales contra la Xunta de Galicia resolución que se mantiene en su integridad.

3909 **Recurso nº 2.178/04**

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. CABE UTILIZAR O PROCESO DE TUTELA NUN SUPOSTO DE DESPEDIMENTO CON VIOLACIÓN DOS MESMOS DESGAXANDO DO PROCESO POR DESPEDIMENTO A PRETENSIÓN DERIVADA DA DITA VIOLACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a nueve de julio de dos mil cuatro

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. 2.178/04 interpuesto por Ministerio Fiscal contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.O.F. en reclamación de tutela derechos fundamentales siendo demandados "T.F.G., S.L.", don S.S.N. (como representante legal) y Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 172/04 sentencia con fecha dieciséis de marzo de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1º.- Don J.O.F., mayor de edad, con D.N.I. número ..., presta servicios para la empresa "T.F.G., S.L.", dedicada a la actividad de transporte de mercancías por carretera, como conductor, en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, extendiéndose del 10.10.03, fecha del contrato, hasta el 09.04.04, el salario s/n, constituido mensualmente por salario base más complementos salariales, siendo la finalidad incremento de actividad. La jornada laboral de 40 horas semanales de lunes a domingo; el salario que venía percibiendo el actor, según nóminas, era de 817,78 euros, incluido prorrateo de pagas extras. 2º.- El pasado día 29 de enero de 2004, el actor al desplazarse voluntariamente de Porriño a Tuy, adonde no se le había mandado, con el camión de la empresa, es parado y denunciado por la Guardia Civil de Tráfico, imponiendo a la empresa tres multas, por no haber pasado la ITV, por no revisión del tacógrafo y por tener estropeado el limitador de velocidad. Es inmovilizado el vehículo, se le rompen las patas de la "gabarra". Se avisa al empresario don S.S.N., que se enfada y quedan al día siguiente en la empresa. 3º.- Al siguiente día, 30 de enero, cuando acude a la empresa, están presentes don S.S.N. y su socio el Sr. M. y la Administrativa de la empresa. Esta última estaba preparando la baja voluntaria del trabajador en la empresa, que se la había solicitado, y el trabajador dijo que no iba a firmar nada, y que el lunes "ya sabrían de él". El Jefe le dijo entonces a que había ido y le echó de la oficina, empujándole y abriendo la puerta. 4º.- El demandante compareció a continuación ante la Oficina de Denuncias de la Policía de Vigo, Traviesas, denunciando los hechos (folio 14, que se da por reproducido). Acude al Médico de la Seguridad Social y se le da de baja, por Sd. Depresión el 30.01.04. 5º.- Por el Juzgado de Instrucción número Dos de Vigo, se siguió Juicio de Faltas número 44/2004, por una falta de amenazas y lesiones, cuyo Juzgado dictó sentencia el 06.02.04, condenando al empresario don S.S.N., como autor de una falta de lesiones (folios 12 y 13 que se dan por reproducidos). La sentencia ha sido recurrida en Apelación ante la Ilma. Audiencia. 6º.- La empresa dio de baja al trabajador en la Seguridad Social, como baja voluntaria el 03.02.04, con efectos de 29.01.04 y de alta nuevamente, anulando la anterior el 09.02.04".

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

"FALLO: Que estimando la demanda planteada por don J.O.F., contra la empresa "T.F.G., S.L." y contra don S.S.N., debo decla-

rar y declaro la existencia de vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, y la nulidad radical de tal conducta por parte del empresario don S.S.N., ordenando su cese y reposición al momento anterior, a tal conducta, condenando solidariamente a ambos demandados a las consecuencias derivadas de tal actuar, que se fija en la indemnización de novecientos un euros con cincuenta y dos céntimos (901,52 €)"

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada (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 estima la demanda interpuesta por el actor (en realidad la estimación es parcial, porque reconoce una indemnización muy inferior a la solicitada), contra la empresa "T.F.G., S.L." y contra la persona física don S.S.N., declarando la existencia de vulneración del derecho fundamental a la integridad física moral y la nulidad radical de tal conducta por parte del citado empresario, condenando solidariamente a ambos demandados a las consecuencias derivadas de tal actuar, que se fijan en la indemnización de 901,52 euros. Frente a este pronunciamiento interpone recurso el Ministerio Fiscal, articulando un solo motivo de Suplicación, sin citar el amparo procesal de ninguno de los apartados del artículo 191 de la LPL, y sin denunciar expresamente ninguna norma sustantiva o jurisprudencia que haya sido infringida por la sentencia recurrida, argumentando, en esencia, que existió abuso de jurisdicción por parte del trabajador, por cuanto un solo hecho dio lugar a tres procedimientos: uno, penal, tramitado como falta; un segundo, relativo al despido; y, un tercero, sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- El recurso no puede ser acogido por la Sala, por cuanto el Ministerio Fiscal, como parte recurrente, omite la cita de todo precepto legal relacionado con el fondo del asunto. Semejante omisión del recurso implica una inobservancia frontal de lo normado en los arts. 191 c) y 194.2 de la Ley de Procedimiento Laboral puesto que la suplicación es, como ha declarado esta Sala en reiteradas sentencias –sirvan de ejemplo las de 8 y 24 de enero de 1992, 29 de mayo de 1995 y 31 de marzo (AS 1997\898) y 18 de septiembre de 1997 (AS 1997\3.052)...– un recurso de carácter extraordinario, en el que la actividad de la Sala queda limitada a la pauta marcada por el recurrente, no pudiendo el Tribunal examinar la existencia de vulneraciones legales o infracciones jurisprudenciales, aún manifiestas, no invocadas por el que recurre, salvo que por su propia entidad trascendieran de manera directa e inequívoca al orden público procesal –lo que no acontece en el caso litigioso–; y cuando el recurso tiende al examen del derecho aplicado, como aquí resulta obligado dado que la sentencia estima la demanda aplicando en forma oportuna los preceptos correspondientes, concretamente los artículos 175 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral y artículo 15 de la Constitución, si el que lo interpone no menciona los preceptos o doctrina jurisprudencial que la resolución que impugna pudiera vulnerar, denunciándolo en debida forma, tal omisión impide a la Sala entrar en el estudio y decisión de aquéllos, ya que lo contrario supondría la construcción «ex officio» del recurso, cuando esta actividad está reservada en exclusiva a la parte que recurre, y la consecuencia derivada de ello no puede ser otra que la de proclamar la inviabilidad del recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia suplicada. Admitir lo contrario se traduciría en prescindir de la formalidad exigible en el recurso de Suplicación y no atenerse a las previsiones del art. 194 LPL, además de implicar 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 la parte recurrida.

TERCERO.- En cualquier caso, la Sala considera oportuno hacer patente la corrección de la decisión de instancia, en la que con todo acierto justifica la decisión adoptada, apoyándose en doctrina constitucional y en la normativa apropiada y con acierto en la fundamentación jurídica. Por cuanto, la valoración que hace el Juez Penal en un proceso –en este caso en un juicio de faltas-, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción pueda valorar los mismos hechos desde una perspectiva laboral, al objeto de determinar si son constitutivos de despido, o si vulneran cualquier derecho fundamental, teniendo declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia de 8 marzo de 1985 (RTC 1985\36) y 62/1984 de 2 mayo (RTC 1984\62)- «la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta».

La finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido,

sino que su objeto, al que debe contraerse la actuación procesal de las partes y del órgano jurisdiccional laboral, se centra en el debate sobre si existe o no, a la luz del derecho laboral, una causa justificadora del despido disciplinario realizado por el empleador y la comprobación al efecto se desenvuelve en el marco establecido por las normas sustantivas y procesales laborales. Es lo cierto, como se afirma en el recurso, que el trabajador pudo acumular en el proceso por despido que tiene planteado, la pretensión relacionada con la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, tal como se admite expresamente por la doctrina jurisprudencial, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5.931), doctrina jurisprudencial que 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. Pero ello no impide plantear, independientemente de la acción por despido, una demanda por tutela de derechos fundamentales al amparo del artículo 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que por ello se produzca el abuso de jurisdicción denunciado, el estar ejercitando una facultad legalmente reconocida.

En consecuencia, y por las razones que se dejan expuestas, procede desestimar el recurso del Ministerio Fiscal y dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación del Ministerio Fiscal, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Social núm. Cinco de los de Vigo, de fecha 16 de marzo de 2004, dictada en autos núm. 172/04, seguidos a instancia del trabajador don J.O.F., sobre tutela de derechos fundamentales, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3910 **Recurso nº 2.380/04**

S.S. REPRESALIA SINDICAL PARA ENERVAR A PRESENTACIÓN DA DESPEDIDA ÁS ELECCIÓNS DE REPRESENTANTES DOS TRABALLADORES, MERECEDORA DA CUALIFICACIÓN DE NULIDADE DO DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a nueve de julio de dos mil cuatro

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. 2380/04 interpuesto por "E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña B.C.I. en reclamación de despido siendo demandado "E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm.1.003/03 sentencia con fecha 12 de marzo de 2004 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 prestaba servicios profesionales por cuenta y dependencia de la empresa demandada con la antigüedad de 1 de marzo de 2001, ocupando la categoría profesional de oficial administrativo y percibiendo un salario de 951,60 euros brutos incluido el prorrateo de pagas extras prestando sus servicios laborales en el momento del despido en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio determinado en el que se recoge como obra la de apoyo a las tareas administrativas derivadas de la revisión y confección de la empresa "R.C.T.G., S.A.", contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre "E., S.A." y "R.C.T.G., S.A." Con anterioridad al 1 de marzo de 2003 la actora prestaba servicios para "E.E.C., S.A." desde el 21.06.99 hasta el 28.02.01 sin solución continuidad y en el mismo centro de trabajo donde después se ubicó "E., S.A." y realizando las mismas funciones disponiendo desde siempre de llaves del centro de trabajo. La actora además de los servicios correspondientes a la obra objeto de su contrato llevaba la administración laboral. 2.- La Empresa demanda a medio de carta de fecha 30 de octubre de 2003 le comunica a la

actora que, por medio de la presente le comunicamos que debido a su manifiesta disminución, continuada y voluntaria, en el rendimiento del trabajo pactado, lo que implica graves incumplimientos contractuales por su parte, la Dirección de esta empresa ha tomado la decisión de sancionarle con el despido, resolviendo el contrato de trabajo que le une a esta empresa, con fecha de efectos de hoy 30 de octubre de 2003, en base al artículo 54, apdo. 2 punto e) 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. 3.- En fecha 31 de octubre de 2003 la actora recibió comunicación de fecha 30 de octubre de 2003 por la que la empresa reconoce el despido de fecha 30 de octubre de 2003 como despido improcedente y, a efectos de lo previsto en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, le ofrece a Ud. La cantidad de tres mil setecientos cincuenta y dos euros con noventa y ocho céntimos en concepto de indemnización por despido, cantidad correspondiente a 45 días de salario por año de servicio en esta empresa. 4.- En fecha 31 de octubre de 2003 la empresa consignó en el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad la cantidad de 4.704,59 euros en concepto de indemnización (3.752,98 euros) y liquidación (951,61 euros) de la actora. 5.- El sindicato CIG presentó preaviso de elecciones sindicales en fecha 27 de octubre de 2003 y con fecha de inicio del proceso electoral la de 27.11.03. Estas elecciones sindicales eran las primeras en la empresa. Dicho preaviso fue remitido a la empresa por correo certificado con acuse de recibo y se recibió porésta el 30 de octubre de 2003 siendo abierto por doña C.M., Coordinadora de servicios. En fecha 2 de diciembre de 2003 se celebraron las elecciones sindicales siendo elegida la candidata por UGT doña C.M. por tres votos y quien decidió presentarse a las elecciones dos o tres días después del preaviso. Doña C.M. era hasta mediados de septiembre de 2003 la Jefa de la Delegación de Coruña, cargo que desde esa fecha pasó a ser desempeñado por doña B.Ca. pasando doña C.M. a desempeñar el cargo de coordinadora de servicio. Doña B.Ca. cesó el 30 de octubre de 2003 por baja voluntaria al encontrar otro empleo. 6.- El Sindicato CIG impugnó las elecciones sindicales al no constar en el censo de trabajadores la trabajadora despedida. Por Laudo Arbitral de fecha 11 de diciembre de 2003 se estimó la impugnación efectuada por la C.I.G. decretando que el proceso electoral debe retrotraerse al momento inmediato posterior a la publicación definitiva del censo electoral con la inclusión en él de la trabajadora despedida y declarando la nulidad de todos los actos del proceso posteriores a la citada publicación definitiva del censo. Dicho laudo no es firme al hallarse impugnado por la empresa ante el Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad. 7.- La actora tenía intención de presentarse como candidata a dichas elecciones sindicales y así había realizado las gestiones pertinentes y previas al inicio del proceso electoral asesorada por don M.B.S. liberado por la CIG en la Federación de Banca quien en fecha 24 de octubre de 2003 tuvo una reunión con la actora y otras dos trabajadoras de la empresa en la que quedó patente que la actora era la candidata por la C.I.G. a dichas elecciones. La actora tenía el apoyo de los trabajadores de la empresa para ser elegida. 8.- La empresa en fecha 26 de marzo de 2003, 22 de mayo de 2003 y 2 de septiembre de 2003 remite las cartas que se aportan por la actora como documentos 7 y 8 de su ramo de prueba. 9.- En fecha 15 y 24 de octubre de 2003, doña B.F.M.R., responsable de la administración laboral remitió sendos E-mails a "E., S.A." Coruña con el contenido que obra en autos. 10.- En fecha 6 de octubre de 2003 se realiza una auditoría en la Delegación de Coruña de la empresa demandada por parte de doña E.G. con el resultado de no conformidad en la auditoría en la que se recoge que la causa de la no conformidad es la desorganización en los expedientes de los trabajadores, faltan fichas de prevención en algunos, existen fichasde contratación incompletas y en la que se recoge como responsable del área auditada doña B.Ca. 11.- El día 15 de julio de 2003 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de intentado SIN AVENENCIA."

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

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por la parte actora debo estimar y estimo las pretensiones de la demanda, y califico como nulo el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa "E., S.A." a que readmita inmediatamente a la actora en el puesto de trabajo que venía desempeñando antes de producirse el despido, y condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios devengados desde la fecha del despido."

CUARTO.-Con fecha 22 de marzo de 2004 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente. "Que

procede aclarar la sentencia dictada en las presentes actuaciones, de fecha 12 de marzo de 2004, en el sentido de que el Hecho probado Undécimo quedará redactado del siguiente tenor: "El día 24 de noviembre de 2003 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de intentado SIN AVENENCIA"

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- "E., S.A." recurre la sentencia de instancia, que declaró nulo el despido de la trabajadora demandante, y solicita con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone:

A) Respecto del apartado 1º de sentencia, eliminar los términos "y en el mismo centro de trabajo donde después se ubicó "E., S.A." y realizando las mismas funciones disponiendo desde siempre de las llaves del centro de trabajo".

La pretensión no se acepta: De una parte porque, frente a lo manifestado por la recurrente, el Tribunal Supremo (ss. 15.01, 13.03.90) declara que no basta con alegar la inexistencia de prueba que respalde el criterio del juzgador y que el error de hecho no puede ponerse de manifiesto mediante la invocación de prueba negativa. De otro lado, el objeto del contrato de trabajo suscrito por las litigantes no es incompatible con la apreciación judicial impugnada, dado el carácter genérico de los servicios (administrativos) prestados por la actora.

B) Con relación al apartado 2º de sentencia, añadir: a) "(la carta despido) fue firmada por don G.F.J. (Director General de "E., S.A.") en las oficinas centrales de Madrid el día 29 de octubre de 2003, y enviada por valija interna a la oficina de A Coruña el mismo día 29 de octubre de 2003"; b) "la carta de despido fue entregada a doña B.C.I. sobre las 14:05 horas, por doña B.Ca., estando presentes doña C.M. y doña E.G."; se basa en los folios 85, 300 y 301.

La primera parte de la pretensión se admite para recoger como firmante de la carta de despido a la persona y cargo empresarial sugeridos, porque tales particulares constan en ese documento (folio 85), pero no los demás términos, porque en la citada carta no aparecen el lugar de suscripción ni el sistema de envío.

Según los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), las pruebas de confesión y testifical no sirven para revisar los hechos, mandato legal que ratifica el criterio adoptado y, al tiempo, impide aceptar la segunda parte de la pretensión que, precisamente, se basa en tales medios probatorios; en consecuencia, el acta de juicio que incorpora aquellas pruebas tampoco es hábil a los mismos efectos (TS ss. 02, 03.11.89, 24.02, 10.06.92).

C) Respecto del apartado 5º de sentencia, añadir: a) "(en el preaviso elecciones) no consta ni el nombre de la trabajadora ni dato o referencia alguna que permita relacionar tal documento con la trabajadora"; b) "(el preaviso de elecciones fue abierto) a última hora de la tarde, después de haberle sido entregada la carta de despido a doña B.C.I.; y doña C.M. remitió dicho preaviso de elecciones a las oficinas centrales de Madrid, por fax, a las 19:01 horas"; se basa en los folios 94 a 96, 193, 300 y 301.

La primera parte de la pretensión se admite para indicar que el nombre de la actora no consta en el preaviso electoral, porque así resulta de ese documento (folio 94), pero no los demás términos, tanto por ser ya innecesarios como por integrar una valoración particular de diversa prueba documental ajena a la objetividad del relato de hechos.

La segunda parte de la pretensión no se acepta, porque el resguardo del fax (folio 96) no acredita, por sí sólo, su contenido, su remitente ni su envío a la oficina principal de la empresa, circunstancias amparadas en prueba de testigos y en el acta de juicio que, como señalamos, son inhábiles a los presentes fines.

D) Con relación al apartado 6º de sentencia, añadir: a) "(el laudo arbitral) basando dicha impugnación en la manifiesta infracción de normas procedimentales, sustantivas y de la Jurisprudencia, que obran en el escrito de impugnación presentado por "E., S.A.""; b) "que en fecha 9 de enero de 2004 el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social núm. 2 de A Coruña, estimando nuestra petición y con fundamento en doctrina del Tribunal Constitucional, dictó providencia por la que se acuerda la suspensión del plazo para dictar sentencia

hasta conocer lo que finalmente se llegue a declarar en el presente proceso de despido"; se basa en los folios 113 a 126, 135 y 138.

La primera parte de la pretensión no se admite, porque es innecesaria una vez que el hecho impugnado ya consigna la no firmeza del laudo en cuestión, debido a su impugnación por la empresa.

La segunda parte de la pretensión se acepta, porque consta en la providencia referida (folio 138).

E) Respecto del apartado 7º de sentencia: a) añadir "(la reunión de trabajadores fue) en una cafetería" y "(la candidatura de la actora quedó patente) para las dos trabajadoras asistentes"; b) suprimir "la actora tenía el apoyo de los trabajadores de la empresa para ser elegida".

La pretensión no se admite, porque la prueba testifical en que se ampara no sirve para lograr la revisión de hechos; además, la empresa persigue sustituir la valoración judicial probatoria por la suya propia, es decir, no demuestra la equivocación del juzgador, de forma clara y manifiesta, sin necesidad de cualquier argumentación o conjetura (TS ss. 27.02, 22.05.01).

F) Con relación al apartado 8º de sentencia, añadir: "(las cartas de la empresa) cuyo contenido literal es idéntico, por tratarse del modelo que se usa de forma genérica, en toda la empresa, para notificar la retribución variable, cuya percepción depende principalmente de los resultados globales de facturación y beneficios de todas las oficinas de un área geográfica o zona; y que corresponden a periodos anteriores a que la empresa tuviera conocimiento de los graves incumplimientos protagonizados por doña B.C.I., concretamente al año 2002 y primer semestre del 2003"; se basa en los folios 85, 91 a 93, 153, 154, 300 y 301.

La pretensión se acepta para afirmar la identidad o similitud de contenido de las cartas señaladas (folios 153, 154), pero no los demás términos, porque sus fechas ya implican el devengo anterior de la retribución indicada; por otra parte, la comunicación de despido (folio 85) no avala la redacción sugerida, los folios91 a 93 no mencionan a la actora y los folios 300 y 301 son el acta juicio; además, la empresa no concreta cronológicamente –tampoco en la carta de despido- los incumplimientos que atribuye a la demandante.

G) Respecto del apartado 9º de sentencia, añadir: a) "(doña B.F.M.R.) es máxima responsable a nivel nacional"; b) "(E-mail) y según los cuales se pone de manifiesto dos hechos graves que constituyen incumplimientos graves en la administración laboral en la oficina "E., S.A." Coruña"; se basa en los folios 91 a 93, 300 y 301

La pretensión no se admite, por ser valoración particular de las comunicaciones internas de la empresa (folios 91 a 93) y por ampararse en la prueba testifical que incorpora el acta de juicio (folios 300, 301), ninguna de las que es hábil para revisar los hechos probados, como ya consignamos.

H) Con relación al apartado 10º de sentencia, añadir: a) "…y en la que se recoge como responsable del área geográfica o jefa de la zona auditada a doña B.Ca."; b) "dicho informe de auditoría forma parte del sistema de auditoría del que depende la renovación del Certificado de Calidad ISO 9001:2000 (AENOR), obtenido por la empresa"; se basa en el hecho probado 1º, en el fundamento de derecho 3º y en el folio 300.

La pretensión no se acepta, porque el hecho impugnado es suficiente en cuanto señala a doña B.Ca. como responsable del área auditada; lo demás, es intrascendente al signo del fallo y se basa en prueba no idónea (testifical).

I) Añadir los siguientes nuevos hechos probados:

a) 12º.- "La empresa, ni al momento de decidir ni al de ejecutar el despido, conocía que doña B.C.I. pretendiera presentarse a las elecciones; ni conocía la reunión de la cafetería, ni que las elecciones se habían promovido. La empresa desconocía que hubiera ningún documento en el que la trabajadora se presentara como candidata a las elecciones"; se basa en "toda la prueba documental, la de confesión y la testifical".

La pretensión, a que se refiere el apartado E) que precede, no se admite, porque integra apreciación particular de diversos medios de prueba y representa una conclusión a fijar, en su caso, en sede jurídica de acuerdo con los presupuestos fácticos; además, la cita global y genérica de prueba carece de valor y operatividad (TS s. 03.05.01).

b) 13º.- "El preaviso de elecciones sindicales no lleva la firma de doña B.C.I. ni referencia alguna a dicha trabajadora"; se basa en los folios 94, 121, 300 y 301

La pretensión no se acepta, por ser innecesaria una vez que el hecho probado 5º declara "El Sindicato CIG presentó preaviso…" yde acuerdo con el apartado C) que precede.

J) Respecto del fundamento de derecho 3º de sentencia, declarar: "Sí se ha acreditado que el preaviso fue abierto después de ser entregada la carta de despido a doña B.C.I.; carta que fue elaborada en la sede central de la empresa en Madrid y que fue firmada por don G.F.J. (Director General de "E., S.A.") que tiene su despacho en Madrid en fecha 29 de octubre de 2003 y enviada a la oficina de A Coruña por valija interna"; se basa en los folios 85, 94 a 96, 300 y 301

La pretensión no se admite, por las razones consignadas en los apartados B) e I.a) que preceden.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, 108 y 179 LPL, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las sentencias que cita, pues no existen indicios suficientes para generar una razonable sospecha o presunción de discriminación que permita invertir la carga de la prueba y, además, justificó de forma razonable y objetivo el despido a fin de evitar su nulidad.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son:

I) La actora trabajó para "E., S.A." desde el 01.03.01, con categoría de oficial administrativa y salario de 951,60 €, en virtud de contrato para obra o servicio determinado con objeto de "apoyo a las tareas administrativas derivadas de la revisión y confección de la empresa "R.C.T.G., S.A.", contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre "E., S.A." y "R.C.T.G., S.A."; también llevó la administración laboral.

II) El 06.10.03 se auditó la delegación de la empresa en A Coruña, cuya responsable era doña B.Ca., jefa desde mediados de septiembre de 2003 hasta el 30.10.03, en que causó baja voluntaria por encontrar otro empleo; la auditoría reveló desorganización en los expedientes de los trabajadores, ausencia de fichas de prevención o fichas incompletas de contratación.

III) El 27.10.03 la Confederación Intersindical Galega (CIG) presentó preaviso deelecciones en la delegación de A Coruña, primeras en la empresa; aquella notificación no refiere el nombre de la demandante.

Mediante correo certificado con acuse de recibo fue enviado a la empresa, que lo recibió el 30.10.03 por medio de la coordinadora de servicios doña C.M., que hasta mediados de septiembre de 2003 había sido jefa de la delegación.

IV) La actora tenía intención de presentarse a la elección como candidata de la CIG, realizó gestiones previas al proceso electoral asesorada por un liberado de la CIG del sector bancario y el 24.10.03 mantuvieron reunión con otras dos compañeras en la que quedó patente la candidatura de la demandante, que tenía el apoyo delos trabajadores para ser elegida.

V) El 30.10.03, mediante carta suscrita por don G.F.J. (Director General de "E., S.A."), la empresa le comunicó el despido por disminución continuada y voluntariaen el rendimiento de trabajo pactado.

El 31.10.03 la empresa reconoció la improcedencia del despido y consignó 3.752,98 euros como indemnización.

VI) El 27.11.03 se inició el proceso electoral.

El 02.12.03 se celebró la elección; fue elegida doña C.M., en representación de la Unión General de Trabajadores, que decidió concurrir dos o tres días después del preaviso.

VII) CIG impugnó las elecciones al no constar la demandante en el censo de trabajadores.

El laudo de 11.12.03, que estimó la impugnación proceso electoral, no es firme por impugnación de la empresa; el Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña, por providencia de 09.01.04, acordó suspender el plazo para dictar sentencia a resultas del actual proceso de despido.

VIII) La empresa le remitió comunicaciones similares sobre retribución variable en fechas 26.03, 22.05 y 02.09.03

La responsable de administración laboral sra. F. remitió correos electrónicos a la delegación de A Coruña en fechas 15 y 24.10.03.

QUINTO.- Los datos objetivos expuestos en el fundamento anterior, llevan a desestimar la infracción normativa que la recurrente

denuncia, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- El Tribunal Constitucional, desde susentencia 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.

2ª.- La sentencia recurrida ampara esa inversión de la carga de la prueba en que, afirmada por la demandante lesión del derecho de libertad sindical en su aspecto o vertiente individual (art. 28.1 de la Constitución), consistente en que la empresa le impidió participar en el proceso electoral, la demandada no justificó de forma objetiva y razonable el despido disciplinario de aquélla.

Ratificamos la argumentación judicial de instancia, si tenemos en cuenta:

a) La coincidencia cronológica del preaviso de elecciones y del despido. Aunque se ignora exactamente cuál de esos actos precedió al otro, entendemos que la decisión empresarial litigiosa, extintiva del contrato de trabajo, es efecto directo e inmediato del proceso electoral anunciado y de la participación en él mismo de la demandante; así lo revelan la carencia de fundamento o detalle mínimos en la causa disciplinaria del despido (disminución del rendimiento profesional) comunicada a la actora, así como, sin solución de continuidad, el reconocimiento de su improcedencia por la propia empresa; al efecto, los correos electrónicos y la auditoría que recogen los hechos probados 9º y 10º no refieren la persona de la demandante como eventual responsable de los hechos que exponen y del área al que se proyectan, y las cartas de la empresa que recoge el hecho probado 8º atribuyen a la actora un concepto salarial dependiente de su productividad aún en períodos anteriores a la decisión litigiosa.

b) La candidatura de la demandante al proceso electoral no resultó desconocida por la empresa, si tenemos en cuenta las gestiones previas que aquélla realizó a tal fin, el número de trabajadores en la delegación de A Coruña, y también porque, entre éstos, figuraban cargos representativos de la empleadora, una de las que –ex jefa de la delegación hasta el mes anterior al preaviso de elecciones y desde entonces coordinadora de servicios- también concurrió y resultó elegida; por otra parte, el laudo de 11.12.03, aún sin firmeza, aceptó la impugnación electoral al no constar la demandante en el ceso de trabajadores de la empresa.

3ª.- En consecuencia, el despido resulta extraño a la objetividad o razonabilidad mínimamente exigibles y, además, es sindicalmente antijurídico tanto porque causó a la afectada un perjuicio que no está obligada a soportar, como porque la empresa no probó la existencia de causas justificativas de la afectación negativa del derecho fundamental de la destinataria.

SEXTO.- De acuerdo con el artÌculo 202 LPL, ha de darse el destino legal al depÛsito para recurrir y a la consignaciÛn efectuadas por la recurrente que, conforme al artÌculo 233.1 LPL, ha de abonar los salarios de letrada de la actora-impugnante del recurso por importe de trescientos cincuenta euros (350 €).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de "E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, de 12 de marzo de 2004 en autos nº 1.003/2003, que confirmamos.

3911 **Recurso nº 2.487/04**

S.S. EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADOS EN FRAUDE DE LEI.

Ponente: Ilmo. Sr. Don J. Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a nueve de julio de dos mil cuatro

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 2.487/04, interpuesto por la empresa "E., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 36-04 se presentó demanda por don J.D.G. en reclamación de Despido siendo demandada la empresa "E., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 29 de marzo de 2004 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.D.G., con D.N.I. … viene prestando servicios para la empresa demandada dedicada a la actividad de pintura desde el 3 de abril de 2000 con la categoría profesional de Oficial 1ª y percibiendo un salario mensual de 951,38 €. El trabajador firmó los siguientes contratos: 3 de abril de 2000, cese 28 de septiembre de 2000; 1 de octubre de 2000, cese 12 de enero de 2000; 16 de enero de 2001, cese 24 de enero de 2002; 29 de abril de 2002, cese 4 de octubre de 2002; 23 de octubre de 2002, cese 20 de diciembre de 2002 14 de enero de 2003. Todos los contratos eran para obra o servicio determinado, definido como trabajos de pintura complejo E.E., a excepción del firmando el 1 de octubre de 2000 que era para mantenimiento pintura plataforma gaviota. Estuvo de baja por accidente de trabajo en los meses de enero, febrero y marzo de 2002. Los ceses fueron por fin de obra, firmando el trabajador los correspondientes finiquitos, a excepción del último contrato. Los contratos recogían como cláusula tercera que dadas las características de la obra, no todos los productores contratados para la misma obra tendrán que cesar al mismo tiempo, conviniendo expresamente que el trabajador podrá cesar en cualquier momento una vez vaya sobrando personal de acuerdo con la realización de las distintas fases de la obra, correspondiendo a la empresa determinar el personal sobrante.- SEGUNDO.- Mediante carta de fecha de 4 de diciembre de 2003 se le comunicó la finalización del contrato de trabajo duración determinada suscrito en fecha 14 de enero de 2003 el día 19 de diciembre de 2003. Anualmente la empresa E.E. contrata los servicios de la empresa demandada para trabajos varios de repintado en fábrica, tratándose de una actividad habitual y permanente, no habiendo finalizado los correspondientes al año 2003. Normalmente se paran las labores en diciembre y continuaban en enero, llamándose en ocasiones a los mismos trabajadores. En el año 2004 se incorporaron 2 nuevos trabajadores, no haciéndolo el demandante, siendo la plantilla de aproximadamente 15 trabajadores.- TERCERO.- En fecha 19 de enero de 2004 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación entre las partes con el resultado de sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Estimando la demanda interpuesta por don J.D.G. frente a la empresa "E., S.L." declaro improcedente el despido del trabajador mencionado, y en su consecuencia condeno al demandado a su readmisión de las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación previstos en esta resolución, o a su elección, al abono de las siguientes cantidades: a) Una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 42 mensualidades, resultando una cantidad de 5.304,17 €.- b) Una cantidad en concepto de salarios de tramitación desde la fecha del despido, 19 de diciembre de 2003 hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, ascendiendo el salario regulador diario a 31,73 €.- La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia en la secretaria de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, en espera de su firmeza. En el supuesto de no optar por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta del trabajador en la Seguridad Social durante el periodo de devengo de los salarios de tramitación."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase 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 de suplicación relativos a la impugnación procesal y a las denuncias jurídicas sustantivas, y a uno de los motivos de suplicación relativos a la revisión fáctica –admitiendo los otros dos-, el demandante, ahora recurrido, solicita, en el escrito de impugnación, la confirmación íntegra de la sentencia de instancia, y con una expresa solicitud de condena en las costas del recurso de suplicación.

SEGUNDO.- Respecto a 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, lo alegado es la existencia de predeterminación del fallo cuando, en la declaración de hechos probados, se recoge, como antigüedad del trabajador, la de 03.04.00 –Hecho Probado Primero-, lo que, en buena técnica, debería canalizarse a través de la letra b), aunque la adecuada argumentación del motivo –satisfaciendo las exigencias establecidas en el artículo 194 de la Ley de Procedimiento Laboral- no determina el rechazo por defectos de planteamiento –artículo 24 de nuestra Constitución-.

Ahora bien, el motivo, tendente a la supresión del dato de la antigüedad, se rechaza por motivos de fondo, ya que, en la declaración de hechos probados, no se afirma cual sea la antigüedad del trabajador, sino, con un exquisito cuidado en la redacción fáctica, se dice que el trabajador *"viene prestando servicios para la empresa demandad ... desde el 3 de abril de 2000",* aclarándose, además, cuáles son los contratos suscritos entre las partes –véase el Hecho Probado Primero-, de donde, en modo alguno, el juzgador de instancia ha predeterminado el fallo en la redacción de los hechos declarados probados, posibilitando asimismo, con su relato, el desenvolvimiento del debate jurídico.

TERCERO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, se pretenden las siguientes modificaciones fácticas en la suplicación de la recurrente:

1ª. La sustitución, en el Hecho Probado Primero, del inciso donde se dice que *"(el trabajador) estuvo de baja por accidente de trabajo en los meses de enero, febrero y marzo de 2002"*, por otro inciso donde se diga que *"(el trabajador) estuvo de baja por accidente de trabajo desde el 07.09.01 hasta el 26.03.02, volviendo a ser contratado el 29.04.02, transcurridos 34 días naturales"*, sustitución acogible, ya que, aparte de no negarse su admisibilidad en la impugnación del recurso de suplicación, se sustenta esa sustitución en prueba documental literosuficiente –vg. los partes médicos, folios 28 a 30-.

2ª. La adición de un segundo párrafo, en el Hecho Probado Primero, donde se diga que *"en cada uno de los contratos finalizados, excepto en el último, el trabajador ha recibido la liquidación correspondiente y firmado el oportuno finiquito expresándose en todos ellos hallarse completamente saldado y finiquitado quedando totalmente rescindidas las relaciones laborales que le unían con la empresa",* y que *"entre los contratos suscritos entre las partes, concretamente entre el 3º y el 4º han transcurrido, desde que el actor causó alta por curación de la IT, 34 días, y entre el 5º y el 6º, 24 días",* adición acogible, ya que, aparte de no negarse su admisibilidad en la impugnación del recurso de suplicación, se sustenta esa sustitución en prueba documental literosuficiente –vg. los recibos de finiquito y otros documentos relativos a la finalización de los contratos de trabajo obrantes en los autos-.

En el escrito de impugnación del recurso de suplicación se realizan dos apreciaciones respecto a las dos anteriores revisiones fácticas. La primera, la de que, si se recogen los recibos de finiquito en lo que interesa a la empresa recurrente, se deben recoger en todo su contenido, incluyendo la causa manifestada de la baja del trabajador, lo que efectivamente se admite, y así se deben tener por recogidas. La segunda, la de que, con relación a los periodos intercontractuales, su medida con referencia a días naturales no ostenta significación jurídica, e incluso, si atendemos a días hábiles, el de 24 días, producido entre 20.12.02 y 14.01.03, sólo comprende 17 días hábiles, lo que efectivamente es cierto, y así se considerará en el ámbito jurídico del recurso.

3ª. La sustitución, en el Hecho Probado Segundo, del inciso donde se dice que *"anualmente la empresa E.E. contrata los servicios de la empresa demandada para trabajos varios de repintado de fábrica, tratándose de una actividad habitual y permanente, no habiendo finalizado los correspondientes al año 2003... normalmente se paran las labores en diciembre y continúan en enero, llamándose en ocasiones a los mismos trabajadores... en el año 2004 se incorporaron dos nuevos trabajadores, no haciéndolo el demandante, siendo la plantilla de aproximadamente 15 trabajadores", por otro inciso donde se diga que "los trabajos de pintura en el complejo E.E. (objeto de algunos de los contratos de trabajo) están supeditados a los contratos que a su vez la empresa demandada firma con ENCE de carácter y periodicidad anual y para trabajos auxiliares concretos y determinados que se fija en cada uno de ellos, bajo un precio cierto y alzado para cada año, contratos que se suscriben normalmente en los meses de febrero o marzo y finalizan siempre al final de cada año ... el último contrato suscrito entre la demandada y E.E. es de fecha 19 de marzo de 2003 y se pacta en su cláusula octava que la fecha de terminación de los trabajos es de 31 de diciembre de 2003 ... la demandada a día de la fecha todavía no ha firmado con E.E. el contrato correspondiente a 2004 ... también la demandada fue subcontratada para los trabajos de mantenimiento de la Plataforma Casablanca en Tarragona y para los contratos de pintura de la Plataforma Gaviota, ambos independientes de los contratos suscritos con el complejo E.E.",* sustitución inacogible por los siguientes razonamientos:

En primer lugar, porque se realiza una invocación de prueba documental tan amplia –se alude a los folios 95 a 106, 286 a 290, 311 y 312, 323 y 324, 352 a 365, 408 y 409, 415 a 418 y 429 y 430-, y además sin especificar, con relación a cada grupo de folios invocados, los extremos fácticos deducidos, que se está cometiendo incumplimiento del artículo 194 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En segundo lugar, porque se sustenta la revisión fáctica, aparte de en esa documental, en la confesión judicial del demandante y en la testifical del encargado de personal, lo que, en modo alguno, se puede considerar prueba hábil a los efectos de la revisión fáctica en sede de recurso de suplicación, al encontrarse fuera del artículo 191, letra b), de la Ley de Procedimiento Laboral.

En tercer lugar, porque algunas afirmaciones del relato alternativo son claramente hechos negativos –como la falta de suscripción de la contrata relativa a 2004-, y, además, se eliminan algunas afirmaciones del relato judicial que no obedecen a hechos ficticios –como la no finalización de los trabajos de 2003-, lo que no permiten los artículos 191 y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral.

CUARTO. Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, la parte recurrente denuncia (1) la infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil en relación con la jurisprudencia relativa al valor liberatorio del finiquito, y (2) la infracción de los artículos 15 y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Ley 63/1997, de 25 de diciembre, y con el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre –sin concretar cuales normas se infringen de esa Ley y de ese Real Decreto-. Ahora bien, un desarrollo argumental lógico –que es el mismo seguido en la sentencia de instancia- nos llevará a examinar, en primer lugar, el segundo motivo –referido a la calificación de procedencia/improcedencia de la extinción del contrato de trabajo-, y, en segundo lugar, el primer motivo –con incidencia en la antigüedad del trabajador, y, en suma, en la indemnización de despido improcedente-. Por su lado, el demandante, ahora recurrido, se ha opuesto a las denuncias jurídicas.

QUINTO.- En cuanto a la infracción de los artículos 15 y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Ley 63/1997, de 25 de diciembre, y con el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre –sin concretar cuales normas se infringen de esa Ley y de ese Real Decreto-, la denuncia es inacogible, ya que, aunque la Sala no desconoce la jurisprudencia permisiva de la suscripción de contratos temporales para obra o servicio determinado vinculados a la duración de una contrata de la empleadora –jurisprudencia que, sin embargo, no se ha citado adecuadamente, ya que se citan sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y no del Tribunal Supremo, que son las únicas que conforman jurisprudencia de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil-, dicha jurisprudencia no es, en el caso de autos, aplicable, apreciándose, en consecuencia, una contratación fraudulenta por los siguientes razonamientos:

1º. Porque, si comparamos la duración de los contratos de trabajo suscritos entre el trabajador y la empresa empleadora –Hecho

Probado Primero- con la duración de las contratas con la empresa cliente –Hecho Probado Segundo-, observamos que, a lo menos en dos ocasiones, se ha cesado al trabajador antes de finalizar la contrata –el 28.09.00 y el 04.10.02-, y, aunque en la primera ocasión se le volvió a contratar el 1.10.2000 para una obra o servicio determinado diferente, en la segunda ocasión se le volvió a contratar el 23.10.02 para la misma obra o servicio determinado, lo que demuestra una clara desvinculación entre los contratos de trabajo y las contratas de servicios.

2º. Porque, ahondando en esa idea de desvinculación entre los contratos de trabajo y las contratas de servicios, debemos considerar que, en la declaración de hechos probados, se afirma la no finalización de los trabajos correspondientes a 2003 –Hecho Probado Segundo, con correcto razonamiento de su sustento probatorio en Fundamento de Derecho Primero-, lo que, además, se compadece con que, en algún año anterior, el contrato de trabajo del propio demandante se extendió algo más allá del 31 de diciembre –en concreto, el contrato de 16.01.01 se extendió hasta el 24.01.02, Hecho Probado Primero-.

3º. Porque, en un análisis complementario de las actuaciones judiciales –y en concreto de la diligencia para mejor proveer practicada, folios 268 a 447-, se observa como esa desvinculación entre los contratos de trabajo y las contratas de servicios aparece con relación a otros trabajadores que, en no pocas ocasiones, son contratados dos veces para la misma obra o servicio determinado dentro de un mismo año y, por lo tanto, dentro de un mismo periodo de la contrata de servicios, que es anual –Hecho Probado Segundo-, apreciándose en suma un elevado –por no decir un absoluto- grado de temporalidad contractual en la totalidad de la plantilla de la empresa empleadora.

4º. Porque el grado de indeterminación de la cláusula de temporalidad derivado de la desvinculación de los contratos de trabajo con la duración de la contrata de servicios, se incrementa con la circunstancia de vincular la obra o servicio determinado, además de a la contrata de servicios, a la existencia de trabajo dentro de la propia contrata de servicios, *"correspondiendo a la empresa determinar el personal sobrante"* –Hecho Probado Primero-, lo que, situándonos en una clara contravención del artículo 1.256 del Código Civil, nos ratifica en la idea de que, entre los contratos de trabajo y la contrata de servicios, existe una mera conexión formal, que no obedece a la realidad de las cosas, con la fraudulenta finalidad de permitir al empresario despidos libres de su personal.

5º. Porque, de nuevo acudiendo a un análisis complementario de las actuaciones judiciales –y, en concreto, las contratas anuales con la empresa cliente, folio 91 a 106-, se observa como –y, por cierto, se trata de un dato cuya introducción se pretendía en la revisión fáctica del recurso de suplicación, y que no se admitió, no por ser en si mismo inacogible, sino por incluirse dentro de una revisión más amplia que sí era, a juicio de la Sala, inacogible- se suscriben las contratas anuales con la empresa cliente algunos meses después –en febrero o en marzo- de la fecha pactada de efectividad –que siempre es el 1 de enero-, haciendo prevalecer la idea de que, en la realidad de las cosas, se mantiene la continuidad del servicio, pero, en la apariencia formal, se fragmenta en periodos anuales con la finalidad de facilitar la temporalidad de las relaciones laborales.

6º. Porque, aunque es verdad que, a los efectos de valorar el fraude en la cláusula de temporalidad de un contrato para obra o servicio determinado, no es decisivo el tratarse de actividad estructural de la empresa –el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores admite ese contrato dentro de esa actividad-, debemos considerar que, en el caso de autos, donde lo que falta es la autonomía y sustantividad propia de la obra o servicio determinado objeto de contratación, la circunstancia de encontrarnos ante una actividad estructural de la empresa opera, a la vista de las demás circunstancias expuestas, como nueva apoyatura del fraude contractual, en cuanto demuestra la continuidad real de los servicios.

Resumiendo, en la sentencia de instancia no se han infringido los artículos 15 y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Ley 63/1997, de 25 de diciembre, y con el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, de donde, a los efectos de la posterior denuncia jurídica –la relativa a la infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil en relación con la jurisprudencia relativa al valor liberatorio del finiquito-, debemos ahora considerar que, en la totalidad de la cadena contractual, los contratos de trabajo eran fraudulentos.

SEXTO.- En cuanto a la infracción de los artículos 1.281 y 1282 del Código Civil en

relación con la jurisprudencia relativa al valor liberatorio del finiquito, argumentada en la ruptura de la cadena contractual a consecuencia de los recibos de finiquito suscritos después de cada relación contractual excepto la última originadora del litigio –Hecho Probado Primero-, la denuncia es inacogible, ya que, atendiendo a la jurisprudencia –esto es, a la emanada del Tribunal Supremo, de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil- que el juzgador de instancia adecuadamente aplica –y, aparte de las sentencias que aquél cita en el Fundamento de Derecho Segundo, se podría ampliar la cita a la más moderna, y muy didáctica, Sentencia de 15 de febrero de 2000, Recurso 2.554/1999, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo-, el tiempo de servicio contemplado a efectos de cálculo de la indemnización de despido improcedente no es la antigüedad en el último contrato, sino el de servicio desde el inicial contrato, si, entre cada contrato y el siguiente de la cadena, no hay solución de continuidad, y no la hay cuando la interrupción es breve, inferior a la caducidad de la acción de despido, ni siquiera cuando median recibos de finiquito –y, en este sentido, son básicas las Sentencias de 30 de marzo de 1999, Recurso 2.594/1998, y de 29.09.99, Recurso 4.936/1998, de la referida Sala de lo Social-.

Aunque el motivo de denuncia jurídica se ha construido sobre la existencia de recibos de finiquito y aunque esa construcción ha sido rechazada, lo que, sin más, debería hacer decaer el motivo, lo cierto es que, en diversos párrafos del recurso de suplicación, se alude a la ruptura de la cadena contractual porque, en dos interrupciones contractuales, se supera la caducidad de la acción de despido, de ahí que –con la finalidad de una mejor satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24 de la Constitución- sea conveniente agregar que, en cuanto a la interrupción entre 20.12.02 y 14.1.03, sólo comprende 17 días hábiles, y que, en cuanto a la interrupción entre 24.01.02 y 29.04.02, aunque sí supera los 20 días hábiles, se entiende irrelevante a los efectos de la ruptura de la cadena contractual –como asimismo se entendió en la sentencia de instancia, Fundamento de Derecho Segundo- debido a la situación de incapacidad temporal del trabajador desde 07.09.01 hasta 26.03.02 –Hecho Probado Primero-, y –circunstancia alegada en el escrito de impugnación y que, a la vista de la declaración de hechos probados, resulta creíble- a la necesidad de ajustes en la plantilla tendentes a reingresar al trabajador –reajustes que, si el trabajador fuese fijo, no serían necesarios, ya que, por la incapacidad temporal, tendría el derecho a la reserva de su puesto, y que, en suma, obedecen a la mecánica contractual impuesta por la empresa-.

SÉPTIMO.-

De acuerdo con el artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, se condenará a la empresa a la pérdida de depósitos y consignaciones para recurrir en suplicación y, de acuerdo con el 233, a las costas del recurso.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la entidad mercantil "E., S.L." contra la Sentencia de 2 de marzo de 2004 del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, dictada en juicio seguido a instancia de don J.D.G. contra la recurrente, la Sala la confirma íntegramente.

3912 **Recurso nº 7.194/2001**

S.CA NON EXCLUSIÓN DAS BASES DE COTIZACIÓN DAS CANTIDADES ABOADAS BAIXO O CONCEPTO DE AXUDAS DE CUSTO, LOCOMOCIÓN-TRANSPORTE, AO NON SE ACREDITAR QUE CORRESPONDEN A COMPENSACIÓN POR GASTOS QUE SE VIRAN OBRIGADOS A REALIZAR OS TRABALLADORES FORA DO ESTABLECEMENTO EMPRESARIAL. NON EXCEPTUACIÓN POLO ESTABLECIDO EN CONVENIO COLECTIVO DA NORMA IMPERATIVA RELATIVA Á EXCLUSIÓN DE CANTIDADE EN CASO DE IMPOSIBILIDADE DE XUSTIFICAR A CONTÍA DO GASTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez

A Coruña, a doce de julio de dos mil cuatro

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 7.194/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "O.C.C., S.L.", con D.N.I. número …, domiciliado en Santiago, representado por doña M.A.G.G. y dirigido por la Letrada doña M.J.M.G., contra Resolución de 27.11.00 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Inspección de Trabajo de Valladolid de 17.05.00 sobre actas de liquidación e infracción; expte. RASS 113/2000. Es parte la administración demandada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada por Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 82.469 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 6 de julio de 2004, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en este recurso jurisdiccional la resolución de 27 de noviembre de 2000 del Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valladolid, notificada el 7 de diciembre, por la que se desestima recurso de alzada contra resolución de la Unidad de Inspección de Trabajo y SS. en la Dirección Provincial de Valladolid de la T.G.S.S. de 17 de mayo de 2000.

Alega - en síntesis- la recurrente la nulidad de pleno derecho o en su caso la anulabilidad de las Actas de Liquidación de cuotas así como de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valladolid por el importe que se consigna en el connumeral I de los hechos de la demanda, porque las cantidades que figuran en los recibos de salarios de los trabajadores según la documentación solicitada a y remitida por la empresa en concepto de dietas y transporte no computa en la base de cotización por tratarse de gastos de esa naturaleza; en el escrito de alegaciones ya manifestó la disconformidad con los hechos mencionados en dichas actas y la Inspección modificó las mismas en los términos que especifica en el connumeral III, aunque establece unos límites a la hora de excluir de la base de cotización las cantidades percibidas por los trabajadores en concepto de dietas, esto es que deben ser inferiores a las cuantías establecidas en el art. 4 del RD 1.841/91; que el trabajador que las perciba debe tener su domicilio habitual fuera del lugar donde desarrolle su trabajo y que el desplazamiento del trabajador debe ser en tiempo inferior a 183 días por cada contrato de obra.

Según el art. 8 – a mayor abundamiento- del RD 928/98 en su apartado 2 las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de 9 meses, salvo que la dilatación sea imputable al sujeto a inspección; asimismo no se podrán interrumpir por más de tres meses; si se interrumpen decae la posibilidad de extender el acta de infracción y no se interrumpe el cómputo para su prescripción. En el presente caso las visitas de la inspección tuvieron lugar entre el 22.05.98 y el 17.09.98 y desde la primera visita el 24 de abril de 1998 hasta la fecha de notificación el 1 de diciembre de 1999 han transcurrido más de 9 meses, con lo que sendos efectos se han producido.

Por último en lo referente a la sanción impuesta en modo alguno la Administración probó el dolo, culpa o al menos negligencia de la recurrente o sus representantes.

II.- Evidentemente frente a las actas de liquidación por falta de cotización a la SS, Régimen General, al considerar la Administración demandada que según puede comprobarse en los documentos correspondientes o recibos de salarios, las cantidades abonadas a los trabajadores en concepto de dietas, locomoción-transporte tienen la naturaleza de una mejora o incremento salarial, por lo que no procede su exclusión de las bases de cotización, y las resoluciones que desestimaron los recursos contra las mismas interpuestos, se erige como primer motivo impugnatorio del

recurso por la sociedad recurrente la vulneración del procedimiento legalmente establecido, transcribiendo para ello los preceptos que disponen que las actas de liquidación e infracción no deben dilatarse por espacio de más de 9 meses ni se pueden interrumpir por más de 3 meses. Si se incumplen esos plazos ni se interrumpe el cómputo de la prescripción y decae la posibilidad de extender acta de infracción o liquidación.

Ciertamente 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 artículo 8, relativo a la actividad inspectora previa, dispone que se entiende por actividad inspectora previa al procedimiento sancionador, a los efectos del presente Reglamento, el conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social.

Tales actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección; asimismo, no se podrán interrumpir por más de tres meses. Si se incumplen dichos plazos, no se interrumpirá el cómputo de la prescripción y decaerá la posibilidad de extender acta de infracción o de liquidación como consecuencia de tales actuaciones previas, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en la que pudieran haber incurrido los funcionarios actuantes.

Ello no obstante, en los supuestos anteriormente citados, y siempre que no lo impida la prescripción, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá promover nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos y extender, en su caso, las actas correspondientes. Las comprobaciones efectuadas en las actuaciones inspectoras previas caducadas, tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas, haciendo constar formalmente tal incidencia.

III.- En el supuesto que se examina sin embargo en los hechos de la resolución de las actas de infracción y liquidación dictada por la Unidad de Inspección se hace constar que la actuación de la Inspección es realizada por visitas al centro de trabajo y examen de la documentación laboral, de las declaraciones de la empresa a efectos de deducción en concepto de IRPF sobre los trabajadores que se relacionan en el anexo, así como de la vida laboral de los mismos, registrada en la Tesorería de la Seguridad Social; se hace constar en el acta que la remisión de la documentación se realiza en diversas fechas, siendo la última el 07.09.99; ergo la dilación es imputable al sujeto a la inspección, salvedad que se contempla en el referido precepto del Real Decreto que se invoca; a mayor abundamiento si las actuaciones inspectoras no se podrán interrumpir por más de tres meses, siempre que no lo impida la prescripción la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá promover nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos y extender, en su caso, las actas correspondientes. Las comprobaciones efectuadas en las actuaciones inspectoras previas caducadas, tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas, haciendo constar formalmente tal incidencia. Sin duda si el incumplimiento de los plazos no interrumpe el cómputo de la prescripción, no alega sin embargo la recurrente y menos acredita que la prescripción impide ya promover nuevas actuaciones de comprobación referentes a los mismos hechos; por consiguiente tal motivo debe desestimarse.

IV.- Por otro lado, en contra del parecer de la demandante, la resolución impugnada sobre la base de la realidad fáctica y jurídica que reflejan las Actas de la Inspección levantadas, tras un examen razonado de la documentación de la empresa, considera acreditado el efectivo abono de cantidades a trabajadores identificados bajo el concepto de dietas, locomoción-transporte, sin que proceda excluir de las base de cotización las expresadas cuantías, pues la empresa no ha acreditado en la vía administrativa y menos en la jurisdiccional, que las expresadas cantidades corresponden a compensación por gastos que se hayan visto obligados a realizar sus trabajadores fuera del establecimiento empresarial o centro de trabajo para realizar el mismo en municipio distinto.

Sentado sin embargo que la sociedad recurrente es una empresa con centro de trabajo móvil o itinerante, y que en este supuesto respecto de las dietas es de aplicación supletoria a la propia Ley de la Seguridad Social la normativa tributaria, según se desprende del fundamento séptimo de la resolución de 17 de mayo de 2000, la cuestión que se suscita es la relativa al límite de las mismas a la cuantía del

convenio colectivo, pues si en el parecer de la Administración analizados los argumentos de la empresa así como la documentación aportada es correcto el abono de 22 pesetas km. por los gastos de desplazamiento que computa 770 km. de ida y vuelta y que alcanza la cantidad de 16.940 ptas. así como que debe estimarse el importe de la dieta fijado en el convenio colectivo provincial de la industria de la construcción de Valladolid, no las 2.950 ptas. día para todo el período, tal como explica la resolución recurrida en alzada por la empresa en el fundamento octavo, ¿Cuál es la base para considerar 22 pesetas km. según la empresa?.

La norma tributaria aplicable, esto es el art. 4 del Reglamento de Irpf establece que en caso de imposibilidad de justificar la cuantía del gasto, se excluirá la cantidad que resulte de computar 24 pesetas por km. recurrido, norma de carácter imperativo que no se puede exceptuar en su cumplimiento por lo establecido en un convenio colectivo, no considerándose correcta en ese extremo la aplicación de la norma tributaria, si se acepta la realidad del desplazamiento, por lo que en ese particular ha de estimarse el recurso en cuanto ha de quedar exenta hasta ese importe y en consecuencia excluida de la cotización. Ciertamente de haberse justificado el gasto en su exactitud no solo mediante la presentación del billete como se dice en la resolución recurrida en alzada sino por cualquier medio que acredite la realidad del gasto de desplazamiento, cosa que no hace la empresa pues no interesó el recibimiento del pleito a prueba, en ese preciso importe se exceptuaría de la cotización.

Según la norma tributaria precedente en su art. 4.3 tampoco precisarán justificación en cuanto a su importe los gastos de manutención y estancia a que se refiere el número anterior, que no excedan de 13.000 ptas. diarias..., si se producen por desplazamiento dentro del territorio español; no obstante lo dispuesto en el párrafo precedente, cuando no se haya pernoctado en municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituya la residencia del perceptor, dichas cantidades quedan fijadas, respectivamente, en 3.600 ptas... por tanto, al ser la norma de carácter imperativo tampoco puede exceptuarse en su cumplimiento por aplicación de lo previsto en tal concepto en el convenio colectivo, por no ser ésta incluso la norma más favorable; en este particular extremo también el recurso merece prosperar; no así en relación a las cantidades que pudieren exceder, por cuanto, como queda dicho, la recurrente, al no solicitar el recibimiento a prueba en este caso, no lo ha justificado.

Las cuantías precedentes, con el límite temporal de los 183 días, por cuanto que en el mismo fundamento de la resolución recurrida en alzada se manifiesta en relación a ese límite temporal de que cada contrato no puede exceder de 183 días, de modo que las cantidades que se abonen a partir de la fecha tope, deberán cotizar a la seguridad social, la recurrente por su parte arguye que si además de lo anterior, multiplicamos la diferencia entre las 2.950 ptas. de gastos de manutención que establece el convenio y las 3.600 pesetas que señala el Reglamento IRPF, por el número de días de cada trabajador (con el límite de 183) tendremos las cantidades siguientes..., han de exceptuarse de la cotización no solo en el importe reglamentario que no necesita justificación, sino también con el límite temporal no de los 183 días, del que parte la Inspección sobre la base de que se considera que una persona tiene residencia habitual en España si permanece más de 183 días en territorio español (art. 12 de la Ley reguladora del Impuesto), ni de los 12 meses en tres años a tenor del art. 40.4 del Estatuto del Trabajador relativo a la movilidad geográfica, por ser un mero criterio legal delimitador del traslado respecto de los desplazamientos de trabajadores y no medio de justificación de la realidad de los gastos de estancia y manutención, sino respetando los días en que el trabajador estuvo de alta en la Seguridad Social como consecuencia del efectivo trabajo y prestación personal de servicios en calidad de desplazado en los centros de trabajo móvil o itinerante de referencia de la empresa, extremo huérfano por tanto de justificación en el caso de autos, por cuanto según queda afirmado la empresa recurrente no solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

Resta para concluir que la infracción imputada a titulo de simple negligencia sobre la pretendida base del deber que le incumbe a tenor del art. 104 de la LGSS, ha de anularse, pues en modo alguno la Administración ha probado que haya actuado con dolo, culpa o negligencia en el cumplimiento de tal deber, sino que obedeció sin duda a una interpretación correcta al menos en parte de la normativa aplicada.

En atención a lo que precedentemente se ha razonado el recurso de la actora ha de estimarse en parte.

V.- No son de apreciar, por consiguiente, motivos determinantes de expresa condena en costas a la parte aquí recurrente, al no concurrir las circunstancias que conforme al art. 131 de la Ley Jurisdiccional, harían preceptiva su imposición.

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

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso contencioso-administrativo número 7.194/2001 interpuesto por doña M.A.G.G., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de "O.C.C., S.L." contra la resolución de 27 de noviembre de 2000 del Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valladolid, notificada el 7 de diciembre, por la que se desestima recurso de alzada contra resolución de la Unidad de Inspección de Trabajo y SS. en la Dirección Provincial de Valladolid de la T.G.S.S. de 17 de mayo de 2000; en consecuencia se anula –sanción incluida- al tiempo que se acuerda la modificación de las actas impugnadas en las cuantías que resultan inaceptadas por la recurrente, las cuales han de finarse conforme a los parámetros de exención que establece el Reglamento del IRPF, en su art. 4, Dos. Gastos de locomoción. a) 2 y Tres. Gastos de manutención y estancia. 3, en función obviamente de los días en que el trabajador estuvo de alta en la Seguridad Social como consecuencia del efectivo trabajo y prestación personal de servicios en calidad de desplazado en los centros de trabajo móvil o itinerante de referencia de la empresa que debidamente justifique; el resto de la pretensión en lo que se aparte del particular precedente se desestima; sin hacer expresa imposición de costas.

3913 Recurso nº 1.517/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO. HORARIO E QUENDAS. NULIDADE DA MODIFICACIÓN EFECTUADA SEN FASE DE CONSULTAS. OUTRAS MODIFICACIÓNS NON SUBSTANCIAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a doce de julio de dos mil cuatro

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. 1.517/03 interpuesto por Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia y Fundación Pública Hospital de Verín 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 Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado Fundación Pública Hospital de Verín en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 930/02 sentencia con fecha once de diciembre 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 presente conflicto colectivo afecta a 27 ATS/DUE adscritos a los servicios de Hospitalización y Urgencias y a 8 Auxiliares de Enfermería adscritos a los servicios de Quirófano y consultas externas. La empresa tiene 165 trabajadores, 40 auxiliares de enfermería y 34 ATS/DUE.- SEGUNDO.- El día 23 de julio de 2002 se establece una reunión entre el Comité empresa y la Dirección en la que se informe de que se tiene la intención de realizar cambios en el funcionamiento colectivo de auxiliares de enfermería.- TERCERO.- De las 8 auxiliares afectadas: 2 estaban realizando un turno de 12 horas (de 8 a 20 horas), en consultas externas de lunes a viernes, y el fin de semana en Urgencias, 2 estaban realizando un turno partido de 8:30 a 17 horas de lunes a viernes, menos en verano (15 de junio a 15 de setiembre) en el que el turno era de 8 a 15 horas; Dos estaban realizando un turno de 12 horas, de 8 a 20 horas, en consultas quirófano de lunes a viernes y el fin de semana en Urgencias, y 2 estaban realizando exclusivamente guardias localizadas de 22 a 8 horas de lunes a domingo, trabajando 15 días al mes.- CUARTO.- El día 22 de agosto de 2002 se produce una reunión a la que acude el colectivo de profesionales afectados por la medida y en calidad de asesor don A.G.M. como miembro del comité de empresa de cuyo órgano es presidente. Se encuentran también, en esta reunión, la gerencia, la Subdirec-

ción de Operaciones y la Dirección de Operaciones. En esta reunió se explica al colectivo que pasarían a formar parte de una cartelera única realizando las mismas funciones que hasta la fecha pero de forma rotatoria y ajustando turnos a la actividad del centro.- QUINTO.- Ese mismo día se celebra una reunió entre la Dirección y el Comité de Empresa en la que se levanta acta del siguiente tenor literal: 1.- Se informa sobre la reunión mantenida por parte de la gerencia con el colectivo de auxiliares de enfermería de quirófano y aquellas que realizan en la actualidad turnos de 12 horas en consultas externas y urgencias, con presencia del presidente del comité de cara a la formación de un pool de 8 personas que cubran la actividad de consultas, urgencias, quirófano y localizadas de quirófano. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. Esta modificación conllevaría una modificación de cartelera. Se informa sobre la propuesta realizada y se queda a la espera de la contra propuesta si la hubiere del comité. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto 1, es un cambio sustancial de las condiciones de trabajo del referido personal. 2. Se informa también al comité que en aplicación del nuevo convenio se plantea la posibilidad de establecer un turno rotatorio respetando los derechos de libranzas, del personal de enfermería de planta y urgencias de cara a la cobertura de los traslados que necesitan enfermería. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. El Presidente del Comité de empresa manifiesta que en la negociación del convenio de Fundaciones Públicas Sanitarias se acordó de buena fe por ambas partes que las guardias localizadas en convenio se ponían para regularizar las guardias de los trabajadores que actualmente las estuviesen realizando y que las guaridas actuales se venían realizando de carácter voluntario y que cree que estos no son mecanismos, al obligarle a cada trabajador a realizar dicha cobertura que se venía realizando de manera voluntaria. De todas formas la gerencia cree que el texto está claro y oferta que el comité realice contrapropuesta su lo estima necesario sobre este punto. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto 2, es un cambio sustancial e las condiciones de trabajo del referido personal.- SEXTO.- En fecha 26 de agosto de 2002 se remite informe al Comité de empresa sobre el cambio, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido.- SEPTIMO.- En fecha 28 de agosto de 2002 se entrega a cada uno de los auxiliares de enfermería afectados, comunicación escrita del siguiente tenor literal: "…Verín, a 28 de agosto de 2002.- Le comunico que a partir del 30 setiembre 2002, deberá realizar los turnos laborales que se detallan en la cartelera adjunta. Dicha cartelera como se había comentado es susceptible de modificación. A tal efecto se el convoca el viernes día 6 setiembre a las 13 h en la sala juntas…". La medida comunicada supone que a partir de la fecha indicada, deben de realizar todos ellos, turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (guardias localizadas) rotando por los diversos servicios afectados.- OCTAVO.- En fecha 6 de setiembre de 2002 se produce una reunión entre la Subdirección y el colectivo afectado En fecha 9 de setiembre de 2002 los trabajadores afectados presentan un escrito oponiéndose a la medida. En fecha 10 de setiembre de 2002 se reúnen los trabajadores afectados, menos doña B.G.L., con la Gerencia, la Subdirección de Operaciones y la Dirección de Operaciones, se les ofrece la cobertura de un 10% de los fines de semana, mediante contratación temporal. En fecha 12 de setiembre se reúne la Dirección y el Comité de empresa, en la que la Dirección propone el darle la oportunidad a los afectados de solicitar cambio de destino, cambio que se producirá después del período de formación del sustituto/a.- NOVENO.- En fecha 18 de marzo de 2002 por tres de los auxiliares afectados se presentan papeleta de conciliación por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En fecha 4 de octubre de 2002 se celebra acto de conciliación con resultado "Sin Avenencia". Por los tres trabajadores afectados se presenta demanda, que es turnada a este Juzgado, acordándose la suspensión del procedimiento, hasta que se resuelva el presente proceso.- DÉCIMO.- En fecha 22 de agosto de 2002 en la reunión mantenida con el Comité de empresa, antes aludida, por la Dirección de la empresa se informó de la intención de la Dirección de establecer turnos rotatorios de localización de enfermería para traslados, con el personal asignado a unidades de hospitalización y urgencias. Dichos servicios consisten en acompañar un ATS/DUE que está de guardia localizada, a los enfermos que deben ser trasladaos a otros centros.- UNDÉCIMO.- En fecha 26 de agosto de 2002 se remitió al comité de empresa informe sobre esta medida, cuyo contenido

por constar en autos se da por reproducido.- DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de agosto de 2002 se entrega a los ATS/DUE comunicación escrita del siguiente tenor literal:"…Le comunico que a partir del 1 de octubre de 2002, a expensas de cualquier otra decisión, realizará turnos de localización de traslados, según cartelera adjunta. Dicha cartelera es susceptible de modificación. Quedando a su disposición para aclarar cualquier tipo de duda…". La medida supone realizar turnos de guardia localizada (una persona por turno) de mañana, tarde y noche, además de la jornada ordinaria.- DECIMOTERCERO.- En fechas 3 y 12 de setiembre se producen reuniones con el comité de empresa, proponiendo este en la reunió del día 12, el que se contrate a personal para realizar dichos turnos de guardias localizadas.- DECIMOCUARTO.- En fecha 16 de setiembre de 2002 se produce una reunión entre el colectivo afectado y la Dirección, y por la Dirección se decidió modificar los turnos por no ser equitativos.- DECIMOQUINTO.- En fecha 1 de octubre de 2002 se comunicó por escrito a todos los ATS/DUE afectados los nuevos turnos a realizar a partir del 1 de noviembre de 2002.- DECIMOSEXTO.- La medida citada fue adoptada por la Dirección como consecuencia de que, dado que las guaridas venían siendo cubiertas por personal voluntario -7 personas- en ocasiones quedan turnos sin cubrir habiéndose producido los siguientes porcentajes de descubiertos:

MES	Turnos a cubrir	Turnos sin cubrir	% de descubierto
Diciembre/01	93	33	35,48%
Enero/02	93	3	3,2%
Febrero/02	84	0	0%
Marzo/02	93	10	10,75%
Abril/02	90	27	30%
Mayo/02	93	28	30%
Junio/02	90	23	25,55%
Julio/02	93	36	38,71%
Agosto/02	93	18	19,35%
Setiembre/02	90	49	54,44%

DECIMOSÉPTIMO.- En fecha 11 de setiembre de 2002 por el Sindicato actor se presenta escrito ante la Comisión Paritaria del convenio aplicable, solicitando el que por dicha comisión se resolviese reclamar a la Fundación Hospital de Verín que deje sin efecto las medidas comunicadas y que de persistir en el mantenimiento de dichas modificaciones, siga el cauce señalado por el Artículo 7 del convenio colectivo.- DECIMOCTAVO.- En fecha 12 de noviembre se reunió la Comisión Paritaria, según certificación de fecha 13 de noviembre 2002 del Secretario de la Comisión se trató "la obligación de ocho auxiliares de enfermería de fundación Pública Hospital de Verín de realizar guardias localizadas". Solicita aclaración del acta de ese día, se emitió nueva certificación en fecha 5 de diciembre de 2002 cuyo contenido por constar en autos se da por reproducida en la que se dice "También se niega a la afectación del conflicto al personal de colectivo de enfermería, porque esta categoría ya tenía obligación de realizar guardias localizadas"·.- DECIMONOVENO.- En fecha 15 de noviembre de 2002 el Sindicato actor presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el acto con resultado "Sin Avenencia" presentando demanda el Sindicato actor en fecha 27 de noviembre 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 el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra la Fundación Hospital de Verín, debo declarar y declaro Nula la medida adoptada por la empresa demandada en relación con los 8 auxiliares Administrativos afectados por éste conflicto, condenando a dicha Fundación a estar y a pasar por esta declaración, así como a reponer dichos trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo, absolviéndola del resto de pedimentos de la demanda".

CUARTO.- Con fecha 20 de diciembre de 2002, por el Juzgado de referencia se dictó Auto de Aclaración que en su parte dispositiva dice: "Estimar el Recurso de Aclaración interpuesto por el letrado don J.A.P.F. en nombre y representación de la Fundación Pública Hospital de Verún, solicitando el que se rectifique en el Fallo de la citada Sentencia donde se dice Auxiliares Administrativos cuando debería ser Auxiliares de Enfermería, y que contra dicha Sentencia cabe Recurso de Suplicación, quedando de la siguiente manera: "Notifíquese esta Sentencia a las partes y adviértaselas que contra la misma podrán interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la notifica-

ción de la presente Sentencia.- Caso de que fuera la Fundación demandada la recurrente, deberá presentar ante este Juzgado de lo Social, certificación acreditativa de haber ingresado en la cuenta del Depósitos y Consignaciones número 3223000065093202, abierta por este Juzgado en el Banco Bilbao-Vizcaya, el depósito especial de 150,25 Euros; no pudiéndosele facilitar el nuevo número de la Entidad bancaria por estar ésta vigente hasta el 31 de diciembre de 2002".

QUINTO.- 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, dictándose sentencia por esta Sala de fecha veintiocho de marzo de dos mil tres, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Fallamos: Desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras y estimando el interpuesto por la Fundación Pública Hospital de Verín, contra la sentencia de fecha once de diciembre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, sobre Conflicto Colectivo, y revocando la sentencia recurrida, se estima la excepción de inadecuación de procedimiento alegado por la empresa demandada, y sin entrar en el fondo del asunto, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de CC.OO., contra la Fundación Pública Hospital de Verín, a la que absuelvo en la instancia de las pretensiones contra ella deducidas".

SEXTO.- Contra esta sentencia se interpuso Recurso de Casación para Unificación de la Doctrina por el Sindicato Nacional de CC.OO. y elevadas las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dicho Tribunal dictó sentencia en fecha diecinueve de mayo de dos mil cuatro cuya parte dispositiva es del siguiente particular:

"Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de CC.OO. contra sentencia de 28 de marzo de 2003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que casamos y anulamos, devolviendo las actuaciones a dicha Sala a fin de que dicte nueva sentencia resolviendo el recurso de suplicación interpuso contra la sentencia de 11 de diciembre de 2002, aclarada por auto de 20 de diciembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social de Ourense nº 1 exclusivamente en cuanto al fondo de la pretensión declarativa deducida en demanda".

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Con fecha 11 de diciembre de 2002, recayó sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Ourense, en la que estimando en parte la demanda de Conflicto colectivo, formulada por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, contra la Fundación Hospital de Verín, declaró nula la medida adoptada por la empresa en relación con los ocho auxiliares de enfermería afectados por este conflicto, condenando a dicha fundación a estar y pasar por esta declaración, así como a reponer a dichos trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo, absolviéndola del resto de pedimentos de la demanda. Sentencia que fue recurrida en suplicación tanto por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, como por la Fundación Pública Hospital de Verín, ante este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recayendo sentencia de 28 de marzo de 2003 (rec. 1.517/03), en la que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia y estimando el interpuesto por la Fundación Pública Hospital de Verín, y revocando la sentencia recurrida, estimó la excepción de inadecuación de procedimiento, alegado por la empresa demandada, y sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda, absolviendo a la empresa en la instancia. Sentencia, que a su vez fue recurrida en casación para unificación de la doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por el Sindicato CC.OO., por considerar que el procedimiento de conflicto colectivo que se había seguido era el adecuado. Recayendo sentencia del TS de 19.05.04 (rec. nº 2.811/03) en la que estimando el Recurso de Casación para Unificación de la Doctrina interpuesto en nombre y representación de CC.OO. contra la sentencia de 28.03.03 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se casó y anuló la referida sentencia, devolviendo las actuaciones a dicha Sala, a fin de que se dicte nueva sentencia resolviendo el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 11.12.02, aclarada por auto de 20.12.02, dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Ourense, exclusivamente en cuanto al fondo de la pretensión declarativa deducida en demanda, en base a estimar, "que el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concre-

tarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante o de una práctica o decisión de empresa que afecte de manera homogénea y diferenciada a un grupo de trabajadores, … y aunque la medida empresarial de cambio de turno no alcance a la totalidad de los ATS (DUE) y AE que trabajan en la empresa, es evidente que los afectados por ella constituyen un conjunto homogéneo de trabajadores puesto que la Fundación adoptó su decisión con carácter general y al margen de las circunstancias personales de cada uno de los integrantes del grupo; y además están unidos por un interés de configuración general, susceptible por ello de ser analizado con perspectiva homogénea para todo el colectivo afectado, consistente en obtener una interpretación única y uniforme de aquella medida que les permita luego obtener la tutela judicial de su derecho individual"; señalando en conclusión "que es evidente que solo cabe mantener el pronunciamiento de inadecuación respecto de la pretensión de condena, no así en cuanto a la puramente declarativa, que debe ser objeto de la correspondiente respuesta judicial en este proceso, por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia; y ello sin que sea necesario reponer las actuaciones al momento de presentación de la demanda para que CC.OO. manifieste por qué opción opta, puesto que ni nos encontramos ante un supuesto incardinable en los arts. 27 y 28 de la L.P.L., ni el sindicato podría decantarse por la de condena, para cuyo ejercicio carecería, en este proceso de legitimación activa, al haber accionado en su propio nombre y no contar con la autorización de los trabajadores afectados, prevista en el art. 20 de la L.P.L.".

La demanda sobre conflicto colectivo presentada por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras, tiene por objeto, se declare la nulidad o subsidiariamente se declare injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo efectuadas por la empresa y notificadas el 28.08.02 (a los auxiliares de enfermería) y el 23.08.02 (a los ATS-DUE), en las que se les participaba que a partir de la fecha indicada los primeros deben realizar turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (guardias localizadas) rotando por los diversos servicios afectados, en tanto que los segundos, realizarían turnos de localización de traslados según cartelera adjunta, lo que suponía turnos de guardia localizada (una persona por turno, de mañana, tarde y noche), además de la jornada ordinaria; pretendiendo igualmente una petición de condena a fin de que se ordene a la empresa demandada a fin de que reincorpore a los trabajadores afectados por tales medidas en su jornada anterior antes de la modificación, condenándola a estar y pasar por tal declaración. Pretensión, esta segunda de condena, que no puede ser objeto de análisis por esta Sala, al tener que limitarse al examen de la pretensión declarativa deducida en la demanda.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo, se hace preciso analizar si procede o no la revisión de hechos que se postula por el Sindicato CC.OO., que con adecuado amparo procesal, interesa se suprima el ordinal quinto de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida. Lo que se rechaza, pues, aparte de que la jurisprudencia tiene declarado, que no es vía adecuada para obtener la revisión la denominada prueba negativa, consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (sentencia del TS 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 precisan documento o pericia que de modo evidente demuestre la equivocación del juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas; lo que no acontece en el supuesto de autos, limitándose la recurrente a manifestar que no existe prueba suficiente haciendo una nueva valoración de la prueba practicada y ya valorada por el Magistrado de instancia, pretendiendo en realidad sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juez "a quo" por el parcial e interesado de la parte.

TERCERO.- Entrando en el examen de la censura jurídica, se denuncia infracción de los arts. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 7, 23 y 25 del Convenio Colectivo aplicable. A este respecto debe señalarse que al no discutirse que el procedimiento de conflicto colectivo es el adecuado (como así lo señaló la sentencia del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia), al tratarse de una modificación de carácter colectivo, habiéndose modificado condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de pacto colectivo o disfrutadas por éstos, en virtud de una decisión del empresario de efectos

colectivos, el único problema se centra en determinar si se han cumplido los requisitos que al efecto se establecen en los arts. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 7, 23 y 25 del Convenio aplicable, y que si bien por el Magistrado de instancia, se entendió que se habían incumplido los artículos citados, en cuanto al grupo profesional de Auxiliares de Enfermería, al no haberse seguido el procedimiento establecido por el art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 7 y 23 del Convenio, habiendo sido una medida adoptada de forma unilateral, no así con relación a los ATS-DUE, justificando el nuevo régimen de trabajo a turnos en la facultad de imponer guardias hasta un máximo de 500 horas que establece el art. 25 del Convenio.

Para una más acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta: A) de conformidad con el art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores: "la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) jornada de trabajo, b) horario, c) régimen de trabajo a turnos…". B) Por su parte el punto 4 del artículo citado señala: "la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a 15 días. Dicho periodo de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellas. Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos una vez transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo. Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución. El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo". C) Por su parte el art. 7 del convenio reconoce a la empresa la facultad de organización de los recursos, si bien las referidas facultades deben conjugarse con los derechos de los representantes de los trabajadores, así el art. 23 dispone: "la dirección del centro podrá modificar los turnos de trabajo por razones estructurales, previa negociación con el Comité de Empresa", y el art. 25.1.3 señala: "se establecerán criterios para una mas precisa concreción de los tres sistemas de guardias fijados (presencia, localizada y mixta), previa consulta del Comité de Empresa", y en el punto 1.4 también establece la necesidad de negociación con el Comité de Empresa para la retribución de las guardias, y en el apartado 1.5, referente a las guardias localizadas, también exige la negociación con el Comité para acordarse los sistemas de compensación mas adecuados a la organización del trabajo.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa deben destacarse los siguientes: A) El presente conflicto colectivo afecta a 27 ATS/DUE adscritos a los servicios de Hospitalización y Urgencias y a 8 Auxiliares de Enfermería adscritos a los servicios de Quirófano y consultas externas. La empresa tiene 165 trabajadores, (40 auxiliares de enfermería y 34 ATS/DUE).- B) El día 23 de julio de 2002 se establece una reunión entre el Comité de empresa y la Dirección en la que se informe de que se tiene la intención de realizar cambios en el funcionamiento colectivo de auxiliares de enfermería.- C) De las 8 auxiliares afectadas: 2 estaban realizando un turno de 12 horas (de 8 a 20 horas), en consultas externas de lunes a viernes, y el fin de semana en Urgencias, 2 estaban realizando un turno partido de 8:30 a 17 horas de lunes a viernes, menos en verano (15 de junio a 15 de setiembre) en el que el turno era de 8 a 15 horas; Dos estaban realizando un turno de 12 horas, de 8 a 20 horas, en consultas quirófano de lunes a viernes y el fin de semana en Urgencias, y 2 estaban realizando exclusivamente guardias localizadas de 22 a 8 horas de lunes a domingo, trabajando 15 días al mes.- D) El día 22 de agosto de 2002 se produce una reunión a la que acude el colectivo de profesionales afectados por la medida y en calidad de asesor

don A.G.M. como miembro del comité de empresa de cuyo órgano es presidente. Se encuentran también, en esta reunión, la Gerencia, la Subdirección de Operaciones y la Dirección de Operaciones. En esta reunió se explica al colectivo que pasarían a formar parte de una cartelera única realizando las mismas funciones que hasta la fecha pero de forma rotatoria y ajustando los turnos a la actividad del centro.- E) Ese mismo día se celebra una reunió entre la Dirección y el Comité de Empresa en la que se levanta acta del siguiente tenor literal: 1.- Se informa sobre la reunión mantenida por parte de la gerencia con el colectivo de auxiliares de enfermería de quirófano y aquellas que realizan en la actualidad turnos de 12 horas en consultas externas y urgencias, con presencia del presidente del comité de cara a la formación de un pool de 8 personas que cubran la actividad de consultas, urgencias, quirófano y localizadas de quirófano. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. Esta modificación conllevaría una modificación de cartelera. Se informa sobre la propuesta realizada y se queda a la espera de la contra propuesta si la hubiere del comité. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto 1, es un cambio sustancial de las condiciones de trabajo del referido personal. 2. Se informa también al comité que en aplicación del nuevo convenio se plantea la posibilidad de establecer un turno rotatorio respetando los derechos de libranzas, del personal de enfermería de planta y urgencias de cara a la cobertura de los traslados que necesitan enfermería. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. El Presidente del Comité de empresa manifiesta que en la negociación del convenio de Fundaciones Públicas Sanitarias se acordó de buena fe por ambas partes que las guardias localizadas en convenio se ponían para regularizar las guardias de los trabajadores que actualmente las estuviesen realizando y que las guaridas actuales se venían realizando con carácter voluntario y que cree que estos no son mecanismos, al obligarle a cada trabajador a realizar dicha cobertura que se venía realizando de manera voluntaria. De todas formas la gerencia cree que el texto está claro y oferta que el comité realice contrapropuesta si lo estima necesario sobre este punto. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto2, es un cambio sustancial de las condiciones de trabajo del referido personal.- F) En fecha 26 de agosto de 2002 se remite informe al Comité de empresa sobre el cambio, cuyo contenido se tiene por reproducido.- G) Con fecha 28 de agosto de 2002 se entrega a cada uno de los auxiliares de enfermería afectados, comunicación escrita del siguiente tenor literal: "…Verín, a 28 de agosto de 2002.- Le comunico que a partir del 30 de septiembre de 2002, deberá realizar los turnos laborales que se detallan en la cartelera adjunta. Dicha cartelera como se había comentado es susceptible de modificación. A tal efecto se el convoca el viernes día 6 setiembre a las 13 h en la sala de juntas…". La medida comunicada supone que a partir de la fecha indicada, deben de realizar todos ellos, turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (guardias localizadas) rotando por los diversos servicios afectados.- H) En fecha 6 de septiembre de 2002 se produce una reunión entre la Subdirección y el colectivo afectado. En fecha 9 de setiembre de 2002 los trabajadores afectados presentan un escrito oponiéndose a la medida. En fecha 10 de setiembre de 2002 se reúnen los trabajadores afectados, menos doña B.G.L., con la Gerencia, la Subdirección de Operaciones y la Dirección de Operaciones, se les ofrece la cobertura de un 10% de los fines de semana, mediante contratación temporal. En fecha 12 de setiembre se reúne la Dirección y el Comité de empresa, en la que la Dirección propone el darle la oportunidad a los afectados de solicitar cambio de destino, cambio que se producirá después del período de formación del sustituto/a.- I) En fecha 18 de marzo de 2002 por tres de los auxiliares afectados se presentan papeleta de conciliación por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En fecha 4 de octubre de 2002 se celebra acto de conciliación con resultado "Sin Avenencia". Por los tres trabajadores afectados se presenta demanda, que es turnada a este Juzgado, acordándose la suspensión del procedimiento, hasta que se resuelva el presente proceso.- J) En fecha 22 de agosto de 2002 en la reunión mantenida con el Comité de empresa, antes aludida, por la Dirección de la empresa se informó de la intención de la Dirección de establecer turnos rotatorios de localización de enfermería para traslados, con el personal asignado a unidades de hospitalización y urgencias. Dichos servicios consisten en acompañar un ATS/DUE que está de guardia localizada, a los enfermos que deben ser trasladaos a otros centros.- K) En fecha 26 de

agosto de 2002 se remitió al comité de empresa informe sobre esta medida, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido.- L) Con fecha 23 de agosto de 2002 se entrega a los ATS/DUE comunicación escrita del siguiente tenor literal:"…Le comunico que a partir del 1 de octubre de 2002, a expensas de cualquier otra decisión, realizará turnos de localización de traslados, según cartelera adjunta. Dicha cartelera es susceptible de modificación. Quedando a su disposición para aclarar cualquier tipo de duda…". La medida supone realizar turnos de guardia localizada (una persona por turno) de mañana, tarde y noche, además de la jornada ordinaria.- M) En fechas 3 y 12 de setiembre se producen reuniones con el comité de empresa, proponiendo este en la reunió del día 12, el que se contrate a personal para realizar dichos turnos de guardias localizadas.- N) En fecha 16 de setiembre de 2002 se produce una reunión entre el colectivo afectado y la Dirección, y por la Dirección se decidió modificar los turnos por no ser equitativos.- Ñ) En fecha 1 de octubre de 2002 se comunicó por escrito a todos los ATS/DUE afectados los nuevos turnos a realizar a partir del 1 de noviembre de 2002.- O) La medida citada fue adoptada por la Dirección como consecuencia de que, dado que las guaridas venían siendo cubiertas por personal voluntario -7 personas- en ocasiones quedan turnos sin cubrir habiéndose producido los siguientes porcentajes de descubiertos: Mes: Turnos a Cubrir: turnos sin cubrir: % de descubierto: Diciembre/01: 93: 33: 35,48%.- Enero/02: 93: 3: 3,2%.- Febrero/02: 84:0:0%.- Marzo/02: 93: 10: 10,75%.- Abril/02: 90: 27: 30%.- Mayo/02: 93: 28: 30%.- Junio/02: 90; 23; 25,55%.- Julio/02: 93: 36: 38,71%.- Agosto/02: 93: 18: 19,35%.- Setiembre/02: 90: 49: 54,44%.- P) En fecha 11 de setiembre de 2002 por el Sindicato se presenta escrito ante la Comisión Paritaria del convenio aplicable, solicitando el que por dicha comisión se resolviese reclamar a la Fundación Hospital de Verín que deje sin efecto las medidas comunicadas y que de persistir en el mantenimiento de dichas modificaciones, siga el cauce señalado por el Artículo 7 del convenio colectivo.- Q) En fecha 12 de noviembre se reunió la Comisión Paritaria, según certificación de fecha 13 de noviembre de 2002 del Secretario de la Comisión se trató "la obligación de ocho auxiliares de enfermería de fundación Pública Hospital de Verín de realizar guardias localizadas". Solicita aclaración del acta de ese día, se emitió nueva certificación en fecha 5 de diciembre de 2002 cuyo contenido por constar en autos se da por reproducida en la que se dice "También se niega a la afectación del conflicto al personal de colectivo de enfermería, porque esta categoría ya tenía obligación de realizar guardias localizadas"·.- R) En fecha 15 de noviembre de 2002 el Sindicato actor presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el acto con resultado "Sin Avenencia" presentando demanda el Sindicato actor en fecha 27 de noviembre de 2002".

Esto sentado, la censura jurídica formulada, no puede prosperar pues, si bien no ofrece duda a esta Sala, -como acertadamente se entendió por el Magistrado de instancia-, que con relación a los auxiliares de enfermería, la medida adoptada por la empresa supuso que los trabajadores afectados hubieran pasado a realizar una jornada de 12 horas (cuatro trabajadores), jornada partida de mañana y tarde (2 trabajadores) o guardias localizadas exclusivamente (2 trabajadores), a realizar una jornada en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (guardias localizadas), rotando por servicios distintos, lo que afecta tanto al horario como al régimen de turnos (art. 41.1.b) y c)), constituyendo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que al ser de naturaleza colectiva para su decisión debía haberse seguido el procedimiento establecido por el art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo dispuesto en el art. 7 del Convenio Colectivo aplicable, en relación con las modificaciones sustanciales en general, y con el art. 23 respecto a la modificación de las "quendas de traballo", y que al no haberse seguido el procedimiento señalado, al ser cuando menos exigible la negociación de la medida, negociación que en ningún caso existió, al haber adoptado la empresa tal decisión de forma unilateral, informando al Comité cuando la medida ya estaba decidida, comunicándola a continuación a los trabajadores afectados, por lo que ante la ausencia de negociación previa, la Sala llega a la conclusión de que la medida debe ser declarada nula; no ocurre lo mismo, en relación con los ATS-DUE, al consistir, en la realización de turnos de mañana, tarde y noche de guardias localizadas, con el fin de que siempre haya un ATS-DUE, dispuesto para realizar los traslados de pacientes a otros centros en las ambulancias, pues dicha decisión, y de conformidad con el art. 25 del Convenio Colectivo, que regula las guardias y que establece como "guardias obligatorias tanto del personal sanitario, como del no sanitario, un máximo de 500 horas al año sobre la jornada efectiva prevista en el art. 19, correspondiendo su establecimiento a la direc-

ción del centro dentro de la potestad de organización que le atribuye el art. 7", no se entiende, constituya una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que exija por tanto una negociación previa con el Comité, pues, al participar un solo ATS-DUE en cada turno de guardia –mañana, tarde y noche-, y dado que el número de trabajadores afectados por la medida (es de 27), el número de horas a realizar al cabo del año por este concepto –guardias localizadas- no superan las 500 horas, que por imperativo de lo dispuesto en el art. 25 están obligados a realizar si las necesidades del servicio lo exigen. Por lo que al no estar ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y haberse adoptado la medida de forma ajustada a derecho, en el ejercicio de la potestad organizativa que tiene la dirección del centro, procede, desestimar el recurso en lo que se refiere a dicha pretensión, confirmando la sentencia recurrida, salvo en el extremo referente a la petición de condena, que se deja sin efecto, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo, a que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia y Fundación Pública Hospital de Verín, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense, de fecha once de diciembre de dos mil dos, dictada en autos núm. 930/02 seguidos a instancia de Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra Fundación Pública Hospital de Verín sobre Conflicto Colectivo, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, salvo en el extremo referente a la petición de condena, que se deja sin efecto, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de fecha diecinueve de mayo de dos mil cuatro, dictada en recurso de Casación para Unificación de la Doctrina.

3914 **Recurso nº 215/04**

S.S. TERCEIRÍA DE MELLOR DEREITO. BENS MOBEIS SITOS NUN INMOBLE HIPOTECADO REFERIDOS XENÉRICAMENTE NA HIPOTECA. ENTÉNDENSE INCLUÍDOS NA GARANTÍA REAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a doce de julio de dos mil cuatro

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. 215/04 interpuesto por "E.G.A.C., S.A." contra Auto del Juzgado de lo Social núm. Tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por auto del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña de fecha 15 de febrero de 2002, autos nº 81/02, seguidos por salarios, se acordó el embargo de los bienes reseñados en diligencia de fecha 22 de marzo, propiedad de la demandada "A.S., S.A." ubicados en la nave de aquélla.

SEGUNDO.- Se procedió a la subasta de los citados bienes en fecha 28 de febrero de 2003, por la cifra de 131.309,20 euros, que inicialmente se pusieron a disposición de los ejecutantes, trabajadores de la empresa. Los créditos de éstos correspondientes a los 30 últimos días de salario por importe de 41.658,31 euros, figuran garantizados en anotación sobre la finca registral 20.805 (anotación preventiva de embargo letra H).

TERCERO.- En fecha 13 de marzo de 2003, se presentó escrito de tercería de mejor derecho por la empresa "E.G.A.C., S.A." en relación con las cantidades contenidas en la subasta de bienes muebles señalada, por cuanto ostenta derecho real sobre los mismos.

CUARTO.- Para garantizar una deuda de la empresa "A.S., S.A." con la tercerista por importes de 560.696 euros, se constituyó con fecha 4 de octubre de 2001, hipoteca sobre la finca 112 del Poligono Industrial de …, constituida por dos naves y terreno, inscrita con el núm. 20.805 a favor de la empresa "E.G.A.C., S.A." haciendo constar en la escritura: "extendiéndose por pacto expreso a cuanto mencionan los arts. 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria en todos sus apartados.

QUINTO.- Con fecha 28 de mayo de 2003 recayó auto desestimando la terceria de mejor derecho formulada por la Entidad Mercantil "E.G.A.C., S.A." absolviendo de la misma a los demandados, que fue recurrido en reposición recayendo Auto de 4 de julio de 2003, que fue desestimatorio del recurso de reposición interpuesto, ratificando el Auto impugnado de 28 de mayo.

SEXTO.- Contra dicho Auto se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante con fecha 27 de noviembre de 2002, 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 entidad mercantil "E.G.A.C., S.A." se interpone recurso de suplicación contra el Auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto, contra el Auto de 28 de mayo de 2003, que desestimó la demanda de tercería de mejor derecho, denunciando, con amparo procesal en la letra c) del art. 191 de la LPL, (por error se denuncia el apartado a), infracción del art. 111 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 334.5 del Código Civil; alegando, en esencia, que los bienes objeto de subasta, se hallan afectos a la actividad industrial desarrollada en las instalaciones, sin que la expresión permanente, signifique fijo o estático y dado que los bienes muebles son aquéllos que se hallaban en la finca hipotecada para el servicio de la actividad que en ella se desarrolla, y que han sido objeto de subasta, no sólo reúnen el requisito de permanentes, sino también de fijos o estáticos (inmuebles por destino); por lo que solicitaba la revocación del Auto recurrido y en consecuencia la estimación de la demanda de tercería.

El problema que se suscita en la presente "litis", consiste en determinar, si al tercerista, le asiste el mejor derecho que recoge el núm. 3 del art. 32 del ET, en el que se establece: "Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores, tendrán la condición de singularmente privilegiados…. gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que estos con arreglo a la Ley sean preferentes…." y en concreto, si la hipoteca inmobiliaria constituida sobre una finca o inmueble (en este caso naves industriales), se extiende o no a los bienes muebles sitos en ella, siempre y cuando exista pacto al respecto, sin necesidad de que dichos bienes muebles sean referidos y descritos de forma concreta y detallada y cual es el alcance que ha de darse a la cláusula 5ª de la escritura de la constitución de la hipoteca, en la que literalmente se señala: "La entidad mercantil "A.S., S.A." constituye hipoteca inmobiliaria sobre la finca descrita en la exposición de esta escritura, a favor de la mercantil de "E.G.A.C., S.A.", que a medio de su representante la acepta, y extendiéndose por pacto expreso a cuanto mencionan los arts. 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria en todos sus apartados".

La jurisprudencia del TS (sentencias entre otras, de 14.03.86, 21.12.90 y 28.02.91); y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 05.05.00), se han decantado por considerar que no es necesaria más que una referencia genérica en el pacto a dichos bienes muebles, basándose en el art. 111 de la Ley Hipotecaria: "Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca cualquiera que sea la naturaleza y forma de obligación que garantice, no comprenderá: 1) Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto; 2) Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren y 3) las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada". La Ley de Reforma de 1909, con la finalidad de favorecer el crédito, restringió el alcance de aquélla expresión, pasando a distinguir entre los objetos muebles que no pudieran separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, para los que seguía rigiendo el mismo principio, de aquéllos otros, en que sin concurrir aquella circunstancia, se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación o para el servicio de alguna industria que tan solo se comprenderían en la hipoteca en virtud de pacto. Es precisamente la jurisprudencia del TS en las sentencias a que se ha hecho referencia, la que se ha pronunciado respecto a la extensión objetiva de la hipoteca, señalando al respecto: "para juzgar como actúa el concepto de extensión de la hipoteca, debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende, y como resultado de este examen se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo

de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones, constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución"… "El soporte jurídico básico del máximo alcance de la extensión de la hipoteca es precisamente el art. 111, que en combinación con la cláusula de la escritura de constitución de la hipoteca, relativa al contenido pactado de la misma, comprende en su ámbito aplicativo, los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipoteca para el servicio de alguna industria" y es evidente, que tal carácter tienen los bienes que han sido objeto de subasta consistentes: grupos motor-alternador, calderas de aceite térmico. Bombas de aceite térmico, aerorefrigerantes, silenciosomotores, depósitos de aceite, ventiladores, extractores, calderas, bombas, grúas, equipos de aplicación pintura, depósitos de pintura, aspiradores, ordenadores, impresoras, taladros neumáticos, etc. que componen la total dotación mobiliaria de la industria. Siendo de destacar en igual sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 05.05.00 en la que se señala: "constando inscrita una hipoteca inmobiliaria con el pacto de extensión a los bienes muebles conforme al art. 111.1º de la Ley Hipotecaria, no cabe hipoteca mobiliaria de la maquinaria industrial de dicha finca, conforme al art. 2. LHMPSD (& 6.1.), ni siquiera alegando que deberían estar determinados en la garantía inmobiliaria los bienes muebles a los que se extiende dicha hipoteca para que afecte a terceros; pues, no lo exige la norma ni es necesaria su identificación individual, sino únicamente la circunstancia subjetiva de pertenencia de los bienes al hipotecante y no a terceros poseedores (art. 112 LH) y la circunstancia objetiva de colocación en la finca y destinación objetiva a la explotación que la misma se realiza, por lo que no cabe la hipoteca mobiliaria de tal maquinaria".

Por otro lado, respecto a la alegación de la parte ejecutante relativa a que la hipoteca esgrimida por la tercerista constituye una autocontratación en fraude de los trabajadores, la Sala estima, que dicha alegación no puede prosperar, ya que ni se trata de la celebración de un contrato por el representante de una sociedad consigo mismo, ni existe prueba alguna que permita llegar a la conclusión de la existencia del aludido fraude, pues, mientras la hipoteca no sea impugnada surte plenos efectos y su asiento registral de inscripción está bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Desde otro punto de vista, tampoco resulta admisible la alegación de los ejecutantes, relativa a que dicha hipoteca fue impugnada por medio de querella criminal en el procedimiento penal nº 1.526/2002 del Juzgado de Instrucción nº 4 de A Coruña, pues, no consta resolución alguna dictada en dicho procedimiento y la simple presentación de una querella por los accionistas minoritarios de la ejecutada, no puede tener ninguna repercusión en la presente tercería de mejor derecho.

Asimismo, no resulta acogible la alegación de que la tercerista se encuentra en situación de suspensión de pagos y que su representante ha actuado al margen de los interventores judiciales, pues, aparte de que nada consta sobre dicha suspensión de pagos, aún en el supuesto hipotético de que existiera, el suspenso conserva su capacidad procesal (arts. 4 a 6 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922).

Por último, en nada incide sobre este procedimiento, la existencia de una hipoteca anterior, que no consta que tenga pacto expreso del art. 111 de la Ley Hipotecaria y que en todo caso dada su prioridad, quedaría subsistente. Ni tampoco resulta acogible la alegación de que los bienes en litigio tendrían la consideración de créditos con preferencia especial refaccionaria (art. 32.2 del ET), ya que no se trata de objeto elaborados por los trabajadores y de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencia (Sent. del TS de 17.11.97 Ar. 8.341), la preferencia salarial que establece el art. 32.2 del ET, es inaplicable a los inmuebles en los que está ubicado el centro de trabajo. En base a lo que, al no haberlo entendido así el Magistrado de instancia, procede, en consecuencia, estimar el recurso de suplicación interpuesto y revocar el Auto recurrido.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "E.G.A.C., S.A." contra el Auto de fecha 4 de julio de 2003, y con revocación de la resolución recurrida, debemos estimar y estimamos la demanda de Tercería de mejor derecho formulada por la Entidad Mercantil "E.G.A.C., S.A.", declarando su mejor derecho, frente a los ejecutantes, al percibo de las cantidades obtenidas como consecuencia de la subasta a que se refiere el presente incidente de ejecución; sin prejuzgar otras acciones que a cada uno pudiera corresponder.

3915 **Recurso nº 7.485/2001**

S.CA A LIMPEZA E REPARACIÓN DE BILLAS DE CERVEXA UTILIZADAS NOS BARES É ACTIVIDADE QUE NON SE PODE INCLUÍR NO SECTOR DO METAL E SI NO DE LIMPEZA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

A Coruña, a catorce de julio de dos mil cuatro

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 7.485/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "J.C., S.L.", con D.N.I. número …, domiciliado en Ourense, representado por don R.U.P. y dirigido por el Letrado don E.A.A.S., contra Resolución de 16.01.01 desestimatoria de recurso de revisión contra otra de la Jefatura de Inspección de Ourense sobre actas de infracción y liquidación, Exptes. 259, 260, 261, 262, 263/99. Es parte la administración demandada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada por Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 25.484 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 6 de julio de 2004, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna la resolución de la Dirección Territorial de A Coruña de la I. de Trabajo y Seguridad Social de 16 de enero de 2001 por la que se desestima el recurso de revisión contra otra de la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo de Ourense por la que se confirma las Actas de Liquidación por diferencias de cotización al Régimen General de la Seguridad Social y la simultanea por infracción de los artículos 15, 103, 104 y 109 de la S.S. y arts. 14.1.5 de la LISOS, por estimar que la actividad desarrollada por la Sociedad recurrente debía aplicársele las normas del C. Colectivo relativas a la actividad del Sector Siderometal y de reparación de vehículos en vez de calificarlo como actividad de limpieza, reparación y montaje de equipos de hostelería cotizando por ello con unas bases inferiores.

II.- Por consiguiente se basa el presente recurso en el hecho de que de conformidad con el informe de carácter no vinculante de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos se desprende que debe regirse por las normas mínimas de derecho necesario y por consiguiente se ha de regular sus relaciones laborales por el C. Colectivo de limpieza de edificios y locales según la demanda, por cuanto si la actividad de la empresa recurrente es la limpieza y reparación de grifos de cerveza utilizados en los bares, es evidente que no se puede incluir en la actividad del metal o siderometal, por cuanto se dedica a la limpieza de dichos elementos en distintos establecimientos y con una relación laboral conforme acreditó con las factures que acompaña en el expediente administrativo contratado por la Sociedad "H.R., S.A.", por lo que no se puede calificar de haber incumplido sus obligaciones de cotización, al encuadrar su cotización en dicho sector o convenio colectivo por lo que si el 97% está relacionado con el objeto social del art. 2 de sus Estatutos, a limpieza y reparación de equipos de hostelería y sólo 2% al mantenimiento y utilización de ciertos utensilios para desarrollar tales actividades es por lo que no podemos admitir que existe duda sobre dicho particular, cuando una cosa es la limpieza de mangueras de plástico y accesorios y otra muy distinta la reparación de averías o mantenimiento de las máquinas o instalación que si podría encuadrarse en la actividad del metal. Sin embargo, debe aplicársele lo dispuesto en el art. 92.2 del E. de los Trabajadores

ya que debió promover la comunicación del Convenio que debía regular sus relaciones laborales.

III.- No se hace imposición de costas, art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo num. 7.485/2001 interpuesto por "J.C., S.L." contra Resolución de 16.01.01 desestimatoria de recurso de revisión contra otra de la Jefatura de Inspección de Ourense sobre actas de infracción y liquidación, exptes. 259, 260, 261, 262, 263/99, dictado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Sin imposición de costas.

ANEXO

A Coruña, nueve de setiembre de dos mil cuatro.

Hechos

I.- En este tribunal se tramita el recurso contencioso-administrativo arriba referenciado, interpuesto contra resolución de 16 de enero de 2001 desestimatoria de recurso de revisión contra otra de la Jefatura de la Inspección de Ourense sobre actas de infracción y liquidación (expedientes 259 a 263/1999), en el que se dictó sentencia con fecha 14 de julio pasado, que fue notificada a las partes.

II.- La representación de la parte recurrente presentó escrito con fecha 30 de julio siguiente en el que solicita la aclaración de la referida sentencia, de conformidad con lo peticionado en el mismo.

Razonamientos juridicos

I.- De conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias que pronuncien después de firmarlas, pero sí aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan, bien de oficio o a instancia de parte, dentro de los plazos establecidos en dicho artículo, así como rectificar, en cualquier momento, los errores materiales manifiestos y los aritméticos.

II.- Se solicita por la recurrente aclaración de la sentencia anteriormente reseñada respecto a la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho Segundo, lo cual no es de recibo por cuanto más que una aclaración se trata de que se haga un más amplio razonamiento de los términos del artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores, que si bien se han expuesto sucintamente, sin embargo hay que relacionarlo con los contenidos en el articulado del Título III de dicho Estatuto, es decir, que en caso de cualquier duda o discrepancia sobre un Convenio Colectivo entre los trabajadores y los empresarios, hay que acudir a la consulta ante la Comisión Consultiva como en el caso de autos, por ello y habiendo aplicado indebidamente unas cuotas sobre unas Bases incorrectas es por lo que no procede, pese a los razonamientos alegados por el recurrente, rectificar el contenido de la sentencia, salvo en lo relativo a la sanción que le ha sido impuesta por virtud de una duda o interpretación inadecuada de la norma, por lo que en ese sentido hemos de rectificar el fallo de la sentencia, estimando parcialmente el recurso, al dejar sin efecto la sanción impuesta en el acta de infracción número 55/99.

Vistos los preceptos y principios aplicables y demás de general y pertinente aplicación,

La Sala acuerda:

Se aclara la sentencia dictada en el presente recurso, referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva queda redactada como sigue:

"Fallamos: Que estimamos parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución de 16.01.01 desestimatoria de recurso de revisión contra otra de la Jefatura de Inspección de Ourense, sobre actas de infracción y liquidación (expedientes 259 a 263/99) dictada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que deja sin efecto en el único particular de anular el acta de infracción número 55/99. Sin imposición de costas."

3916 **Recurso nº 344/02**

S.S. ACCIDENTE DO TRABALLO NO MAR. MARIÑEIRO AUTÓNOMO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don J. Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a catorce de julio de dos mil cuatro

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 344/02, interpuesto por el Instituto Social de la Marina contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 260-2001 se presentó demanda por doña M.C.C.R., en nombre propio y en el de sus tres hijos menores de edad S., C. y J.S.C. en reclamación de Prestaciones de Muerte y Supervivencia siendo demandado el Instituto Social de la Marina en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 21 de noviembre de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero: La actora contrajo matrimonio con don S.S.C. y de dicho matrimonio nacieron siete hijos de los cuales tres de ellos (S., C. y J.) eran menores de edad a la fecha del hecho causante (heno no controvertido).- Segundo: El día 14.10.00 a las 17 horas el causante chocó con su embarcación contra un vivero de mejillones, causándose lesiones de tal gravedad que le provocaron la muerte (folios 31, 29 y 30).- Tercero: La demandada reconoció las prestaciones de viudedad y orfandad solicitadas, considerando el fallecimiento como accidente no laboral, sobre un salario reguladora de 100.500 pts mensuales y efectos desde 01.11.00.- Cuarto: Contra dichas resoluciones interpuso la actora reclamación previa solicitando: a) que sea reconocida la contingencia de accidente de trabajo respecto al fallecimiento del causante; y, b) que se reconociera a la actora la prestación de viudedad como persona menor de 60 años con cargas familiares. La reclamación previa fue estimada en parte estimando la petición b) y desestimando la a) en base a que: … no procede reconocer la contingencia determinante de las prestaciones como derivada de accidente de trabajo, puesto que en la fecha y hora del accidente fallecido no estaba autorizado por la autoridad competente para desarrollar la actividad profesional que posibilitaba su inclusión como trabajador pro cuenta propia del REM, ni esta afectado por ninguna de las excepciones establecidas (folio 20).- Quinto: El ISM certifica que la base reguladora del causante por la contingencia de accidente de trabajo es de 1.476.000 pts. anuales (folio 38).- Sexto.- Solicitada información al Instituto Nacional de Meteorología (Centro Metereológico Territorial de Galicia), este emite un informe el 8 de agosto de 2001, por el que detalla el estado del tiempo y de la mar reinante en la zona de pesca próxima al puerto de Cambados del 9 al 15 de octubre de 2000 comprensivo de los siguientes particulares (folios 50, 51 y 52):

Fecha	Velocidad	Estado del viento	Visibilidad de la mar
09.10.00	V. media de 5 nudos con rachas de 20 hasta las 06:00, arreciando entonces a 10 a 16 nudos con rachas de 35 nudos hasta el final.	Marejada a fuerte marejada.	Reducida chubascos desde las 15:00 a las 20:00, 0'1 a 0'6 mmm.
10.10.00	V. media de 5 a 15 nudos hasta las 10 horas, arreciando desde las 11 a 12 nudos con rachas de 17 y arreciendo desde las 20 horas a 19 nudos con rachas de 28 hasta el final.	Marejada a fuerte marejada.	Reducida por chubascos.
11.10.00	V. media de 18 nudos con rachas de 24 a 31 hasta las 12:00, y 14 nudos con rachas de 29 a 24 nudos hasta el final.	Fuerte marejada a mar gruesa	Reducida por chubascos desde las 00:00 a las 20:00, 0'1 a 0'6 mmm.

12.10.00	V. media de 12 nudos con rachas de 26 hasta las 03:00 horas, y 9 nudos con rachas de 19 a 27 hasta las 18.00, y 8 con rachas de 19 nudos hasta el final.	Marejada a fuerte marejada	Reducida por chubascos, de 01:00 a 04Ñ00 y estratos bajos.
13.10.00	V. media de 3 a 9 nudos hasta las 09:00 y de 1 a 5 nudos hasta las 11:00 y 6 nudos con rachas de 14 a 20 nudos hasta las 18 y 6 nudos hasta el final.	Marejada a fuerte marejada	Reducida por chubascos desde las 15:00 a las 20:00, 0'1 a 0'6 mmm
14.10.00	V. media de hasta 5 nudos hasta las 06:00 horas, 6 a 10 nudos hasta las 12:00 y 8 a 15 nudos hasta el final	Marejadilla a marejada a fuerte marejada	Reducida por chubascos (00, 04, 10, 15 y 21 horas).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimo la demanda interpuesta por doña M.C.C.R., en nombre propio y en el de sus tres hijos menores de edad S., C. y J.S.C. contra el Instituto Social de la Marina sobre determinación de contingencia de accidente de trabajo y prestaciones derivadas de muerte y supervivencia (subsidio de defunción, indemnización especial a tanto alzado, viudedad y orfandad), y declaro que el causante falleció como consecuencia de accidente de trabajo por lo que sus beneficiarios tienen derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia de acuerdo con tal contingencia y condeno a la demandada a pagar a la actora y a los tres huérfanos del causante con derecho a prestación las prestaciones de subsidio de defunción, indemnización especial a tanto alzado, pensión de viudedad y pensiones de orfandad de acuerdo con el salario reguladora de 1.476.000 pts. anuales en los términos y condiciones leal y reglamentariamente establecidos."

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

ÚNICO.- La parte demandada, 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 la infracción del artículo 14.1 del Decreto 424/1993, de 17 de diciembre, de la Xunta de Galicia, del artículo 41.2 del Decreto Legislativo 2.864/1974, de 30 de agosto, y del artículo 100 del Decreto 1.867/1970, de 9 de julio, argumentando, al amparo de esas citas normativas, que, en el momento de producción del accidente causante del fallecimiento del trabajador, éste, al estar navegando, incumplía el artículo 14.1 del Decreto 424/1993, de 17 de diciembre, de la Xunta de Galicia, lo que, en su argumentación, determina la ausencia de accidente de trabajo en los términos que, para los marineros autónomos, se establecen en el artículo 41.2 del Decreto Legislativo 2.864/1974, de 30 de agosto, y en el artículo 100 del Decreto 1.867/1970, de 9 de julio. Tal denuncia resulta inacogible.

En primer lugar, porque se ha acreditado, en el caso de autos, la concurrencia de los elementos constitutivos del accidente de trabajo del marinero autónomo, a saber "el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realizan por su propia cuenta y que determina su inclusión en este Régimen Especial" –artículo 41.2 del Decreto Legislativo 2.864/1974, de 30 de agosto, y artículo 100 del Decreto 1.867/1970, de 9 de julio-, ya que, de conformidad con la incombatida declaración de hechos probados, el accidente se produjo estando el trabajador en el barco pesquero –Hecho Probado Segundo- durante la realización de las labores marineras, y, en concreto, en un momento en que, aunque

fuese un día de veda, era propicio para la salida al mar, incluso el más propicio de toda esa semana a la vista del estado del tiempo en ese día y en los días anteriores –Hecho Probado Sexto-.

En segundo lugar, porque la exclusión del concepto de accidente de trabajo sólo se admitiría al amparo del artículo 115.4 de la Ley General de la Seguridad Social, y, dejando al margen el caso de la fuerza mayor extraña al trabajo, claramente inaplicable en el caso de autos, en cuanto al dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado, no concurre, en el caso de autos, al no aparecer acreditado en la declaración de hechos probados una conducta dolosa o de imprudencia temeraria, ni poderse esta deducir del simple incumplimiento de una prohibición administrativa de veda que, atendiendo al modo de producción del accidente –"chocó con su embarcación contra un vivero de mejillones", Hecho Probado Segundo-, no se puede considerar, en modo alguno, como concausa efectiva determinante del accidente de trabajo.

Resumiendo, acreditados los elementos constitutivos del accidente de trabajo del marinero autónomo, cualquier exclusión debería ampararse en alguna de las causas legalmente previstas, sin poderse admitir más causas de exclusión, de modo que, concurriendo esos elementos pero no concurriendo esas exclusiones, debemos, en el caso de autos, desestimar el recurso de suplicación con la consiguiente confirmación íntegra de la sentencia dictado en la instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Social de la Marina contra la Sentencia de 21 de noviembre de 2001 del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, dictada en juicio seguido a instancia de doña M.C.C.R., en nombre propio y en el de sus tres hijos menores de edad S., C. y J.S.C., contra el recurrente, la Sala la confirma íntegramente.

3917 **Autos nº 6/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. INESIXIBILIDADE DE TRÁMITE PREVIO ANTE A COMISIÓN PARITARIA. INCREMENTO SALARIAL CON EQUIPARACIÓN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS, SEGUNDO CONVENIO COLECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a quince de julio de dos mil cuatro

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. 6/04, seguidos a instancia de Confederación Intersindical Galega (CIG) contra Compañía de Radio Televisión de Galicia (CRTVG), Televisión de Galicia (TVG, S.A.) y Radio Televisión de Galicia (RTG, S.A.), siendo el objeto del litigio conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El día 25 de marzo de 2004 se recibió en la Secretaría de esta Sala de lo Social, la demanda de Conflicto Colectivo formulada por la Confederación Sindical Galega (CIG) frente al Servizo Galego de Saúde y por providencia de la misma fecha se registró y admitió a trámite la antedicha demanda de Conflicto Colectivo, convocándose a las partes a la celebración de los actos de conciliación y juicio para el día 6 de mayo de 2004, a las diez treinta horas, habiendo comparecido las partes en el lugar, día y hora señalados y levantándose el acta correspondiente obrante en autos en la que se acordó, ante la extensión de la reclamación a trabajadores, tanto de la Radio como de la TV Gallega, la concesión de un plazo de cuatro días a la parte actora para que ampliase su demanda contra ambas entidades, suspendiéndose los actos señalados para el citado día, sin oposición de la demandada que representa tanto a la Radio como a la TV y no se opone al aplazamiento y concesión de plazo a la parte actora.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de mayo de 2004, se recibió en esta Sala el escrito de ampliación articulado por la parte actora en el que se solicita que "se tenga por ampliada la demanda inicial contra la empresa Televisión de Galicia (TVG S.A.) y contra la empresa Radio Televisión de Galicia (RTG S.A.) que deberán ser citadas en las direcciones señaladas y acuerde darles traslado de las fotocopias de demanda que se acompañan". Con la misma fecha la Sala tuvo por recibido el escrito de referencia, teniendo por dirigida la

acción frente a las referidas empresas y acordó citar a las partes para el día 3 de junio de 2004 a efectos de asistencia a los actos de conciliación y juicio con las mismas prevenciones que en la demanda inicial".

TERCERO.- En el día 31 de mayo de 2004 se dictó providencia acordando la suspensión del señalamiento efectuado para el día 3 de junio del corriente, al haber solicitado dicha suspensión la representación Letrada de la parte demandada en atención a las circunstancias recogidas en el escrito que dirigió al Tribunal, efectuándose un nuevo señalamiento para el 1 de julio de 2004 con las prevenciones correspondientes y, llevado a cabo el acto de conciliación y juicio con el resultado que obra en el acta que se levantó al efecto, previa deliberación de la Sala pasaron los autos al Ponente a los efectos oportunos.

Hechos probados

PRIMERO.- Por el Letrado don P.P.C., en nombre y representación de la "Confederación Intersindical Galega" (CIG) en virtud de las facultades que al efecto le fueron conferidas según resulta de la escritura de poder que acompañó, se presentó ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia demanda de Conflicto Colectivo frente a la Compañía de Radio Televisión de Galicia (CRTVG), la Televisión de Galicia (TVG S.A.) y la Radio Televisión de Galicia (RTG S.A.), en la que la parte demandante solicitó que: "Que se dicte sentencia por la que se declare el derecho de los trabajadores de la CRTVG a percibir el incremento de sus retribuciones salariales totales para el año 2003 en un porcentaje del 3,3 % de acuerdo con lo señalado en el artículo 44.3 del Convenio Colectivo de la CRTVG y en la Disposición Adicional Décimo Primera de la Ley 6/2002, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración".

SEGUNDO.- Resultan afectados por el presente Conflicto Colectivo (Ámbito del Conflicto) el conjunto de los trabajadores que prestan sus servicios para la Televisión de Galicia (TVG S.A.) y la Radio Televisión de Galicia (RTG S.A.), versando el litigio acerca de la interpretación de determinado precepto incluido en el Convenio Colectivo de la empresa Compañía de Radio Televisión de Galicia (CRTVG) y sus Sociedades.

TERCERO.- El Convenio Colectivo para la Compañía de Radio Televisión de Galicia (CRTVG) y sus Sociedades Televisión de Galicia (TVG S.A.) y Radio Televisión de Galicia (RTG S.A.), vigente en el período 1998/2003, dentro del Capítulo X, bajo el epígrafe "Retribuciones", contempla en el artículo 44.3 lo siguiente: "El incremento salarial para los años 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003 será el que estipulen los presupuestos de la Xunta para los funcionarios. Ambas partes reconocen el carácter normativo del presente artículo, para el supuesto de denuncia por alguna de las partes al finalizar la vigencia del presente Convenio".

CUARTO.- En la Disposición Adicional Décimo Primera de la Ley 6/2002 de 27 de Diciembre, sobre Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2003, insertado en el Diario Oficial de Galicia nº 251, correspondiente al día 30.12.02, se estableció lo siguiente: "Incremento de las retribuciones para la modernización de la Administración. Las retribuciones íntegras del personal al servicio de la Comunidad Autónoma experimentarán una subida para la modernización de la Administración con unos importes salariales del 3,3 % para el año 2003".

QUINTO.- La patronal demandada llevó a cabo un incremento salarial del 2 % y, posteriormente, durante los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004 procedió a abonar un incremento del 0,71 %, únicamente sobre determinados conceptos de la masa salarial.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En el acto del juicio, la representación de la Compañía de Radio Televisión de Galicia (CRTVG), la Televisión de Galicia (TVG S.A.) y la Radio Televisión de Galicia (RTG S.A.), alegó, en primer lugar, que el artículo 10 del Convenio Colectivo establece la posibilidad de sometimiento de las partes interesadas a la Comisión Paritaria a fin de que ésta mediase en los conflictos individuales y colectivos o el sometimiento voluntario al arbitraje de la Comisión en dichos conflictos, sin que la parte actora hubiese intentado tal mediación en momento alguno y, así las cosas, no puede soslayarse que el artículo 10.2.1 del Convenio Colectivo de referencia dispone, bajo la rúbrica "Funciones de la Comisión Paritaria" que "Serán funciones de la Comisión Paritaria todas aquellas actividades que tiendan a mejorar la eficacia práctica de Convenio y las establecidas en el texto, además de las que se especifican en los parágrafos siguientes", haciendo referencia los apartados 2.4 y 2.5 del citado precepto de la norma convencional, respectivamente, a "mediar en

los conflictos individuales o colectivos entre las partes, cuando lo pida cualquiera de los interesados o interesada en el conflicto" y el "arbitraje de los conflictos individuales o colectivos cuando las partes interesadas se sometan previamente por escrito. El resultado del arbitraje será vinculante para ambas partes", de manera que no se desprende del contenido de tal precepto la exigencia del trámite previo de planteamiento ante la Comisión Paritaria cuando se interponga, como en el presente caso, un Conflicto Colectivo, siendo de destacar que la propia parte demandada no pone de relieve que hubiese solicitado en momento alguno el sometimiento de las pretensiones de la parte actora al ámbito de la Comisión Paritaria sino que se refirió a la circunstancia de que la demandante no intentó dicho planteamiento en ningún momento, de manera que, a tenor de lo expuesto, entiende la Sala que el precepto convencional de referencia no determina que la parte demandante hubiese de acudir, preceptiva y necesariamente, antes del planteamiento judicial del Conflicto Colectivo a la Comisión Paritaria por lo que, en atención al principio de tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de la Constitución Española, no existe óbice que impida a la Sala entrar a resolver sobre el fondo del asunto litigioso a que se contrae el presente procedimiento de Conflicto Colectivo.

SEGUNDO.- Así las cosas, interesa la parte actora que se dicte sentencia declarando el derecho del personal afectado al incremento de sus retribuciones salariales totales para el año 2003 en un porcentaje del 3,3 %, siendo de recordar, al efecto, que la literalidad del precepto convencional cuya interpretación constituye el objeto del litigio deja patente que el incremento salarial para el citado período temporal será "el que estipulen los presupuestos de la Xunta para los funcionarios", en tanto que el contenido de la Disposición Adicional Décimo Primera de la Ley 6/2002, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia, no es menos diáfano al establecer que "las retribuciones íntegras del personal al servicio de la Comunidad Autónoma experimentarán una subida para la modernización de la Administración con unos importes salariales del 3,3 % para el año 2003" y, aún cuando el artículo 10 de la propia Ley Presupuestaria refiera que "las retribuciones íntegras del personal al servicio de la Comunidad Autónoma no podrán experimentar en el año 2003 un incremento global superior al 2 % con respecto a las establecidas en el ejercicio de 2002...", entiende la Sala que no deviene óbice para la consideración de que, en atención a lo prevenido en el precepto controvertido de la norma convencional, la cuantía del incremento salarial de los trabajadores incluidos en el ámbito del conflicto debe ser la contemplada en la Disposición Adicional Primera antes citada, esto es, el 3,3 % y sobre la totalidad de las retribuciones salariales pues así ha de interpretarse la remisión que se hace al incremento salarial que se estipule para los funcionarios, aún cuando dadas las peculiaridades inherentes a uno y otro colectivo de trabajadores, esto es, los afectados por el presente conflicto y los funcionarios de la Xunta no sea trasladable literalmente a aquellos el método de distribución del incremento efectuado para éstos y, por mas que la propia parte demandada admite que ya aplicó, en la CRTVG y sus Sociedades, el porcentaje del 2 % desde enero de 2003 y del 0,71 del salario del 2002 en diciembre de 2003, ex artículo 10 de la Ley 6/02 y Disposición Adicional Décimo Segunda respectivamente, cabe dejar patente que, según se desprende de la documental incorporada a autos y de los propios alegatos rendidos por la representación de la demandada en el acto del juicio, en relación con el personal de la Xunta, el importe del 3,3 % contenido en la Disposición señalada para el año 2003, se distribuiría con un incremento general del 2 % con respecto a las retribuciones del año 2002, un incremento en la cuantía de las pagas extraordinarias del 20 % del complemento de destino mensual que perciba el funcionario, equivalente a un aumento del 0,71 % de las retribuciones totales y el resto constituiría un fondo al que se refiere al Disposición Adicional Décima y una parte tendría que ser destinada a la productividad, remitiéndose al marco de negociación adecuado para el procedimiento de reparto del 0,59 %, desprendiéndose de lo actuado que, en esencia, la parte demandada, que refiere que el porcentaje del 0,59 no se aplica a todos los funcionarios ni en la misma cuantía a los que se le aplica, parece referirse a una equiparación, diríamos a la baja, del personal afectado por el conflicto con el conjunto de funcionarios que, según sus argumentos, no tuviesen derecho a tal incremento, en tanto que la Sala, interpreta el precepto convencional controvertido en el sentido de la literalidad del mismo así como de la Disposición Adicional Primera antes reseñada, siendo de tener presente la estructura salarial del personal afectado por el conflicto, en atención a lo contemplado en el Capítulo X del Convenio y en las nóminas incorporadas a autos, diferente a la de los funcionarios de la

Xunta, al derivarse de una normativa que no se corresponde, al menos literal y totalmente, con la de éstos, existiendo norma convencional propia y normativa específica que regula las condiciones laborales de los trabajadores en conflicto, lo que no permite trasladar el método de distribución del incremento de las retribuciones salariales y, en consecuencia, con independencia de las especiales peculiaridades que revista el incremento de los emolumentos de los funcionarios, lo relevante a efectos de la resolución del presente litigio es la literalidad de lo establecido en el tan repetido artículo 44.3 del Convenio y de la Disposición Adicional Primera de la Ley en el que se especifica el incremento del 3,3 %, de manera que, en atención a lo expuesto, ha de tener acogida la demanda rectora del presente procedimiento interpuesta por la CIG frente a la Compañía de Radio Televisión de Galicia (CRTVG), la Televisión de Galicia (TVG S.A.) y la Radio Televisión de Galicia (RTG S.A.).

En consecuencia,

Fallamos

Estimando la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) declaramos el derecho de los trabajadores de la Compañía de Radio Televisión de Galicia (CRTVG), la Televisión de Galicia (TVG S.A.) y la Radio Televisión de Galicia (RTG S.A.), a percibir el incremento de sus retribuciones salariales totales para el año 2003 en un porcentaje del 3,3 % de acuerdo con lo señalado en el artículo 44.3 del Convenio Colectivo de CRTVG y en la Disposición Adicional Décimo Primera de la Ley 6/2002, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración.

3918 **Autos nº 9/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. TRÁMITE PREVIO ANTE O SMAC NO CANTO DO AGA: VALIDEZ DO ACTO CONCILIATORIO. FOLGA INTERMITENTE QUE, Á VISTA DOS FEITOS, TEN A CONDICIÓN DE ABUSIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio García Amor

A Coruña, a quince de julio de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El 18.05.04 "C., S.A." presentó la demanda referida con el fin de obtener sentencia que "declare que la huelga convocada en la empresa "C., S.A.", a medio del escrito y para su realización en las fechas que se relacionan en el hecho primero de esta demanda, es ilegal, tanto por incumplimiento de requisitos legales como por su carácter abusivo, condenando al demandado y, en su caso, demás intervinientes que pudieran personarse a estar y pasar por dicha declaración y a su efectivo acatamiento".

SEGUNDO.- La providencia de 19.05.04 acordó, junto a otros extremos, convocar a las partes para las 10'30 horas del 16.06.04 a los actos de conciliación y juicio, que la providencia de 10.06.04 extendió a la CIG, tras admitir su escrito de personación de 09.06.04.

TERCERO.- El juicio se celebró en la fecha indicada con asistencia de las partes.

Se admitió la prueba documental y pericial interesada por la demandante, que reiteró su pretensión, y la prueba documental propuesta por los sindicatos demandados, que solicitaron la desestimación de la demanda; es Ponente el Magistrado Sr. García Amor.

Hechos probados

PRIMERO.- "C., S.A." se dedica al transporte de viajeros en autobús por carretera; su domicilio social está en Santiago de Compostela; tiene centros de trabajo en A Coruña, Ferrol, Muros, Noia, Padrón, Santiago de Compostela, Lugo, Ourense, Pontevedra, Cambados, Lalín, Moraña, Tui, Vigo o Vilagarcía.

SEGUNDO.- Por escrito de 08.03.04, CUT declaró huelga en la empresa demandante entre las 0'00 horas y las 24 horas de los siguientes días y meses de 2004: 26.03; 2, 7, 16, 23 y 30.04; 7, 14, 21 y 28.05; 4, 11, 18 y 25.06; 2, 9, 16, 23 y 30.07; 6, 13, 20 y 27.08; 3, 10, 17 y 24.09; 1, 8, 15, 22 y 29.10; 5, 12, 19 y

26.11; 5, 10, 17, 24 y 31.12. En autos consta tal escrito, que tenemos por reproducido.

El 10.03.04 la Xunta de Galicia tuvo conocimiento de la convocatoria de huelga.

El 12.03.04 CUT remitió su comunicación a "C., S.A.", mediante carta certificada a través del servicio de correos de Santiago de Compostela, que la destinataria recibió el 17.03.04.

TERCERO.- Por escrito de 20.03.04, CUT acordó suspender el paro previsto para el 26.03.04 y efectuar la primera jornada de huelga el 02.04.04. En autos consta tal escrito, que tenemos por reproducido.

El 22.03.04 "C., S.A." y la Xunta de Galicia recibieron tal comunicación.

CUARTO.- El 24.03.04, con asistencia del Sr. Jefe de la Inspección Provincial de A Coruña de Trabajo y Seguridad Social y de un miembro del Comité de Empresa, se reunieron las representaciones de "C., S.A." y de los sindicatos CUT, CIG y Comisiones Obreras, para solucionar las cuestiones relacionadas con la declaración de huelga prevista con fecha inicial para el 02.04.04.

En autos consta el acta de dicha reunión, que tenemos por reproducido.

QUINTO.- Por escrito de 31.03.04, CUT acordó suspender el paro del 02.04.04 y mantener la vigencia de los fijados con posterioridad. En autos consta tal escrito, que tenemos por reproducido.

El 31.03.04 "C., S.A." y la Xunta de Galicia recibieron tal comunicación.

SEXTO.- Las partes litigantes habían previsto una reunión negociadora para el 05.04.04, que no consta se hubiera realizado por ausencia justificada del mediador, el Sr. Jefe de la Inspección Provincial de A Coruña de Trabajo y Seguridad Social.

SÉPTIMO.- La Orden de 06.04.04 de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda de la Xunta de Galicia fijó los servicios mínimos en la empresa a partir del 07.04.04. En autos consta tal Orden, que damos por reproducida.

OCTAVO.- La recaudación de la empresa en noviembre y diciembre de 2003, fue 516.572'13 euros de lunes a jueves y 176.519'25 euros los viernes; de enero a marzo de 2.004, 699.459'05 euros de lunes a jueves y 273.910'43 euros los viernes.

NOVENO.- "C., S.A." presentó papeleta de conciliación el 26.04.04 ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC). El acto conciliatorio, al que comparecieron el Sr. S.S. en representación de la empresa y la Sra. B.O. en representación de CUT, se celebró el 29.04.04 sin avenencia.

El 18.05.04 "C., S.A." presentó la actual demanda.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El relato histórico tiene por base las pruebas practicadas a instancia de las litigantes: Los hechos probados 1º a 7º y 9º, la documental. El hecho probado 8º, la pericial.

SEGUNDO.- Previamente a conocer y decidir la cuestión litigiosa de fondo, resolvemos las excepciones procesales planteadas por CUT y CIG:

I) En orden a la falta de citación del Ministerio Fiscal y a la solicitud de archivo de actuaciones, reiteramos lo ya acordado en juicio (folio 425), toda vez que:

a) Respecto de la primera, no estamos ante un proceso de tutela de derechos fundamentales del artículo 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que sí exige la presencia del Ministerio Público (art. 175.3 LPL), sino ante un proceso de conflicto colectivo del artículo 155 y siguientes LPL, que no requiere el cumplimiento de aquel presupuesto procesal, aunque contrariamente sí se prevé en tramitación idéntica pero con objeto diverso (impugnación de convenios colectivos, art. 163 LPL).

b) Respecto de la segunda, porque el archivo de actuaciones del artículo 18.2 del Real Decreto Ley 17/77 de 4-3 (Relaciones de Trabajo) exige, como medida protectora del ejercicio del derecho fundamental de huelga, que el paro convocado por los trabajadores sea respuesta al conflicto colectivo promovido por el empresario, situación inversa a la actual de acuerdo con el relato cronológico de hechos.

II) La falta de conciliación previa por no haberse realizado a través del cauce previsto en el AGA (Acordo Interprofesional Galego sobre Procedementos Extraxudiciais de Solución de Conflictos de Traballo) o ante la

Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, no es admisible:

El artículo 154.1 LPL desvirtúa prácticamente la importancia del procedimiento establecido en el artículo 17 y siguientes RDL 17/77, al tiempo que no impone un tipo único o uniforme de conciliación sino que prevé o autoriza una alternativa entre dos sistemas, es decir, ante el servicio administrativo correspondiente o ante los órganos pactados en acuerdos interprofesionales o en convenios colectivos.

La denominada cláusula de acogida al AGA prevista en la disposición adicional 1ª del Convenio Colectivo de trasporte de viajeros en autobús por carretera para la provincia de A Coruña para el año 2000 (r. 1.312/2000/BOP 03.01.01) no es determinante, por sí sola, a los efectos sugeridos, porque a pesar del encaje de la actual pretensión litigiosa en el ámbito objetivo de ese Acuerdo (art. 4.a), no coinciden la territorialidad de la norma y de actividad productiva de la empresa, sin que tampoco aquélla tipifique sanción por su incumplimiento.

En el caso, la empresa optó por el primer sistema al promover la conciliación ante el SMAC que, ya dependiente de Comunidad Autónoma o del Ministerio de Trabajo, es el servicio administrativo que refieren los artículos 63 ó 154 LPL y ante el que acudió el sindicato demandado con representación idónea (folios 42, 169).

Además, se cumplió la finalidad esencial del acto conciliatorio porque, como afirma el Tribunal Supremo (s. 30.11.00), en cuanto requisito procesal o de procedibilidad ha de ser valorado con un criterio finalista, cual es dar a conocer la existencia de un propósito de litigar para, en su caso, considerar la posibilidad de evitar el litigio, favorecer la rápida y pacífica solución de los conflictos o poder preparar la defensa. Incluso, en algunos supuestos (ss. 13.10.89, 18.07.97, 30.11.00) la jurisprudencia califica de mera irregularidad la utilización inadecuada de la conciliación que, en cuanto tal, no impide el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

III) Afirmar que la competencia territorial para decidir la demanda es de los Juzgados de Santiago de Compostela, tampoco es aceptable:

El artículo 7.a) LPL en relación con el artículo 2.l) del mismo código, atribuye a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocer en única instancia de los procesos de conflictos colectivos, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma, regla ésta que en el caso se infiere de actos propios del sindicato demandante (apartados 3º y 1º de sus escritos de 8 ó 20.03.04, HHPP 2º y 3º), de la ubicación de los distintos centros de trabajo de la demandada (HP 1º) o del contenido de la Orden sobre servicios mínimos (HP 7º).

TERCERO.- El primer argumento de la empresa sobre la cuestión litigiosa de fondo, es afirmar la ilegalidad de la huelga en base a que, al ser intermitente, la renuncia a su ejercicio en uno de los días de paro señalados no supone la finalización de la huelga y el comienzo de otra distinta sino que implica su mantenimiento, de ahí que el sindicato convocante debiera haber desistido legítimamente y dar por terminada la huelga defectuosamente comunicada y proceder a la convocatoria de otra nueva, sin que resulte procedente salvar la nulidad radical de aquélla por el procedimiento de suspender uno de las jornadas de paro previstas.

El motivo no se acepta, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- La jurisprudencia constitucional (ss. 11/1981, 332, 333/1994, 40/1995) afirma que en nuestro ordenamiento (art. 28.2 Constitución) la huelga es un derecho subjetivo y fundamental, que consiste esencialmente en la cesación del trabajo, pero no es un derecho ilimitado sino que está condicionado a procedimientos y formalismos, no arbitrarios, rígidos o difíciles de cumplir de modo que en la práctica hagan imposible su ejercicio y que han de respetar los límites impuestos por las normas constitucionales con la finalidad de proteger bienes e intereses también constitucionalmente amparados; entre tales condiciones figura el preaviso de huelga que recoge el artículo 3 RDL 17/77.

2ª.- En el actual supuesto y al proyectarse la huelga convocada por CUT a un servicio público, el plazo de preaviso es diez días según el artículo 4 RDL 17/77.

El escrito de declaración de la huelga en "C., S.A.", de fecha 08.03.04, fue remitido por el sindicato demandado a la empresa demandante el 12.03.04, mediante correo certificado, sin que la destinataria tuviera conocimiento del mismo hasta el 17.03.04, es decir,

en plazo inferior al señalado, toda vez que la fecha inicial del paro intermitente era el 26.03.04.

La apreciación de si ese preaviso se realizó o no del modo legalmente exigido es una cuestión de legalidad/ilegalidad ordinaria, a decidir conforme a las circunstancias concurrentes que, en el actual supuesto, no sirven para afirmar que la huelga en cuestión sea ilegal, toda vez que: a) CUT utilizó a tal fin un medio idóneo, como es el correo certificado, para asegurar que "C., S.A." conociera plena y oportunamente la convocatoria de huelga. b) Esa utilización del servicio de correos lo fue en la ciudad del domicilio social de la empresa, circunstancia demostrativa del tiempo suficiente con que remitió la declaración de paro intermitente (12.03.04) respecto de la primera jornada de huelga (26.03.04). c) La notificación tardía del preaviso a la destinataria "C., S.A." por el servicio intermediario no ha de perjudicar los intereses de la remitente CUT, menos aún tratándose del ejercicio de un derecho fundamental. d) Frente a lo alegado por la empresa, la nota sindical que dejó sin efecto el paro de 26.03.04 (apartado 3º), no acepta la extemporánea notificación del preaviso de huelga por sí misma, sino para evitar conflictos sobre el particular. e) Las negociaciones que las partes mantuvieron para solucionar los paros revelan el conocimiento de ésta por "C., S.A." incluso antes de serle notificada materialmente (17.03.04).

3ª.- En el presente caso, el carácter intermitente de la huelga, es decir, la alternancia o sucesión de horas o jornadas de paro con horas o jornadas de trabajo, no implicó necesariamente que, tras desconvocar la del día 26.03.04, CUT hubiera de renunciar a aquélla y convocar otra nueva, si tenemos en cuenta: a) La predeterminación de los días de paro. b) La anulación de la huelga del 26.03.04 así como la del paro del 02.04.04, con mantenimiento del calendario restante en ambos casos, traen origen de la negociación subyacente y reiterada entre las partes, sin que "C., S.A." nada alegue respecto de esa segunda desconvocatoria. c) Iguales o semejantes circunstancias habían acontecido en la anualidad anterior (folio 251 y concordantes). d) Los efectos inherentes a la sentencia del Tribunal Supremo de 17.12.99, tras afirmar que "(la huelga intermitente) en cuanto tiene por objeto apoyar una reivindicación o una serie de reivindicaciones planteadas de manera conjunto, ha de considerarse como una única huelga fraccionada en el tiempo, y no como una sucesión de huelgas distintas e independientes", no son aplicables en el presente caso, al tratarse de actitudes huelguísticas y de sectores productivos radicalmente diversos.

4ª.- En definitiva y al igual que en el fundamento segundo.II), también se cumplió la finalidad esencial del preaviso, porque antes de comenzar la huelga CUT dio oportunidad a "C., S.A." de atender a las demandas de los huelguistas o de establecer con ellos una transacción (art. 8.2 RDL 17/77) para evitar los paros, quedando advertida sobre el particular.

CUARTO.- El segundo argumento de la empresa sobre la cuestión litigiosa de fondo, es afirmar la ilegalidad de la huelga en base a su carácter abusivo, que resulta de haber elegido el sindicato convocante como días de paro los de mayor actividad productiva, con el consiguiente desequilibrio o desproporción entre el perjuicio de los trabajadores huelguistas, idéntico cualquiera que sea el día de paro, y el daño a la empresa, que sufre pérdidas económicas y de usuarios notoriamente superiores de realizarse la huelga en días diversos.

QUINTO.- La jurisprudencia (s. 22.11.00) afirma que, en principio, las únicas huelgas que tienen la condición de ilícitas y abusivas por presunción legal, junto a aquellas que lo son por su finalidad expresa o por no haber respetado las exigencias de convocatoria y desarrollo del artículo 11 RDL 17/77, son las huelgas rotatorias, las efectuadas en sectores estratégicos con finalidad de interrumpir el proceso productivo y las de celo o reglamento, de ahí que en todas las demás debe presumirse su validez.

Entre éstas figura (TS ss. 17.12.99, 22.10.02) la huelga intermitente, no prevista como ilegal o abusiva en los artículos 7.2 y 11 RDL 17/1977, aunque la jurisprudencia constitucional (ss. 72/82, 41/84) y ordinaria (ss. 14.02, 30.06.99) indican que la alternancia o sucesión de horas o jornadas de huelga con horas o jornadas de trabajo puede calificarse de abusiva si el desarrollo de los paros intermitentes produce un daño desproporcionado a la otra parte de la relación de conflicto, teniendo en cuenta a tal fin (TS ss. 17.11.99, 22.11.00) que el daño ha de ser grave y buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente

implica, es decir, con desproporción entre los daños ocasionados al empresario y los sacrificios asumidos por huelguistas, correspondiendo la prueba del abuso a quien lo alega.

Aplicar la doctrina reseñada al actual supuesto, nos lleva a admitir la argumentación de la empresa demandante, de acuerdo con las siguientes consideraciones, previa valoración de las circunstancias concurrentes en él mismo, obligada por la casuística en la materia:

1ª.- La fijación de los días de paro por el sindicato convocante de la huelga en la misma jornada de semana (los viernes), con la única excepción del miércoles de Semana Santa al ser festivo el posterior e inmediato viernes.

2ª.- Tales días de paro (viernes y miércoles referidos) son los de mayor actividad empresarial, en cuanto jornadas inmediatamente anteriores al inicio de fin de semana o de período vacacional, porque durante ellos, es obvio, el número de usuarios experimenta un notorio incremento, manteniendo "C., S.A." esencialmente, en la organización o estructura de su proceso productivo, sus servicios habituales.

3ª.- Ratifican la apreciación anterior tanto el ámbito territorial a que atiende la empresa (Comunidad Autónoma de Galicia, hecho probado 1º), como los datos objetivos de recaudación que consigna el hecho probado 8º, de acuerdo con la pericial técnica practicada en juicio a instancia de la demandante y que no fue objeto de contradicción de adverso, más aún si tenemos en cuenta la preexistencia de huelga en similares términos durante la anualidad precedente (fundamento tercero.3ª.c y dictamen económico referido).

4ª.- La periodicidad, frecuencia y prolongación de los días de paro en la anualidad de referencia, con antecedentes en el año 2003, inciden negativamente en la imagen y fidelidad de "C., S.A." respecto de potenciales clientes o incluso ciertos colectivos (p.ej. estudiantes), al tiempo que ocasionan un perjuicio añadido por eventual pérdida de usuarios, porque, a consecuencia de las características señaladas de la huelga, fácilmente pueden llegar a adaptarse a otros medios de locomoción o transporte y llegar a prescindir de la empresa también respecto del viaje de retorno.

5ª.- En definitiva, entendemos que se produce la desproporción o desequilibrio entre los intereses en juego, el sacrificio de los trabajadores huelguistas, exclusivamente proyectado a la remuneración ordinaria de los días de paro, y los intereses empresariales, diversos como ya indicamos, de modo que los daños producidos por la huelga van más allá de lo que son inherentes a las jornadas de paro y se revelan innecesarios o incoherentes con el fin perseguido por el sindicato convocante.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos la demanda de "C., S.A." contra Central Unitaria de Traballadores, declaramos que la huelga convocada en la empresa demandante por el sindicato demandado es ilegal por abusiva, condenamos a éste y a Confederación Intersindical Galega, personada en autos, a estar y pasar por esta declaración y a su observancia.

3919 Recurso nº 2.045/03

S.S. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL. CONSOLIDACIÓN DE NIVEL RETRIBUTIVO: NON PROCEDE. DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a quince de julio de dos mil cuatro

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 2.045/03, interpuesto por empresas "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 602-02 se presentó demanda por don E.R.L. en reclamación de Clasificación Profesional siendo demandado "A.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 21 de octubre 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

E.R.L., cuyas circunstancias personales constan en le encabezamiento de su demanda trabaja para la empresa demandada, dedicada a la actividad de producción de aluminio en el centro de trabajo de … con antigüedad del día 22 de enero de 1973, salario mensual de 2.393,11 euros con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias y categoría profesional de polivalente de función, Nivel 24C.- El demandante ocupó desde junio de 2001 un puesto de Nivel 27 en el que cesó el día 4 de enero de 2002. En total trabajó en ese puesto 182 días. Fue retribuido por las diferencias salariales correspondientes al periodo indicado.- TERCERO.- El demandante prestó servicios durante todo el tiempo a que se ha hecho referencia anteriormente en la sierra número uno. El trabajador que estaba en la sierra número dos causó baja cuando él ya había empezado en la sierra uno. El demandante no cambió de sierra, siguió desarrollando sus funciones en el puesto al que le habían asignado desde junio.- CUARTO.- El día 28 de junio de 2002 se celebró el acto de conciliación con el resultado de "Sin Avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don E.R.L., contra "A.E., S.A." debo declarar y declaro el derecho del demandante a consolidad el nivel salarial 27 del Convenio Colectivo."

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 la empresa demandada, instando –vía artículo 191.b) LPL- la modificación de los HDP y denunciando la infracción -vía artículo 191.c) LPL- por indebida aplicación de los artículos: a) 216 y 218 LEC en relación con el 24 CE; b) 80.1.c) LPL; y c) el 10 CC de Empresa.

Las modificaciones fácticas propuestas consisten en:

a) Que el ordinal segundo de los HDP se sustituya por el siguiente: "el demandante desde junio de 2001 hasta enero de 2002 ocupó un puesto de trabajo de nivel 27, trabajando en ese puesto 121 días, de acuerdo con el siguiente detalle:

MES	DÍAS EN SUPERIOR CATEGORÍA
Junio 2001	8
Julio 2001	22
Agosto 2001	21
Septiembre 2001	11
Octubre 2001	23
Noviembre 2001	18
Diciembre 2001	12
Enero 2002	6
TOTAL	121

El actor fue retribuido por las diferencias salariales correspondientes al periodo indicado", con amparo en los folios 20 a 27.

b) Que el ordinal tercero de los HDP se sustituya por el siguiente: "de los días en que el actor realizó funciones de superior nivel, indicados en el hecho anterior, los realizados en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2001, y enero de 2002 (70 días), fueron debidos a la sustitución del trabajador don P.G.M., en situación de baja por accidente desde el día 17.09.01; correspondiendo los restantes 51 días, a la cobertura de puestos vacantes en dicho momento", con amparo en los folios 28 a 30.

c) Que en el ordinal cuarto se adicione una frase: "En la papeleta de conciliación presentada, el demandante alegó que desde septiembre de 2001 sustituía a un trabajador de nivel 27 un total de 182 días dentro del año", con amparo en el folio 39.

SEGUNDO.- 1.- Antes de examinar el precitado apartado revisorio ha de indicarse una vez más –SSTSJ Galicia 25.03.04, R. 615/03, 11.02.04 R. 6.781/03, 16.01.03 R. 5.384/02, 23.12.02 R. 1.744/02, 15.06.02 R. 938/99, 16.05.02 R. 1.171/99, 03.05.02 R. 944/02, 07.02.02 R. 6.499/01, 25.10.01 R. 1.458/98, 05.07.01 R. 2.775/01, 20.04.01 R. 2.851/95, 05.03.01 R. 277/01, 08.02.01 R. 5.959/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 10.01.01 R. 2.952/98,...– 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 artículo 191 LPL (STC 294/1993, de 18.10), 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 los artículos 316, 326, 348 y 376 LEC, así como el artículo 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".

2.- La naturaleza extraordinaria que se ha referido del recurso de Suplicación se traduce en:

(a).- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical.

(b).- Que el acta de juicio resulte conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados, por no constituir "documento" en el sentido del artículo 191.b LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el artículo 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. 1144).

(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.

(d).- Que el éxito de la pretensión revisoria está igualmente condicionada a que por la parte recurrente se haga precisa especificación de la modificación que se propone, con redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se propone, y a que haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella. Y

(e).- Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada –vinculantemente– por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que –salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada– no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia (SSTS de 04.06.76 Ar. 3.434 y 05.07.90 Ar. 6.059).

3.- Asimismo, también con carácter previo ha de señalarse que es consolidado criterio jurisprudencial el de que el relato de hechos declarados probados no puede contener valoraciones jurídicas que resulten predeterminantes del fallo, en tanto que con ellas es claro que se anticipa la decisión judicial respecto de la cuestión que se debate y –precisamente por eso– no pueden acceder a la parte histórica de la sentencia, sino que en su caso tendrían adecuada ubicación y razonamiento en la fundamentación jurídica (a título de ejemplo, SSTS 19.06.89 Ar. 4.811 y 7.06.94 Ar. 5.409; y SSTSJ Galicia –entre las recientes– de 25.01.03 R. 4.613/99, 22.03.03 R. 1.854/00, 27.03.03 R. 2.620/00, 11.04.03 R. 3.868/02, 26.04.03 R. 767/00, 30.04.03 R. 3.282/02, 30.05.03 R. 3.124/00, 12.06.03 R. 5.352/02, 18.06.03 R. 3.205/03, 02.10.03 R. 3.848/03, 30.10.03 R. 1.184/03, 21.11.03 R. 3.755/03 y 11.02.04 R. 3.498/01)

4.- Todo lo anteriormente indicado nos lleva a rechazar los motivos revisorios -salvo el contemplado en la letra a)- del número anterior, porque (a) en cuanto a la segunda de las modificaciones fácticas, no se ha aportado documento que demuestre el yerro del Juz-

gador sobre la apreciación de las pruebas conforme a la sana crítica, es más, que el trabajador que estaba en la sierra 2 cayese en baja –algo indubitado- no necesariamente significa que fuese sustituido por el actor, máxime cuando éste ya llevaba tres meses desarrollando funciones de superior categoría y continuó prestándolas en las mismas circunstancias que hasta ese momento; y (b) en cuanto a la tercera, tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas las SSTSJ Galicia 18.05.00 R. 4.857/98, 15.06.00 R. 1.117/97, 13.07.00 R. 3.217/00, 13.07.00 R. 253/97, 03.11.00 R. 4.435/00, 12.01.01 R. 3.357/97, 23.02.02 R. 2.956/98, 18.05.02 R. 5.419/98, 14.09.02 R. 4.295/01 y 14.09.02 R. 4.295/01), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y 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 (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.). Por esto mismo, la adición pretendida se demuestra como intrascendente para el fallo, porque no se puede entender como modificación sustancial de la pretensión ejercitada lo que a todas luces es una aclaración, especificación o ampliación de la demanda (artículo 85 LPL).

5.- Sin embargo, la Sala sí admite la primera de las modificaciones fácticas propuestas, ya que la prueba documental precisada demuestra el yerro del Juzgador en el cómputo de los días en que el actor prestó servicios de superior categoría y, además, tiene una trascendencia fundamental en orden al fallo.

TERCERO.- El demandado en el apartado jurídico de su recurso aduce la infracción de los siguientes artículos: a) 216 y 218 LEC en relación con el 24 CE; b) 80.1.c) LPL; y c) el 10 CC de Empresa. Razones de economía procesal nos llevan a analizar la última de las infracciones denunciadas, pues su estimación hace innecesario el examen de las anteriores.

Fijado que es que en el actor ocupó un puesto de trabajo de nivel 27 durante 121 días de acuerdo con el detalle contenido en el HDP SEGUNDO, y que el artículo 10 Convenio Colectivo de "A.E., S.A." (BOP 23.01.01), precisa que "el trabajador consolidará su encuadramiento en el nivel retributivo superior si realizase dichas funciones durante más de seis meses en dos años […]", la conclusión es que al recurrido no se le puede reconocer dicha consolidación, sino tan solo la retribución correspondiente a los días que ha prestado esos servicios superiores –tal y como se ha hecho-. En consecuencia, hemos de admitir la censura jurídica alegada y estimar el recurso.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 CE, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por "A.E., S.A.", revocamos la sentencia que con fecha 21.10.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Lugo, y desestimamos la demanda presentada por don E.R.L., absolviendo a la parte demandada.

3920 **Recurso nº 2.990/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. LEXITIMACIÓN ACTIVA DE DELEGADOS SINDICAIS. ADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. RESOLUCIÓN NON MOTIVADA QUE NON CAUSA IDENFENSIÓN. MODIFICACIÓN VÁLIDA DE CONDICIÓNS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a quince de julio de dos mil cuatro

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. 2.990/04 interpuesto por Servizo Galego de Saúde 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 Confederación Intersindical Galega, don F.D.F., don N.C.P. y don X.V.P. en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 205/04 sentencia con fecha veintinueve de abril de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"Primero.- Dentro de la organización del Servizo Galego de Saúde (SERGAS), en cada centro hospitalario se establece a principio de año, de forma provisional, una cartelera de rotación donde se señalan los días en que el personal deberá realizar los distintos turnos de rotación, así como aquellos otros en los que procede librar. Ahora bien, a lo largo del año es preciso, debido a circunstancias diversas (vacaciones, días de libre disposición, cambios de unidad, de destino, etc.) que se modifique la cartelera inicial, en el sentido de añadir una media por ATS-DUE de 7 ó 8 libranzas a mayores, y resta 7 ó 8 turnos nocturnos o diurnos de los inicialmente fijados.

Segundo.- En la planta segunda del Hospital Xeral, la supervisora de enfermería es las encargadas por la dirección del hospital de señalar los días de libranza de los ATS-DUE.

Tercero.- Desde hace aproximadamente tres años eran los ATS-DUE los que comunicaban a la supervisora los días en que pretendían el disfrute de sus días de libranza, acordándose por ésta su realización, salvo en navidades, en que no estaban permitidos. Durante este tiempo no se ha producido disfunción alguna del servicio como consecuencia del disfrute de los días en las fechas elegidas por los propios ATS-DUE.

Cuarto.- En reunión de 26 de enero de 2004 el demandado acordó que a partir del mes de marzo sería la dirección de enfermería, y no los propios interesados, la que determinaría las fechas de disfrute de los días de libranza. Esta práctica se ha acordado por el demandado para todas las plantas del hospital.

Quinto.- La Confederación Intersindical Galega tiene la consideración de sindicato más representativo a nivel de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Sexto.- Los demandantes don F.D.F., don N.C.P. y don X.V.P. son delegados de la sección sindical de la Confederación Intersindical Gallega en el Complejo Hospitalario Xeral C.

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

"FALLO: Que, con desestimación de las alegadas incompetencia de jurisdicción, inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa y falta de conciliación previa, y con estimación de la demanda formulada por la Confederación Intersindical Galega, don F.D.F., don N.C.P. y don X.V.P. contra el Servizo Galego de Saúde (SERGAS), acuerdo dejar sin efecto la modificación comunicada por el demandado a los ATS-DUE de la segunda planta del Hospital Xeral de fecha 26 de enero de 2004, y declaro que puede continuar fijando por sí mismos los días concretos de libranza que les correspondan, en las mismas condiciones que lo hacían antes de la comunicación mencionada; y condeno a la demandada a estar y pasar por esta declaración."

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.- Ante la sentencia de instancia –que acordó dejar sin efecto la modificación comunicada por el SERGAS a los ATS/DUE de la segunda planta del Hospital Xeral de Lugo, de fecha 26 de enero de 2004; y declaró que pueden continuar fijándose por los mismos los días concretos de libranzas, que les correspondan, en las mismas condiciones en que lo hacían antes de dicha comunicación-, formula recurso de suplicación el Letrado de la Entidad Gestora citada, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se suprima, del hecho probado cuarto de aquélla, el inciso, que señala: "Esta práctica se ha acordado por el demandado para todas las plantas

del hospital; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por una parte, de los artículos 152 a) y 17 de la LPL, en relación con los 7 y 9 de la LEC; por otra, del artículo 151 de la LPL; por otra de los artículos 9 y 12 del Decreto 97/2001, de Regulación Básica de los Órganos de Dirección, Asesoramiento, Calidad y Participación de las Instituciones hospitalarias, en relación con el apartado 2.4 del Acuerdo de Concertación Social por el que se establecen las condiciones de trabajo y retributivas del personal Sanitario del SERGAS, publicado por resolución de 1 de marzo de 2001; y por otra, del artículo 54.c) en relación con los 62 y 63, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del RJAP, y del PAC, en relación, a su vez, con los 9 y 10 del Decreto 97/2001.

SEGUNDO.- A la vista de la prueba documental, que se cita en su apoyo, y, ante la falta de controversia al respecto- pues, incluso, la parte actora, en el escrito de impugnación del recurso, está de acuerdo con ello-, no existe inconveniente en aceptar la supresión, en la relación fáctica de la resolución impugnada, del inciso, que afirma que la práctica discutida, se acordó por el SERGAS para todas las plantas del hospital.

TERCERO.- Se alega, por el letrado del SERGAS, en el primer punto del segundo motivo del recurso, que los demandantes –la Confederación Sindical Galega (CIG) y don F.D.F., don N.C.P. y don X.V.P., delegados éstos de la Sección Sindical de la CIG en el Complejo Hospitalario Xeral C. de Lugo-, carecen de legitimación activa para promover el conflicto colectivo planteado, pues, aparte de la capacidad procesal "in genere", para formularlo, precisan, la legitimación procesal, que posibilite postular este concreto proceso, en forma de un acuerdo corporativo expreso "ad hoc" para interponerlo e instarlo; pero, por la Sala, no se acepta la viabilidad de tal excepción, pues no consta que los citados no estén legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos, una vez que, en el artículo 152.a) del TRLPL –que se cita como infringido-, se indica que, lo están, los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio, que el del conflicto; que la CIG ostenta esta condición y los otros actores son delegados sindicales de la misma, en el Complejo Hospitalario donde se plantea el problema; que, por todo ello, todos tienen el interés legítimo, que exige el artículo 17 de la LPL –que, igualmente, se cita como infringido-, para poder ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos por las leyes; que, por otra parte, tiene las condiciones necesarias, para comparecer en juicio, pues, tal como resulta de la aplicación del artículo 17 de la LEC- que asímismo, se cita como infringido-, nada aparece en contra de que no estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, o que, en el supuesto de los delegados sindicales éstos no representen legítimamente a la CIG; y que, en definitiva, no se aprecian méritos para hacer uso de la facultad, que concede al Tribunal el artículo 9 de la LEC- que, de la misma forma, se cita como infringido-, de apreciar de oficio una supuesta falta de capacidad procesal en los citados.

CUARTO.- Se alegó, por el Letrado del SERGAS, en el segundo punto del segundo motivo del recurso, que el procedimiento planteada es inadecuado, porque su ámbito personal o subjetivo, queda circunscrito, única y exclusivamente, al personal, que presta sus servicios, de entre todas las plantas, en la segunda del hospital; pero, por la Sala no se acepta tal alegación, pues basta con examinar el precepto, que al efecto se cita como infringido- concretamente, el artículo 151 de la LPL, que afirma, en el punto 1, que se tramitarán a través del proceso de conflictos colectivos las demandas que afecten a un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, y decisión o práctica de empresa-, para observar que, en el mismo, dada su amplitud, no se pone cortapisa alguna a la tramitación de un proceso colectivo, como el que se analiza, una vez que, según se deduce de sus términos, afecta a un interés general de un grupo genérico de trabajadores, y versa sobre la aplicación de una decisión o práctica de empresa.

QUINTO.- Es necesario tener en cuenta, a efectos de resolver los puntos tercero y cuarto del segundo motivo del recurso, que, según se razona en la resolución impugnada, "nadie discute la capacidad del demandado (SERGAS) para la gestión de los recursos personales de los hospitales para así dar el adecuado servicio a los administrados" y "tampoco se disiente que le corresponde dirigir y evaluar las actividades de enfermería", que "lo que se discute en el presente es la validez de un acto, no motivado, expresado en el acta de 26 de enero de 2004, en el que el demandado acuerda de forma discrecional y sin responder

a necesidad acreditada alguna, cambiar el sistema de determinación los días de libranza de los ATS/DUE de la segunda planta de una forma que les es del todo perjudicial"..., etc.....; y que, de tal forma de enfocar y resolver el tema objeto de debate, resulta que, el tercer punto del segundo motivo del recursoque incide en que el señalamiento de las nuevas libranzas, o, en su caso, de los nuevos turnos de trabajo, es encargado por la Dirección a la Supervisora de Enfermería de cada unidad, en este caso de la segunda planta, la cual lo realiza según las sugerencias, no solicitudes formales del personal afectado, pues la competencia de la Dirección de los hospitales para ordenar sus recursos (materiales, humanos, etc.), viene recogida, expresamente, en las normas, que se indican-, es superfluo, pues nadie discute a la entidad gestora demandadauna vez que el Juzgador de instancia así lo señaló, que los actores no plantearon recurso al respecto, y que lo decidido coincide con lo que señala dicha entidad Gestora-, que es competente para regular la materia, sobre que versa el litigio.

SEXTO.- Se centra, pues, en definitiva, la cuestión debatida, en determinar si la decisión, que adoptó el SERGAS, en la reunión de 26 de enero de 2004, de acordar que, a partir del mes de marzo, sería la dirección de Enfermería, y no los propios interesados, la que determinaría las fechas de disfrute de los días de libranza, pues, hasta entonces, y desde hacía aproximadamente tres años, eran los ATS/DUE, los que comunicaban a la Supervisora los días en que pretendían el disfrute de dichos días, acordándose por ésta su realización, salvo en Navidades, en que no estaban permitidos, al no estar motivada y carecer de justificación, debe ser anulada, como señala el Sr. Juez "a quo", o no- como entiende el SERGAS, alegando en síntesis, que, no toda ausencia de motivación determina la nulidad del acto administrativo, pues existen supuestos de anulabilidad, en lo que, la ausencia de motivación, debe ir acompañada de una indefensión para los interesados, para que dicha anulabilidad pueda ser acogida- y, por la Sala, a la vista, por una parte, de lo que se dispone en el artículo 54.1.a) de la ley 30/1992, acerca de que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; y en el 63.1 y 2 de la misma Ley, acerca de que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico..., y de que, no obstante, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados; y, por otra, de que el acto, llevado a cabo por el SERGAS, en la reunión, de 26 de enero de 2004, consistió, simplemente, en acordar que, a partir del mes de marzo sería la dirección de la enfermería, y no los propios interesados, la que determinaría las fechas de disfrute de los días de libranza; se llega a la conclusión de que el citado punto de recurso, debe ser estimado, porque, aún cuando hubiere sido obligado que contuviere una sucinta referencia a su motivación; sin embargo, dada su simplicidad y la evidente- y no discutida, incluso-, posibilidad del SERGAS de llevarlo a cabo, en cuanto incidía en una facultad de dirección y organización, que, evidentemente, le correspondía, lleva consigo que tal defecto no sea suficiente para determinar su anulabilidad, porque, ni careció de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, ni dio lugar a la indefensión de los interesados.

SEPTIMO.- Todo lo anterior lleva a la estimación global del recurso, a la revocación del fallo de la resolución impugnada, y a la desestimación de la demanda.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por el Letrado del SERGAS, contra la sentencia, dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Lugo, en fecha 29 de abril de 2004; con revocación de su fallo; y, con desestimación de la demanda, formulada por la Confederación Intersindical Galega (CIG), don F.D.F., don N.C.P. y don X.V.P.; deberá absolver y absolvemos al SERGAS, de sus peticiones.

3921 **Recurso nº 3.051/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. UTILIZACIÓN GRATUÍTA DE APARCADOIRO. INTERPRETACIÓN DE PACTO EXTRAESTATUTARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a quince de julio de dos mil cuatro

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 3.051/04, interpuesto por doña M.L.A.M., en nombre y representación del Comité de Empresa de "E., S.A." en el Centro de Trabajo del Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos" y don E.E.G.C.D., en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 615-03 se presentó demanda por el comité de empresa "E., S.A." y la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandados la empresa "E., S.A.", Servizo Galego de Saúde y empresa "P.M., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El codemandante, doña M.L.A.M., es miembro y presidente del Comité de Empresa de la entidad "E., S.A." en el centro de trabajo del Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos" de Ferrol y fue designada el día 23 de abril de 2002 por dicho Comité de Empresa para que emprendiese acciones legales conducentes a plantear conflicto colectivo sobre la utilización gratuita, por la totalidad de la plantilla de "E., S.A." del parking de estacionamiento de vehículos existente en el citado Complejo Hospitalario, en las mismas condiciones que el personal del SERGAS catalogado como Pinches de Cocina. (Documentos números 1 a 10 de la prueba documental de la parte actora).- El Comité de Empresa en fecha 08.05.02 entregó a la Dirección de "E., S.A.", una copia del actor en la que consta el acuerdo adoptado el 23.04.02, al que antes se hizo referencia. (Documento nº 11, prueba parte actora).- 2.- El día 3 de diciembre de 1990, la empresa "Limpiezas faro, S.L.", entonces adjudicataria de los servicios de limpieza en el Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos", se reunió con el Comité de Empresa de la misma y ambas partes adoptaron el acuerdo siguiente: "La empresa se compromete a continuar garantizando, al igual que en años anteriores a todo el personal que preste sus servicios en este Complejo Hospitalario, las mismas condiciones socio-laborales, económicas y de cualquier otra índole, que las que en cada momento regulen y tengan reconocidas el personal catalogado como Pinches de Cocina de la Residencia "Arquitecto Marcide" de Ferrol", (Documento nº 13 de la parte actora).- 3.- El día 29 de julio de 1992, la empresa ""R., S.A.""m nueva adjudicataria de los servicios de limpieza en el Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos", se reunió con el Comité de Empresa de la misma y ambas partes llegaron a un acuerdo por el 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". (Documento nº 16, prueba parte actora).- 4.- La empresa codemandada "E., S.A." sucedió por subrogación, con efectos del 01.06.94, a la empresa "R., S.A.", como adjudicataria del servicio de limpieza en el Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos", (Documentos nº 18 y 19, prueba parte actora).- 5.- En fecha 29-2-00, la ahora demandante, doña M.L.A.M., actuando en representación del Comité de Empresa de "E., S.A." en el centro de trabajo del Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos", formuló demanda de Conflicto Colectivo, repartida al Juzgado de lo Social nº Uno de esta Ciudad (autos nº 101/00), contra la empresa "E., S.A." y otros, mediante la cual pretendía que "se declarase el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en la protección del riesgo de incapacidad temporal en le Instituto Nacional de la Seguridad Social en las mismas condiciones socio-laborales que los "Pinches de Cocina" de la Residencia Arquitecto Marcide de Ferrol, en los términos en su día pactados". La demanda fue estimada por sentencia de 10.03.00, cuyo fundamento jurídico segundo llega a la conclusión de que "E., S.A." debe someterse a "lo acordado por los demandantes y las empresas predecesoras en la concesión, puesto que dichos pactos tienen carácter de indefinidos hasta que sean modificados por nuevo acuerdo". La anterior resolución fue íntegramente confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social),

mediante sentencia de 24.11.00. (Documento nº 26, prueba parte actora).- 6.- En fecha 11.07.03, la ahora demandante, doña M.L.A.M., actuando en representación del Comité de Empresa de "E., S.A.", en el centro del en el centro de trabajo del Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos. Formuló demanda de Conflicto Colectivo, repartida al Juzgado de lo Social nº Uno de esta Ciudad (autos nº 431/03), contra la empresa "E., S.A." y el SERGAS, mediante la cual pretendía que "se declarase el derecho de los demandantes a ser repuestos en el control del seguimiento en las bajas médicas, en las mismas condiciones socio-laborales y de cualquier otra índole que las de los "pinches de cocina" del SERGAS, a medio de los controles del propio SERGAS (Médicos de Familia o de Atención Primaria e Inspección Sanitaria del Sergas) y de la Inspección Médica del INSS, prescindiendo de otros distintos a los existentes para dicha personal, y manifiesta y concretamente de los servicios de una empresa privada, en los términos en su día pactados". La anterior demanda fue estimada por sentencia de 15.09.03, en cuyo fundamente segundo se llega a la conclusión de que existe "una condición más beneficiosa del personal laboral del servicio de limpieza del C.H. Marcide, que asimila al mismo en todas las condiciones socio-laborales y económicas, incluido el control de la situación de la I.T, al personal estatutario, con la categoría de pinches de cocina de dicho Centro, anterior a la subrogación de "E., S.A." en el servicio de limpieza de dicho centro, y establecido de forma expresa en el pliego de condiciones de la adjudicación de dicho Servicio, la vigencia de los pactos de fecha 29.07.92, ha de estarse a lo en ellos pactado". (Documento nº 38, prueba de la parte actora).- 7.- En el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de servicios por el Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos", por el procedimiento abierto mediante concurso (fecha 09.04.01), se establece que "el personal asignado al contrato dependerá exclusivamente de la empresa adjudicataria, la cual tendrá todos los derechos y deberes inherentes a su calidad de empleador respecto del mismo, siendo la Administración contratante del todo ajena a dichas relaciones laborales. El adjudicatario se compromete a retribuir adecuadamente al personal destinado al servicio con cargo al precio de la adjudicación del contrato, asumiendo de forma directa y no trasladable al Complejo Hospitalario el coste de cualquier mejora en la condiciones de trabajo y/o en sus retribuciones, ya sea como consecuencia de Convenios Colectivos, pactos o acuerdos de cualquier índole, de modo que, en ningún caso, podrá repercutir dichas modificaciones sobre el importe a facturar por el servicio. El adjudicatario queda obligado, respeto a su personal destinado al servicio, al cumplimiento de la normativa laboral, de la Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales que se encuentre vigente en cada momento. Serán de aplicación el Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de A Coruña, de 15 de junio de 1999 y el Acuerdo suscrito en fecha 29 de Julio de 1992 entre la empresa adjudicataria en ese momento y el Comité de Empresa en donde se homologaba económica y socio-laboralmente al personal de la contratación con la categoría de "Pinches de Cocina" del Sergas" (Documento nº 52, prueba documental de la parte actora).- 8.- En fecha 4 de febrero de 1999, se inicia expediente de contratación del proyecto, construcción y explotación de un aparcamiento público de vehículos automovilísticos en el Hospital Arquitecto Marcide de Ferrol, que finalmente, en fecha 6 de octubre de 1999 se adjudica a la empresa "C.P., S.A.", firmándose el contrato y el pliego de cláusulas administrativas particulares el día 20 de octubre de 1999. Con posterioridad, el día 31 de mayo de 2000, se autorizó la modificación del contrato consistente en la cesión por parte de "C.P., S.A." de 150 plazas para el Hospital sin coste horario, la ampliación del plazo de concesión a cincuenta años, la posibilidad de hipotecar el derecho real de concesión y la exoneración del canon correspondiente a las 150 plazas gratuitas (prueba documental aportada por el SERGAS).- 9.- En fecha 27 de diciembre de 2001, el SERGAS y la empresa "C.P., S.A." suscriben un acuerdo por el que la citada empresa "se compromete a poner a disposición de los trabajadores del Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos", todas las plazas de la "planchada" superior del citado aparcamiento, sin coste alguno. (…) El número de plazas ocupadas simultáneamente por los vehículos de los usuarios no podrá exceder el número de 213. (…). El presente acuerdo entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2002 y concluirá el 31 de diciembre de 2002" (prueba documental apartada por el SERGAS).- 10.- En fecha 20 de diciembre de 2002, el SERGAS y "C.P., S.A." suscriben un nuevo acuerdo en los mismos términos que el anterior, pactándose su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003 (prueba documental aportada por el SERGAS).- 11.- Por escrito de 30 de

septiembre de 2002, la empresa "C.P., S.A." solicita que se autorice la transmisión del contrato suscrito con el SERGAS el 20.10.99, a la empresa "P.M., S.A.", autorización concedida por el SERGAS mediante resolución de 15 de mayo de 2003, por la que se acuerda la subrogación de los derecho y obligaciones derivados del contrato de construcción y explotación de un aparcamiento público de vehículos automovilísticos en el Hospital Arquitecto Marcide de Ferrol, de la empresa "C.P., S.A." a la empresa "P.M., S.A." (prueba documental aportada por el SERGAS).- 12.- En fecha 20 de junio de 2003, la empresa "C.P., S.A." y la empresa "P.M., S.A." formalizan escritura de "cesión de contrato administrativo", en virtud de la cual, la primera cede y transfiere a la segunda la concesión administrativa que tiene por objeto la construcción y explotación de un aparcamiento público de vehículos automovilísticos en el Hospital Arquitecto Marcide de Ferrol, cesión que acepta "P.M., S.A.", subrogándose en consecuencia en la titularidad de la concesión y en los derechos y obligaciones de ello derivadas, en especial en los que resultan del pliego de condiciones administrativas particulares y del contrato administrativo que rige dicha concesión". (prueba documental aportada por el SERGAS).- 13.- El día 26 de diciembre de 2003, el SERGAS y la empresa "P.M., S.A." suscriben un acuerdo, similar a los firmados con "C.P., S.A." en años anteriores, por el que "P.M., S.A." se compromete a poner a disposición de los trabajadores del Complejo Hospitalario "Arquitecto Marcide Novoa Santos" todas las plazas de la "planchada" superior del citado aparcamiento sin ningún coste. El número de plazas ocupadas simultáneamente por los vehículos de los usuarios no podrá exceder el número de 213. Para la utilización de dichas plazas, el trabajador del Complejo Hospitalario, retirará en la máquina situada al efecto, a la entrada del aparcamiento, el ticket correspondiente, tras el que se abrirá la barrera de acceso. Para salir del aparcamiento el trabajador presentará el ticket en la oficina de dicho aparcamiento y tras identificarse como trabajador del Complejo Hospitalario, se la validará el mismo, a fin de que no tenga que abonar la estancia, que será gratuita. El citado acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 2004 y estará vigente hasta el 31 de diciembre del presente año (prueba documental aportada por "P.M., S.A.").- 14.- El número de trabajadores del Complejo Hospitalario "Arquitecto–Profesor Novoa Santos" es de 1.291 efectivos. El citado Complejo es propietario de dos aparcamientos, disponibles tanto para el personal como para el público que accede al centro (prueba documental aportada por "E., S.A.").- 15.- En fecha 15 de noviembre de 2002, se celebró el acto conciliatorio, en virtud de papeleta presentada el día 29 de octubre con el resultado de intentado sin efecto."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva formulada pro la codemandada "E., S.A.", frente a la demanda interpuesta por el Comité de Empresa de la citada entidad, en el centro de trabajo en el Complejo Hospitalario "Arquitecto–Profesor Novoa Santos" y por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), contra "E., S.A.", el SERGAS y "P.M., S.A.", y desestimando también dicha demanda, debo declarar y declaro no haber lugar a ella, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones deducidas 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por la codemandada "E., S.A." frente a la demanda interpuesta por el Comité de Empresa de la citada entidad en el centro de trabajo del "Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide – Profesor Novoa Santos" de Ferrol y por la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra "E., S.A.", el Servizo Galego de Saúde y "P.M., S.A.", y desestimando dicha demanda, declaró no haber lugar a ella, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones deducidas en su contra, y contra dicha resolución se alzan en suplicación el Comité de Empresa de "E., S.A." del centro de trabajo antes referido y, conjuntamente, la CIG, articulando su recurso en atención a cuatro motivos, los dos primeros, con amparo procesal en el artículo 191.b), destinados a solicitar la revisión del relato histórico de la sentencia, el tercero con apoyo en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, para interesar el examen de la normativa aplicada en la resolución "a quo" y el último, constituyendo mas que un motivo de censura jurídica, una reflexión o matización, como establece la propia parte recurrente, en relación con lo establecido en el ultimo razona-

miento de la sentencia, interesando en el suplico del recurso que se estime el mismo y "se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se dicte otra, estimatoria de las pretensiones de esta parte, declarando el derecho al uso gratuito del parking de estacionamiento de vehículos existente en el Complejo Hospitalario, para la totalidad de la plantilla del "E., S.A." en las mismas condiciones que el personal del Sergas catalogado como pinche de cocina".

SEGUNDO.- En lo atinente a la modificación del relato de hechos probados, la parte actora recurrente interesa, en el motivo primero con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la adición al final del ordinal primero de un párrafo del siguiente tenor: "Los trabajadores afectados por la cuestión debatida son los que "E., S.A." posee en el precitado centro de trabajo (75)".

Invocando en pro de sus intereses la documental del folio 183, en el que se inserta copia de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, deviene procedente acceder a la solicitud, de manera que, a la redacción original del hecho probado primero, habrá de añadírsele el párrafo antes reseñado.

TERCERO.- En el motivo segundo del recurso, con el propio amparo procesal, solicita la parte actora que se añada al hecho probado catorce, un nuevo párrafo con el siguiente contenido: "Las tarifas vigentes en este momento (29.10.03) en el parking del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide – Profesor Novoa Santos de Ferrol, comprendidos todos los tramos horarios son los que se detallan: Importe por hora/fracción—-0,90 Euros; importe por día completo—-10 Euros; bono por mes completo—-75 Euros; bono mes para trabajadores del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide—-57 Euros".

Ampara su pretensión de revisión, por adición, en el documento obrante en autos al folio 65, en el que la empresa concesionaria contesta al requerimiento efectuado por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol en relación con las tarifas vigentes en el parking comprendidos todos los tramos horarios disponibles, por lo que, sin perjuicio del alcance que pudiera otorgársele en sede jurídica, deviene procedente acceder a la modificación interesada por la parte recurrente, debiendo añadirse al hecho probado catorce el párrafo antes reseñado.

CUARTO.- Ya en sede jurídica, con amparo procesal correcto, denuncia la parte recurrente en el motivo tercero, la infracción del Acuerdo de 29 de julio de 1992, así como el apartado 8.2.4 de la hoja de cláusulas administrativas particulares para la contratación por el "Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide – Profesor Novoa Santos" (del Servizo Galego de Saúde) por el procedimiento abierto mediante concurso, todo ello en relación con los artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 del Código Civil, remitiéndose a la interpretación efectuada en su día por este propio Tribunal en sentencias de 24.11.00 y 23.02.04, llevando a cabo, como antes se dijo, en el apartado cuarto, sin denunciar infracción jurídica alguna y sin cita de apoyo procesal concreto, una suerte de disquisiciones y argumentos en orden a lo que solicita, haciendo alusión a "una mera regla de tres, pues si para 1.291 plazas se concede 213 plazas, para 75 (personal de "E., S.A.") correspondería 12,37 (sic) plazas".

Conviene tener presente que la concreta y específica pretensión auspiciada por la parte actora en el suplico de la demanda rectora del presente procedimiento de conflicto colectivo era del siguiente tenor literal: "se dicte sentencia por la que estimando la demanda se declare el derecho al uso gratuito del parking de estacionamiento de vehículos existente en el Complejo Hospitalario, para la totalidad de la plantilla de "E., S.A.", en las mismas condiciones que el personal del Sergas catalogado como pinches de cocina", sin que pueda soslayarse que las propias demandantes, en el hecho tercero de los de la demanda, aseveran que no se les permite hacer uso gratuito del parking en las mismas condiciones que los pinches de cocina del Sergas lo que les supone, añaden, un perjuicio económico de 7,20 Euros diarios aproximadamente, es decir, parece claro que interesan el acceso gratuito y libre al aparcamiento existente en las inmediaciones del Complejo Hospitalario de Ferrol y, por ello, a tal solicitud debe constreñirse la resolución que haya de recaer en este procedimiento.

QUINTO.- Así las cosas, no discutida en este ámbito la legitimación de la empresa "E., S.A." para una correcta integración de la relación jurídico procesal, la controversia litigiosa se centra en determinar si, como pretende la parte actora, tienen los trabajadores de "E., S.A." insertos en el ámbito del conflicto, derecho al uso gratuito del parking o, por el contrario, como defiende la empresa "E., S.A." ello supondría una interpretación abusiva del acuerdo de 1992, suscrito después de una con-

vocatoria de huelga que tenía por objeto la reclamación de determinados pluses retributivos, según afirma dicha mercantil, habiendo solicitado, por su parte, la representación del Sergas y la de la empresa "P.M., S.A." su respectiva absolución, aquel, por entender que los acuerdos a que puedan resultar obligadas las partes, en modo alguno puede afectarle ni menoscabar los derechos de los trabajadores de dicho Organismo y "P.M., S.A." por ser ajena a las relaciones entre los demandantes y su empleadora, sin que de las condiciones de la concesión se deduzca que deba ceder el uso gratuito de plazas de aparcamiento a los trabajadores de "E., S.A.", añadiendo que los acuerdos posteriores suscritos con el Sergas se limitan al personal dependiente de dicho Organismo que presta servicios en el centro hospitalario.

SEXTO.- La Sala, aún considerando que el pacto o convenio extraestatutario de fecha 29.07.92, en cuya virtud la anterior adjudicataria de los servicios de limpieza del Complejo Hospitalario, a la sazón "R., S.A.", "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", es, con carácter genérico, válido y eficaz entre las partes y vincula a la empresa "E., S.A." al haber sucedido, con fecha 01.06.94, a la empresa antes citada, anterior adjudicataria, en el servicio de limpieza por subrogación y en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no considera, sin embargo, que haya de entenderse que lo plasmado en el convenio extraestatutario reseñado determine el éxito de la solicitado por la parte actora, habida cuenta de la pretensión a que se contrae la demanda rectora del presente procedimiento y es que, por mas que se otorgue a la literalidad de la frase "las mismas condiciones socio laborales y económicas que regulen el personal catalogado como pinches de cocina" una interpretación amplia y flexible que permita incluir cuestiones relativas a salarios, jornadas, vacaciones, permisos u otras situaciones vinculadas a la cobertura de la seguridad social, pues, por mas que no se evidencia que el derecho al uso gratuito del parking que reclaman los actores, constituya una prerrogativa ínsita en el régimen jurídico regulador del colectivo de referencia, pinches de cocina de la Seguridad Social, situándose la pretensión actora extramuros de la cobertura o ámbito del pacto, a lo que no es óbice lo establecido en anteriores sentencias de esta Sala relativas a objeto, pretensiones y circunstancias distintas a la presente litis, lo cierto es que, dado el limitado número de plazas que la concesionaria pone gratuitamente, a disposición de los trabajadores del Sergas como consecuencia del acuerdo alcanzado con la concesionaria del parking, los pinches de cocina ni siquiera tienen reconocido de forma incondicional el derecho a tal uso gratuito del aparcamiento, de manera que, compartiendo la Sala los razonamientos de la Juzgadora de instancia que no ha logrado desvirtuar la parte recurrente en esta suplicación, deviene procedente la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por el Comité de Empresa de "E., S.A." del centro de trabajo "Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide – Profesor Novoa Santos" de Ferrol y conjuntamente por la Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, de fecha 5 de marzo de 2004, en autos nº 615/03, sobre conflicto colectivo, confirmamos la sentencia de instancia.

3922 **Recurso nº 3.231/04**

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. DEFECTOS DO RECURSO DE SUPLICACIÓN.

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

A Coruña, a quince de julio de dos mil cuatro

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. 3.231/2004 interpuesto por don E.H.F. 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 don E.H.F. en reclamación de tutela de derechos fundamentales siendo demandados el comité de empresa de GKN-D.-V., "GKV-D.-V., S.A.", la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), con asistencia del Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 190/2004 sentencia con fecha 16 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"I.- Don E.H.F., mayor de edad, con D.N.I. nº …, viene prestando servicios en "GKV-D.-V., S.A."; el demandante se presentó a las pasadas elecciones sindicales del 2002, en la empresa, integrada como "independiente", en la candidatura de la C.I.G., en el colegio de especialistas y no cualificadas, resultando elegido junto con otros dos compañeros de tal candidatura. El comité lo conforman, además, 8 representantes por CC.OO., 3 representantes por SI FSI y representantes por U.G.T. II.- En reunión del comité de 19.11.02, se designaron por los cuatro sindicatos con representación en dicho órgano a los miembros de las Comisiones; el actor fue designado por la C.I.G., para las Comisiones de "Becas" y "NST"; en la Disposición última 6 del Convenio de Empresa se señala que la Comisión de NST está compuesta por representantes de la Dirección y "miembros das organizacións sindicais con representación no comité". III.- Por divergencias del demandante con la C.I.G., ésta remitió carta a la Empresa que decía: "Pola presente a Federación do Metal da C.I.G, comunícalle a esa dirección, que don E.H.F., deixa de ser Delegado de Persoal desta central, a partir do día 8 de xullo do 2003". IV.- En la misma fecha la Sección sindical de la C.I.G., comunicó a la empresa que el actor sería sustituido por un delegado sindical de la C.I.G., en representación de ésta, en la Comisión de NST, como así se hizo. V.- En reunión del Comité de fecha 22.10.03 –con asistencia de los delegados de las cuatro Secciones Sindicales-, el demandante propuso "a todas las Secciones sindicales, poder asistir a las reuniones de todas las comisiones de trabajo, tanto con la empresa como las propias del C.E., con una objeción matizada de la C.I.G., por no estar de acuerdo"; en la misma reunión propuso CC.OO. una plataforma única del Convenio quedando "pendiente de respuesta por parte de las demás Centrales Sindicales". Al actor no se le permite votar en las reuniones de las Comisiones emanadas del comité, aunque si asistir. VI.- CC.OO., remitió carta el 09.12.03 al resto de las Secciones Sindicales para que, por medio de dos representantes cada una, elaborara una plataforma única para el convenio del 2004, a dichas reuniones no fue invitado el demandante".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda de don E.H.F., contra GKN-D.-V., comité de empresa de GKN-D.-V., Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contenidas en demanda y 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

ÚNICO.- 1.- En las presentes actuaciones, seguidas por supuesta vulneración de la libertad sindical, la sentencia ha sido desestimatoria de la demanda formulada y frente a tal criterio se formula recurso amparado en el art. 191.c) LPL, pero sin que en el mismo se cite norma alguna que se considere infringida.

2.- El planteamiento del recurso nos obliga a recordar –con las SSTSJ Galicia 26.03.04 R. 3.166/01, 11.02.04 R. 279/04, 29.11.03 R. 1.826/01, 04.10.03 R. 231/01, 18.06.03 R. 3.205/03, 18.03.04 R. 3.038/01, 15.04.04 R. 3.550/01, 15.04.04 R. 3.663/01, 26.04.04 R. 3.029/01, 25.06.04 R. 5.252/01...– que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que muy contrariamente la ostenta –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– de carácter extraordinario y cuasi casacional. Y ello se traduce, entre otras consecuencias, en que legalmente se imponga (art. 194 LPL: «en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas») la necesidad de denunciar y razonar adecuadamente la infrac-

ción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre –exclusivo objeto final del recurso de Suplicación– únicamente es rectificable en virtud de una apreciada infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo inconteste doctrina jurisprudencial la de que la ausencia de apartado de examen del Derecho en el recurso y/o la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o Jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado. Es más, incluso tenemos señalado en la interpretación de aquel precepto (nos remitimos a las sentencias ya citadas) que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende conculcado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido; doctrina que obedece a la razonable consideración de que la Sala no puede indagar –de oficio– cuál sea la norma sustantiva vulnerada, porque con ello se desconocerían los principios de igualdad de partes, rogación e imparcialidad que deben de presidir las actuaciones de Tribunales de Justicia, y porque la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no ampara la inacción de la parte ni puede conducir a que la actividad procesal que a aquélla corresponde sea 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 art. 75 LPL, admitiéndose tan sólo la iniciativa de la Sala cuando la cita de preceptos sea un claro error material o cuando el defecto de cita específica no represente obstáculo alguno para excepcionalmente sobreentender –por obvio– el precepto que se considera conculcado y cuya falta de referencia obedece a una simple omisión que el formalismo exigible no puede al extremo de obstaculizar el éxito del recurso. Y al no ser éste el supuesto,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don E.H.F., confirmamos la sentencia que con fecha 16.03.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Vigo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), a GKN-D.-V. y al COMITÉ DE EMPRESA de la misma.

3923 **Recurso nº 2.662/04**

S.S. DESESTIMACIÓN DE RECURSO DE SUPLICACIÓN CARENTE DE MOTIVOS DE INFRACCIÓN XURÍDICA, DADA A IMPOSIBILIDADE DE SUPLIR A INACTIVIDADE DA PARTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a dieciséis de julio de dos mil cuatro

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 2.662/04 interpuesto por Concello da Illa de Arousa contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 83/04 se presentó demanda por doña A.D.R. en reclamación de despido siendo demandado el Concello da Illa de Arousa en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de abril de 2004 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.D.R., con DNI …, viene prestando servicios para la demandada Concello da Illa de Arousa con antigüedad de 22 de diciembre de 1998, categoría profesional de técnico agente de empleo y desarrollo local y salario mensual de 1.202,40 € con inclusión del prorrateo de las pagas extraordinarias. 2.- La demandante y la demandada Concello da Illa de Arousa suscribieron un contrato de duración determinada de fecha 22 de diciembre de 1998, para la realización de obra o servicio determinado, con duración de un año (cláusula sexta) y objeto "desenrolar programa de dinaminzación e xeración de novas actividades ó abeiro da orde de 27.04.98 (D.O.G. 30.04.98".El 21 de diciembre de 1999 las partes firmaron una primera prórroga del contrato por doce meses más. El 13 de diciembre de 2000, las partes

formalizaron una segunda prórroga por otros doce meses más. El 21 de diciembre de 2001 suscribieron la tercera por otros doce meses. Y, finalmente, el 20 de diciembre de 2002, las partes firmaron la cuarta prórroga del contrato por doce meses más. 3.- Por carta de fecha 27 de noviembre de 2003, el Concello demandado comunicó a la demandante su cese por finalización de contrato. La comunicación tiene el siguiente contenido: *"O próximo día 21.12.03 finaliza o contrato de traballo suscrito por vostede con este Concello, e en cumprimento das normas vixentes sobre contratación de persoal, comunicaselle que con dita data quedará rescindida a tólodos efectos a súa relación laboral con este Concello, causando baixa no mesmo"*. 4.- La contratación de la demandante estaba subvencionada por la Orden de 27 de abril de 1998 de la Consellería de Familia, Promoción de Emprego, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia, la de 30 de septiembre de 1999 y la de 23 de agosto de 2001, la de 4 de octubre de 2002 y la de 19 de junio de 2003. Esta última contempla la financiación de los costes laborales del técnico local de empleo hasta un 80% durante el primer año y, se prorroga, por un máximo de cuatro; si se prorroga por un quinto año hasta el 50% de los costes laborales y si se prorroga por un sexto, el 30%. 5.- El Alcalde Presidente del Concello demandado informa con fecha 13 de octubre de 2003 que la demandante realizaba entre otros los siguientes cometidos: 1) trámite de subvenciones y ayudas ante distintos organismos para el Concello. 2) jornadas informativas-formativas sobre creación de empresas, ayudas, búsqueda de empleo, elaboración de currículum vital, orientación laboral…. 3) coordinación en la colaboración con la Fundación Comarcal del Salnés para la ejecución de distintos proyectos. 4) realización de proyectos de creación de empresas, estudios socioeconómicos de la situación del concello, elaboración de planes de empresa, gestión de distintas ayudas y subvenciones para empresas… 5) implantación de distintas políticas activas de empleo, organización y puesta en marcha de los seminarios "Difusión da cultura emprendedora" y "Planificación empresarial" impartidos por IGAPE en el Concello del 1999 al 2003. 6) impartir los módulos de "Técnicas de búsqueda de emprego" y "Políticas de igualdade" incluidos en el curso de "Xestión de empresas cooperativas" en el año 2000. 7) puesta en marcha del Servicio Galego de Colocación para las tareas de información, captación, tratamiento de ofertas de trabajo y asesoramiento a las entidades introductoras de ofertas durante el año 1999/2000. 6.- La demandante ha realizado además diversas tareas en el Servicio de Información Xuvenil como la tramitación de carnets, ha sido la persona designada por el Concello para la implantación del programa Life, dedicado al reciclado de basuras y residuos, se ha ocupado de la transcripción de las actas de las Comisiones de Gobierno del Concello, así como de llevar la documentación relativa a la liquidación de los Seguros Sociales, altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social a las oficinas de la Tesorería de la Seguridad Social situadas en Vilagarcía de Arousa y gestión de toda la contratación del Concello ante la Oficina de Empleo dependiente de la Xunta. 7.- Quedó agotada la vía administrativa previa.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando íntegramente la demanda presentada por doña A.D.R., contra o Concello da Illa de Arousa, debo declarar y declaro improcedente el despido de la demandante y, en su consecuencia, condeno a la demandada a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de esta Resolución, o, a su elección, al pago de las siguientes percepciones económicas: a) Una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de 9.022,94 euros. b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia o hasta que encontrara otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta Sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador se concreta en la cantidad de 40,08 euros diarios.

La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta Sentencia, sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período de devengo de los salarios de tramitación.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Recurre el Ayuntamiento de A Illa de Arousa la declaración de improcedencia del despido, instando –por el cauce del artículo 191.b LPL– la modificación de los HDP, pero sin alegar infracción normativa alguna.

La desestimación del recurso viene impuesta por el hecho -a todas luces incompresible- de que no se ha efectuado denuncia expresa de infracción jurídica (aparte de la omisión de cualquier folio que fundamentase la variación fáctica), y es sabido que este recurso de Suplicación (entre otras, las SSTSJ Galicia 12.01.01 R. 4.679/99, 22.02.01 R. 73/00, 16.03.01 R. 612/00, 23.03.01 R. 935/00, 30.03.00 R. 877/98, 20.04.01 R. 969/99, 18.05.01 R. 1.616/00, 25.05.01 R. 2.419/00, 16.06.01 R. 987/98, 23.06.01 R. 2.331/00, 26.06.01 R. 2.855/00, 12.07.01 R. 1.680/00, 19.07.01 R. 3.429/01, 19.09.01 R. 3.890/00, 10.01.02 R. 4.778/98, 25.01.02 R. 971/01, 22.03.02 R. 153/99, etc.) no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los artículos 188 y siguientes. LPL, y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el artículo 194 LPL ("en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare"; "en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas"), precepto éste que presupone –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre –exclusivo objeto final del recurso– únicamente es rectificable en virtud de una apreciada vulneración infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo incontestada doctrina jurisprudencial la de que la ausencia de apartado de examen del Derecho en el recurso y/o la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o Jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado; en la misma forma que esa naturaleza extraordinaria del recurso –STS 07.05.96 Ar. 4.381– implica que el Tribunal de suplicación tan sólo deba examinar –cuestiones de orden público procesal aparte– aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por los recurrentes, no siéndole hacedero abordar las infracciones no denunciadas o que no lo hubiesen sido con arreglo a las referidas formalidades, porque –STS 24.06.92 Ar. 4.669– el incumplimiento de tal carga procesal de la parte no puede ser suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el artículo 75 de la LPL que, en la fase actual del recurso, actúa como causa de inadmisión. Debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 191.b) LPL (los de "hechos") y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de "derecho"), pues si ello no se realizara de la manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un HDP sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia (STJ Galicia 04.06.04 R 3.221/01).

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 CE, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por el Consello da Illa de Arousa, confirmamos la sentencia que con fecha 07.04.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº1 de los de Pontevedra, a instancia de doña A.D.R. y por la que se acogió la demanda formulada.

3924 **Recurso nº 2.802/04**

S.S. CRITERIOS PARA A DETERMINACIÓN DO EMPRESARIO RESPONSABLE EN RECLAMACIÓN DE TRABALLADOR DESPEDIDO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis FA. De Castro Fernández

A Coruña, a dieciséis de julio de dos mil cuatro

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 2.802/04 interpuesto por Ayuntamiento de Viveiro contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 191/04 se presentó demanda por doña M.P.V. en reclamación de despido siendo demandados Ayuntamiento de Viveiro, Escuela Oficial de Idiomas de Viveiro, Consellería de Educación e Ordenación Universitaria en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dos de abril de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La demandante doña M.P.V., con N.I.E. nº …, ha venido prestando servicios para el Excmo. Ayuntamiento de Viveiro desde el 9 de octubre de 1998, con categoría profesional de profesora, grupo 03, y con un salario mensual de 1.459,38 euros, con prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- La actora suscribió con el Ayuntamiento tres contratos de trabajo de duración determinada, y que tuvieron por objeto impartir cursos de conversación francesa en la Escuela Oficial de Idioma de Viveiro. Los contratos constan unidos a los autos, y su contenido se da por reproducido. TERCERO.- El Ayuntamiento demandado comunicó a la actora la extinción de su contrato con efectos el 1 de enero de 2004, por carta con el siguiente contenido: "Preaviso y notificación de finiquito don M.R.R., en calidad de Alcalde-Presidente de la Empresa Excmo. Ayuntamiento de Viveiro, con número de patronal … y C.I.F.: …, por medio de la presente le comunica a doña M.P.V. con D.N.I. nº …, que la Comisión de gobierno en sesión extraordinaria, celebrada el día 24 de noviembre de 2003, adaptó entre otros, acuerdo de proceder a la extinción del personal contratado laboral-temporal, al servicio de la Escuela de idiomas, una vez recibida comunicación del Delegado de Educación y Ordenación Universitaria que dice textualmente: "a Escola Oficial de Idiomas de Viveiro, dende o inicio de funcionamento como tal, dispón de recursos para facer fronte ós gastos xerados pola súa actividade" indicando asimismo de forma reseñada que "a Escola Oficial de Idiomas de Viveiro conta cos medios materiais e co persoal necesario para o seu funcionamiento. Por lo que este Ayuntamiento asumir gastos de otra Administración Pública viene en extinguir el contrato con fecha día 1 de enero de 2004. 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 contrato de trabajo. Asimismo le comunico que las cantidades que le serán abonadas en concepto de finiquito, son las siguientes: -PARTE PAGA EXTRA-UN DÍA 2,58, -INDEMNIZACIÓN POR CESE 433,25". CUARTO.- En Viveiro comenzó a funcionar la Escuela de Idiomas el 11 de marzo de 1996, como extensión de la Escuela Oficial de Idiomas de Monforte de Lemos. Consta unido a los autos el expediente tramitado por la autorización oportuna por parte de la demandada, de fecha 11 de marzo de 1996, y su contenido se da por reproducido. La Escuela Oficial de Idiomas de Viveiro fue creada por Decreto 105/2001, de 3 de mayo, comenzando su funcionamiento tras la Orden oportuna de fecha 11 de septiembre de 2002. QUINTO.- La Escuela está adscrita a la Consellería demandada, encargada de la determinación de los cuadros de personal docente, administrativo y subalterno necesario para el desenvolvimiento de sus actividades. SEXTO.- La actora no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical. SÉPTIMO.- La demandante formuló reclamación previa ante las demandadas, sin que ninguna de ellas fuera estimada".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña M.P.V., y con absolución de los demandados Escuela Oficial de Idiomas de Viveiro y Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, debo declarar y declaro improcedente el despido de la demandante con efectos de fecha 1 de enero de 2004, y condeno al demandado Excmo. Ayuntamiento de Viveiro a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución opte readmitir a la demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad de 11.436,48 euros y, en todo caso, a abonar a la trabajadora los salarios de tramitación deja-

dos de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, en cuantía de 48,64 euros diarios, debiendo poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antes dicho, si opta o no pro la readmisión. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad que al Fondo de Garantía Salarial le corresponda asumir dentro de los límites legales".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por Ayuntamiento de Vivero 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 de instancia, que estimó la demanda formulada por despido, el demandado Excmo. Concello de Viveiro interpone recurso de Suplicación, en el que: (a) solicita revisión de hechos para hacer constar carta dirigida al Concello por la codemandada Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, y en la que expresa que los gastos de limpieza y energía eléctrica han de ser atendidos por la Escuela Oficial de Idiomas de Viveiro, en la que la actora prestaba servicios; (b) corrección del salario fijado por la sentencia, en el sentido de ascender a la cantidad –bruta y prorrateada– de 541,56 euros; (c) infracción de los arts. 1.2 y 55 ET.

SEGUNDO.- 1.- La primera de las revisiones es inadmisible, porque los servicios de suministro eléctrico y limpieza ninguna relación guardan con la atribución de cualidad empresarial respecto del profesorado, de manera que el motivo ha de rechazarse por no guardar relación alguna con el objeto de debate.

2.- Pero la segunda ciertamente procede, porque frente a la documental que apoya la revisión, que es el contrato de trabajo que figura incorporado a las actuaciones como folio 44 y en el que se señala una jornada de trabajo de 10 horas semanales (frente a las 37,50 habituales en el sector) y un salario prorrateado de 71.400 pts/mes, la actora no ha practicado prueba alguna –ni documental ni testifical– que hiciera sostenible la retribución indicada en demanda y que el Magistrado tuvo por acreditada.

Y si ya no bastase la prueba en el recurso, de todas formas habría de tenerse en cuenta que si bien a los efectos revisorios la doctrina de Suplicación no admita en términos generales el censurable procedimiento –«cómodo expediente», en usual expresión de la Jurisprudencia– 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, 28.11.90 Ar. 8.614, 26.09.95 Ar. 6.894 y 26.03.96 Ar. 2.495; SSTSJ Galicia –entre tantas otras– de 04.07.03 R. 3.930/00, 05.03.01 R. 277/01, 21.02.02 R. 2.963/01, 27.09.02 R. 3.893/99 y 16.05.03 R. 1.588/03), no es menos cierto –STSJ Galicia 23.10.03 R. 4.801/03, últimamente– que tal criterio general ha de ser matizado en ocasiones, desde el momento en que la valoración de la prueba ha de llevarse a cabo conforme a las reglas de la sana crítica (STC 272/1994, de 17 de octubre) y ello implica que el Juzgador de instancia ha de realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, lo que excluye deducciones arbitrarias, irracionales o absurdas (en este sentido, la STC 175/1985, de 15 de febrero), habiéndose afirmado –STS 31.05.90 Ar. 4.524– que la facultad de libre apreciación de la prueba otorgada al Juez de instancia no puede convertirse en instrumento que permita llegar a conclusiones fácticas inadmisibles o contrarias a la lógica jurídica, y que su libre apreciación sea además razonada para que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano judicial (STC 24/1990, de 15 de febrero). Y en todo caso, esa actuación de acuerdo a las reglas de la sana crítica presupone una mínima actividad probatoria que sirva de fundamento a las conclusiones de hecho (SSTC 37/1985, de 08 de marzo, TS 21.03.90 Ar. 2.204; y SSTSJ Galicia –entre otras– de 20.01.04 R. 4.595/03, 02.10.03 R. 4.454/03, 04.07.03 R. 3.930/00, 21.02.02 R. 3.654/98, 26.06.01 R. 2.451/01, 13.10.00 R. 2.500/97, 13.07.00 R. 3.217/00, 30.06.00 R. 2.962/00, 15.04.00 R. 1.248/00 y 21.01.00 R. 5.385/99), hasta el punto de que la ausencia de tal prueba mínima permite la excepcional revisión de las conclusiones fácticas, pues de limitarse la posibilidad revisoria a la usual exigencia de que medien documentos o pericias evidenciadores del error, se produciría –para la parte que pretendiese recurrir– una manifiesta indefensión, que proscribe el art. 24 CE y para cuya corrección la Sala ha de tener las más amplias facultades, llegando –incluso– a la actuación de oficio.

Por ello aceptamos que el salario mensual de la demandante ascendía a 541, 56 euros, concluyendo la parte proporcional de

gratificaciones extraordinarias; tal como se pretende y acredita.

TERCERO.- 1.- Se rechaza la primera de las censuras jurídicas formuladas, la relativa a la infracción del art. 1.2 ET, en relación con el art. 55 del mismo Cuerpo legal, y con la que el Concello pretende desconocer su cualidad empresarial respecto de la accionante. Y lo rechazamos porque consta acreditado –y declarado probado– que la trabajadora fue contratada por la recurrente, que la misma satisfacía sus retribuciones y que también procedió a despedirla. Baste al efecto recordar que en la carta de cese se afirma que la Comisión de Gobierno adoptó «acuerdo de proceder a la extinción del personal contratado laboral-temporal, al servicio de la Escuela de Idiomas... Por lo que este Ayuntamiento... viene en extinguir el contrato con fecha 1 de enero de 2004... a partir de dicho día, esta Empresa considera finalizadas las relaciones laborales que se regían por el contrato de trabajo»; y se le indica la cantidad a percibir por finiquito.

Tales manifestaciones excluirían ya la viabilidad del motivo por simple aplicación de la doctrina de los propios actos, que se expresa para el derecho de obligaciones en el art. 1.258 CC y que es desarrollo del apotegma *propium factum nemo impugnare potest*, estando construida sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC (SSTS 10.05.89 Ar. 3.752 y 20.02.90 Ar. 705; SSTC 67/1984, de 7 de junio, 73/1988, de 21 de abril, y 198/1988, de 24 de octubre), y que se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que, como sostiene la Jurisprudencia ordinaria, ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que no sólo han de responder a una plena libertad de criterio y voluntad no coartada, sino que también causen estado –definiendo inalterablemente la situación jurídica– por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 16.11.67 Ar. 4.160, 06.02.74 Ar. 2.440 y 27.12.76 Ar. 5.649, 16.06.84 Ar. 3.246, 5.10.84 Ar. 4.758, 22.06.87 Ar. 4.545, 25.09.87 Ar. 6.278, 05.10.87 Ar. 6.717, 25.01.89 Ar. 123, 04.05.89 Ar. 3.585, 10.05.89 Ar. 3.752, 20.02.90 Ar. 705 y 23.03.94 Ar. 2.624; SSTSJ Galicia 16.07.96 R. 2.821/96, 14.01.97 R. 2.532/94, 15.01.97 R. 3.406/94, 15.10.98 R. 3.793/95, 25.01.99 R. 47/96, 15.02.99 R. 169/96, 11.06.99 R. 2.133/99, 12.03.02 R. 2.867/98, 13.06.02 R. 2.658/02 y 11.03.04 R. 3.003/03).

2.- Pero muy contrariamente aceptamos la segunda de las infracciones denunciadas, que entendemos alude al art. 56 ET –la referencia al art. 55 creemos ha de atribuirse a error mecanográfico o mero lapso–, porque el módulo indemnizatorio y salarial ha de ajustarse a la revisión retributiva que la Sala ha aceptado y que –s.e.u.o.– ha de llevar a las cantidades que acto continuo se indicarán. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación parcial del recurso interpuesto por el Excmo. Concello de Viveiro, revocamos en parte la sentencia que con fecha 02.04.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Lugo, a instancia de doña M.P.V., y declaramos que el importe de la indemnización son 4.208 € y que el salario de trámite diario es de 17,81 €, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia, por la que se acogió la demanda formulada frente al recurrente.

3925 **Recurso nº 2.871/04**

S.S. TOLERANCIA EMPRESARIAL DA PRÁCTICA DA IMPUNTUALIDADE QUE IMPIDE DESPEDIR ALEGANDO FALTAS REPETIDAS E INXUSTIFICADAS DE PUNTUALIDADE NO TRABALLO.

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

A Coruña, a dieciséis de julio de dos mil cuatro

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. 2.871/04 interpuesto por "M.V.S., S.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 J.B.R. en reclamación de despido siendo demandado "M.V.S., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 36/04 sentencia con fecha 25 de marzo de 2004 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.B.R. comenzó a prestar servicios para la empresa "M.V.S., S.L." el 3 de septiembre de 1998. Su categoría profesional es la de oficial de 1ª (pintor) y su salario mensual de 1.213,81 euros con inclusión del prorrateo de las pagas extras. SEGUNDO.- La empresa demandada se dedica a la venta, servicio técnico y recambio de automóviles. TERCERO.- El horario de los trabajadores de la empresa es de 9 a 13 horas y de 15 a 19 horas. El cumplimiento del horario por parte de los trabajadores es controlado por la empresa mediante computador, por cuanto los trabajadores tiene la obligación de fichar en el mismo las horas de entrada y salida. CUARTO.- El actor en los días que a continuación se reseñan inició su jornada de mañana y tarde en las horas que a continuación se especifican.

El día 2 de junio entró Vd. a las 9:01

El día 3 de junio entró Vd. a las 9:03

El día 4 de junio entró Vd. a las 9:03

El día 9 de junio entró Vd. a las 9:03

El día 10 de junio entró Vd. a las 9:01.

El día 12 de junio entró Vd. a las 9:01.

El día 13 de junio entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01

El día 16 de junio entró Vd. a las 9:01

El día 18 de junio entró Vd. a las 9:02

El día 19 de junio entró Vd. a las 9:01

El día 24 de junio entró Vd. a las 15:01

El día 25 de junio entró Vd. a las 9:03

El día 27 de junio entro Vd. a las 9:03

El día16 de julio entró Vd. a las 9:04 y a las 15:02

El día 17 de julio entró Vd. a las 9:01 y a las 15:01

El día 18 de julio entró. Vd. a las 9:02

El día 21 de julio entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01

El día 22 de julio entro. Vd. a las 9:02 y a las 15:01

El día 23 de julio entró Vd. a las 9:01

El día 24 de julio entro Vd. a las 9:01 y a las 15:01

El día 28 de julio entró Vd. a las 9:04 y a las 15:01

El día 31 de julio entró Vd. a las 9:01

El día 1 de agosto entró Vd. a las 9:03 y a las 15:02

El día 4 de agosto entró Vd. a las 9:03

El día 5 de agosto entró Vd. a las 15:01

El día 6 de agosto entró Vd. a las 15:01

El día 7 de agosto entró Vd. a las 15:01

El día 8 de agosto entró Vd. a la 9:02 y a las 15:02

El día 13 de agosto entró Vd. a las 9:02

El día 14 de agosto entró Vd. a las 15:01

El día 18 de agosto entró Vd. e las 9:04

El día 19 de agosto entró Vd. a las 15:02

El día 20 de agosto entró Vd. a las 15:01

El día 22 de agosto entró Vd. a las 15:02

El día 25 de agosto entró Vd. a las 15:03

El día 26 de agosto entró Vd. a las 15:03

El día 27 de agosto entró Vd. a las 15:02

El día 28 de agosto entró Vd. a las 9:04 y a las 15:04

El día 29 de agosto entró Vd. a las 9:01 y a las 15:01

El día 1 de septiembre entró Vd. a las 15:01

El día 4 de septiembre entró Vd. a las 15:01

El día 5 de septiembre entró Vd. a las 15:02

El día 8 de septiembre entró Vd. a las 9:02

El día 10 de septiembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:01

El día 11 de setiembre entró Vd. a las 9:01

El día 15 de septiembre entró Vd. a las 9:02

El día 17 de septiembre entro. Vd. a las 9:02

El día 29 de septiembre entró Vd. a las 9:06 y a las 15:02

El día 8 de octubre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01

El día 9 de octubre entró Vd. a las 9:01

El día 13 de octubre entró Vd. a las 9:02

El día 15 de octubre entro Vd. a las 9:02

El día 16 de octubre entró Vd. a las 9:02

El día 22 de octubre entró Vd. a las 9:04

El día 23 de octubre entro Vd. a las 9:07

El día 24 de octubre entró. Vd. a las 9:03 y a las 15:07

El día 27 de octubre entró Vd. a las 9:02

El día 28 de octubre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:04

El día 29 de octubre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01

El día 30 de octubre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01

El día 31 de octubre entró Vd. a las 9:01

El día 3 de noviembre entro Vd. a las 9:05

El día 4 de noviembre entro Vd. a las 9:02

El día 5 de noviembre entró Vd. a las 9:03

El día 6 de noviembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:03

El día 7 de noviembre entró Vd. a las 9:06 y a las 15:56

El día 11 de noviembre entró Vd. a las 9:02

El día 12 de noviembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:01

El día 13 de noviembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:02

El día 14 de noviembre entró Vd. a las 9:02

El día 17 de noviembre entró Vd. a las 15:01

El día 18 de noviembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:01

El día 19 de noviembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:01

El día 20 de noviembre entró Vd. a las 10:48 y a las 15:01

El día 21de noviembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:03

El día 24 de noviembre entró Vd. a las 9:01

El día 25 de noviembre entró Vd. a las 9:02

El día 26 de noviembre entró Vd. a las 15:01

El día 27 de noviembre entró Vd. a las 9:01

El día 28 de noviembre entró Vd. a las 15:58

El día 1 de diciembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:01

El día 2 de diciembre entró Vd. a las 15:03

El 3 de diciembre entró Vd. a las 15:01

El día 4 de diciembre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:04

El día 5 de diciembre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:15

El día 9 de diciembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:03

QUINTO.- El día 18 de noviembre el actor entró por la tarde a las 15:58 horas porque decidió irse a tomar un café. El día 20 de noviembre entró por la mañana a las 10:48 horas porque se le averió el vehículo. SEXTO.- El actor si se demoraba unos minutos en la hora de entrada al trabajo, los compensaba saliendo minutos más tarde al fin de la jornada. SEPTIMO.- Los trabajadores tenían orden de cubrir diariamente un bono de actividad. OCTAVO.- La asignación de trabajo al actor era realizada por el jefe de taller don C.D.G. y por don S.R.B.R., recepcionista. NOVENO.- Al actor se le asignaba una orden de reparación y en ella se hace constar el vehículo y el trabajo concreto que debe realizarse. En ocasiones el actor dejaba esta reparación para ayudar a algún compañero, y hacía constar en el anverso de la orden de reparación los tiempos destinados a estos trabajos. Para prestar esta ayuda no solicitaba autorización al jefe de taller. DECIMO.- El día 13 de noviembre de 2003 el actor prestó ayuda a su hermano, trabajador de la empresa demandada, en una mudanza de parabrisas. No solicitó autorización al jefe de taller. UNDECIMO. Los trabajadores de la empresa demandada perciben un plus de productividad, que comprende un porcentaje fijo de 60 euros, y un porcentaje por la eficiencia individual alcanzada por cada trabajador. El actor percibió en concepto de plus de productividad las siguientes cantidades:

Noviembre 03: 71,10 euros

Octubre 03: 71,99 euros

Septiembre 03: 60,00 euros

agosto 03: 60,00 euros

Julio 03: 82,23 euros

Junio 03: 60,00 euros

Mayo 03: 90,90 euros

Abril 03: 95,64 euros

Marzo 03: 60,00 euros

Febrero 03: 60,00 euros

Enero 03: 81,66 euros.

DUODECIMO.- En el centro de trabajo de la empresa hay una máquina de café y los trabajadores están autorizados a emplearla.

DECIMOTERCERO.- La empresa determina las horas que un trabajador debe emplear en la reparación de un vehículo conforme a baremos de la Opel y las periciales de las compañías aseguradoras. DECIMOCUARTO.- El actor nunca fue sancionado con anterioridad al despido. El día 16 de diciembre de 2.003 la empresa notificó al actor la carta de despido que tiene el siguiente tenor. "La Dirección de la empresa procede a despedirle disciplinariamente por los siguientes motivos: De forma sistemática y reiterada no llega Vd. a la hora establecida para el inicio de la jornada de trabajo. No se trata de retrasos importantes en cuanto a su duración, pero sí en cuanto a su persistencia y habitualidad; de hecho es raro que en su hoja de fichar, aparezca la hora de entrada que Vd. debe cumplir. Incluso, en alguna ocasión, se ha encontrado Vd. con el Gerente a las 9:00 (hora de inicio de su jornada) tomando café y sin haberse cambiado todavía. Las horas de inicio de su jornada son las 9:00 por la mañana y las 15:00 por la tarde. Los retrasos probados son los siguientes:

-El día 2 de junio entró Vd. A las 9:01

-El día 3 de junio entró Vd. A las 9:03

-El día 4 de junio entró Vd. A las 9:03

-El día 9 de junio entró Vd. A las 9:03

-El día 10 de junio entró Vd. A las 9:01

-El día 12 de junio entró Vd. A las 9:01

-El día 13 de junio entró Vd. A las 9:02 y a las 15:01

-El día 16 de junio entró Vd. A las 9:01

-El día 18 de junio entró Vd. A las 9:02

-El día 19 de junio entró Vd. A las 9:01

-El día 24 de junio entró Vd. A las 15:01

-El día 25 de junio entró Vd. A las 9:03

-El día 27 de junio entró Vd. A las 9:03

-El día 16 de julio entró Vd. A las 9:04 y a las 15:02

-El día 17 de julio entró Vd. A las 9:01 y a las 15:01

-El día 18 de julio entró Vd. A las 9:02

-El día 21 de julio entró Vd. A las 9:02 y a las 15:01

-El día 22 de julio entró Vd. A las 9:02 y a las 15:01

-El día 23 de julio entró Vd. A las 9:01

-El día 24 de julio entró Vd. A las 9:01 y a las 15:01

-El día 28 de julio entró Vd. A las 9:04 y a las 15:01

-El día 31 de julio entró Vd. A las 9:01

-El día 1 de agosto entró Vd. A las 9:03 y a las 15:02

-El día 4 de agosto entró Vd. A las 9:03

-El día 5 de agosto entró Vd. A las 15:01

-El día 6 de agosto entró Vd. A las 15:01

-El día 7 de agosto entró Vd. A las 15:01

-El día 8 de agosto entró Vd. A las 9:02 y a las 15:02

-El día 13 de agosto entró Vd. A las 9:02

-El día 14 de agosto entró Vd. A las 15:01

-El día 18 de agosto entró Vd. A las 9:04

-El día 19 de agosto entró Vd. A las 15:02

-El día 20 de agosto entró Vd. A las 15:01

-El día 22 de agosto entró Vd. A las 15:02

-El día 25 de agosto entró Vd. A las 15:03

-El día 26 de agosto entró Vd. A las 15:03

-El día 27 de agosto Entró Vd. a las 15:02

-El día 28 de agosto entró Vd. A las 9:04 y a las 15:04

-El día 29 de agosto entró Vd. A las 9:01 y a las 15:01

-El día 1 de septiembre entró Vd. A las 15:01

- El día 4 de septiembre entró Vd. a las 15:01.

- El día 5 de septiembre entró Vd. a las 15:02.

- El día 8 de septiembre entró Vd. a las 9:02.

- El día 10 de septiembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:01

- El día 11 de septiembre entró Vd. a las 9:01.

- El día 15 de septiembre entró Vd. a las 9:02.

- El día 17 de septiembre entró Vd. a las 9:02.

- El día 29 de septiembre entró Vd. a las 9:06 y a las 15:02.

- El día 8 de octubre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01.

- El día 9 de octubre entró Vd. a las 9:01.

- El día 13 de octubre entró Vd. a las 9:02.

- El día 15 de octubre entró Vd. a las 9:02.

- El día 16 de octubre entró Vd. a las 9:02.

- El día 22 de octubre entró Vd. a las 9:04.

- El día 23 de octubre entró Vd. a las 9:07.

- El día 24 de octubre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:07.

- El día 27 de octubre entró Vd. a las 9:02.

- El día 28 de octubre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:04.

- El día 29 de octubre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01.

- El día 30 de octubre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:01.

- El día 31 de octubre entró Vd. a las 9:01.

- El día 3 de noviembre entró Vd. a las 9:05.

- El día 4 de noviembre entró Vd. a las 9:02.

- El día 5 de noviembre entró Vd. a las 9:03.

- El día 6 de noviembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:03.

- El día 7 de noviembre entró Vd. a las 9:06 y a las 15:56.

- El día 11 de noviembre entró Vd. a las 9:02.

- El día 12 de noviembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:01.

- El día 13 de noviembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:02.

- El día 14 de noviembre entró Vd. a las 9:02.

- El día 17 de noviembre entró Vd. a las 15:01.

- El día 18 de noviembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:01.

- El día 19 de noviembre entró Vd. a las 9:01 y las 15:01.

- El día 20 de noviembre entró Vd. a las 10:48 y las 15:01.

- El día 21 de noviembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:03.

- El día 24 de noviembre entró Vd. a las 9:01.

- El día 25 de noviembre entró Vd. a las 9:02.

- El día 26 de noviembre entró Vd. a las 15:01.

- El día 27 de noviembre entró Vd. a las 9:01.

- El día 28 de noviembre entró Vd. a las 15:58.

- El día 1 de diciembre entró Vd. a las 9:03 y a las 15:01.

- El día 2 de diciembre entró Vd. a las 15:03.

- El día 3 de diciembre entró Vd. a las 15:01.

- El día 4 de diciembre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:04.

- El día 5 de diciembre entró Vd. a las 9:02 y a las 15:15.

- El día 9 de diciembre entró Vd. a las 9:01 y a las 15:03.

La suma de las impuntualidades suponer prácticamente ocho horas, es decir, casi una jornada de trabajo.

De los retrasos señalados nunca ha dado explicación alguna al Jefe de Taller, pese a habérsela requerido.

-El día 13 de noviembre deja el trabajo que estaba Vd. haciendo, siguiendo indicaciones del Jefe de Taller a quien no avisa previamente de su dejación de funciones para, supuestamente, ayudar a su hermano J., trabajador de esta empresa, en una operación que éste estaba realizando. Dicha operación que, en condiciones normales, dura 10 minutos, duró finalmente 1 hora.

-Ante sus compañeros, utiliza términos despectivos para referirse a la empresa, descalificándola en todo momento, e intenta predisponerles para que trabajen menos.

-Su rendimiento en relación de los otros dos pintores que trabajan para la empresa es muy bajo y resulta incluso antieconómico. Así uno mientras uno (sic) de sus compañeros del departamento de pintura ha empleado en los trabajos encomendados, acumuladas a Octubre 1.438 horas, por su trabajo se han facturado a los clientes 1.526 horas (87 horas más).

El otro pintor ha empleado hasta octubre 1.259 horas y se han facturado a los clientes 1.347 horas (88 horas más). Es decir, ambos trabajadores realizan los trabajos encomendados en tiempo inferior al previsto o establecido para la realización de aquéllos. En cambio, Vd. ha empleado hasta octubre, 1.410 horas y sólo se han podido facturar a los clientes 1.377 horas (-33 horas); es decir, invierte más tiempo del previsto y establecido para los trabajos que realiza.

La facturación se realiza en función de los tiempos establecidos por Opel para la realización de los trabajos encomendados.

Esto significa que, mientras los otros dos pintores son rentables para la empresa, su trabajo le produce pérdidas, en formas de horas que no se pueden facturar a los clientes por exceder de los standards de Opel.

El día 25 de noviembre entre las 11:30 y las 12:00 horas estuvo hablando con su compañero Julio, pese a tener fichada la Orden de Reparación 34.113 en la que invirtió 1 hora y 33 minutos más del tiempo estipulado.

Ese mismo día se le reitera la obligación que tiene de confeccionar el bono de reparaciones diario al igual que lo hacen el resto de sus compañeros, cosa a la que Vd. se niega. Ese mismo día, por la tarde, ficha Vd. a las 15:00 horas y está en el vestuario con su compañero J. hasta las 15:20 horas, pese a tener fichada la orden de Reparación 34.132.

El día 26 de noviembre ficha en tiempo muerte desde las 11:12 a las 11:90 (sic) teniendo, al menos, una ficha en la que traba-

jar. Luego ficha la Orden de Reparación 34.143 hasta las 13:00 horas sin realizar operación alguna en el vehículo en cuya reparación invirtió 3 horas más de las establecidas. Entre las 16:00 y las 16:30 horas no está Vd. en su puesto pese a tener fichada la OR 34.143. De 17:00 a 17:15 está conversando con su compañero J. en la zona de bancada, pese a tener fichada la OR 34.161, en la que invirtió 0,2 horas más de las establecidas.

El día 27 de noviembre, el propio Gerente de la Compañía le comenta la obligación de confeccionar el bono a lo que Vd. responde: "ya lo haré". Tarda unos 10 minutos en ponerse a trabajar en la ORD 34.161; sube dos veces a tomar café a las 10:00 y a las 11:15 horas.

El día 28 de noviembre continua sin confeccionar el bono señalando: "lo haré cuando lo crea oportuno". Se le reitera que, por indicación del gerente, tiene que hacerlo a primera hora. Ese mismo día desde las 18:00 a las 19:00 ficha en mantenimiento de taller sin que nadie le hubiese encargado ese trabajo ya que tenía otros trabajos que realizar.

El día 1 de diciembre, el Jefe de Taller, le comenta de nuevo la obligación de confeccionar el bono.

El día 3 de diciembre en la OR 34.075 invierte más de cinco horas cuando el perito había fijado un tiempo máximo de 2 horas. Entre las 10:30 y las 11:15 horas, mientras tenía fichada la OR señalada, está conversando con su compañero J. de Recambios; posteriormente está con B. y con J. sube al café. Ese mismo día, y por la tarde está con la telefonista desde que ficha hasta las 15:20 y luego con Julio hasta las 15:40 pese a tener fichada la OR 34.224.

El día 4 de diciembre, sigue sin confeccionar el bono. Ficha en tiempo muerto de 12:30 a 13:00 teniendo trabajo pendiente. Ese mismo día, por la tarde, ficha a la hora señalada con anterioridad sin haberse cambiado. Desde las 18:00 hasta la salida está conversando con su compañero J. pese a tener fichada la OR 34.126.

El día 5 de diciembre sigue Vd. sin confeccionar el bono a primera hora de la mañana como se le había requerido y como lo hacen el resto de compañeros. Ese mismo día por la tarde, entró a la hora expuesta, y teniendo fichada la OR 34.126 se dedica a "jugar" con la radio de un coche que está en la sección de chapa que estaba reparando su compañero J. Vuelve a su puesto de trabajo a las 18:30 y a las 18:45 se va al baño hasta la hora de salida. Ese mismo día, durante la mañana, subió dos veces al café, y estuvo charlando con un cliente en la exposición; posteriormente con sus compañeros del departamento de Masterfit; luego con otros clientes en el taller que habían traído un coche siniestrado. El día 9 de diciembre sigue sin confeccionar el bono hasta las 13:00 horas. A las 15:30 horas vuelve a fichar en paro teniendo trabajo asignado y está charlando con la telefonista hasta las 15:50. El día 10 de diciembre, teniendo fichada la OR 34.224 toma, a distintas horas, 3 cafés. A las 18.50 horas, todavía no está el bono en su casillero. Los hechos descritos son constitutivos de Falta muy Grave ya se consideren de forma aislada ya en su conjunto y están tipificados en el art. 54.2.a) b) c) d) y e) del Estatuto de los Trabajadores así como en los arts. 75.1, 3, 5, 8, 9 y 11 del Convenio Colectivo aplicable. De acuerdo a lo establecido en el art. 55 E.T. y en el 76.c) del Convenio Colectivo la Dirección de la empresa ha decidido Despedirle Disciplinariamente con fecha de efectos coincidente con la de la entrega de esta carta. Tiene a su disposición en las dependencias de la empresa, la liquidación de haberes correspondiente. Sin otro particular aprovechamos la ocasión para saludarle muy atte". DECIMOQUINTO.- El día 16 de enero de 2002 tuvo lugar al acto de conciliación ante el SMAC, la cual rematò sin avenencia. DECIMOSEXTO.- Don J.B.R. no ejerció durante el año anterior a la fecha de despido la condición de delegado 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 don J.B.R. contra la empresa "M.V.S., S.L.", 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, o bien a que opte por la extinción de la relación labora con abono de una indemnización de nueve mil seiscientos veintisiete euros con veintiséis céntimos (9.627,26), y con abono en ambos casos de la cantidad de cuatro mil cuarenta y seis euros (4.046) 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 cuarenta euros con cuarenta y seis céntimos (40,46).

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la empresa "M.V.S., S.L." en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara improcedente el despido que del actor don J.B.R. realizó, se declare su procedencia, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HP 6º y 7º (motivos 1º y 2º) y denuncia la infracción de los arts. 34.5 y 54.2.a) del ET en relación con los arts. 75.1 y 76 del Convenio Colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de A Coruña, S.TSJ Madrid de 05.06.01 y Galicia 24.11.00 (motivo 3º) y (motivo 4º) la del art. 54 ET y apartados 3, 5 y 9 del art. 75 del Convenio Colectivo y doctrina S.TSJ Aragón de 16.12.02 y Galicia de 10.02.01 y STS de 09.06.87.

SEGUNDO.- Interesa la parte se suprima el HP 6º de la sentencia recurrida "por cuanto de la documental obrante en autos no resulta la apreciación contenida en el mismo… Ninguno de los testigos propuestos declaró que, ni la empresa permitiese ese alargamiento de jornada ni que el actor compensase sus retrasos con trabajo después de la jornada. Antes al contrario, de la prueba documental obrante en autos, fundamentalmente los comprobantes de la hora de fichar del trabajador (folios 128 a 213, ambos incluidos) resulta lo contrario a lo establecido en el hecho cuya supresión…"

A partir de las exigencias que en torno a la revisión en suplicación de los HP imponen los arts. 191.b) y 194 LPL, este Tribunal viene reiteradamente afirmando 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 critica 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 especialmente eficaz obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del juez a quo.

Y también 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 deque -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...).

TERCERO.- Declara el juzgador en el HP 6º cuya supresión se interesa que si el actor se demoraba unos minutos en la hora de entrada al trabajo, los compensaba saliendo minutos más tarde al final de la jornada. Y en el Fundamento Jurídico 2º de la sentencia recurrida, el juzgador, en relación a la imputación de retrasos en la incorporación laboral y falta de puntualidad, explica: "Si observamos las horas de entrada y salida consignadas en el apartado de HP, podemos comprobar que salvo los días 7, 20 y 28 de noviembre, en los restantes casos los retrasos representan escasos minutos respecto de la hora de entrada. Si estudiamos los controles horarios también comprobamos que esos minutos fueron recuperados por el trabajador demorando por un número igual de minutos su salida del trabajo…".

De ello, puesto en relación con lo que se dejó consignado en el fundamento precedente y lo invocado en el motivo revisor, se concluye la inviabilidad de la supresión del HP 6º. Lo que realmente dice el HP 6º de instancia es que el propio actor solía compensar

sus demoras de unos minutos en la hora de entrada laboral saliendo unos minutos más tarde al final de la jornada. La declaración, que en sí misma y en el contexto que proporciona el Fto. Jurídico 2º de la sentencia recurrida (y al que luego se aludirá) tampoco encierra trascendencia definitiva en términos de resolución jurídica, tiene fundamento en la propia manifestación del demandante en juicio ("…hay un solo ordenador para fichar y hay cola para ello. Nunca se sancionó a nadie por el fichaje. El actor en todo caso completaba las horas…"; F43) y, a partir de esto, en la documental, en especial y tal como se dejó anteriormente dicho, en los controles horarios. Consecuentemente, no cabe revisar el imparcial criterio judicial de instancia: de un lado, la mera alusión en abstracto que se hace en el motivo a la apreciación de lo que pueda permitir concluir la prueba documental y testifical carece de eficacia en términos de suplicación, dado lo previsto al efecto en los arts. 191.b) y 194 LPL y lo que se dejó dicho al respecto; de otro, tampoco tienen tal eficacia los comprobantes de los folios 128 a 213 que se invocan en el motivo revisor, puesto que los fichajes de tiempos que contienen –con "códigos" al efecto según aporta la empresa a los folios 214 y 215, figurando "A5 ausencias puntualidad", "P3 productivas internas"…- y que literalmente aluden a resumen de horas, convenio, productivas, improductivas, tot. presencia… inicio, final, tiempo…., dentro de su complejo y poco transparente contenido, y a falta de invocaciones probatorias a salvo los propios comprobantes, alegados en bloque y sin explicaciones al respecto en el motivo, no desvirtúan en términos de art. 191.b) LPL la valoración del juzgador considerando lo expuesto y las jornadas de 9 a 13 y de 15 a 19 que constituían el horario de los trabajadores en la empresa (HP3º), así como las manifestaciones del actor en juicio.

CUARTO.- Invocando la carta de despido, que figura a los F. 110 a 115 y "los únicos bonos confeccionados" que obran a los folios 222, 223 y documentos sin numerar "que están situados entre los folios 228 y 229 (documentos 112 y 113 de la relación de pruebas documentales aportados por esta parte)", interesa la recurrente se añada al HP 7º lo siguiente: "A pesar de dicha orden el trabajador no confeccionaba el bono de actividad de forma regular. Concretamente y durante los últimos meses en los que trabajó para la empresa, sólo confeccionó el bono los días 26 y 28 de noviembre y 4 y 9 de diciembre. No lo confeccionó el resto de días y más concretamente no lo confeccionó los días 25 y 27 de noviembre, 1, 5 y 10 de diciembre"

Reiterando las exigencias que lleva consigo revisar en suplicación los HDP en la instancia desatendiendo el imparcial criterio judicial, la adición que se postula resulta inviable por las siguientes consideraciones:

A) La carta de despido, obrante a los folios 110 a 115, lo que justifica es que la empresa adoptó la decisión extintiva mediante referida carta y en los términos que obran en la misma; y esto ya se declara en el HP 14 de la sentencia dictada en la instancia. Al margen de ello, la carta de despido nada es susceptible de acreditar; en concreto respecto de los hechos que la empresa imputa en ella al demandante, los que precisamente han de ser objeto de prueba por la empresa, carga que la incumbe. La carta de despido de autos explicita, aparte de la decisión empresarial, la imputación disciplinaria, pero no acredita la realidad de la misma, de los hechos que contiene. Así, la carta de los folios 110 a 115 en absoluto es apta para declarar nada acerca de lo que ahora se postula.

B) La documental que se aduce relativa a los bonos confeccionados justifica la existencia de los mismos, que han sido confeccionados, pero no excluye necesariamente que por vías probatorias distintas se acredite lo oportuno respecto de los restantes bonos que debían haber sido confeccionados (a lo que tampoco obsta, como luego se dirá, la alusión residual al "documento nº 70" aportado por el actor). Y precisamente, el juzgador, en el Fto. Jurídico 6º de la sentencia de instancia, argumenta al respecto concluyendo que no ha sido acreditado "que en las concretas fechas señaladas en la cara de despido el actor se negase a confeccionar los bonos, permaneciendo la duda de si dejó de confeccionarlo en alguna ocasión. Para el demandante la prueba de este extremo es casi diabólica, porque no puede presentar los bonos entregados a la empresa, por lo que correspondía a esta última una prueba más cumplida sobre este extremo". Declaración ésta también con valor fáctico que debidamente fundada y dado su significado obsta a la adición postulada (las declaraciones judiciales con valor fáctico, aunque efectuadas en la fundamentación jurídica, han de ser tenidas en cuenta como parte integrante de los HDP; SSTS 17.10.89, 09.12.89, 19.12.89, 30.01 y 02.03.90, 27.07.92, 14.12.98, 23.02.99… y SS TSJ Galicia 17.04, 4 y 5 y 12.05.00…) y

C) Si el juzgador de instancia es quien ha de valorar la prueba practicada y por él inmediada, y su imparcial criterio no es sustituible por el interesado de la parte salvo que prueba documental y/o pericial de especial eficacia revele patente error al efecto, en el caso no hay motivo para revisar aquel criterio, puesto que.: 1. El juzgador afirma que no se ha probado que el actor se hubiese negado a confeccionar los bonos en las fechas imputadas y tampoco constando debidamente que dejase de confeccionarlos en alguna ocasión; y lo hace -Fto. 6º de su sentencia- valorando debidamente y en forma no desvirtuada en suplicación: que el actor negó este extremo y manifestó que siempre confeccionó el bono…; que el Sr. C.D. señaló que desde hacía dos meses el actor se niega a hacer el bono aunque reconoce que nunca se le sancionó ni dijo nada por dejar de hacerlo, declaración que no se ajusta a la realidad "porque la propia empresa presenta como documental bonos confeccionados por el actor en el mes de noviembre de 2003"; que el Sr. B.R. manifestó que el actor durante un periodo no hizo bonos y se le llamó la atención, pero no concretó fecha; que el hermano del actor manifestó… Y valorando todo ello, que es carga de la empresa probar lo imputado disciplinariamente y el conjunto de la prueba practicada, el juzgador concluyó lo que antes se dejó dicho. Y 2.- Ni la prueba invocada en el motivo revisor ni las argumentaciones que en él formula la parte desacreditan la argumentación –valoración del juzgador; que se mantiene en suplicación a partir de su corrección intrínseca y de que si la carta de despido nada justifica de lo que postula la empresa, tampoco los bonos aportados a los folios que invoca constituyen prueba fehaciente al respecto por la aptitud probatoria que en sí mismo tienen y lo que pueden acreditar y de hecho acreditan considerados dentro del conjunto probatorio habido, con inclusión del modelo de bono que aportó el actor al folio 70 (sin cubrir), cuya tenencia en nada valorable incide en la revisión y en el criterio judicial de instancia. Contexto integral este en el que se aprecia, efectivamente, que radican en la empresa las fuentes de prueba esenciales y que existe prueba oportuna que contradice de modo cierto la adición postulada, impidiéndola dentro del contexto de la Suplicación (arts. 191.b) y 194 LPL)

QUINTO.- Los motivos que en el recurso formula la empresa al amparo del art. 191.c) LPL van dirigidos a sostener la procedencia del despido del actor en razón del fundamental contenido siguiente: A) El primer motivo de denuncia jurídica (el 3º del recurso) se refiere a las faltas de puntualidad, haciendo hincapié en que las impuntualidades habidas fueron continuadas, suponen un perjuicio para la empresa, un mal ejemplo y una falta de respeto hacia el resto de los compañeros, sumando en total "prácticamente 8 horas…". Y con el contexto de los arts. 34.5 y 54.2 A del ET, la parte aduce la tipicidad disciplinaria del art. 75.1 del Convenio colectivo. Y B) El segundo motivo de denuncia jurídica (el 4º y último del recurso) está destinado –literalmente- "a combatir lo establecido en la sentencia de instancia en cuanto a que la juzgadora a quo no consideró desobediencia grave sancionable con despido, la reiterada negativa del trabajador a confeccionar el bono diario de actividad que la empresa exige a sus empleados". Por último, la parte alude en el motivo a que "también incurre en desobediencia el trabajador cuando no solicita autorización al jefe de taller para ayudar a otros compañeros en reparaciones cuya duración excede de 3 ó 4 minutos. En el Fto. de derecho 3º de la sentencia…" De aquí la infracción que del art. 54 del ET y 75 del Convenio Colectivo denuncia en el motivo.

SEXTO.- En lo que atañe a las faltas de puntualidad imputadas en la carta de despido, la sentencia recurrida deja establecido (HP 4º) que el actor se retrasó en la entrada al trabajo los días que se dicen en el HP 4º, que fueron de escasos minutos –de 1 a 4 minutos excepto alguno residual algo superior- salvo los días 7, 20 y 28 de noviembre, en los que entró a las 15:56 en vez de a las 15 horas, a las 10:48 en vez de a las 9 horas y a las 15:58 en vez de a las 15 horas,; respecto de los días 28 y 20 de noviembre, en el HP 5º se declara que el actor entró tarde porque en el primero se fue a tomar un café y en el segundo porque se le averió su vehículo. A partir de ello, el juzgador de instancia examina y valora la conducta del actor a los efectos del art. 54.2.a) ET y arts. 75.1 y 76 del Convenio Colectivo en el Fto. Jurídico 2º de la sentencia recurrida, al hilo de lo cual deja establecidas también circunstancias fácticas que aunque en lugar inadecuado, tienen el correspondiente valor de HP y a las que luego se aludirá.

A los efectos de valorar la entidad disciplinaria de la conducta de que se habla es de recordar que las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo para constituir causa de despido han de ser repetidas e injustificadas y no operan objetiva y automáticamente, sino

que han de ser consideradas en su realidad de forma específica y singular en cada caso (STS 25.11.85, 02.07.87…) y por los efectos y perjuicios que causan en la empresa (STS 20.12.85, 30.10.88…). Como el ET no establece número de inasistencias o impuntualidades que puedan dar lugar a la decisión extintiva empresarial, tiene lugar una remisión al Convenio Colectivo de aplicación, en el contexto de los criterios generales de apreciación de las sanciones y gravedad requerida para que proceda el despido. Más en concreto, la ausencia del trabajador debe ponerse en relación con la función desarrollada y con el mayor o menor margen de actuación que tenga reconocido el trabajador (STS de 27.03.90).

Con este contexto, la Sala comparte el criterio judicial de instancia en orden a concluir que las constatadas faltas de puntualidad del actor no propician falta muy grave sancionable con despido; considerando también al respecto que los arts. 73.1, 74.1 y 75.1 del Convenio de aplicación tipifican como falta leve la impuntualidad no justificada en la entrada o salida del trabajo de hasta 3 ocasiones en un periodo de un mes, como grave en más de 3 ocasiones y como muy grave en más de 10 ocasiones durante un periodo de 6 meses o bien más de 20 en un año.

De un lado, las demoras de escasos minutos en la entrada al trabajo, a partir de su dimensión cuantitativa y aparte de que se declara que el actor usualmente demoraba la salida laboral en una pretendida compensación, están conformadas por circunstancias que el Juzgador constata y que ponen de relieve –al margen incluso de los atrasos en las salidas- su falta de entidad a efectos disciplinarios, en ningún caso posibilitante de incumplimiento grave y culpable (art. 54 ET). Dice la sentencia de instancia en su Fto. Jurídico 2º, con su valor fáctico correspondiente: que las demoras dichas carecen de entidad para calificar las como faltas e impuntualidad, que el representante legal de la empresa manifestó que el horario de entrada era a las 9 horas y que fichar puede llevar al conjunto de los trabajadores 2 ó 3 minutos; que el testigo de la empresa Sr. Peña manifestó que lleva el control horario de los trabajadores y que hay otros trabajadores que fichan "en torno a las 9:01 ó 9:02, y que el actor no es el único, y que no se sancionó a ningún trabajador por las demoras en el horario de entrada". Y en su fundamento jurídico 7º que:"…. se deriva de la prueba practicada que tanto las impuntualidades de minutos imputadas al actor…. es normal en la empresa, y ningún trabajador, aparte del actor, fue sancionado por estos motivos". De ello se concluye que la empresa no exigía rígidamente la puntualidad en la entrada laboral a la generalidad de los trabajadores, constituyendo esto una práctica normal en la misma (quizá también valorando –aparte otros factores) el tiempo que llevaba fichar al conjunto de los trabajadores); que la empresa venía considerando dentro de este nivel de tolerancia y práctica demoras en la entrada de la dimensión de las que se está hablando; que no se sancionó a ningún trabajador por tales demoras (también, fundamento jurídico 7º de la sentencia recurrida); que el actor tampoco fue advertido en ningún momento de que evitase las demoras –ni tampoco fue sancionado nunca, HP 14-, lo que en el caso, con la conducta antecedente empresarial que se dejó dicha y con un control como el de autos, devenía prácticamente necesario a los efectos de que se habla (la S. TSJ Canarias de 19.07.95 consideraba que en caso de faltas de puntualidad la empresa debe hacer alguna advertencia previa antes de acordar el despido). De todo ello se deriva que los retrasos de escasos minutos de que se habla -incluyendo alguno aislado un poco superior a los de uno a cuatro minutos, que incluso caso de valorarlos con los más extensos habidos en tres días tampoco tipificarían por número y entidad falta muy grave- carecieron de auténtica relevancia en términos disciplinarios, en ningún caso susceptible de constituir causa de despido alguna por sí o de posibilitarla con lo restante probado, ni por tipicidad objetiva ni por exigencias culpabilísticas, no resultando incluible la conducta del actor en la previsión al efecto del Convenio Colectivo ni en el art. 54.2.a) del ET, sin que la empresa pueda desconocer su propio nivel de exigencia y la buena fe.

De otro lado, las impuntualidades de los días 7, 20 y 28 de noviembre, si bien tuvieron dimensión cuantitativa cierta, resulta que –Fto. Jurídico 2º de la sentencia recurrida- la del día 20 estaba justificada, pues al actor –HP5º- se le averió su vehículo; y las de los dos otros días, aunque una de ellas el juzgador también la considera "dudosa", en ningún caso pueden constituir falta muy grave conforme al propio Convenio. Como así lo argumentó el juzgador de Instancia. Tampoco considerando las impuntualidades imputadas en su conjunto.

SEPTIMO.- En términos ya del último motivo del recurso y en lo que se refiere a la imputada "negativa del trabajador a confeccionar el bono diario de actividad que la empresa exige a sus empleados", en ningún caso puede haber causa disciplinaria constitutiva de despido cuando se ha rechazado la adición postulada al HP 7º y la sentencia recurrida, si bien declara –HP 7º- que los trabajadores tenían orden de cubrir diariamente un bono de actividad, también considera, y así se mantiene en suplicación (Fto. Jurídico 4º precedente), que no se ha acreditado que en las fechas señaladas en la carta de despido el actor se hubiese negado a confeccionar los bonos y que dejase de confeccionarlo. Y ello impide toda sanción disciplinaria, siendo carga de la empresa probar lo imputado.

Tampoco constituye causa de despido lo relativo a la falta de autorización del jefe de taller para ayudar a otros compañeros en reparaciones cuya duración exceda de 3 o 4 minutos a que también se alude en el motivo. Al respecto, los HP 9º y 10º declaran lo siguiente: Al actor se le asignaba una orden de reparación, y en ella se hace constar el vehículo y el trabajo concreto que debe realizarse. En ocasiones el actor dejaba esta reparación para ayudar a algún compañero, y hacía constar en el anverso de la orden de reparación los tiempos destinados a estos trabajos. Para prestar esta ayuda no solicitaba autorización al jefe de taller. El día 13 de noviembre de 2003 el actor prestó ayuda a su hermano, trabajador de la empresa demandada, en una mudanza de parabrisas. No solicitó autorización al jefe de taller. Y en el Fto. Jurídico 3º la sentencia recurrida incide en la imputación valorando los testimonios habidos, incluyendo el del jefe de taller que manifestó lo normal de las ayudas pero que si excedían de 3 ó 4 minutos las autorizaba él, concluyendo el juzgador que lo único patente era que el actor "no dedicó tiempo de trabajo asignado en la orden de reparación a descansar, sino que prestó ayuda a los trabajadores que lo solicitaron y que recíprocamente lo auxilian a él cuando lo precisa. Si existe o no esa orden de solicitar autorización al jefe de taller no quedó totalmente claro…" y que en todo caso no se trata de una desobediencia grave que posibilite el despido de acuerdo con el art. 74 del Convenio Colectivo.

De los HDP, con el contexto de la referida argumentación, en absoluto resulta desobediencia sancionable con despido (art. 75.11 para falta muy grave y 74.5 para graves en el Convenio), no habiendo conducta del trabajador de menospreciar o desoír frontalmente orden empresarial directa y específica de modo grave y culpable y con trascendencia negativa valorable a la empresa, sino un actuar en el contexto de una práctica normal de la empresa, a lo sumo y en su caso, y sin causar daño a la empresa, sin seguir fielmente unas pautas generales existentes pero carentes de una acreditada completa precisión de términos ni objeto de una rígida exigencia. No hay, pues, causa de despido considerando lo probado y las previsiones del Convenio y del art. 54 ET. Ni considerada esta conducta en sí misma ni dentro del conjunto de lo imputado en la carta de despido y a la postre acreditado.

Por consiguiente, se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia, que motivadamente rechaza las restantes imputaciones de la carta de despido, lo que en el recurso interpuesto no ha tenido la censura precisa en términos de suplicación y resulta ciertamente ratificable. Proceden costas (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por "M.V.S., S.L.", confirmamos la sentencia dictada con fecha 25.03.04 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago en autos nº 36/2004 tramitados por despido a instancia de don J.B.R. frente a la recurrente.

3926 **Recurso nº 992/04**

S.S. IMPOSIBILIDADE DE RETROTRAER A ANTIGÜIDADE DE PERSOAL LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN Á SITUACIÓN ANTERIOR Á TRANSMISIÓN DE EMPRESA, POR CAUSA DA CONFIANZA ESPECIAL QUE A SÚA EXISTENCIA IMPLICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a diecinueve de julio de dos mil cuatro

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. 0992-2004 interpuesto por don A.S.L. 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 A.S.L. en reclamación de despido siendo demandado Empresa "A.C., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 696-2003 sentencia con fecha 5 de enero de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"1.- El actor don A.S.L., mayor de edad con DNI … ha trabajado como Director General de la entidad "A.C., S.L." desde el 1 de enero de 2003 conforme lo pactado en contrato de trabajo de fecha 18 de marzo de 2003, percibiendo un salario bruto anual de 90.152 Euros incluido pagas extraordinarias. 2.- Por escritura publica de fecha 19 de diciembre de 2002 otorgada ante doña M.I.G.M., Notario del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña y obrante al número 3.345 de su protocolo se realiza la fusión por absorción por parte de "A.C., S.L.", entre otras empresas de "C., S.L." en la que el actor actúa en nombre y representación de la misma junto con otro socio, estableciéndose la fecha de 1 de enero de 2003 para iniciar la contabilización de las operaciones de las sociedades absorbidas por parte de la sociedad absorbente y se acuerda asimismo en el punto Sexto- Cargos que "cesan en su cargo los administradores y apoderados de las sociedades absorbidas", es decir cesa el actor. 3.- Con fecha 25 de julio de 2003 se notificó al demandante carta de despido, conforme a lo acordado en reunión del Consejo de Administración de "A.C., S.L." de la misma fecha, en la que votaron a favor tres de sus cinco miembros habiendo delegado don G.M. su representación y voto al Presidente don J.L.M.B.C., habiendo asistido el actor a dicha reunión. 4.- Por la empresa en escrito de fecha 28 de julio de 2003 se reconoció la improcedencia del despido y poniendo a su disposición la cantidad de 6.574 Euros, en concepto de indemnización. 5.- En el punto noveno del contrato de trabajo suscrito entre las partes se estipula un preaviso de tres meses, fijándose para caso de incumplimiento una indemnización equivalente al importe del salario bruto del período incumplido, sin que dicho preaviso se hubiera realizado. 6.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido ningún cargo de representación legal o sindical de los trabajadores. 7.- Se celebro acto conciliatorio previo con el resultado de sin avenencia."

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

"FALLO: Que desestimando la pretensión principal y estimando la subsidiaria de la demanda formulada por don A.S.L. contra "A.C., S.L.", declaro la improcedencia del despido del actor debiéndose indemnizar con la cantidad de 2.812,96 Euros en concepto de indemnización y 22.537 Euros por falta de preaviso."

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 petición principal y estimando la subsidiaria de la demanda formulada por don A.S.L. contra "A.C., S.L.", declaró la improcedencia del despido del actor con la obligación de la empresa de indemnizar al demandante con la cantidad de 2.812,96 Euros en concepto de indemnización y 22.537 Euros por falta de preaviso y frente a dicha resolución se alza en suplicación la parte demandante que, en el suplico del recurso, interesa la revocación de la sentencia y que se dicte una nueva por la que se reconozca como nulo el despido o, subsidiariamente, improcedente pero con efectos retroactivos desde el año 1986 y se condene a la demandada a abonarle la indemnización en la cuantía correspondiente.

SEGUNDO.- Con carácter previo, la Sala rechaza la incorporación a autos de la documental adjunta a los escritos presentados, en tal sentido, por la parte actora, con fecha 23.06.04 y por la demandada con fecha 08.07.04, al no considerar que atesoren esencial trascendencia para la resolución de la presente litis, no siendo vinculante para este Tribunal el contenido de los mismos tratándose de sendas resoluciones de Órganos Jurisdiccionales de instancia de las que ni siquiera consta su firmeza.

Sentado lo anterior, cabe referir que la parte actora articula su recurso, al amparo procesal del artículo 191.b) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en primer lugar, para que "por el Tribunal se proceda en primer lugar a revisar los hechos declarados probados", interesando la revisión de los hechos primero, segundo y tercero y en segundo lugar para "examinar la infracción y vulneración del artículo 3 del Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección".

La parte actora recurrente, interesa la revisión de los ordinales antes referidos haciendo una invocación a la "prueba documental aportada" y ofrece, al efecto, texto alternativo a la redacción original de tales hechos probados, para después de aseverar que "la pretensión deducida por esta parte y que evidencia el error del Juzgado a quo, encuentra la apoyatura legal y probatoria en los datos y documental aportada, quedando con ellos perfectamente adverados los hechos referidos e impugnados", llevando a cabo, acto seguido, una serie de disquisiciones y razonamientos en orden a cual debe ser, a su juicio, la interpretación que haya de darse a la calificación que merezca jurídicamente la actuación del actor, haciendo alusión a una situación de sucesión empresarial así como a que el cese de las funciones del demandante, tras la fusión de determinadas entidades, debe entenderse en su condición de Administrador pero no como Director General y haciendo especial énfasis en el contenido de lo que denomina "protocolo regulador de compromisos" cuyo incumplimiento impugna, aseverando el recurrente que "habiéndose incumplido el contrato suscrito entre las partes - protocolo regulador de compromisos - reiteramos nuestra petición de declarar el despido de Don Antonio Sánchez López nulo de pleno derecho".

TERCERO.- Así las cosas, conviene tener presente que la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, siendo así que, a tenor de reiterada Jurisprudencia – Sentencias del Tribunal Supremo de 03.11.89; 21.05.90; entre otras – "el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b) Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas", lo que es tanto como decir que la parte recurrente viene obligada a justificar toda pretensión de modificación del relato histórico de la sentencia recurrida con la ineludible indicación de los concretos y específicos medios de revisión que pongan de manifiesto el error del Juez de instancia en la valoración de la prueba, siendo también obligada para la parte la expresión de la nueva redacción que pretenda como modificación o añadido de lo recogido en la resolución combatida, así como denunciar razonadamente cual o cuales sean, a su juicio, la infracción o las infracciones de específica y concreta disposición legal, habiendo establecido inveterada doctrina jurisprudencial que la ausencia, en el recurso de suplicación, de un apartado relativo al examen del Derecho, así como la no constatación de la denuncia de vulneración de normativa legal o de la Jurisprudencia, acarrea la desestimación del recurso por su defectuosa construcción, pues la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación lleva aparejada la consecuencia de que el Órgano de suplicación solo debe entrar a valorar - excepción hecha de cuestiones de orden público procesal - las infracciones legales que la parte haya puesto de relieve sin que sea dado al Tribunal suplir la inactividad de la parte, so pena de vulnerar la situación de neutralidad y equilibrio procesal que le es exigible, pues, como ya expresó el Tribunal Constitucional (sentencias 294/93 y 93/97 entre otras) "el recurso de suplicación es un recurso de naturaleza extraordinaria en el que el Tribunal no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes".

CUARTO.- La aplicación de lo antedicho al caso que nos ocupa conlleva el rechazo de las pretensiones de revisión interesadas por la parte demandante en relación con los ordinales primero, segundo y tercero del relato histórico de la sentencia de instancia, pues la invocación genérica a "la prueba documental aportada" no deviene asaz para desvirtuar el relato fáctico plasmado en la resolución en tanto que implicaría un análisis conjunto de la

actividad probatoria por parte de esta Sala lo que no es aceptable dada la naturaleza excepcional del recurso de suplicación que requiere la determinación y concreción de la apoyatura probatoria, necesariamente documental y/o pericial en que basar la pretensión revisión, sin que, a mayor abundamiento, pueda soslayarse el hecho de que no es facultad de la parte sustituir por su propio e interesado parecer, el objetivo criterio del Juzgador de instancia, sin que haya logrado el recurrente poner de relieve la concurrencia de error de la Juzgadora de instancia en la interpretación y valoración de los elementos de prueba llevados a cabo en autos, habiendo hecho uso de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que determina que hayan de mantenerse inalterados los ordinales en cuestión, siendo de reseñar, por otra parte, que en lo atinente a la pretensión que se plasma en el apartado final del motivo, relativa a la declaración de nulidad del despido, aún cuando es, nítida e indiscutiblemente, una cuestión relativa al ámbito de la censura jurídica y, en consecuencia, debió de haber sido incorporada a un motivo encaminado al examen de la normativa aplicada, al amparo del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que, dada su ubicación en el motivo dedicado a la revisión fáctica no se ajusta a lo prevenido en la citada norma procesal, cabe señalar que, haciendo mención a la vulneración de lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 13282/1985, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, por más que a tenor del inalterado relato fáctico no se evidencia la vulneración que pretende, siendo de reseñar que en relación con don J.L.M.B.C., cuya falta de legitimación se pregona en la demanda, fue el mismo que, a tenor del contrato fechado en Marzo de 2003, otorgó dicho contrato en nombre de la empresa demandada haciendo uso de sus facultades en calidad de consejero delegado de la misma sin que hipotéticas vicisitudes posteriores al cese se revelasen trascendentes a efectos del presente litigio, cabe señalar que aún de concurrir un defecto como el que invoca, relativo a una supuesta defectuosidad en el nombramiento de consejero delegado de la empresa demandada en cuanto incidiría en la composición del consejo en que se votó el despido del actor, ello no constituiría sino una irregularidad formal que no devendría asaz para incardinar y calificar como nulo el despido, al no tener acogida en el ámbito de lo establecido para el despido nulo en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 11.2 del Real Decreto 1.382/1985, habida cuenta de el despido nulo ha quedado limitado sustancialmente, por cuanto todos los supuestos contemplados en la antigua versión del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores que, bajo aquella regulación, se consideraban nulos, han pasado actualmente a considerarse improcedentes, y concurre únicamente la nulidad para los supuestos de discriminación prohibidos en la Constitución o en la Ley o en aquellos en que concurra la violación de derechos fundamentales y libertades públicas, así como los relativos a trabajadores en período de suspensión de contrato por maternidad, adopción o acogimiento o trabajadoras embarazadas a que se hace mención en los apartados a) y b) del párrafo 5 del referido precepto.

QUINTO.- En el apartado II del recurso, sin cita de normativa procesal de amparo, la parte recurrente, pretende, en esencia, que el período de tiempo computable a efectos de antigüedad tenga su inicio en el año 1986, haciendo referencia a documental de la que pretende se deriva tal consideración, aseverando que de ello se deriva la existencia de una sucesión de empresas y que la Jurisprudencia respecto de la operatividad del mecanismo de la sucesión empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la relación especial de Alta dirección del artículo 2.1.a) regulada por el Real Decreto 1.382/1985, no es pacífica, interesando que, de no considerarse nulo el despido, subsidiariamente se reconozca como despido improcedente pero con efectos retroactivos desde el año 1986.

Así las cosas, por mas que en atención a lo establecido en el relato fáctico de la sentencia de instancia no se evidencia la conculcación de la normativa que el recurrente considera vulnerada, sin que de lo establecido en el contrato suscrito en marzo de 2003 se desprenda que las partes hubiesen plasmado acuerdo alguno que avalase la tesis de la parte actora en orden a la pretensión de que los efectos económicos se retrotraigan a fecha anterior a la del contrato, conviene dejar patente que ni siquiera hay coincidencia en la fecha que ahora se pretende -1986- como dies a quo y la referida en la demanda -1990-, sin que en el escrito rector del proceso hubiese hecho expresa referencia a la existencia de una sucesión empresarial, en tanto que aún en la consideración de que nos encontrásemos ante una situación de tal índole, sin soslayar que la condición de socio y administrador de "C., S.L." excluiría la concurrencia de relación

laboral aún para el supuesto de desarrollar al unísono labores directivas en tal empresa, cabe expresar, a todo evento, que es de difícil encaje, si no deviene inaplicable, lo preceptuado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en orden a la sucesión de empresas y sus efectos, dada la naturaleza especial del contrato de alta dirección y singularmente, como es del caso, cuando tal convención no contiene cláusula alguna relativa a la concurrencia de una situación de tal índole -por el contrario, determina de modo inconcuso que "la relación laboral se acuerda por tiempo indefinido a contar desde la fecha de incorporación que será el 01 de enero de 2003"- y, en su caso, las consecuencias correspondientes en orden a los efectos y ámbito del contrato,, en tal sentido se han pronunciado, entre otras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de Canarias, citada en la impugnación del recurso, al referir que "estima la Sala que el artículo 10.d) del RD 1.382/1985 revela la existencia de una regulación autónoma de la sucesión de empresas en el marco de la relación laboral especial del alto directivo; no es que no exista sucesión patronal, sino que su regulación legal carece de los mecanismos de protección que encierra el artículo 44 del ET (desamparo éste que, por otra parte, afecta también a muchos otros aspectos de este especial vínculo laboral); el Real Decreto, en su artículo 10.d) citado, limita la regulación de la sucesión patronal (ampliándola también a un «cambio importante en la titularidad» de la empresa), a la atribución al alto directivo de la posibilidad de extinguir su contrato..", añadiendo que "la norma refuerza el carácter de confianza e intuitu personae de esta suerte de vínculo, y esta regulación excluye (obviamente, por incompatibilidad) la del artículo 44 del ET, aun cuando no existiera el nítido sistema de fuentes reguladoras que instaura el artículo 2 del Real Decreto citado", de manera que, en atención a lo expuesto, deviene procedente la desestimación del recurso articulado por don A.S.L. y la confirmación de la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña en autos de despido nº 20/04.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por don A.S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de esta Ciudad, de fecha 5 de enero de 20054, en autos nº 20/04 sobre despido, instados por aquel frente a la empresa "A.C., S.L.", confirmamos la resolución de instancia

3927 **Recurso nº 3.052/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. FIXACIÓN DE CALENDARIO DE VACACIÓNS. POLA EMPRESA PREVIAS NEGOCIACIÓNS. DIFERENCIAS DE TRATAMENTO NON DISCRIMINATORIAS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a diecinueve de julio de dos mil cuatro

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. 3.052/2004 interpuesto por don J.A.T.C., don M.M.D. y don J.P.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.A.T.C. y otros en reclamación de conflicto colectivo siendo demandada EMAFESA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 127/2004 sentencia con fecha 18 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"1.- Los demandante son miembros del comité de Empresa de EMAFESA, integrado por un total de cinco miembros (Documento nº 1, prueba parte actora). 2.- En reunión celebrada el día 3 de febrero del presente año, a las 17:00 horas, con la asistencia de los actores y la ausencia del Presidente y la Secretaría, el Comité de Empresa "ante la consideración del Calendario como irregular y muy negativo para los intereses de los trabajadores y trabajadoras, decide proceder a su denuncia ante el juzgado de lo Social" (documento nº 3, prueba parte actora). 3.- El 27.11.03, la empresa le entrega al presidente del Comité de Empresa, la propuesta de calendario laboral para el año 2004. (Documento nº 9, prueba parte deman-

dada). Los días 3, 10 y 21 de diciembre ambas partes se reúnen para debatir el calendario propuesto. En la segunda reunión, el comité de Empresa propone algunas modificaciones, entre ellas la contratación temporal del número de trabajadores que sea necesario, para sustituir a los que se vayan de vacaciones. La empresa no aceptó dicha propuesta, en los mismos términos en que fue formulada, dando por concluidas las negociaciones el 21 de diciembre de 2003. (Interrogatorio de ambas partes). Finalmente en fecha 26 de enero de 2004, la entidad demandada le entrega al Comité el calendario laboral para el año 2004 que obra incorporado en autos, como documento número 12 y número 6 del ramo de prueba de ambas partes, y que se da por reproducido a todos los efectos. 4.- El calendario laboral establecido para los años 2002 y 2003 es el que consta en los documentos nº 7 y nº 8 aportados por la parte demandada y cuyo contenido se da aquí por reproducido. 5.- La plantilla de la empresa demandada está formada por un total de 55 trabajadores distribuidos en tres sectores: Oficinas, Fontanería y Albañilería y ETAP. (Documento nº 12, prueba parte demandada). 6.- Los trabajadores de la ETAP son un total de diez, de los que dos de ellos tienen la categoría de oficiales de 1ª y los ocho restantes la de operarios. Realizan su trabajo a turnos de ocho horas, con el siguiente horario: turno de mañana de 7 h. a 15 h.; turno de tarde de 15 h a 23 h; turno de noche de 23 h. a 7 h. (Documento nº 13, prueba parte demandada). En el cuadrante de turnos de la ETAP para los años 2002, 2003 y 2004 se observa que dos trabajadores de dicha sección, don F.L.A. y don J.A.R., descansan siempre los fines de semana y no realizan turno de noche. (Documentos nº 7, nº 8, nº 12, prueba parte demandada). Esta situación se mantiene en la propuesta presentada por el Comité de Empresa, sobre el cuadrante de turnos de la ETAP, para el año 2004. (Documento nº 10 y nº 5, ramo de prueba de ambas partes). Los dos trabajadores de la ETAP exentos de la realización de turnos de noche, tienen la categoría de oficiales de 1ª y se encargan de coordinar el trabajo de los demás operarios y de realizar tareas de mantenimiento de plante (Interrogatorio representante legal empresa demandada). 7.- Los trabajadores de al sección de fontanería y Albañilería son un total de quince (11 fontaneros, 4 albañiles) y realizan una jornada de 7:45 horas en turnos de mañana y tarde, con el siguiente horario: mañana de 7:15 h. a 15:00 h. tarde de 15:00 h. a 22:45 H. (Documento nº 13, prueba parte demandada). Cuando los fontaneros realizan jornada de tarde, deben estar localizables durante la noche y durante las 24 horas del fin de semana (retenes). Los fines de semana y los festivos deben estar localizables al menos tres fontaneros. Los albañiles no hacen retenes. En el grupo de los fontaneros, don A.C. y don P.R. son responsables de turno y sólo están de retén durante los fines de semana y los festivos. (Interrogatorio del Representante legal empresa y de don J.A.T.C.; documento nº 12 parte demandada). 8.- La relación laboral entre la empresa demandada y sus trabajadores se rige por el Convenio Colectivo de EMAFESA. (B.O.P. 12.08.03). (Documento nº 7, prueba parte actora). 9.- En virtud de papeleta presentada en fecha 18.02.04, el 3 de marzo de 2004 se celebró acto de conciliación ante el SMAC, con el resultado de intentado sin avenencia".

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

"FALLO: Que desestimando las excepciones procesales formuladas por la entidad demandada EMAFESA. frente a la demandada interpuesta por don J.A.T.C., don M.M.D. y don J.P.S., en su cualidad de miembros del Comité de Empresa de EMAFESA y desestimando también dicha demanda debo declarar y declaro no haber lugar a ella, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas 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.- La sentencia de instancia desestima la demanda por entender que no procede la nulidad del calendario laboral para el año 2004 al haberse cumplido las previsiones del artículo 5 del convenio colectivo; que no se ha producido discriminación en la organización del trabajo al darse y tener los trabajadores categorías diferentes y por ultimo respecto de las vacaciones por cumplirse las previsiones del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores al no haberse llegado a un acuerdo en la negociación.

Frente a ella la parte demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 191.c) de la de la Ley de Procedimiento Laboral pretende su revocación y la estima-

ción de la demanda denunciando como infringidos los artículos 38 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el los artículos 5 y 11 del convenio colectivo por entender que no hubo negociación, por que en las tres reuniones celebradas entre los representantes de los trabajadores y de la empresa, únicamente se produjo un intercambio de propuestas, que ni siquiera se documentaron y sin que se aceptara ninguna propuesta de los trabajadores. En relación con el calendario vacacional fue elaborado unilateralmente por la empresa demandada, y por este motivo, el calendario laboral debe ser anulado. Y en segundo lugar se denuncia la infracción del art. 14 de la Constitución Española, que prohíbe la discriminación.

La sentencia de instancia declara probado que el 27.11.03, la empresa le entrega al presidente del Comité de Empresa, la propuesta de calendario laboral para el año 2004 (Documento nº 9, prueba parte demandada). Los días 3, 10 y 21 de diciembre ambas partes se reúnen para debatir el calendario propuesto. En la segunda reunión, el comité de Empresa propone algunas modificaciones, entre ellas la contratación temporal del número de trabajadores que sea necesario, para sustituir a los que se vayan de vacaciones. La empresa no aceptó dicha propuesta, en los mismos términos en que fue formulada, dando por concluidas las negociaciones el 21 de diciembre de 2003. (Interrogatorio de ambas partes). Finalmente en fecha 26 de enero de 2004, la entidad demandada le entrega al Comité el calendario laboral para el año 2004 que obra incorporado en autos, como documento número 12 y número 6 del ramo de prueba de ambas partes, y que se da por reproducido a todos los efectos. Los trabajadores de la ETAP son un total de diez, de los que dos de ellos tienen la categoría de oficiales de 1ª y los ocho restantes la de operarios. Realizan su trabajo a turnos de ocho horas, con el siguiente horario: turno de mañana de 7 h. a 15 h.; turno de tarde de 15 h a 23 h; turno de noche de 23 h. a 7 h. (Documento nº 13, prueba parte demandada). En el cuadrante de turnos de la ETAP para los años 2002, 2003 y 2004 se observa que dos trabajadores de dicha sección, don F.L.A. y don J.A.R., descansan siempre los fines de semana y no realizan turno de noche. (Documentos nº 7, nº 8, nº 12, prueba parte demandada). Esta situación se mantiene en la propuesta presentada por el Comité de Empresa, sobre el cuadrante de turnos de la ETAP, para el año 2004. (Documento nº 10 y nº 5, ramo de prueba de ambas partes). Los dos trabajadores de la ETAP exentos de la realización de turnos de noche, tienen la categoría de oficiales de 1ª y se encargan de coordinar el trabajo de los demás operarios y de realizar tareas de mantenimiento de plante (Interrogatorio representante legal empresa demandada. Los trabajadores de la sección de fontanería y Albañilería son un total de quince (11 fontaneros, 4 albañiles) y realizan una jornada de 7:45 horas en turnos de mañana y tarde, con el siguiente horario: mañana de 7:15 h. a 15:00 h. tarde de 15:00 h. a 22:45 H. (Documento nº 13, prueba parte demandada). Cuando los fontaneros realizan jornada de tarde, deben estar localizables durante la noche y durante las 24 horas del fin de semana (retenes). Los fines de semana y los festivos deben estar localizables al menos tres fontaneros. Los albañiles no hacen retenes. En el grupo de los fontaneros, don A.C. y don P.R. son responsables de turno y sólo están de retén durante los fines de semana y los festivos. (Interrogatorio del Representante legal empresa y de don J.A.T.C.; documento nº 12 parte demandada)

Los artículos 5 y 11 del convenio colectivo establecen: La empresa y los representantes de los trabajadores y trabajadoras negociarán el calendario laboral del año siguiente en el mes de diciembre del año anterior, publicando este en el tablón de anuncios de los diferentes centros de trabajo. El calendario laboral deberá incluir necesariamente los días festivos oficiales (estatales, autonómicos y locales) y los horarios de trabajo para cada régimen de jornada y, en su caso la programación del régimen de turnos retén y las fechas hábiles para el goce de vacaciones y descansos compensatorios. En este sentido la empresa procurará que los turnos sean rotativos entre los trabajadores que desarrollen una misma actividad. Todo el personal sujeto a este convenio gozará de unas vacaciones anuales de 30 días naturales comenzando en cualquier caso, su goce en día laborable. Con carácter general las vacaciones se concederán durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre, con carácter rotativo. Los trabajadores y trabajadoras podrán cambiar sus vacaciones comunicándolo a la empresa con dos meses de antelación, y siempre y cuando realice el mismo servicio que la persona con la que permute.

La fijación del calendario laboral se integra dentro de las facultades de dirección y organización empresarial, prevista en los artículos 5.c) y 20 ET, sin perjuicio de las limita-

ciones legales (art. 34 ET) o pactadas sobre el particular (art. 5 convenio colectivo). Por ello en el caso de autos no se han producido las infracciones denunciadas porque la negociación se ha producido tal y como recoge la sentencia de instancia, ha habido tres reuniones y se han hecho propuestas, el hecho de no llegar a un acuerdo no determina la nulidad del calendario que la empresa impone, cuando no se infringe norma legal, ni convencional.

Así el art. 36.4 del Estatuto de los Trabajadores se limita a establecer que «anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo». Ninguna obligación genera, pues, respecto del tema debatido. La única conclusión que, sobre esa cuestión, cabe extraer de dicho precepto es que la elaboración del calendario corresponde a la empresa, como una expresión más de su poder de dirección. De ahí que la sentencia, para reafirmar la validez de la decisión patronal, cite el art. 20.1 del propio Estatuto, al ser éste uno de los preceptos en que jurisprudencialmente se viene amparando dicho poder.

Por lo que se refiere a la infracción del art. 14 de la Constitución los criterios que, al respecto, ha plasmado el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, en sentencias tales como las de 9 de febrero de 1996 (RJ 1996\1.007), 15 de abril de 1996 (RJ 1996\3.080), 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6.769), 7 de marzo de 1997 y 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\3.012), exige de la parte actora no sólo y exclusivamente una mera alegación formal de acontecimientos o datos de hecho de los que pudiera deducirse la violación de tales derechos y/o libertades por la contraparte, sino la acreditación, al menos, de los indicios racionales que, pasados por la normal lógica humana, conduzcan a un resultado según el cual pueda afirmarse que la conducta de tal contraparte imputada puede ser tachada de inconstitucional, en tanto atentatoria del derecho y/o libertad esgrimido por el demandante como conculcado, no bastando, por tanto, al indicado efecto probatorio o acreditativo, la mera afirmación de la apariencia o, incluso, de la existencia de una vulneración de las señaladas.

Es más, la doctrina jurisprudencial no discrepa de la exegética cuando afirma también que los indicios de vulneración de un derecho y/o libertad consagrado con rango constitucional, además de ser racionales y de constituir señales tangibles que manifiesten de manera inequívoca algo oculto o inexplicable desde el punto de vista de lo que es un comportamiento justo y correcto, no pueden ser confundidos con las meras sospechas, pues éstas, las sospechas, no son sino el corolario de una operación mental sin firme apoyatura por la que una persona imagina o aprehende algo por mera conjetura fundada en apariencias.

Conforme a ello no hay vulneración del artículo 14 de la Constitución porque es muy reiterada y por tanto de excusable cita, la doctrina del TC que señala que la constatación de la discriminación por las condiciones y factores previstos en las normas requiere como presupuesto fáctico la existencia de igualdad de las situaciones objeto de comparación. Y no cabe entender que en este caso se infringió tal precepto constitucional en razón a que se parte de situaciones distintas. En concreto la sentencia de instancia afirma la existencia de categorías diferentes entre los trabajadores lo que justifica la desigualdad en el tratamiento de los turnos y retenes; primero porque los albañiles no tiene obligación de hacer turnos, en la ETAP las diferencias surgen por la diferente categoría de los trabajadores (oficiales y operarios), y en cuanto a los fontaneros la desigualdad se revela por la diferente responsabilidad, aunque todos lleven a cabo las mismas funciones e igual categoría profesional, pero solo dos son los responsables de turno y su participación en los retenes diferentes y por tanto justificada.

Por que es doctrina del Tribunal Constitucional la de que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador con trascendencia jurídica, sino que sólo es violado si la desigualdad aparece desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada; debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida; y que la diferencia de trato no constituye por sí sola una discriminación, salvo que tuviese por causa alguna de las circunstancias previstas en el art. 14 de la Constitución y en el art. 17.1 de Estatuto de los Trabajadores (sentencias del Tribunal Constitucional de 9 marzo de 1984; 20 marzo 1985, y 15 de enero de 1986, seguida por esta Sala en las de 23 de marzo de 1992, 17 de marzo y 30 de diciembre de 1994; 6 de mayo de 1995, 15 de abril de 1996; 27 de mayo de 1997; 24 de marzo de 1998; 7 de septiembre de 1999 y 8

de febrero de 2000). Pues lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados (sentencias del Tribunal Constitucional números 3/83, 123/83, 13/85, 99/85, 185/90 y 110/93)".

El mismo Tribunal Constitucional, en Sentencia número 90/1990, de 23 de mayo, ha declarado que la constatación de la vulneración del principio de igualdad en un supuesto concreto exige la existencia de un término válido y adecuado de comparación para llevar a cabo el juicio de igualdad, que no puede ser la mención genérica de quienes se encuentren en una determinada situación, sin acreditar suficientemente que otras personas concretas se encuentran en idénticas o similares circunstancias.

Pues bien, en el caso enjuiciado, la parte recurrente se limita a alegar, de forma genérica y confusa, la vulneración del principio de igualdad, pero no ofrece realmente un término comparativo adecuado que permita comprobar si efectivamente se ha producido la vulneración que alega.

Señalar por ultimo y en cuanto a la alegación de que no hubo negociación de las vacaciones y por ello el calendario anulado, tampoco se admite puesto que el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores establece que: "El periodo 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 naturales.

El periodo o periodos de su disfrute se fijará 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.

En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa".

Es decir la negociación se produjo, no hubo acuerdo y la falta del mismo, determinó la fijación del calendario por parte de la empresa, y dentro del el y en cuanto a las vacaciones, su duración y el tiempo de disfrute, respetando con ello el art. 40.2 de la Constitución Española y también reconocido en Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo, que forma también parte ya de nuestro Derecho interno (art. 96.1 de la propia Ley Fundamental) como consecuencia de su ratificación por España y consiguiente publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por ello, el art. 38.1 del ET y artículo 11 del convenio colectivo citados, se han cumplido y tampoco el calendario puede ser anulado por este motivo, al haberse fijado el periodo de disfrute entre los meses de junio, julio, agosto y septiembre y con una duración de 30 días; lo que no impide como señala la sentencia de instancia, la impugnación de las concretas fechas de su disfrute por cada trabajador individualmente conforme y por los tramites del proceso especial del artículo 125 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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.A.T.C., don M.M.D. y don J.P.S., contra la sentencia de fecha 18.03.04, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, en el Procedimiento nº 127-04 sobre Conflicto Colectivo debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3928 **Recurso nº 2.795/04**

S.S. IMPOSIBILIDADE DE COMPUTAR A ANTIGÜIDADE CORRESPONDENTE A ANTERIORES CONTRATOS TEMPORAIS FRAUDULENTOS CANDO MEDIA ENTRE ELES SOLUCIÓN DE CONTINUIDADE SUPERIOR AO PRAZO DE CADUCIDADE FIXADO PARA PODER ACCIONAR POR DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veinte de julio de dos mil cuatro

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 2.795/04, interpuesto por el Letrado don R.F.P., en nombre y representación de doña M.R.P., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 142/04 se presentó demanda por doña M.R.P., sobre despido, frente al Ayuntamiento de A Guarda. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de abril del presente año 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.R.P., mayor de edad y con D.N.I. número …, vino prestando servicios para el Concello de A Guarda en virtud de los siguientes contratos y en los siguientes períodos: 1) Desde el 1 de julio de 1995, mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en realización de servicios municipales y de apoyo al servicio de limpieza, jornada completa y duración hasta el 31 de diciembre de 1995, en que fue dada de baja en la Seguridad Social. 2) Desde el 11 de enero de 1996 mediante igual contrato, pero a tiempo parcial y como Limpiadora, siendo su objeto reforzar la plantilla de limpieza del Ayuntamiento y duración hasta el 30 de junio de 1996 en que fue dada de baja en la Seguridad Social. 3) Desde el 1 de julio de 1996, si bien no fue dada de alta hasta el día 3, como Limpiadora, igual contrato que el anterior pero a jornada completa, siendo su objeto el de oficios varios y duración hasta el 31 de diciembre de 1997, en que fue dada de baja en la Seguridad Social. 4) Del 14 de enero al 25 de junio y del 1 de julio al 31 de diciembre de 1997 mediante contratos que no constan. 5) Desde el 7 de enero de 1998 mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en reforzar la plantilla de limpieza del Ayuntamiento, a tiempo parcial, como Limpiadora y duración hasta el 30 de junio de 1998, en que fue dada de baja en la Seguridad Social. 6) Del 1 de julio al 25 de octubre de 1998, mediante contrato que no consta. 7) Desde el 26 de octubre de 1998 mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en revalorización de espacios públicos y urbanos, jornada completa, categoría de Limpiadora y duración hasta el 25 de febrero de 1999 en que, previo aviso efectuado el día 10 de febrero por escrito, fue cesada y dada de baja en la Seguridad Social. 8) Del 26 de febrero al 21 de junio de 1999 la demandante percibió prestaciones por desempleo. 9) Desde el 22 de junio de 1999 como Oficial de 2ª Limpiadora mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en prestar servicio de limpieza viaria de A Guarda, jornada completa y duración hasta el 21 de diciembre de 1999 en que, previo aviso por escrito efectuado el día 29 de noviembre, fue cesada y dada de baja en la Seguridad Social. 10) Del 22 al 25 de diciembre percibió prestaciones por desempleo. 11) Desde el 10 de enero de 2000 como Limpiadora mediante contrato temporal a tiempo parcial y para obra o servicio determinado para cubrir necesidades servicio limpieza edificios municipales y limpieza viaria y duración hasta el 9 de enero de 2001 en que, previo aviso por escrito efectuado el día 19 de diciembre, fue cesada y dada de baja en la Seguridad Social. 12) Desde el 16 de enero de 2001 mediante contrato eventual para realizar tareas de limpieza, como Limpiadora y a tiempo parcial, período de prueba de 15 días y duración hasta el 15 de enero de 2002 en que, previo aviso por escrito efectuado el día 8 de enero de 2002, fue cesada y dada de baja en la Seguridad Social. 13) Mediante contrato temporal para obra o servicio determinado consistente en Limpiadora de edificios públicos y limpieza viaria desde el 1 de febrero de 2002, categoría de Limpiadora, a tiempo parcial y duración hasta el 31 de enero de 2003 en que fue cesada y dada de baja en la Seguridad Social; durante dicho contrato la demandante disfrutó vacaciones del 20 de julio al 3 de agosto de 2002 y del 24 de diciembre de 2002 al 7 de enero de 2003. 14) Del 1 de febrero al 5 de marzo de 2003 la trabajadora percibió prestaciones por desempleo. 15) Y finalmente desde el 6 de marzo de 2003 mediante contrato a tiempo parcial con jornada de 20 horas semanales y para obra o servicio determinado consistente en limpieza de edificios públicos y limpieza viaria, período de prueba de 15 días, categoría de Limpiador y duración hasta el 31 de diciembre de 2003; durante este contrato la actora disfrutó vacaciones del 12 al 26 de julio. Segundo.- Median-

te escrito de fecha 16 de diciembre de 2003, notificado a la actora el mismo día, el demandado le comunicó a la actora que "el próximo día 31 de diciembre de 2003 caduca el contrato que tiene pactado con este Concello para la realización de trabajos en el mismo. Como quiera que es nuestra intención a proceder a NO renovar el mencionado contrato, es por lo que le indicamos que en esa fecha procederemos a darla de baja como trabajadora de este Concello, lo que ponemos en su conocimiento con la antelación prevista en la Ley a los efectos oportunos", cese que la actora considera constituye un despido por considerar que los contratos suscritos fueron fraudulentos. Tercero.- La actora percibía un salario mensual prorrateado de 387,58 euros. Cuarto.- Previamente a la suscripción de cada contrato, el Concello demandado hacía una oferta pública de empleo, siendo la última aprobada mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 9 de enero de 2003, a la vista de la cual los aspirantes presentaban sus solicitudes de admisión al proceso selectivo, lo que para el último contrato suscrito el 6 de marzo de 2003 hizo la demandante el día 23 de enero de 2003. Quinto.- Durante la vigencia del último contrato la actora percibió un total de 151,26 euros en concepto de indemnización por cese. Sexto.- El artículo 39 del Convenio Colectivo para el Persoal Laboral del Concello de A Guarda con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003, aunque prorrogable anualmente salvo denuncia que no consta que se haya producido, dispone que *"... ante unha resolución judicial firme, que estableza a impocedencia dun despido, o Concello da Guarda, Entidade Local afectada, permitirá ó despedido escoller entre a indemnización e a readmisión, salvo informe desfavorable da representación sindical"*. Séptimo.- Presentada por la demandante reclamación previa el día 21 de enero de 2004, impugnando el cese y solicitando que se procediese a su inmediata readmisión o al abono de la indemnización correspondiente y salarios de trámite, reclamación que le fue desestimada por silencio administrativo, presentando demanda el día 19 de febrero con igual pretensión. Octavo.- La actora no es ni fue representante legal 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 doña M.R.P., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 31 de diciembre de 2003 por parte del Concello de A Guarda, al 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 328,20 euros, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparencia 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, el abone los salarios dejados de percibir desde la fecha el despido hasta la notificación de esta resolución a razón de 12,92 euros diarios, advirtiendo al citado demandado que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que absuelvo a dicho demandado".

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia, que estimó en parte su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento integro de sus pretensiones, concretamente la antigüedad postulada de 22.06.99 a efectos de fijar la indemnización oportuna para lo cual, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por interpretación errónea del art. 56.1.a) LET y jurisprudencia que cita, argumentando que si bien entre la finalización de contrato de 31/1/03 y el inicio de la siguiente contratación el 6/3/03 percibió prestaciones de desempleo y transcurrieron mas de veinte días, plazo para accionar por despido, sin embargo no cabe entender rota la vinculación laboral ya que la oferta pública de empleo se efectuó el 09.01.03 y solicitó participar el 23.01.03.

El motivo no puede prosperar pues si bien la concatenación de contratos temporales, para la realización de actividades ordinarias de la empresa, sin justificación razonable y formalmente expresada en los mismos constituye fraude de ley y convierte la vinculación del trabajador con la empleadora en fija de plantilla y a tiempo completo, en aplicación de lo establecido en el art. 6.4 Código civil y art. 8 y 15.3 de LET y art. 9.3 del RD 2.720/98, sin embargo, cuando tal relación deriva de una sucesión de contratos temporales extinguidos a su vencimiento, habrá de analizarse si el

tiempo transcurrido entre unos y otros permite entender que ha existido ruptura de la relación contractual, ruptura no impugnada en tiempo oportuno, y del examen de la cadena contractual resulta que si bien la relación entre los litigantes se inicia el 22.06.99 sucediéndose en el tiempo con extinciones contractuales seguidas de nuevas contrataciones, siendo el intervalo entre extinción y contratación inferior a veinte días, sin embargo, la penúltima contratación se extinguió el 31.01.03 y a partir de esta fecha pasó a percibir prestaciones de desempleo no siendo contratada de nuevo hasta el 6/3/2003, sin que en el intervalo la actora realizara acto alguno de oposición a la extinción y sin que sea considerable para tal fin el hecho de que hubiese solicitado participar en la OPE el 23.01.03 pues tales actos se realizan bajo la vigencia del anterior contrato siendo el único acto, válido a efectos interruptivos la demanda por despido, en consecuencia, entre aquella finalización y la nueva contratación transcurrió mas de los veinte días que el art. 59 LET fija para reclamar por despido, sin que lo hubiera hecho, por lo que se ha de entender que en aquel momento se extinguió la relación laboral, por ello, la antigüedad a tener en cuenta para la indemnización del presente despido es la que se inicia el 06.03.03, todo ello siguiendo la doctrina contenida, entre otras, en STS de 30 de marzo y 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999\4.414), de 3 de febrero de 2000 según la cual "debe computarse 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, lo que no se produce en la sucesión de contratos temporales cuanto, entre uno y otro media una interrupción breve inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido", lo cual implica la desestimación del motivo y la confirmación de la resolución recurrida.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.R.P. contra la sentencia dictada el 15.04.04 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Vigo en autos Nº 142-2004 sobre despido, seguidos a su instancia contra el Concello de A Guarda resolución que se mantiene en su integridad.

3929 **Recurso nº 3.117/04**

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. VULNERACIÓN DO DEREITO DE FOLGA NA DESIGNACIÓN DE SERVIZOS MÍNIMOS. OBRIGAS DOS TRABALLADORES QUE NON SECUNDAN A FOLGA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio García Amor

A Coruña, a veinte de julio de dos mil cuatro

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 3.117/04 interpuesto por Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (O'MEGA) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 183/04 se presentó demanda por Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (O'MEGA) en reclamación de tutela del derecho fundamental a la libertad sindical siendo demandado el Servizo Galego de Saúde y don C.P.M., y siendo parte igualmente el Ministerio Fiscal, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 12 de abril de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (OMEGA) tiene su implantación en Galicia, en representación y defensa de los intereses profesionales, laborales y sindicales de las asociaciones y sindicatos profesionales médicos de ámbito local, provincial o de ámbito autonómico en Galicia. 2.- La organización sindical OMEGA ha convocado una huelga dentro del ámbito de la sanidad pública de Galicia, iniciada el 1 de marzo de 2004, y desarrollándose durante todos los lunes y martes del mes de marzo del año en curso. 3.- Para hacer frente a la misma, en el Diario Oficial de Galicia de 27 de febrero de

2004 se publicó la Orden de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia de 25 de febrero de 2004, en la que se determinaban los servicios mínimos dirigidos a garantizar los servicios esenciales de las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud durante las huelgas convocadas, entre otros, por el sindicato demandante, los días 1, 2, 8, 9, 15, 16, 22, 23, 29 y 30 de marzo de 2004, que afectan al personal facultativo de atención primaria y de atención especializada que prestan servicios en las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud. 4.- A efectos de controlar qué facultativos secundan la huelga para tener constancia en la determinación final del salario mensual, se emitieron unas hojas de recogida de firmas, en donde tras el nombre de cada facultativo, constan dos columnas; una de ellas lleva la rúbrica *firmar en caso de no secundar la huelga* y la otra *especificar si es servicio mínimo*. Estas planillas fueron utilizadas por los facultativos el día 1 de marzo de 2004, en donde hicieron constar si no secundaban la huelga y si cumplían servicios mínimos. 5.- Al menos once facultativos interesaron el cambio en los servicios mínimos. 6.- Con fecha 27 de febrero de 2004 el Director Gerente del Hospital emitió un comunicado a todo el personal facultativo del Hospital en el que se hacía constar. *Todos los facultativos que no secunden la huelga deberán firmar la hoja de registro en la secretaría de dirección médica el lunes y martes antes de las 8:30 horas de la mañana, en caso de no firmar se considerará que secundan la huelga*. 7.- La relación nominal de facultativos designados para la cobertura de los servicios mínimos de los días 1 y 2 de marzo de 2004 fue publicada en el tablón de anuncios del Hospital del M. el 27 de febrero de 2004. 8.- En las nóminas del personal facultativo del Hospital del M. no consta descuento alguno en concepto de pago de cuota por afiliación al sindicado OMEGA.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (OMEGA), debo absolver y absuelvo al Servicio Galego de Salud y a don C.P.M. de todos los pedimentos formulados en su contra.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La organización sindical Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA) recurre la sentencia de instancia, que desestimó la demanda sobre tutela de libertad sindical interpuesta frente al Servicio Galego de Saúde (SERGAS) y al gerente del Hospital M., y solicita con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone:

A) Respecto del apartado 4º de sentencia ("A efectos de controlar qué facultativos secundan la huelga para tener constancia en la determinación final del salario mensual, se emitieron unas hojas de recogida de firmas, en donde tras el nombre de cada facultativo, constan dos columnas: una de ellas lleva la rúbrica *firmar en caso de no secundar la huelga y la otra especificar si es servicio mínimo*. Estas planillas fueron utilizadas por los facultativos el día 1 de marzo de 2004, en donde hicieron constar si no secundaban la huelga y si cumplían servicios mínimos"), suprimir los términos "para tener constancia en la determinación final del salario mensual".

La pretensión no se admite: De una parte porque, frente a lo que argumenta el recurrente, la jurisprudencia (ss. 15.01, 13.03.90) declara que no basta con alegar la inexistencia de prueba que respalde el criterio del juzgador y que el error de hecho no puede ponerse de manifiesto mediante la invocación de prueba negativa. De otro lado, porque el recurrente pretende sustituir la apreciación judicial probatoria por la suya propia, subjetiva y particular, lo que es incompatible con las exigencias de los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y de la jurisprudencia (ss. 27.02, 22.05.01) cuando declara que la equivocación del juzgador ha de acreditarse con prueba documental o pericial que, por si sola, la demuestre de manera evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura.

B) Añadir el siguiente y nuevo apartado: "Los médicos que figuran marcados en color amarillo a los folios 40 a 47 y cuyos nombres se dan por reproducidos, figuran afiliados al sindicato demandante"; se basa en la documental referida.

La pretensión no se acepta, porque los documentos invocados acreditan los facultati-

vos designados para realizar servicios mínimos los días 1 y 02.03.04, pero no prueban su afiliación sindical, particular respecto del que no consignan la más mínima referencia; por otra parte, la prueba de testigos, que el apartado jurídico del recurso dice convalidar el actual motivo de hecho, no es hábil a los presentes fines de acuerdo con los citados artículos 191.b) y 194.3 LPL.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe:

A) El artículo 28.2 de la Constitución (C), pues existía personal médico dispuesto a sustituir a los facultativos designados para realizar los servicios mínimos, sin que tal relevo exigiera la firma escrita de los sustitutos.

B) El artículo 28.2 C, pues la rúbrica de unos formularios que hacían constar que los médicos que prestaban servicios no secundaban la huelga es incompatible con el control del trabajo y de la remuneración, al ser innecesaria por existir otros medios a tales fines.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son:

I) O´MEGA convocó huelga de médicos en el ámbito de la sanidad pública de Galicia todos los lunes y martes de marzo de 2004.

II) La Orden de 25.02.04 de la Consellería de Sanidade determinó los servicios mínimos.

III) El 27.02.04 se publicó en el tablón de anuncios del Hospital M. la relación nominal de facultativos designados para cubrir servicios mínimos los días 1 y 02.03.04.

En la misma fecha, la gerencia del Hospital referido emitió el siguiente comunicado: "Todos los facultativos que no secunden la huelga deberán firmar hoja de registro en la secretaría de dirección médica el lunes y martes antes de las 8:30 horas de la mañana, en caso de no firmar se considerará que secundan la huelga".

La citada gerencia, a los efectos de controlar qué médicos secundan la huelga para tener constancia en la determinación final del salario mensual, emitió hojas de recogida de firmas, en donde tras el nombre de cada facultativo, constan dos columnas: una, "firmar en caso de no secundar la huelga"; otra, "especificar si es servicio mínimo". El 01.03.04 (primer día de huelga) los médicos cubrieron tales formularios.

IV) Once facultativos del Hospital M., al menos, solicitaron el cambio en los servicios mínimos.

V) En las nóminas de los médicos que prestan servicios en el Hospital referido, no consta descuento por pago de la cuota sindical O´MEGA.

QUINTO.- Los datos expuestos en el fundamento anterior llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- El Tribunal Constitucional, 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 carácter discriminatorio que el sindicato recurrente atribuye a la gerencia del Hospital M. al designar a los médicos encargados de los servicios mínimos durante la huelga convocada por aquél, con base en que esa designación empresarial se proyectó notoriamente a sus afiliados a pesar de existir personal no afiliado que podía hacerse cargo de aquéllos, carece de la preceptiva base fáctica y, además, deviene sin contenido por incompatible con los hechos probados, a cuyo tenor los codemandados acreditaron su ignorancia o desconocimiento respecto de los facultativos pertenecientes a O'MEGA, tanto por actos propios de éste, pues no relacionó nominativamente a sus afiliados (afirmación de hecho del FD 2º), como porque en las nóminas de los trabajadores del centro sanitario público indicado no se practica descuento económico alguno en concepto de cuota sindical (HP 8º).

2ª.- El Tribunal Constitucional (ss. 11/81; 70/82; 23, 37/83; 95/85; 39/86; 9, 11, 51/88; 127/89; 13/97) ha realizado una inter-

pretación amplia del artículo 28 C, que consagra el derecho fundamental de libertad sindical, cuando afirma que por muy detallado y concreto que parezca aquel precepto, no puede considerarse como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad, de modo que junto a su contenido esencial (derecho a fundar sindicatos y a afiliarse libremente, derecho de los sindicatos a fundar confederaciones y organizaciones sindicales o afiliarse a las mismas), que incluye el derecho a la acción sindical (huelga, negociación colectiva, conflictos colectivos), el cual, por constituir el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical, contribuye de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el artículo 7.c), fija un contenido adicional (facultades atribuidas por normas legales o reglamentarias).

Con independencia de las apreciaciones subjetivas y las referencias a medios probatorios no idóneos que esencialmente conforman el motivo tercero de recurso (apartado A de nuestro fundamento tercero), también en este aspecto los hechos probados revelan que la conducta de la gerencia del Hospital M. no entorpeció u obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga, en concreto su seguimiento por los médicos afiliados al sindicato actor-recurrente, toda vez que:

a) Cumplió los términos de la Orden de 25.02.04 reguladora de los servicios mínimos, al publicar en tiempo oportuno la relación nominal de los facultativos encargados de los servicios mínimos (HP 7º), autorizó el cambio o sustitución por parte de algunos de los médicos designados a tal fin o la condicionó a la existencia de aceptación voluntaria y expresa -no de firma escrita, cual alega el recurrente- de los eventuales sustitutos (HP5º y FD 3º).

b) La exigencia empresarial, y su efectividad, de la rúbrica de los médicos del centro sanitario público indicado en los formularios suministrados por la gerencia del mismo, que hacían constar "firmar en caso de no secundar la huelga" y "especificar si es servicio mínimo" (HHPP 4º, 6º), tampoco limita el ejercicio del derecho fundamental, si tenemos en cuenta: Su justificación a efectos administrativos, en especial para determinar el salario por la existencia de conceptos retributivos de obligado descuento, con origen en la suspensión de la relación de servicios que la huelga produce (art. 6.2 RDL 17/77 de 4-3). Su justificación a efectos de organización del trabajo, por las diversas y potenciales situaciones de los facultativos (p.ej. bajas médicas), algunas de carácter estrictamente profesional (p.ej. realización de guardias).

c) En definitiva y con independencia de otras medidas que en su caso pudiera haber adoptado la gerencia del Hospital M., estamos ante una exigencia legítima por su parte, proporcional e idónea a los fines perseguidos, más aún si, como acontece, no presenta naturaleza coercitiva, ni amenaza de sanción en virtud de eventual ejercicio de la potestad disciplinaria, de modo que no implicó una actitud admonitoria dirigida a disuadir a sus destinatarios de secundar los paros convocados.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de Médicos de Galicia Independientes contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 12 de abril de 2004 en autos nº 183/2004, que confirmamos.

3930 **Recurso nº 2.793/04**

S.S. «DIES A QUO» DO CÓMPUTO DO PRAZO DE PRESCRICIÓN DE FALTAS CONTINUADAS DO TRABALLADOR DESPEDIDO, TRANSGRESORAS DA BOA FE CONTRACTUAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a veintiuno de julio de dos mil cuatro

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. 2.793/04 interpuesto por don R.L.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.L.A. en reclamación de despido siendo demandada la empresa "D., S.A." y "D.G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 1.045/2003 sentencia con fecha ocho de marzo de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"1.-El actor prestó servicios laborales para la Empresa demandada desde el 2 de marzo de 1998, con la categoría profesional de Jefe de la Delegación "D.G., S.L." y salario mensual de 136,24 euros al día con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional. 2.- A medio de carta de fecha 24 de noviembre de 2003 fue despedido con efectos del día 25.11.03 por los hechos y causas que constan en la carta de despido y que constituyen un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo y que se dan aquí por reproducidos por obrar unida a los autos. 3.- "D.G., S.L." tiene una plantilla de 17 trabajadores y forma parte del grupo industrial "D." y su objeto es comercializar en la provincia de A Coruña los productos de pastelería industrial que elabora la firma. Ocasionalmente, comercializa mercancía fabricada por terceros, normalmente en el período navideño y de Pascua. A estos productos se les denomina "productos de comercial" para distinguirlos de los productos propias de la marca "D., S.A.". El grupo matriz tiene su sede y órganos directivos en la provincia de Valencia y opera en el mercado a través 17 sociedades filiales comercializadores repartidas a lo largo de todo el territorio nacional, siendo "D.G., S.L." la Delegación que opera en la provincia de A Coruña. Cada Delegación cuenta con un Jefe, máximo responsable y sin superior jerárquico en la estructura organizativa de la filial. 4.- Don R.L.A. es el Jefe de Delegación "D.G., S.L." desde finales de 1998. Como los demás Jefes de Delegación, es el máximo responsable de la filiar y sus superiores son los directivos de la empresa matriz sita en la provincia de Valencia. Sus funciones básicas son ordenar el trabajo, las personas a su cargo y los recursos de la sociedad filial siguiendo las directrices generales dispuestas por los directivos del grupo. Cuenta con una gran autonomía de gestión, ejerce labores de supervisión y sus emolumentos están ligados a los objetivos operacionales marcados por la Dirección del grupo industrial. Don R.L.A. ha ganado aproximadamente 50.000 Euros en el último año y el 30% de esa cantidad ha sido retribuida en concepto de porcentajes sobre facturación. 5.- En octubre de 2003, en fecha exacta no determinada, el demandante acudió a Gandía a la sede de la empresa "D., S.A." junto con el resto de Delegados del grupo a fin de que les fuera presentado por la empresa un nuevo programa. Que con ocasión de dicha reunión y habiéndose constatado por el Director administrativo financiero, Sr. C.S. que en el mes de agosto de 20003 las dietas del actor eran elevadas se puso en contacto telefónico con el administrativo de la Delegación de Galicia, Sr. S., a fin de preguntar por dicho conecto manifestándole el Sr. S. que se incluían gastos de dietas correspondientes a la estancia del Sr. don R.L.A. en Gandía en agosto junto con su familia. Que como el Sr. S. le manifestó que había más irregularidades, el Sr. C. le instó para que le pusiera en conocimiento los hechos en cuestión por escrito y así en fecha 3 de noviembre de 2003 los trabajadores de "D.G., S.L.", concretamente J.E., J.M.F.S., A.G.G., J.J.M.D., A.S.G., V.L.S.R., J.M.S.L. y J.L.V.M., suscriben el documento (folios 102 a 105) de la Documental de le empresa en el que recogen los siguientes hechos: "Vamos a tratar este tema desde dos puntos de vista, en primer lugar según el trato personal recibido por R., y en segundo lugar, según la valoración de la labor profesional de R. como delegado. Muchos trabajadores tenemos discusiones con R. al menos una vez cada 15 días y la primera cosas que nos dice es que si él quiere nos despide en ese mismo instante. Con frecuencia intenta ridiculizarnos y abusa del poder ya que tenemos la certeza de que si contestas, tengas o no, razón esto te perjudicará en sentido económico, de trabajo, etc. Los trabajadores somos acosados, amenazados, humillados, se nos grita, se nos habla con desprecio y recibimos tratos vejatorios por parte de R. Y por si esto fuese poco, después presume de esas hazañas ante el resto de trabajadores. Investiga la vida privada del personal, nos sigue fuera de horas de trabajo para saber a dónde y con quién vamos y trata de obtener toda la información posible de nuestra familiar y amigos no dudando incluso si puede de hablar mal de los trabajadores ante terceros para que eso llegue al entorno del trabajador. La falta de comunicación y la desconfianza en el trabajo

de los demás es total, si se pregunta algo se recibe una mala contestación o no se obtiene respuesta, si no se pregunta, como hay más de una alternativa nunca vas a acertar. Algunos trabajadores recibimos amenazas de agresión e incluso de muerte, llegando en una ocasión (24.06.01) a pegar a un trabajador (J.M.S.) con toda la empresa por testigo. También amenaza con hacer uso de las amistades que tiene en el juzgado y guardia civil si no se cumplen sus deseos. Si una persona se pone enferma es rápidamente acosada para que se incorpore a su puesto de trabajo, y esto, ante el riesgo a perder el empleo suele ser efectivo. El acoso y terror que causa R. provocó que muchos trabajadores, varios de ellos fijos, abandonasen la empresa voluntariamente para ir a ganar menos dinero o simplemente quedarse en el paro. Prueba de ello es la gran rotación de personal que tiene la empresa en los últimos años. Alguno de estos trabajadores incluso necesitó tratamiento psicológico. En esta empresa las prohibiciones que van contra las libertades de toda persona son de lo más curiosas, así se prohíbe a los vendedores hablar con A., que en la oficina estén más de dos personas al mismos tiempo, que en el almacén se formen grupos de más de dos personas. No se permite que fuera de horas de trabajo estén en un bar más de dos trabajadores de la empresa sin saberlo R., ni que el personal de la empresa vaya a jugar al fútbol los viernes a loas 11 de la noche. Se intentó impedir que grupos de trabajadores cubrieran una quiniela entre ellos. Se trata de enfrentar al personal de la empresa hablando mal de los compañeros, grabando conversaciones para que las escuchen terceros, con mentiras, etc. Cuando habla desde el manos libres del coche graba la mayor parte de las conversaciones aprovechando que el otro interlocutor no lo sabe. Al trabajador A le dice que B lo criticó y que además le confesó varios secretos. Entonces cuando A está alterado le intenta sacar información de B, a continuación hace lo mismo con B, y por supuesto les prohíbe hablar entre ellos con lo cual consigue enfrentarlos, que no confíen uno den el otro y lo más importante, que no hagan grupo. En cuanto al horario el tema también es realmente sangrante ya que haya puestos de trabajo en los que algún día se hacen 14 horas diarias y al final de la jornada aún se le hace perder el tiempo retrasando por orden de R. la hora de salida. Se presiona al personal para que trabaje más tiempo e incluso se prohíbe a los vendedores llegar a la nave o cargar antes de determinada hora aunque ya finalizaran la ruta. Es decir que desde que desde que uno ya acabó el trabajo diario puede tener que esperar dos o tres horas por culpa de R. Las vacaciones son utilizadas par premiar o castigar a quien él quiere en función de si cumple sus sospechosas necesidades. A S.S. se le dijo que tenía que trabajar como mínimo 16 horas diarias ya que su trabajo permitía aguantar esas horas y más, poco tiempo después sufrió un infarto. Cuando le dieron el alta no le dejó R. que se incorporara a la empresa porque R. no lo quería ver delante, así que estuvo desde setiembre de 2001 hasta abril de 2002 cobrando de "D.G., S.L." sin trabajar, con el gasto económico que esto supone y no podía entrar en la nave ni a firmar la nómina. A M.R. mientras aún era empleado de esta empresa se le impidió el acceso a la nave y tenía que pasar las 8 horas de la jornada dentro de su turismo en la carretera por la que se tiene acceso a la nave. Este trabajador, que ya estaba amargado por R., al ver que esto cada vez iba a peor abandonó la empresa voluntariamente a pesar de ser indefinido, de tener mujer y dos hijos de que iba a ganar menos dinero y con un contrato temporal. Como conclusión provocan directamente una desconfianza sobre el futuro de los trabajadores que ven el desenlace fatal de sus compañeros y esperan para ellos un futuro similar. Esto es así, hasta el punto de que los que aquí firmamos, en el caso de esta situación no se arregle, nos pondremos en movimiento para cambiar la empresa. La imagen de la empresa a nivel de trabajo es tan mala que son pocos los que quieren trabajar para "D.G., S.L." cuando antes eran muchas las personas que deseaban entrar a formar parte nuestro grupo humano. Algo similar está sucediendo con la marca que estuvo en alza durante mucho tiempo y ahora está desprestigiada por vender género con poca fecha, cambiar continuamente de vendedores, abandonar clientes por tantos cambios, solicitar que firmen notas de regalo de género que no se les entrega, etc. Respecto a la valoración que nos merece la labor profesional de R. podemos empezar diciendo que se oculta información relevante que sólo ocasiona molestias y gastos innecesarios. Así por ejemplo no nos informa de la situación de las cargas en fábrica, ni de las previsiones de pedidos de las cadenas, ni de las ofertas especiales que causan una alteración muy significativa en la elaboración de los pedidos y todo esto repercute en que el stock no se el correcto. Se gestiona mal la distribución del trabajo y del personal, duplicando tareas, realizando tareas inútiles cuando falta tiempo para hacer otras realmente impor-

tantes, haciendo dos personas lo que podría hacer una sola, etc… y esto ocasiona gastos y trastornos a la empresa. En algunas rutas como por ejemplo la ruta 8, la rotación del personal es muy elevada causando esto un gran gasto ya que durante buena arte del año hay dos personas, una para enseñarla y otra para aprenderla. A esto hay que añadirle que los clientes se molestan con tantos cambios y con la falta de servicio y dejan de comprar. En esta ruta 8 desde que S.L.C. abandonó muy amargado la empresa el 30.09.01 han pasado por ella 7 personas y R. aún no supo resolver el problema ya que ahora tendrá que entrar la octava persona. Se obliga a los vendedores a hacer notas de regalo de mercancía que no entregan a nadie y no se da ningún tipo de explicación. Estas notas en su mayor parte las hacen los vendedores más afines a R. Por ejemplo a finales de julio de 2003 sacaron 50 cajas de palmeras entre las rutas 6, 7 y 11. Este tipo de operaciones se suelen dar sobre todo con Petit 18 u, Surtido 12u, Pan 400gr. y Napolitanas 6u el número de cajas suele ir de 30 a 60 y se reparte entre 3 ó 4 vendedores. Estas notas los vendedores tiene que ir de cliente a cliente diciéndoles que les falta esa mercancía y que si por favor les firman una nota de regalo de 1 ó 2 cajas para arreglar el stock, dando muy mala imagen de "D., S.A.". Otra operación frecuente es regalar producto de "D., S.A." para abaratar el producto de comercial o abonar devolución de comercial que a nosotros no nos van a abonar. En lo Fríos se suele hacer para abaratar el producto de Navidad. Un caso de devolución de comercial es la factura 0508908 con fecha 19.10.01 en la que se regalan 155 kg. de granel que correspondían a la devolución del género de Navidad del Haley de Riveira. Desaparecen cajas de los coches y del almacén los fines de semana y esto provoca que no den bien los recuentos y R. se enfade. Días más tarde reconoce ante otros trabajadores que él las quitó de una furgoneta para comprobar si el vendedor contaba bien y al mismo seguir minando su paciencia. Algunas veces si en un recuento falta mucha mercancía se corrige con nota de regalo y si sobra se regulariza. Al igual que en el resto de temas nunca tiene puntos intermedios, siempre actúa de forma extrema y además cada vez que pestañea cambia de un extremo al otro, así con los pedidos unas veces pide género para cubrir las necesidades de Vegonsa (marca propia) durante todo el mes después no nos entra en fecha, y otras sabe que no tenemos mercancía para cubrir los pedidos de los siguientes 3 días y no pide género. En cuando a las existencias, para que éstas no se reflejen por internet, lo que hace es cargas los almacenes filiales y furgonetas mucho más de lo necesario. Otro asunto extraño relacionado con las existencias es que tenemos 140 cajas de palmeritas a granel que él denomina "de contrabando" sin incluir en las existencias. Estas cajas nos las envía Distribuidora Levantina sin cargo por hacerle el reparto en Ferrol y él las tiene ahí para cuando nos puedan hacer falta y para ir sacando algunas de vez en cuando. Esto se puede comprobar al ver que las existencias de este producto son muchas veces negativas pero parece que a nadie le llamó nunca la atención. Gran parte de la devolución es a causa de que en el almacén sale mercancía convoca fecha y esto es debido a la forma en que se hacen los pedidos ya que de alguna referencia pasa la mercancía en el almacén más de un mes y de otra no tenemos existencias. Ahora como está ocasionando con la devolución está insinuándonos que si le podemos estafar paquetes de defectuoso a los clientes sería muy interesante ya que así no aumentaríamos el porcentaje de devolución. Pero el desprestigio que puede sufrir "D., S.A." si esto es descubierto por un cliente será difícil de superar. Con algún género que está corto de fecha en lugar de venderlo con promoción o sacarlo como defectuoso ahora ya se empieza a regularizar, por ejemplo la ruta de 2 el 17.10.03, regulariza 18 cajas que estaban cortas de fecha. Es decir que como siempre lo más importante es que ese porcentaje dé bien y no importa que eso sea manipulando los datos o haciendo operaciones irregulares. A los vendedores no se les da capacidad para negociar ni con los clientes de contado más pequeños pero cuando le piden a R. que vaya a visitarlos éste tampoco va o tarda mucho, perdiendo así el cliente. En definitiva las consecuencias de la labor profesional de R. son que no mira por los intereses de la empresa sino por los suyos, sólo trata de manipular datos, se preocupa únicamente de mejorar un objetivo marcado olvidando los aspectos restantes, sin dudar en hacer cosas ilegales o empeorar los resultados de la empresa, hace regalos ocultando el destino o la verdadera mercancía, hace regularizaciones para no aumentar promociones ni devolución, hace pedidos sin lógica, desmotiva al personal, enfada a los clientes, y ahora resulta que nosotros somos los culpables de que la empresa vaya mal. Tenemos un delegado que no sabe delegar en los demás, oculta información básica para el trabajo diario, desconfía de todos porque tiene miedo de que cualquiera tenga la intención de poner su

puesto en peligro, intenta enemistar a los trabajadores unos con otros, acosa hasta límites inimaginables al personal, abusa muchísimo del poder y planea las tareas para molestar a la gente y no para colaborar. Además nos acosa, intimida, amenaza, desprecia, ridiculiza, vigila, etc. en definitiva, consigue que cuando salimos del trabajo paguemos nuestro mal humor con nuestra familia y que cada día que pasa tengamos menos ganas de trabajar para "D.G., S.L.". Es por esto que nosotros que somos los que más antigüedad tenemos en la empresa y con nuestro duro trabajo vivimos años de gran crecimiento y expansión de la marca, vemos como ahora una única persona está arruinando todo el trabajo de varios años y hartos ya de aguantar esta situación la denunciamos a la dirección de la empresa sin miedo a perder nuestro empleo ya que hoy en día no es el empleo digno que todos queremos". 6.- Asimismo en fecha 20 de noviembre de 2003, los trabajadores J.E., A.G.G., J.J.M.D., A.S.G., V.L.S.R. y J.M.S.L. suscriben documento en el que declaran los siguientes hechos: Que don R.L.A. amenazó de agresión e incluso de muerte al trabajador A.G.G. el 11 de junio de 2003. Que don R.L.A. acosa y aterroriza al personal de "D.G., S.L." provocando que muchos trabajadores fijos abandonasen la empresa voluntariamente para ir a ganar menos dinero o simplemente quedarse en el paro. Como ejemplos podemos ver los casos de S.L.C. (30.09.01). S.S.R. (15.09.03), J.A.G.P. (15.05.03), M.A.R.V. (25.10.02) y J.C.V.M. (25.10.02). Que don R.L.A. impone prohibiciones que van contra las libertades de toda persona, así se prohíbe a los trabajadores V.L.S.R. y J.M.S.L. hablar uno con el otro 15 de julio de 2003, que en la oficina estén más de dos personas al mismo tiempo o que en el almacén se formen grupos de más de dos personas. Que don R.L.A. no permite que fuera de horas de trabajo estén en un bar más de dos personas sin saberlo él como sucedió el 19 de setiembre de 2003 cuando se reunieron J.J.M.D. y A.S.G., ni que el personal de la empresa vaya a jugar al fútbol los viernes a las 11 de la noche, etc. Que trata de enfrentar al personal de la empresa hablando mal de los compañeros, grabando conversaciones para que las escuchen terceros, con mentiras, etc., como sucedió con los trabajadores J.M.F.S. y J.L.M. el 10 de setiembre de 2003 a los que transmitió varios insultos." 7.- El día 11.06.03 el actor amenazó de muerte directamente y en presencia de otros empleados al trabajador don A.G.G., comercial de la empresa. 8.- El actor mantenía como norma de empresa la prohibición de que permanecieran en la oficina o en el almacén más de dos trabajadores simultáneamente, así como prohibía reuniones o actividades lúdicas de los trabajadores fuera de su jornada laboral y en lugares ajenos a la empresa como por ejemplo, jugar a fútbol a los trabajadores los viernes por la noche. 9.- El actor insulta y amenaza de modo habitual a sus delegados comerciales. 10.- A mediados de junio de 2003 sustrajo cajas de producto de la furgoneta utilizada por el Sr. G.G., con el fin de examinar sus labores de recuento de mercancía, obligando al trabajador a experimentar un sufrimiento gratuito al invitarle a pensar que había sido objeto de un robo, había perdido la mercancía, o que se pudiera pensar en una apropiación indebida. 11.- El actor agredió físicamente al trabajador don J.M.S.L. el dia 24.06.01 propinándole dos puñetazos en el rostro, siendo testigos de tal agresión los trabajadores don J.E., don A.G.G., don A.S. y don J.J.M. 12.- El actor estuvo en Gandía y alrededores de dicha ciudad durante las vacaciones estivales de 2003, no acreditándose si la empresa le cedió un apartamento como en otros años. En todo caso el actor y su familia comieron en restaurantes de las zonas próximas a su residencia de vacaciones (Pedreguer, Oliva y Gandía) cuyas facturas trasladó posteriormente como dietas a la empresa para que se le reintegrara el importe y a tal efecto recortó las cabeceras de las facturas cuyas copias se adjuntan como anexos cuatro, cinco y seis, antes de remitirlas a esa Dirección. Sin embargo, en los márgenes de estos documentos se refleja la población y el teléfono de la localidad donde están emplazados los restaurantes. 13.- Al finalizar la campaña de Navidad del año 2000, el cliente de la delegación de La Coruña "Supermercado Haley" de Riveira, efectuó una gran cantidad de devolución de "producto comercial" en buen estado sobrante de la campaña navideña (polvorones, mantecados, turrones, etc.), concretamente 155 kg. de producto, equivalentes a unos 450 euros, aproximadamente. Este producto permaneció durante unos meses en el almacén de la delegación hasta que en octubre de 2001 fue regalado al cliente A.M.Q.V. Para evitar la pérdida económica que este regalo suponía para la Delegación, le ordenó al vendedor don J.L.V.M., que emitiera una nota de regalo de 155 kg. de granel de producto surtido de la marca "D., S.A." a favor de una cliente de contado, resultando ser la cliente A.Q., la primera que salió al azar de la máquina. 14.- Los regalos que se efectúan de productos de la marca "D., S.A." son subvencionados por la empresa

matriz, y por tanto, no repercuten en las cuentas de la filial, "D.G., S.L." 15.- El actor, durante el presente mes de noviembre, ordenó a determinados vendedores a emitir diversas notas de regales ficticias a favor de clientes concretos exigiendo al vendedor que se las firmara el cliente al cual se habían emitido. Los detalles de las cajas objeto de notas de regalo ficticio son las que se describen a continuación. Durante las fecha 11.11.03 a 14.11.03, 14 cajas de "palmeras" ordenando al vendedor don J.M.F. la emisión de 10 notas de regalo ficticias (Anexo quince, que comprende declaración del vendedor y copia de las notas de regalo emitidas). En la fecha 14.11.03, 66 cajas de "Surtido Bandeja" ordenando al vendedor don V.L.S. la emisión de 7 notas de regalo ficticias. (Anexo dieciséis, que comprende declaración del vendedor y copia de las notas de regalo emitidas). Durante las fecha 11.11.03, 10 cajas de "Surtido Bandeja" ordenando al vendedor don J.C.R. la emisión de 10 notas de regalo ficticias (Anexo diecisiete, que comprende declaración del vendedor y copia de las notas de regalo emitidas). Durante las fechas 11.11.03 a 13.11.03, 10 cajas de "Surtido Bandeja" ordenando al vendedor don J.L.V. la emisión de 10 notas de regalo ficticias. (Anexo dieciocho, que comprende declaración del vendedor y copia de las notas de regalo emitidas). Durante las fechas 11.11.03 a 12.11.03, 10 cajas de "Surtido Bandeja" ordenando al vendedor don J.R. la emisión de 10 notas de regalo ficticias. (Anexo veinte, que comprende declaración del vendedor y copia de las notas de regalo emitidas). Durante las fechas 11.11 a 18.11, 4,5 cajas "Surtido Bandeja" y 7 cajas de regalo ficticias. (Anexo veintiuno, que comprende declaración del vendedor y copia de las notas de regalo emitidas). 16.- Los trabajadores de "D.G., S.L." han pasado dietas en ocasiones aún cuando comieran en su domicilio particular, y con autorización del actor. 17.- Los trabajadores de "D.G., S.L." pasaban como dietas conceptos tales como alquiler de bajo, gastos de reposición. 18.- El día 12 de diciembre de 2003 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN AVENENCIA.

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

"FALLO: Que, debo desestimar y desestimo íntegramente las pretensiones de la demanda, y califico como procedente el despido objeto de este proceso absolviendo a la empresa "D., S.A." en la instancia por falta de legitimación pasiva y a la empresa "D.G., S.L." de las pretensiones del actor convalidando la extinción de la relación laboral por despido procedente sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación "

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por el actor sobre "despido", recurre en suplicación dicho demandante, solicitando en primer término, con correcto amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL revisión de hechos probados, en concreto, solicita la supresión de los hechos séptimo, octavo y noveno de la sentencia de instancia, por constituir afirmaciones que no tienen cobertura de prueba alguna, al no haber practicado correctamente la juzgadora de instancia la prueba testifical practicada.

Revisión inacogible, ya que, si la redacción fáctica sólo es posible si se sustenta en documental y pericial obrante en autos no contradicha por otro elementos probatorios y demostrativa sin necesidad de conjeturas de un error del juzgador en la valoración de la prueba, la revisión fáctica negativa no es posible, salvo si se acredita el carácter ficticio del hecho declarado probado, lo que no es el caso, al existir base alegatoria y probatoria de los hechos declarados probados cuya eliminación se ha solicitado, en base a la prueba testifical practicada en el acto del juicio, en cuanto si se admite el control en el recurso de suplicación de la suficiencia probatoria de todos los hechos declarados probados, se ampliarían los límites de la redacción fáctica al extremo de convertir el recurso de suplicación en una segunda instancia, pretendiendo el recurrente en el supuesto litigioso la supresión de los hechos probados en base a un a una interpretación subjetiva de la prueba testifical practicada, con la que muestra su disconformidad, y que, además de ser inhábil a los efectos revisorios, ha sido valorada al amparo de la sana crítica de conformidad con lo dispuesto en el art. 97.2 de la LPL y 348 de la LEC .

SEGUNDO.- Con idéntico amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL solicita el recurrente la supresión del hecho probado 15, relativo a los detalles de las cajas objeto de las

notas de regalo ficticio, que el actor ordenó a mediados de noviembre emitir a favor de determinados clientes, exigiendo el vendedor que se las firmara el cliente al cual se las habían remitido, y la sustitución de dicho ordinal por el que propone en su escrito de recurso.

Se basa el recurrente en la documental unida a las actuaciones a los folios 48 a 51, y 281 y 282, y 72 a 152, para sostener que en el listado de vendedores no hay coincidencia entre lo reflejado por el vendedor y lo recogido en la factura, el número de cajas, unidades y el producto son distintos, revisión que no puede ser admitida por cuanto que dichos documentos, que consisten fundamentalmente en listados de mercancías y notas de envío en las que no aparece firma alguna, no sólo no constituyen documentos hábiles a los efectos revisorios, sino que junto con los restantes documentos en los que apoya su pretensión no se acredita error en la valoración de la prueba llevada a cabo por el magistrado de instancia, habiendo sido correctamente valorada en relación con la prueba testifical practicada en el acto del juicio.

Y lo mismo en cuanto al último motivo de revisión, que propone en su escrito de recurso y que se corresponde con la adición de un nuevo hecho, que sería el octavo y noveno, y que tiene su apoyo en los documentos obrantes a la causa al folio 279 (comunicación de la fecha del disfrute de vacaciones), y acta del juicio, que además de no ser ésta documento eficaz para la revisión de hechos probados, por cuanto que su virtualidad probatoria ha de referirse a los diversos medios de prueba que en la misma se hagan constar, la revisión propuesta no puede ser aceptada por cuanto que es totalmente irrelevante para el resultado de la presente litis.

TERCERO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 60.2 del ET. Sostiene el recurrente que en el supuesto que nos ocupa, no se trata de una conducta continuada, sino de hechos puntuales y diversos sin que entre ellos sea apreciable unidad de propósito alguna. Tampoco estamos en presencia de hechos de una especial complejidad que imponga una auditoria que permita su valoración con conocimiento cabal, pleno y exacto, al decir de la jurisprudencia, sino de hechos sencillos y valorables sin necesidad de investigación alguna. Y, siendo evidente que no es exigible la autoinculpación, por ello hemos de negar que haya existido maniobra de ocultamiento que pueda identificarse con la maniobra de clandestinidad. Toda actuación del actor se agota en la propia comisión puntual, y por ello debe de rechazarse que pueda iniciarse el "dies a quo" de la prescripción el 03.11.03, fecha en la cual varios trabajadores de la empresa ponen en conocimiento de la Dirección en Valencia los hechos que se enjuician en el presente procedimiento.

La censura jurídica que se denuncia no se admite, por cuanto que la interpretación correspondiente a los hechos a la luz del art. 60.2 del ET que se denuncia como infringido, plantea el efecto de la prescripción de las infracciones cometidas por los trabajadores, cuando están integradas en actos sucesivos que suponen otras tantas faltas sancionables; en concreto lo que se cuestiona en la presente litis es si el plazo de prescripción al que se refiere el citado precepto legal ha de contarse siempre a partir de la comisión de la última de las faltas, o bien el cómputo puede demorarse hasta el día en el que la empresa descubre las irregularidades en la conducta del trabajador. Y tal cuestión ha de resolverse a raíz de la doctrina sentada por el TS, en unificación de doctrina en sus sentencias de, 29.12.95, 26.12.95,14.02.97, y destacando, en el mismo sentido, como más reciente la de 25.07.02, en las que sienta el criterio, resolviendo genéricamente supuestos de despido por "trasgresión de la buena fe contractual" o "abuso de confianza", que el criterio válido a adoptar es el que el inicio de la prescripción establecida en el art. 60.2 del ET no debe de computarse desde la fecha de comisión de cada una de las faltas cometidas, y ni siquiera desde que la empresa tenga un conocimiento superficial o genérico o indiciario de los hechos y de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, la fecha inicial se debe de fijar en el día en que la empresa tenga conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos, conocimiento que corresponde a los órganos dotados de potestad sancionadora.

Aplicando esta doctrina consolidada al supuesto que nos ocupa, la prescripción no puede ser estimada, por cuanto que, teniendo en cuenta que los hechos contenidos en la carta de despido llegan a la empresa, a través de la comunicación escrita de los trabajadores de la empresa a la Dirección de Valencia, en fecha 3 de noviembre de 2003, a requerimiento del director financiero, ante la sospecha de ciertas irregularidades que comunicó a la

empresa el administrativo de la delegación de Galicia, al constatar el primero que las dietas del actor, máximo representante de la delegación comercial, durante el mes agosto eran elevadas, lo que motivó el inicio de las actuaciones pertinentes por la empresa para la averiguación de lo ocurrido, y produciéndose el despido a medio de carta el día 24 de noviembre de 2003, no habían transcurrido 6 meses, ni tampoco los 60 días a los que alude el art. 60.2 del ET, como plazo de prescripción corto desde que la empresa tuvo cabal conocimiento de lo ocurrido hasta la fecha en la que se produjo el despido; teniendo en cuenta, además que si bien en la carta de despido existen hechos que no se ubican en el tiempo, en una fecha concreta y determinada (hechos 8, 9 y 13 de prueba), y aún cuando tales hechos imputados no sean tenidos en consideración a los efectos de determinar la procedencia o improcedencia del despido, los restantes hechos contenidos en la carta de despido, y que como tendremos ocasión de ver son los que revisten especial gravedad en orden a la determinar la procedencia de la sanción, que aparece tipificada como "trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza", a excepción de los hechos contenidos en el ordinal 12 de prueba, los restantes obedecen a una serie de faltas continuadas, que se produjeron todas ellas a lo largo del mes en el que se produjo el despido; por lo que tal excepción ha de ser desestimada.

CUARTO.- En sede jurídica, y con idéntico amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción de la teoría gradualista (STS 26.02.87, 22.05.86, 16.02.83, 12.09.86, entre otras. Sostiene el recurrente que el despido es la máxima medida disciplinaria a acordar por el empleador, lo que corresponde tan sólo a las más graves infracciones contractuales, y en el caso de autos no se aprecia que las faltas cometidas por el actor sean de la entidad suficiente para justificar el despido de quien lleva prestando servicios interrumpidos desde el día 2 de marzo de 1998, sin que conste antecedente disciplinario alguno.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial, (por todas TS 22.05.86, 21.07.88, 04.02.91), la que tiene declarado que la buena contractual a la que se refiere el art. 54.2.d) del ET es la que deriva de los deberes de conducta que el art. 5.a) en relación con el art. 20, ambos del estatuto imponen al trabajador la buena fe en sentido objetivo que "constituye un modelo de conducta exigible o, mejor aún un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos (arts 7.1 y 1.258 del CC), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas conforme al que deben de cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza", de tal modo que no cualquier trasgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable "suponga la violación de un deber trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador (art. 1.214 del C.C.), 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, pues tratándose de la causa de despido contemplada en el art. 54.2.d) del ET es reiteradísima la jurisprudencia que señala que la falta se entiende cometida aunque no 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, pues es suficiente el quebrantamiento de los deberes de fidelidad, lealtad y probidad y confianza implícitos en toda relación laboral, o incluso mediante la realización de una conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación (autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del empresario) para la comisión de la falta (STS 30.04.91, 04.02.91, 30.06.88, 19.01.87)

La jurisprudencia entiende, en definitiva, que la pérdida de confianza, por su especial y esencial naturaleza, no admite grados de valoración y una vez producida se rompe el equilibrio de las relaciones trabajador- empresario impidiendo el restablecimiento posterior, es decir, constatada la pérdida de confianza y la trasgresión de la buena fe contractual el incumplimiento es de por si grave, y si se estima además que la actuación fue culpable, no cabe la aplicación de la doctrina gradualista.

QUINTO.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión, a tenor del relato fáctico de la sentencia de instancia, y dejando aparte de las ofensas verbales y físicas a un trabajador de la empresa, lo que aparece tipificado como incumplimiento contractual en el art 54.2.c) del ET; en consideración al incumplimiento con-

tractual tipificado en el art. 54.2.d), y en base a la infracción de la teoría gradualista que invoca el recurrente, lo que ahora se debate, a tenor de la calificación contenida en la carta de despido, cual es si los hechos que se reflejan en los hechos de prueba 12, y 15, consistentes en trasladar a la empresa como facturas los gastos devengados en vacaciones por el actor y su familia procediendo a recortar las cabeceras cuyas copias se adjuntan antes dirigirlas a la dirección central, el hecho de ordenar a los vendedores de la emitir notas ficticias de regalos a clientes que nunca llegaban a recibir los productos que en las notas se indicaban, hasta el punto de que muchas de las notas que aparecían firmadas por los clientes eran firmas realizadas por el propio vendedor, en los términos que se reflejan en los hechos 12, 14 y 15 de prueba, lleva a la Sala a la conclusión de que la conducta del actor que se tiene por acreditada justifica el despido impuesto por al empresa demandada, pues se tarta de un comportamiento incompatible con la buena fe contractual, y además, especialmente grave, dado el puesto de trabajo que el actor desempeña en la empresa como máximo responsable de la Delegación en Galicia de la empresa "D., S.A.", con personal a su cargo, siendo indiferente la cuantía de los perjuicios económicos, ya que el despido no es una sanción por el daño ocasionado, sino por la pérdida de confianza derivada de la conducta realizada.

En consecuencia se impone, previa desestimación del recurso la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don R.L.A. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social número Uno de A Coruña de fecha 08.03.04, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3931 **Recurso nº 2.952/04**

S.S. SANCIÓN POR INFRACCIÓN MOI GRAVE. REVOGACIÓN POR VIOLACIÓN DO PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDADE. OFENSAS FÍSICAS E VERBAIS EN RIFA MUTUAMENTE ACEPTADA. PRESCRICIÓN DA FALTA. FIXACIÓN DO DIES A QUO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veintiuno de julio de dos mil cuatro

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. 2.952/2004 interpuesto por doña B.F.C.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña B.F.C.L. en reclamación de sanción siendo demandado "P.L., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 67/03 sentencia con fecha uno de diciembre 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 demandante presta sus servicios laborales para la empresa "P.L., S.A.", con la categoría profesional de Ayudante Técnico Sanitario, antigüedad de 17.02.92, y salario de 1.342,66 euros al mes incluida por parte proporcional de las pagas extraordinarias. La actividad de la empresa es la prestación de servicios sanitarios de hospitalización. Segundo.- la actora está afiliada a la IG., y ostenta la condición de Presidenta del Comité de empresa. Tercero.- El día 3 de noviembre de 2002 la actora desarrollaba sus funciones de ATS en el ala 300 del hospital "P.L., S.A.", cuando fue requerida por la comadrona de servicio, doña M.J.S.R., para cambiar la cama de la única paciente ingresada en dicha ala, que había roto la bolsa de aguas al encontrarse de parto. La actora llamó acto seguido al ala 200 para que subiese una auxiliar de clínica a hacer la cama. Transcurridos unos minutos y al ver que no subía ninguna auxiliar a la planta, acudió directamente a la habituación de la parturienta terminando de recoger las ropas de cama que había cambiado la comadrona. Acto seguido la actora bajó al ala 200, donde se encontraban

las auxiliares de clínica A.L.B., R.V.A. y A.G.V., la ATS A.R.F., y la limpiadora P.P. Una vez allí la actora se dirigió a las auxiliares recriminándoles en voz bastante alta y con malos modos el no haber acudido a su llamada, diciéndoles que ella era la enfermera y que se hacía lo que ella decía. Seguidamente se inició un acalorado enfrentamiento verbal entre la demandante y A.L.B. Tras llamar ésta última a la actora " gilipollas", doña B.F.C.L. se aproximo a la primera encarándola, momento en el que se interpuso entre ellas A.G.V., acción que no evitó que A.L.B. propinase un bofetón a la actora y ésta a la primera una patada que ocasionó a la auxiliar un hematoma en muslo izquierdo. Cuarto.- En fecha 3 de diciembre de 2002 la empresa notificó a la actora escrito la imposición de la sanción de suspensión de 60 días de empleo y sueldo, derivada de la falta muy grave consistente en proferir ofensas verbales a sus compañeras de trabajo, ofensa y agresión física a una compañera, y de la falta muy grave de respecto y abuso de autoridad. Se da por reproducido el contenido de dicha comunicación al obrar como documento nº 2 del ramo de prueba de la demandante. La empresa tramitó con carácter previo a la imposición de la sanción expediente contradictorio, poniendo en conocimiento del Comité de empresa y de la CIG la iniciación de dicho expediente. La sanción impuesta no se ha efectuado a la fecha, habiendo dejado la empresa su cumplimiento a la firmeza de la misma. Quinto.- La empresa impuso a la auxiliar de clínica A.L.B. por los hechos acaecidos el 3 de noviembre de 2002, la sanción de suspensión de 10 días de empleo y sueldo, por la comisión e falta grave consistente en sostener discusiones violentas o injustificadas en el trabajo. Sexto.- Por el Juzgado de Instrucción nº Uno de Lugo se dictó sentencia de fecha 25.04.03, en autos de juicio de faltas nº 25/03, que disponía la condena de la actora como autora criminalmente responsable de un falta de lesiones de las previstas en el art. 617.1 del CP, a la pena de un mes multa con cuota diaria de 6 euros. Se da por reproducido y cierto el contenido de dicha resolución al obrar en el ramo de prueba de la parte demandada. No consta la firmeza de la sentencia. Séptimo.- La parte actora, con fecha 27 de diciembre de 2002, formuló petición de conciliación ante el SMAC. El acto fue celebrado el 15.01.03 y concluyó sin avenencia de las partes."

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

"FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por doña B.F.C.L. contra la empresa "P.L., S.A.", debo confirmar y confirmo la sanción impuesta a la misma por la demandada el 3 de diciembre de 2002 consistente en 60 días de suspensión de empleo y sueldo, absolviendo a la demandada de los pedimentos que se formulan contra ella en la demanda."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.-La sentencia de instancia desestima la demanda y confirma la sanción impuesta a la demandante por falta muy grave, con 60 días de suspensión de empleo y sueldo. Frente a ella la propia 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 tercero para que se añada que "la demandante cambió la ropa de la cama con la comadrona".

La revisión no se admite porque alega en su apoyo los folios 73, 119 y 198 de autos que consisten en la contestación a la demanda por parte de la empresa, la declaración de la comadrona hecha por escrito en el expediente sancionador tramitado al efecto y la sentencia del juzgado de instrucción recaída en el juicio de faltas. Y de los mismos no solo no resulta tal conclusión, sino que no son documentos hábiles para la revisión tal y como señala el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, puesto que no son mas que manifestaciones de testigos o pruebas testifícales y de parte, vertidas por escrito.

SEGUNDO.- Con igual amparo procesal pretende que el hecho probado sexto, recoja el contenido del hecho probado de la sentencia recaída en el juicio de faltas nº 25/03 del juzgado de instrucción de Lugo, en el que se recoge que la actora propinó una patada a la denunciante, quien previamente le había propinado un tortazo.

Aun siendo cierto el contenido y la redacción que se pretende no revisamos el hecho probado impugnado por que en el mismo se recoge y da por reproducido este contenido al decir: "Por el Juzgado de instruc-

ción nº 1 de Lugo se dictó sentencia de fecha 25.04.03, en autos de Juicio de faltas nº 25/03, que disponía la condena de la actora como autora criminalmente responsable de una falta de lesiones de las previstas en el art. 617.1 del CP, a la pena de un mes multa con cuota diaria de 6 euros. Se da por reproducido y cierto el contenido de dicha resolución al obrar en el ramo de prueba de la parte demandada. No consta la firmeza de la sentencia".

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del art. 191.c) de la de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia A) en primer lugar la infracción del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el art. 24 de la Constitución. La denuncia no se admite, el Tribunal Constitucional reiteradamente ha declarado, entre otras muchas, en su Sentencia de 11 de febrero de 1997 (RTC 1997\25) que la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción.

Así mismo la doctrina constitucional (STC 44/1989, de 20 de febrero [RTC 1989\44]) reiteradamente ha señalado, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina (STC 175/1985, de 17 de diciembre [RTC 1985\175]) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. Y el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esa libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (STC 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990\24]), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano Judicial. La vigente Ley de Procedimiento Laboral ha recogido expresamente esta doctrina en su artículo 97.2, al disponer que la sentencia, apreciando los elementos de convicción, habrá de declarar expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia a los fundamentos de derecho «a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión».

Y en el presente caso, teniendo cuenta de las alegaciones de hecho efectuadas por el demandante, las efectuadas por los demandados en la contestación a la demanda, y las pruebas practicadas, el magistrado de instancia ha realizado una declaración de hechos probados y en base a ellos, en la fundamentación jurídica razona y resuelve la cuestión de fondo y en dicho proceso lógico no hay vulneración alguna de los preceptos denunciados como infringidos, puesto que no se le ha limitado en ningún momento del procedimiento, el derecho a la tutela judicial efectiva al poder disponer el demandante de cuantos medios de prueba y elementos de juicio ha podido tener a su disposición y ser la valoración de la prueba exclusiva facultad de juez de instancia.

B) En segundo lugar se denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución, al entender que estando dos trabajadoras implicadas en los mismos hechos a una se la impone la sanción por falta grave por sostener discusiones violentas en el trabajo, consistente en suspensión de empleo y sueldo por diez días y a la actora por falta muy grave 60 días de suspensión de empleo y sueldo, por abuso de autoridad y ofensas verbales y físicas.

Entendemos que la denuncia debe ser estimada pero no por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación, ya que la desigualdad no se produce cuando las situaciones son diferentes, y en el caso de autos los resultados de la agresión fueron distintos, sino porque en la aplicación del derecho sancionador debe regir el principio de proporcionalidad y la sentencia de instancia declara probado que: El día 3 de noviembre de 2002 la actora desarrollaba sus funciones de ATS en el ala 300 del hospital "P.L., S.A.", cuando fue requerida por la comadrona de servicio, doña M.J.S.R., para cambiar la cama de la única paciente ingresada en dicha ala, que había roto la bolsa de aguas al encontrarse de parto. La actora llamó acto seguido al ala 200 para que subiese una auxiliar de clínica a hacer la cama. Transcurridos unos minutos y al ver que no subía ninguna auxiliar a la planta, acudió

directamente a la habituación de la parturienta terminando de recoger las ropas de cama que había cambiado la comadrona. Acto seguido la actora bajó al ala 200, donde se encontraban las auxiliares de clínica A.L.B., R.V.A. y A.G.V., la ATS A.R.F., y la limpiadora P.P Una vez allí la actora se dirigió a las auxiliares recriminándoles en voz bastante alta y con malos modos el no haber acudido a su llamada, diciéndoles que ella era la enfermera y que se hacía lo que ella decía. Seguidamente se inició un acalorado enfrentamiento verbal entre la demandante y A.L.B. Tras llamar ésta última a la actora " gilipollas", doña B.F.C.L. se aproximo a la primera encarándola, momento en el que se interpuso entre ellas A.G.V., acción que no evitó que A.L.B. propinase un bofetón a la actora y ésta a la primera una patada que ocasionó a la auxiliar un hematoma en muslo izquierdo.

Y en la fundamentación jurídica se afirma y el juez de instancia llega a la conclusión de que la bofetada y la patada fueron prácticamente simultaneas, lo que nos lleva a afirmar que estamos ante un supuesto de una riña mutuamente aceptada, ya que en principio el hecho de llamar la atención por parte de la actora a las compañeras por su inactividad ante su cita, y aunque carezca de autoridad frente ellas, no constituye ofensa alguna, y aunque el tono no fuera el adecuado y no se justifica, se entiende.

La sentencia de este Tribunal de 17.11.03 recuerda que las ofensas verbales o físicas a las personas que trabajen en la empresa son incumplimientos que afectan a deberes mínimos de convivencia, ya que en el trabajo no pueden realizarse actos, adoptar actitudes o practicar conductas, que desde una perspectiva general especialmente en el contexto del contrato de trabajo, se consideren insultos, afrentas o agresión, violando, por tanto el decoro mínimo, que es exigible a cualquier persona y … bien jurídico protegido para el correcto funcionamiento de cualquier organización productiva.

Conviene señalar que al igual que en las ofensas verbales o físicas no es necesaria la reiteración para que una sanción sea declarada procedente, pues lo que ha de quedar acreditado por el empresario es la falta atribuida al trabajador y la entidad de la misma; y ser subsumible la conducta del demandante en alguno de los supuestos de incumplimiento que se regulen en las correspondientes normas sectoriales debiendo de valorarse las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes anteriores y coetáneas con especial atención al factor humano, lo que exige la aplicación analógica de las circunstancias impeditivas y modificativas de la responsabilidad propias del derecho disciplinario en general (STS 22.01.83 [RJ 1983\111], 04.10.83 [RJ 1983\4.990]), que está inspirado en un principio de culpabilidad excluyente de cualquier dosis de responsabilidad objetiva, a fin de obtener una perfecta correlación entre infracción, infractor y sanción, a través de una tarea individualizadora en el caso enjuiciado, en la que se tengan en cuenta la conducta observada, antigüedad, puesto desempeñado, naturaleza de la infracción, entre otros, así como el recíproco comportamiento de los intervinientes, con el fin de obtener una proporcionalidad entre la falta eventualmente cometida y la sanción impuesta, objetivo último de la revisión jurisdiccional efectuada, debiendo actuar la empresa conforme a los principios de lealtad y buena fe, sin incurrir en discriminaciones al tratar desigualmente situaciones análogas (STS, 30.04.83 [RJ 1983\1.897], 21.10.83 [RJ 1983\5.131], 21.12.84 [RJ 1984\5.875], 03.10.84, 12.03.85 [RJ 1985\1.321], 21.01.87 [RJ 1987\7.100], 13.11.87 [RJ 1987\7.868], entre muchas).

Por ello y si a la actora le insultan y le llaman gilipollas y si bien es cierto que no cabe un derecho a replicar al insulto («ius retorquendi»), tampoco es exigible al agredido que permanezca impávido ante la agresión («estoicismo»), en consecuencia, el trato desigual entre la actora y la compañera A.L.B. no tiene plena justificación pues la actora es agredida verbalmente y ambas se agreden físicamente. Por lo mismo la exigencia de proporcionalidad (SSTS 21 de marzo de 1988 [RJ 1988\2.333] y 20 de febrero de 1991 [RJ 1991\854]) y a la que hemos aludido, que ha de presidir el poder disciplinario del empleador, exige, en su razonar, que no pueda imponerse sanción diferente y ambas deben ser sancionadas en igual medida; por lo que estimamos que debe rebajarse la sanción impuesta a la actora hasta la misma que le fue impuesta a su compañera por falta grave y 10 días de suspensión de empleo y sueldo, conforme al artículo 75 de la Ordenanza laboral para establecimientos sanitarios.

C) por ultimo, ya que en el apartado d) se alega una sentencia del TSJ de Cantabria sin denunciar infracción normativa alguna, se invoca la infracción del artículo 60.2 del Esta-

tuto de los Trabajadores que fija la prescripción de la sanción grave en 20 días.

La denuncia no se admite ya que la doctrina en esta materia ya ha sido unificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2001 (RJ 2001\2.136) (Recurso 148/2000), debiendo seguirse ahora el mismo criterio por elementales razones de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española [RCL 1978\2.836 y ApNDL 2.875]). Remitiéndonos a su fundamentación «in extenso», puede resumirse aquí la doctrina sentada en dicha resolución en los siguientes términos:

A) Esta Sala ha señalado (Sentencias de 29 de septiembre de 1995 [RJ 1995\6.925], 26 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9.845] y 22 de mayo de 1996 [RJ 1996\1.396]) que el cómputo del plazo de prescripción de las faltas se inicia en el momento en que el órgano de la empresa con competencias sancionadoras tiene un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos sancionables y, aun cuando dicho plazo haya empezado a correr, su cómputo debe interrumpirse por la realización de determinadas actuaciones, entre ellas (Sentencias de 12 de marzo de 1990 [RJ 1990\2.057] y 10 de mayo de 1990 [RJ 1990\3.992]) la incoación de un expediente disciplinario que sea preceptivo por imperativo legal o convencional.

B) Del tenor literal de los arts. 10.3 núm. 3º de la LOLS y 55.1 párrafo último del ET se desprende que el trámite preceptivo a los delegados sindicales no es la mera comunicación o información de un proyecto de despido, sino que responde a la conveniencia, apreciada por el legislador, de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, por lo que hay un indudable paralelismo entre esta garantía y la que el art. 68.a) del ET establece en orden al expediente previo a determinadas sanciones contra miembros de comités de empresa o delegados de personal. De ello se deduce que en ambos casos y con el fin de no dejar sin efecto la aludida garantía, el tiempo invertido en la realización de una u otra actividad no debe ser tenido en cuenta a efectos del plazo de prescripción del art. 60.2 del ET, si no se quiere acortar aún más el breve plazo de «prescripción corta» establecido por este precepto.

C) Como opción entre las dos posibles soluciones a adoptar para descontar del período prescriptivo el tiempo (siempre que se trate de un lapso «razonable») necesario para evacuar la audiencia que nos ocupa, se ha inclinado nuestra reseñada Sentencia de 31 de enero de 2001 por la mera «suspensión» del mencionado plazo prescriptivo, de tal manera que del mismo se descuenten los días invertidos en aquel trámite, en vez de acudir a la «interrupción» a la que se refiere el art. 1.973 del Código Civil para la prescripción de las acciones, en cuyo caso el plazo de prescripción, una vez interrumpido, habría de comenzar a computarse de nuevo en toda su extensión. Se opta por la aludida solución suspensiva y no interruptiva, entre otras razones, porque el plazo de prescripción del art. 60.2 del ET es propiamente de prescripción de faltas y no de prescripción de acciones, siendo en cambio esto último lo que contempla el art. 1.973 del Código Civil.

Conforme a esta doctrina no concurre la prescripción, ya que los hechos acaecieron el 03.11.02, el expediente se inicia el 13.11.02 se da conocimiento a las partes, al sindicato, el 28.11.02 la actora efectúa alegaciones y por ultimo el 03.12.02 se notifica la sanción, no habiendo trascurrido ninguno de los plazos marcados ni para las faltas graves ni para las leves.

Por lo expuesto y al haberse producido las infracciones denunciadas,

Fallamos

Que estimado el recurso de suplicación interpuesto por doña B.F.C.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, con fecha 01.12.03, debemos revocar y revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda inicial formulada por la recurrente debemos revocar y revocamos la sanción impuesta, imponiendo a la demandante por la falta grave la sanción de 10 días de suspensión de empleo y sueldo condenando a la empresa demandada "P.L., S.A." a estar y pasar por esta declaración.

3932 **Recurso nº 3.221/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. NATUREZA COLECTIVA DA PRETENSIÓN DE DECLARAR A VIXENCIA DE CALENDARIOS E CADROS HORARIOS. NULIDADE DA SENTENZA QUE DECLAROU A INADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO.

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

A Coruña, a veintidós de julio de dos mil cuatro

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. 3.221/2004 interpuesto por don J.L.N. y otros - vocales del comité de empresa- contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.N. Y OTROS en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado "C.L.H., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 234/04 sentencia con fecha 30 de abril de 2004 por el Juzgado de referencia que desestima excepción de caducidad, estima inadecuación de procedimiento la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Los actores son miembros del Comité de Empresa de la demandada "C.L.H., S.A.", del centro de trabajo de La Coruña (Instalación de Almacenamiento de Bens y Terminal Portuaria.- 2º) El art. 26 del Convenio Colectivo de la empresa demandada señala que los calendarios laborales o cuadros horarios anuales incluirán, entre otros, los siguientes datos: a) Horarios base de referencia, b) Tiempo de bocadillo o interrupción de jornada, régimen de descanso semanales del convenio, d) Régimen de vacaciones.- Los calendarios o cuadros horarios en el caso de que modifiquen los anteriores existentes, se fijaran por acuerdo de la representación de al empresa y de los comités locales o representante de personal. De no alcanzarse acuerda, ambas partes someterán las diferencias a los procedimientos de mediación de arbitraje que se establecen a tal fin en el título sexto del Convenio.- 3º) El mismo precepto señala en su apartado 3 que la Compañía publicará también las correspondientes cuadrantes anuales, en los que se relacionarán nominalmente los trabajadores adscritos a cada ciclo cuatrisemanal la Compañía, previamente oído el comité local o representante de personal dará publicidad documental a la jornada diaria de cada trabajador en el siguiente ciclo, que habrá de ajustarse a los límites de jornada diaria máxima y mínima, y al cómputo cuatrisemanal que para cada colectivo se establece. Todos los trabajadores permanecerán adscritos al mismo régimen de jornada que vinieren realizando hasta la fecha salvo pacto expreso o modificación de condiciones de trabajo conforme al procedimiento establecido en el número 2 de este artículo.- 4º) El 12 de diciembre de 2003 la empresa inicia conversaciones con los representantes de los trabajadores APRA fijar los calendarios o cuadros horarios del año 2004. El 12 de enero de 2004 la empresa entrega los Cuadrantes anuales 2004, oponiéndose el Comité el 16 de enero. Tras sucesivas reuniones se celebra la última el 19 de febrero de 2004, sin acuerdo. La empresa el mismo día 19 de febrero entrega al comité un escrito "asuntos cuadrantes 2004", en los que constan los cuadrantes pendientes.- 5º) Ante ello el Comité en fecha 5 de marzo presenta reclamación ante la Comisión paritaria y papeleta de conciliación en el SMAC el 10 de marzo, celebrándose el acto sin avenencia el 15 de marzo, siendo presentada la demanda el 23 de marzo.- 6º) El Cuadro Horario de la empresa es el vigente desde enero de 2002, que se acompaña como documento número 3 de la empresa y por los trabajadores, no habiendo sufrido modificaciones.- 7º) Lo que la empresa entrega a los trabajadores son los cuadrantes derivados del citado horario para el año 2004.- 8º) en diciembre de 2003 tres jefes de turnos acuerdan con la empresa un régimen propio de jornada que obra en el documento 6 aportado por la demandada. Las vacaciones anuales del año 2004 han sido concedidas a todos los trabajadores en las fechas solicitadas por ellos mismos.- 9º) El Convenio Colectivo de la demandada fue denunciado en tiempo y forma estando en vías de negociación."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando al excepción de caducidad, estimo la de inadecuación de procedimiento, declarando que no cabe el de conflicto colectivo para la impugnación que se hace en la presente demanda, formulada por don J.L.N., doña M.M.H.M., don L.C.G., don M.A.T., don M.F.M. y don E.L.R., en su condición de representantes de los trabajadores, contra la empresa "C.L.H., S.A.", a quien sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto absuelvo de la pretensión."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimo la excepción de caducidad y estimo la de inadecuación de procedimiento, declarando que no cabe el de conflicto colectivo para la impugnación que se hace en la presente demanda formulada por don J.L.N. y otros en su condición de representantes de los trabajadores, contra la empresa "C.L.H., S.A.", a quien sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto absolvió de la pretensión.

Se alza en suplicación la representación procesal de la aparte actora, interponiendo recurso con la pretensión de que se revoque la sentencia de instancia y previa la tramitación que corresponda se dicte un nueva sentencia por la que se declare la adecuación de procedimiento de conflicto colectivo y se estime la demanda condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, y a este efecto articula los siguientes motivos, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la LPL, solicita la revisión de los hechos declarados probados, y al amparo del apartado c) del mismo precepto legal denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 151 de la LPL en relación con el artículo 26 del convenio colectivo.

SEGUNDO.-la parte recurrente con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la LPL, denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 151 de la LPL en relación con el artículo 26 del convenio colectivo, alegando en esencia que nos encontramos ante un tema que es materia de conflicto colectivo, por aplicación del artículo151 del ET, por lo que procede acordar la desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento; por tanto implícitamente esta solicitando la nulidad de la sentencia, pues de estimarse por la sala que no concurre la excepción de inadecuación de procedimiento, lo que procede seria declarar la nulidad de la sentencia, para que el juzgador de instancia dictase sentencia sobre el fondo del asunto, con plena libertad de criterio.

La jurisprudencia es inequívoca respecto de que el conflicto colectivo se halla sometido a un doble condicionamiento delimitador, a saber, por un lado, la existencia de un elemento subjetivo, que se integra por la afectación de un grupo genérico y homogéneo de trabajadores, no la mera suma de los empleados singularmente considerados y, por otra parte, la concurrencia del elemento objetivo, que consiste en el interés general e indivisible que corresponde al grupo en su conjunto, sin perjuicio de que trascienda en sus consecuencias a cada uno de los miembros que integran aquel, de manera que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores individualmente considerado, sino para ellos en cuanto colectivo y sean cualquiera los trabajadores comprendidos en el …"(entre otras, las sentencia del TS de 19 de mayo de 1997 Ar. 4.274, 13 de octubre de 1997, Ar. 7.349, 2 de febrero de 1998 Ar. 7.349 etc..)

En el supuesto de autos, el suplico de la demanda de conflicto colectivo, al interesar que se declare la plena vigencia durante el año 2004 de los calendarios o cuadros horarios anuales pactados entre el comité y la empresa para el año 2003, y por tanto no se establezcan por acuerdo entre la empresa y el comité los correspondientes al 2004 o se resuelva lo que proceda en relación a los mismos mediante el sometimiento a los procedimientos de mediación y arbitraje establecidos en el convenio colectivo, al interesar la nulidad y no vigencia de los cuadrantes o cuadros horarios que unilateralmente implanto la empresa para el año 2004 y la obligación de la empresa de respetar lo establecido en el convenio colectivo y pactos colectivos suscritos con el comité de empresa de La Coruña en cuanto a la negociación de cuadrantes o cuadros horarios respetando la jornada, descansos, vacaciones, etc., establecidos en dichos acuerdos, evidencia la naturaleza colectiva de la pretensión ejercitada.

Lo cierto es que la empresa unilateralmente impone unos cuadrantes a partir de febrero de 2004, que introduce modificaciones en relación a los pactados para el año 2003,en cuanto al sistema de turnos, descansos, horarios, en casos específicos, de los diferentes colectivos y trabajadores en concreto en jefes de turno IA Bens, en terminal portuaria, en técnicos administrativos, en operadores de sala de control de Bens en operarios de planta IA Bens. Por todo ello en definitiva, no procedía

acoger la excepción de inadecuación de procedimiento, acogida indebidamente por al sentencia de instancia, dado que la sala estima en efecto, que tanto por la pretensión ejercitada como por el tipo de medida empresarial contra la que se acciona y formula demanda, presenta las características propias y previstas en el artículo 151 de la LPL. El rechazo de la excepción de inadecuación de procedimiento basta para declarar la nulidad de la sentencia, por haber sido incorrectamente estimada la misma.

Debiendo, en consecuencia, declararse la nulidad de la sentencia recurrida, para que se dicte nuevo pronunciamiento en el que se resuelva la cuestión con entera libertad de criterio, pero en la que se prescinda de la inadecuación de procedimiento. Pudiendo practicar, si lo estimase necesario, diligencias para mejor proveer con intervención y posterior audiencia de las partes.

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por don J.L.N. y otros -vocales del comité de empresa- contra la sentencia dictada en 30 de abril de 2004 por el Juzgado de lo Social número 3 de los de La Coruña, en autos nº 234/04, sobre conflicto colectivo, promovidos a instancia de dichos recurrentes contra la empresa "C.L.H., S.A.", y declaramos la nulidad de la misma, a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento en la forma expresada en la anterior fundamentación jurídica.

3933 **Recurso nº 2.552/04**

S.S. *DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, POR APLICACIÓN DA TEORÍA GRADUALISTA A FALTAS NON PRESCRITAS TRANSGRESORAS DA BOA FE CONTRACTUAL.*

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a veintitrés de julio de dos mil cuatro

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 2.552/04 interpuesto por don M.M.C.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 1.010/03 se presentó demanda por don M.M.C.R. en reclamación de despido siendo demandado el empresa "B.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de febrero de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Don M.M.C.R. prestó servicios laborales para la empresa demandada, "B.P., S.A.", desde el 2 de noviembre de 1982, con la categoría profesional, en el momento del despido, de Técnico Nivel VI y salario mensual de 2.424,26 euros con inclusión de las partes proporcionales de las pagas extras. Desde el año 1997 hasta comienzos de 2003 trabajó como Director de la Agencia… de A Coruña, situada en... A continuación, y hasta la fecha del despido, pasó a desempeñar funciones de interventor en la sucursal de... 2.- Por medio de carta de fecha 6 de noviembre de 2003, notificada al actor el día 7 de noviembre de 2003, se comunicó a éste que se procedía a su despido disciplinario, con efectos desde el día de notificación, al amparo de lo dispuesto en el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y del apartado 1º del artículo 50 del vigente Convenio Colectivo de Banca. En dicha carta se le imputaban los siguientes hechos: *"Primero.- El 30.01.00 constituyó con don J.L.C.E. la entidad "C.E., S.L.", siendo Vd. administrador solidario de la misma, no habiéndolo comunicado a los Estamentos Superiores del Banco, cuando podría dar lugar a conflictos de intereses. Segundo.- A través de su cuenta corriente nº …, de la Agencia … de A Coruña, ingresó 5 cheques de "C.E., S.L.", por un total de 418.000 ptas. y 3.000 euros, en los que fue alterada la valoración de los abonos, al aplicarse como fecha valor la del día del abono, en vez e los dos días hábiles posteriores que asigna la aplicación informática y establece la normativa interna, beneficiándose Vd. de unas menores liquidaciones de intereses y comisiones por descubierto. En dicha cuenta se abonaron 3 cheques nominativos a favor de "C.E., S.L.", por un importe de 1.767,47 euros, dos de fecha*

15.02.03 y uno de 06.03.03, endosados por Vd. a sí mismo, sin efectuar el preceptivo timbrado/pago a metálico, incumpliendo la normativa legal que obliga al pago del citado impuesto. Tercero.- El 05.09.02 facilitó Vd. al cliente don J.P.V.N. fondos de su vinculada, "C.E., S.L.", por importe de 1.810 euros, a modo de préstamo a título privado, según ha reconocido Vd. El Código de Conducta Profesional para los empleados del Grupo "B.P., S.A." considera práctica incorrecta facilitar a los clientes fondos propios. Le concedió además descubiertos (11.12.02 por importe de 4.744,68 euros; 14.03.03 por importe de 4.949,69 euros; 11.04.03 por importe de 4.810,51 euros; 20.05.03 por importe de 4.496,69 euros y 10.07.03 por importe de 5.082,23 euros, que alcanza una cifra de 26.571,76 euros, regularizado por Vd. con dos ingresos de efectivo, por importes de 12.000,00 y 16.001,36 euros desde las Sucursales de Monelos y Vilaboa). En algunos casos, simultáneamente, levantaba Vd. el bloqueo existente en la cuenta por el abono de cheques, desde la fecha de abono hasta la expiración del plazo de devolución, sin tener en ambos casos atribuciones. Cuarto.- Con fecha 04.09.02 concedió un descubierto de 1.740 euros, como primer movimiento de la cuenta, al cliente don F.A.S.S., sin tener Vd. atribuciones para ello, por la existencia de alarmas externas y a pesar de que el Sistema Scoring le había negado al mismo una operación correctamente documentada. Esta operación se está contabilizando en epígrafes dudosos. Quinto.- El 21.08.03, hallándose el cliente M.V.B. con su cuenta deudora en 1.500 euros desde el 06.06.03, le permitió Vd. duplicar dicha posición, pese a que sus atribuciones para este tipo de facilidades se limitaba a 30 días. Este desfase, actualmente de 2.809,64 euros, se mantiene a día de hoy prácticamente estático. Sexto.- Habitualmente ha realizado negociaciones y endosos de cheques e ingresos y reintegros en efectivo, sin recoger la firma de los clientes sobre los documentos bancarios o simulando las mismas. Este incidencia se repite con los clientes don J.L.C.E., don E.C.A., don M.A.V.B. y don J.P.V.N.". 3.- El día 26 de noviembre de 2003 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN EFECTO. 4.- Un equipo de auditores de la entidad demandada realizó los días 3 a 13 de octubre de 2003 una auditoría de la sucursal de …, que finalizó con la redacción de un memorando de fecha 24 de octubre de 2003, en el que se recogen, entre otros, los hechos imputados al actor en la carta de despido. Dicho memorando cuenta con cuatro anexos: el primero contiene un escrito aclaratorio del actor a las incidencias detectadas por la auditoría; el segundo recoge un detalle de los cheques abonados en la cuenta del actor por "C.E., S.L." (a los que se ha modificado la fecha valor) o nominativos a favor de dicha Sociedad y endosados al mismo sin timbrar/liquidar el impuesto; el tercero detalla los descubiertos y levantamientos de bloqueos por abono de cheques, autorizados por el actor, sin tener atribuciones para ello, a J.P.V.N.; y el cuarto contiene el detalle de operaciones en cuentas de clientes sin firmar o firmados por el actor simulando la rúbrica de los clientes. 5.- El actor firmó en el escrito que figura en el anexo primero del memorando referido en el hecho probado número cuarto. 6.- El actor constituyó con don J.L.C.E. la Entidad "C.E., S.L.", donde los dos figuran como administradores solidarios, sin comunicar tal constitución ni su cargo a los Estamentos Superiores del Banco. A través de la cuenta corriente nº … de la Agencia 23 de A Coruña, de la que es titular el actor, el mismo ingresó 5 cheques de "C.E., S.L.", por un total de 418.000 ptas. y 3.000 euros, en los que fue alterada la valoración de los abonos, al aplicarse como fecha valor la del día del abono, en vez de los dos días hábiles posteriores que asigna la aplicación informática y establece la normativa interna. En dicha cuenta se abonaron 3 cheques nominativos a favor de "C.E., S.L.", por un importe de 1.767,47 euros, dos de fecha 15.02.03 y uno de 06.03.03, endosados por el actor a sí mismo, sin efectuar el preceptivo timbrado/pago a metálico. 7.- El actor, el día 05.09.02 facilitó a don J.P.V.N. fondos de la empresa "C.E., S.L.", por importe de 1.810 euros, a modo de préstamo a título privado. Le concedió además varios descubiertos: 11.12.02 por importe de 4.744,68 euros; 14.03.03 por importe de 4.949,69 euros; 11.04.03 por importe de 4.810,51 euros; 20.05.03 por importe de 4.496,69 euros y 10.07.03 por importe de 5.082,23 euros. El total de los mismos alcanzó una cifra de 26.571,76 euros, que fue regularizada por el actor con dos ingresos de efectivo, por importes de 12.000,00 y 16.001,36 euros desde las Sucursales de … y ... Asimismo el actor levantó el bloqueo existente en la cuenta por el abono de cheques, desde la fecha de abono hasta la expiración del plazo de devolución, en catorce ocasiones. El actor no tenía atribuciones ni para conceder los descubiertos ni para levantar los bloqueos. 8.- El actor, con fecha 04.09.02 concedió un descubierto de 1.740 euros, como primer movimiento de la cuenta, a don F.A.S.S., sin tener atribuciones

para ello, ya que el Sistema Scoring le había negado al mismo una operación correctamente documentada. 9.- El 21.08.03, cuando el cliente de la entidad bancaria don M.A.V.B., que contaba en su cuenta una posición deudora de 1.500 euros desde el 06.06.03, el actor le permitió duplicar dicha posición. El actor contaba con atribuciones para este tipo de facilidades limitadas a 30 días. 10.- El actor ha realizado diversas negociaciones y endosos de cheques e ingresos y reintegros en efectivo, sin recoger la firma de los clientes sobre los documentos bancarios, o simulando las mismas. Estas actuaciones afectaban a operaciones de los siguientes clientes de la entidad bancaria: don J.L.C.E., don E.C.A., don M.A.V.B. y don J.P.V.N. De estos clientes, los Sres. V.N. y V.B. han mostrado su conformidad con los movimientos y saldos de sus cuentas corrientes. 11.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación sindical alguno.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, debo desestimar y desestimo íntegramente las pretensiones de la demanda, y debo absolver y absuelvo de las mismas a la empresa "B.P., S.A."".

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.-1.- Recurre el trabajador la sentencia de instancia, interesando –vía artículo 191.b LPL- la modificación de diversos ordinales de los HDP:

a) Que en el ordinal primero se añada un nuevo párrafo al inicio: "Que la empresa demandada inicia investigación del actor como consecuencia del embargo de su salario en expediente instruido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva correspondiente de la TGSS, deuda que fue anulada por providencia de levantamiento de embargo de 10.12.03", con amparo en los folios 114, 52 y 53.

b) Que el ordinal sexto se redacte de nuevo añadiendo "el 30.01.00" después de "el actor constituyó", "si bien a finales de ese año deja la actividad en la sociedad" tras "ni su cargo a los Estamentos Superiores del Banco", "en fechas 22.02.00, 105.000 ptas., el 13.03.00, la cantidad de 100.000 ptas., el 12.07.00, la cantidad de 150.000 ptas., el 18.08.00 la cantidad de 63.000 ptas. (suma total de los cuatro cheques 418.000 ptas.) y el 08.03.02 ingresó cheque por valor de 3.000 euros" después de "ingresó 5 cheques de "C.E., S.L."", con amparo en los folios 115, 107 y 128.

c) Que el ordinal séptimo se redacte de nuevo adicionando tras "el día 05.09.02" la frase "expidió un cheque al portador del BSCH que", tras "4.744,68 euros" "regularizado el 08.01.03", tras "4.949,69 euros" "regularizado el 08.04.03", tras "4.810,51 euros" "regularizado el 08.05.03", tras "4.496,69" "como los anteriores, regularizado el 08.07.03, dentro del plazo de 30 días", tras "5.082,23 euros" "Este último descubierto por devolución de cheques de la cuenta del Banco Etcheverría, alcanzó un descubierto máximo de 26.571 euros, que fue regularizado el 07.10.03, tras "… y … " cantidades entregadas por don J.P.V.N. al actor", tras "levantar bloqueos" "el Director de la Sucursal y los órganos correspondientes del Banco tienen conocimiento diario de la situación de cada uno de los descubiertos y levantamientos de de bloqueos. No consta en Autos amonestación alguna con anterioridad a la fecha de despido" y, finalmente, suprimiendo "conceder los descubiertos", con amparo en los folios 84, 131, 112, 118, 115, 146, 4 y 145.

d) Que en el ordinal décimo se adicione "(05.01.01, 08.01.02, 13.03.00, 17.08.00 y 12.07.00)" después de "C.E." y "(17.08.00 y 10.04.00)" después de Caamaño Andrade, con amparo en el folio 146.

2.- Como antecedente lógico se precisan hacer algunas matizaciones, que son doctrina aplicable a todas las modificaciones fácticas pretendidas. El recurso de Suplicación, como esta Sala ha recordado en multitud de ocasiones –para todas STSJ Galicia 17.06.04 R. 223/02- está sometido a un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los artículos 188 y siguientes LPL, y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el artículo 194 LPL, al decir que "en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare" y que "también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión". Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– supone que la 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* si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias. Lo que se traduce en:

a.- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical (entre otras, SSTSJ Galicia 10.01.01 R. 2.952/98, 06.11.00 R. 3.643/97, 03.11.00 R. 2.886/97, 03.11.00 R. 1.832/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 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,...).

b.- Que el acta de juicio resulte conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados, por no constituir "documento" en el sentido del artículo 191.b) LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el artículo 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 y 12.05.00 R. 1.748/00).

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 (valgan por todas las 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 21.01.99 R. 22/96, 21.01.99 R. 57/96, 26.02.99 R. 585/96, 23.03.99 R. 794/99, 10.06.99 R. 2.689/96, 11.06.99 R. 2.133/96, 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,...)

d.- Que el éxito de la pretensión revisoria está igualmente condicionada a que por la parte recurrente se haga precisa especificación de la modificación que se propone, con redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se propone, y a que haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella (SSTSJ Galicia 26.01.02 R. 578/01 y 10.01.01 R. 1.791/98). Y

e.- Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada –vinculantemente– por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que –salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada– no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia (SSTS de 04.06.76 Ar. 3.434 y 05.07.90 Ar. 6.059; y SSTSJ Galicia 11.06.92 AS 3.046, 06.07.93 R. 3.833/92, 20.09.95 Ar. 3.181, 02.06.98 R. 4.761/95, 30.06.98 R. 5.505/95, 12.02.99 R. 4.364/96, 15.02.99 R. 317/96, 27.05.99 R. 1.847/97, 13.04.00 R. 4.364, 18.12.00 R. 2.911/97, 15.12.01 R. 5.948/00 y 25.01.02 R. 971/01).

SEGUNDO.- 1- Por tanto, por lo que se refiere a las concretas modificaciones fácticas pretendidas en la letra a) del número 1 anterior, deben ser rechazadas de plano, pues tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas las SSTSJ Galicia 18.05.00 R. 4.857/98, 15.06.00 R. 1.117/97, 13.07.00 R. 3217/00, 13.07.00 R. 253/97, 03.11.00 R. 4.435/00, 12.01.01 R. 3.357/97, 23.02.02 R. 2.956/98, 18.05.02 R. 5.419/98, 14.09.02 R. 4.295/01 y 14.09.02 R. 4.295/01), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y 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 (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los

hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.). En definitiva, debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 191.b) LPL (los de "hechos") y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de "derecho"), pues si ello no se realizara de al manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un HDP sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia (STJ Galicia 04.06.04 R 3.221/01). Y el rechazo de la pretensión revisoria viene determinado porque ninguna relación con el fallo tiene el relato fáctico pretendido.

2.- Por lo que se refieren a las modificaciones propuestas en la letra b), rechazamos la segunda, porque los documentos alegados para justificar el añadido "si bien a finales de ese año deja la actividad en la sociedad" no son propiamente documentos, sino declaraciones documentadas (del propio actor), que habrán sido ratificados en Juicio y a su carácter testifical debemos atender (FJ PRIMERO.2.a); y la primera ("el 30.01.00"), ya que consta en los HDP –SEGUNDO- y nada trascendente supone incorporar dicha mención, que es más bien de estilo. Sin embargo, sí debemos atender a la tercera de las adiciones solicitadas ("en fechas 22.02.00, 105.000 ptas., el 13.03.00, la cantidad de 100.000 ptas., el 12.07.00, la cantidad de 150.000 ptas., el 18.08.00 la cantidad de 63.000 ptas. (suma total de los cuatro cheques 418.000 ptas.) y el 08.03.02 ingresó cheque por valor de 3.000 euros"), puesto que constituyen datos esenciales a la hora de resolver la litis y se deducen del ramo de prueba de la demandada.

3.- En cuanto a las contempladas en la letra c), tanto el primer ("expidió un cheque al portador del BSCH que"), como el segundo añadido (tras "4.744,68 euros" "regularizado el 08.01.03", tras "4.949,69 euros" "regularizado el 08.04.03", tras "4.810,51 euros" "regularizado el 08.05.03", tras "4.496,69" "como los anteriores, regularizado el 08.07.03", tras "5.082,23 euros" "Este último descubierto por devolución de cheques de la cuenta del Banco Etcheverría, alcanzó un descubierto máximo de 26.571 euros, que fue regularizado el 07.10.03") hemos de aceptarlos, porque se trata de elementos fácticos trascendentes en cuanto al fondo y se basan en documentos que explicitan el yerro del Juzgador. No obstante, la respuesta es diversa para el resto de las alteraciones propuestas ("dentro del plazo de 30 días", "cantidades entregadas por don J.P.V.N. al actor" y "el Director de la Sucursal y los órganos correspondientes del Banco tienen conocimiento diario de la situación de cada uno de los descubiertos y levantamientos de de bloqueos. No consta en Autos amonestación alguna con anterioridad a la fecha de despido", así como la supresión de "conceder descubiertos"), a los que les serían aplicables lo ya indicado *supra* (FJ PRIMERO.2 y SEGUNDO.1), es más, en uno de los casos una simple operación aritmética manifiesta el error de lo que se quiere expresar "dentro del plazo de 30 días", pues del 20.05.03 al 08.07.03 –uno de los periodos de descubierto al que se quiere referir ese plazo- no hay sólo 30 días, sino 49 y no hay ninguna contradicción –como expone el recurrente- en que en el HDP SÉTIMO se diga que el actor no tenía atribuciones para conceder descubiertos y en el NOVENO se diga que sus atribuciones en este terreno estaban limitadas a 30 días, puesto que una se refiere a hechos ocurridos hasta en 07.03 y el otro a finales 08.03, con lo que, a salvo que se indicase en el recurso un documento que demostrase dicho extremo, entendemos que en 07.03 no las tenía y, sin embargo, en 08.03 las tenía aunque limitadas a 30 días, o que se trataba de operaciones financieras diversas y como tales sometidos a distintos controles.

4.- Y por último, en cuanto a las contempladas en la letra d), esto es, "(05.01.01, 08.01.02, 13.03.00, 17.08.00 y 12.07.00)" y "(17.08.00 y 10.04.00)", hemos de admitirlas al ser básicas para el fallo y fundarse en documentos hábiles.

TERCERO.- Tras las modificaciones fácticas operadas, los puntos fundamentales de la litis han quedado como sigue: (a) el actor presta servicios desde 02.11.82 para "B.P., S.A.", y desde el año 1997 a comienzos del 2003 trabaja como Director de la Oficina … en La Coruña, luego, hasta su despido como Interventor en …; se realiza una auditoría del 3 al 13.10.03 y se le despide con fecha 06.11.03, cumpliendo todos los requisitos de forma; (b) el actor constituyó con X la entidad "C.E., S.L.", donde ambos son administradores solidarios, sin comunicarlo al Banco; a través

de su cuenta corriente en la misma Oficina … ingresó cinco cheques de esa empresa, en fechas 22.02.00, 105.000 pesetas, el 13.03.00 100.000 pesetas, el 12.07.00 la cantidad de 150.000, el 18.08.00 la de 63.000 pesetas (suma total de 418.000 pesetas) y el 08.03.02 ingresó un cheque por valor de 3.000 euros, en los que fue alterada la valoración de los abonos; además, en esa misma cuenta se abonaron tres cheques nominativos a favor de esa entidad por un importe de 1.767,47 euros (2 el 15.02.03 y 1 el 06.03.03), endosados por el actor a sí mismo sin preceptivo timbrado; (c) el día 05.09.02 expidió cheque al portador del BSCH a través del que facilitó a Y fondos de la empresa, por importe de 1.810 euros, a modo de préstamo privado; y le concedió además varios descubiertos: el 11.12.02 por importe de 4.744,68 euros, regularizado el 08.01.03; el 14.03.02 por 4.949,69 euros, regularizado el 08.04.03; el 11.04.03 por 4.810,51 euros, regularizado el 08.05.03; el 20.05.03 por 4.496,69 euros, regularizado el 08.07.03; y el 10.07.03 por 5.082,23 euros (este último descubierto, por devolución de cheques de la cuenta del Banco Etchevarría alcanzó un descubierto máximo de 26.571,76 euros que regularizó el actor el 07.10.03 con dos ingresos de 12.000 y de 16.001,36 euros); asimismo levantó el bloqueo existente en la cuenta por el abono de los cheques, desde la fecha de abono hasta la expiración del plazo de devolución, en catorce ocasiones, sin tener atribuciones para conceder descubiertos ni levantar bloqueos; (d) el 04.09.02 concedió a Z como primer movimiento de su cuenta un descubierto de 1.740 euros sin tener atribuciones para ello, ya que el Sistema Scoring le había denegado al mismo una operación correctamente documentada; (e) el 21.08.03, cuando W contaba en su cuenta corriente con una posición deudora de 1.500 euros desde el 06.06.03 le duplicó dicha posición, aunque sólo estaba autorizarlo a hacerlo limitadamente a 30 días; y (f) en ciertas negociaciones, endosos, ingresos y reingresos no ha recogido la firma de los clientes o las ha simulado -se refiere a X (05.01.01, 08.01.02, 13.03.00, 17.08.00 y 12.07.00), Y (17.08.00 y 10.04.00), Z y W, aunque W e Y han mostrado su conformidad con los movimientos y saldos de sus cuentas-.

CUARTO.- Ya en el apartado de examen del Derecho y con expresa referencia al artículo 191.c) LPL, el recurso denuncia que la decisión de instancia ha incurrido en infracción del artículo 60.2 ET, relativo a la institución de la prescripción en las faltas cometidas por los trabajadores, y, subsidiariamente, en la de los artículos 54 y 55 ET, relativo a la graduación de aquéllas. Aceptamos el primero de los motivos y la correlativa decadencia del derecho a sancionar la falta, por los motivos que expondremos a continuación

1.- Tal y como hemos destacado en otras ocasiones (por ejemplo, SSTSJ Galicia 28.11.94 AS 4.493, 18.05.95 R. 1.871/95, 25.08.95 AS 3.154, 15.07.96 R. 3.086/96, 29.04.97 R.1.426/97, 23.05.97 R. 1.836/97 o, la más reciente, 04.06.04 R. 1.972/04), el artículo 60.2 ET establece un plazo de prescripción llamada "corta" -de dos meses- y otro -de seis meses- llamado de prescripción "larga" y que -conforme al precepto- opera "en todo caso".

El dies a quo de la prescripción corta no es el del perjuicio sufrido por la empresa, sino el del conocimiento de la conducta sancionable (STS 12.02.90, Ar 897), conocimiento que no ha de ser meramente superficial, genérico o indiciario de la falta cometida, sino que requiere un conocimiento "pleno, cabal y exacto" (SSTS 22.05.96, Ar 4.697; 15.07.86, Ar 4.143; 21.07.86, Ar 4.268; y 02.07.90, Ar 6.039). Razón por la que si para este conocimiento cabal de los hechos se requiere la previa instrucción de un expediente, se produce la interrupción de la prescripción de la falta (SSTS 25.01.96, Ar 199; 13.11.86, Ar 6.337; 20.06.88, Ar 5.432; 04.07.91, Ar 5.868; y 26.12.95, Ar 9.845).

2.- Las faltas clandestinas son las que se cometen fraudulentamente, con ocultación y eludiendo los controles del empresario (STS 20.01.96, Ar 2.304), pero la ocultación no requiere necesariamente actos positivos, sino que basta que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida (STS 29.09.95, Ar 6.925). Por ello, en los actos fraudulentos cometidos por persona encargada específicamente de su descubrimiento, la falta no queda consumada con la realización del fraude, sino que se extiende durante el tiempo en que positivamente es ocultada por su autor (ATS 12.06.02 Ar. 7.803 -con cita de las SSTS 26.05.92 Ar. 3.608; 24.09.92 Ar. 6.809; 03.11.93 Ar. 8.536; y 29.09.95 Ar. 6.925; STS 25.07.02 Ar. 9.526- y SSTS 01.10.90, Ar. 7.508; 27.01.90, Ar. 224; y 15.07.97, Ar. 5.702). Argumentos que parecen claramente proyectables al caso presente, por ser el recurrente Director de la Sucursal número 23 de "B.P., S.A." en La Coruña, primero, e Interventor en la de Santa Cruz-Oleiros, después. Con respecto a estos casos la Jurisprudencia ha ampliado notablemente los plazos pres-

criptorios. El cómputo de la prescripción corta no se inicia, obviamente, hasta que el empresario tenga conocimiento de los hechos y pueda ejercitar sus facultades disciplinarias, pero dadas las dificultades que entraña la persecución de las faltas clandestinas se viene entendiendo que el inicio de la prescripción larga lo es también a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de la comisión del hecho, como si de la prescripción corta se tratase (SSTS 02.02.92, Ar 97; y 25.04.91, Ar 5.230). A pesar del tenor literal del artículo 60 ET "en todo caso a los seis meses de haberse cometido", dicha rotundidad ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de la Jurisprudencia, al objeto de evitar una hermenéutica del precepto que llevase a beneficiar al infractor y a premiar la clandestinidad de conductas continuadas, frente a hechos notorios y puntuales que pudieran resultar de inferior gravedad.

QUINTO.- La cuestión básica a plantearse en el presente asunto –y de la cual pende la solución- es si los hechos plasmados en los HDP (vid FJ CUARTO) han sido cometidos clandestinamente en el sentido que hemos expuesto supra. Es cierto que el actor fue Director de la Oficina … del Banco en La Coruña y posteriormente (principios del 2003) Interventor en la de …, pero atendidas las medidas de seguridad aplicadas por las Entidades Bancarias, qué comportamientos se pueden sostener como clandestinos, cuáles podría decirse que son ignorados por ellas, sobre todo cuando se reflejan en la contabilidad ordinaria todas y cada una de las operaciones realizadas en cada sucursal, diariamente se hace un arqueo y la informatización cubre su totalidad. Únicamente se llegaría a dicha conclusión si las operaciones fueran clandestinas en un sentido literal, esto es, ajenas, paralelas, ocultas, para la caja oficial, como una especie de banco paralelo fundamentado en una doble contabilidad. Y esto es algo que –salvo las precisiones que expondremos- no ha ocurrido aquí. Porque siguiendo el criterio de la STS 16.03.90 Ar. 2.162 (que hemos hecho, entre otras, en la STSJ Galicia 23.07.99 R. 2.329/99), ha de fijarse claramente que "aun cuando aparezca un posible enmascaramiento contable […] ni desvirtúa la eficacia prescriptiva del transcurso del plazo de seis meses, ni disculpa la falta de un control más eficaz cuyo defecto permitió que por el paso del tiempo mencionado de seis meses, resulte impune la conducta del demandante", es decir, las irregularidades imputadas al trabajador eran perfectamente detectables por el empresario dentro del plazo de prescripción de sesenta días a contar de su comisión con el simple uso de un mecanismo de control normal y ya existente, que a pesar de ello no fue utilizado. En consecuencia, dicho alegado desconocimiento y correlativa falta de sanción de la conducta ilícita no puede perjudicar sino a quien la ha provocado, en este caso el Banco, sin que se pueda alargar el plazo de prescripción larga (sesenta días "en todo caso") en detrimento de los derechos y de la seguridad jurídica del trabajador. Máxime cuando en este caso el conocimiento "pleno, cabal y exacto" ya debería de existir desde la realización de la conducta o en fecha muy cercana, por las particulares condiciones del tráfico financiero.

Cierto es que el Banco podía desconocer que el recurrente había constituido una Sociedad y que operaba a través de su cuenta corriente ingresando cheques, pero no puede alegar el desconocimiento de cheques abonados alterando su valoración en febrero, marzo, julio, agosto del 2000 (más de tres años antes del despido -06.11.03-) y marzo de 2003 (ocho meses antes), ni tampoco que aquél ingresó tres cheques endosados a él mismo en febrero y marzo de 2003 sin el preceptivo timbrado (cuando en aquéllas fechas era Interventor y estaba sometido al control del Director). Tampoco puede desconocer la existencia de descubiertos diversos, regularizados en la mayor parte de las veces dentro de los treinta días posteriores y en dos de ellos a los dos y tres meses, cuando la actividad primordial de un Banco es prestar dinero (y guardarlo) a interés y, por lo mismo –a salvo falsedades-, ha de llevar un control directo, eficaz y diligente sobre las operaciones de crédito. Ni podría alegar desconocer un descubierto desde septiembre de 2002 autorizado por el actor (porque supone una mora de más de un año en un crédito –que necesariamente habrán hecho saltar todas las alarmas en la Entidad- y cuando el trabajador ya no era el Director de esa Oficina). Como tampoco la duplicación de un descubierto a un cliente (agosto de 2003) que llevaba en dicha situación desde junio de 2003 (sobre la cual se puede decir otro tanto que en la anterior). Mención aparte merecen las simulaciones de las firmas de diversos clientes -que pudiendo constituir un gravísimo delito- han sido aceptadas por dos de ellos y en los otros dos casos se indica en la propia auditoría del Banco –a la que esta Sala ha tenido acceso- que esta circunstancia se debe a la confianza (amistad íntima se habla en uno) y relación comercial que tenían, encargándole la realiza-

ción de dichas operaciones cuando no podían presentarse personalmente en la oficina.

SEXTO.- Por lo tanto, a nuestro entender, el comportamiento único que justifica en este caso el despido del actor queda reducido a la constitución de la empresa "C.E., S.L.", ser su administrador solidario sin comunicarlo al organismo correspondiente del Banco e ingresar diversos cheques en su cuenta corriente procedentes de dicha entidad. Ahora corresponde examinar si en la justificación del despido se ha vulnerado el artículo 54 ET y la graduación de las faltas –como alega el recurrente-.

Esta circunstancia constituye una violación, desde luego, del código de conducta profesional de la Entidad (folio 104 de autos), que a los efectos laborales podría tener encaje en la conducta recogida en el artículo 50.1º del XVIII C.C. de la Banca (BOE 26.11.99) -"la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo"- y calificarse como falta muy grave. Se entiende dicha trasgresión como toda actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes –artículos 5 y 20 ET- (SSTS 26.02.91, Ar 875; 15.06.87, Ar 4.360; y 20.11.89, Ar 8.205), deberes de conducta que al constituir la buena fe un principio general del derecho, impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que se traduce en directrices equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (STS 04.03.91, Ar 1.822).

Sin embargo, en el presente caso, habida cuenta de la actividad a la que se dedica la empresa –construcción en la provincia de Lugo- y que el propio Banco no puede precisar si esta actividad ha incidido en la dedicación que requería su puesto de trabajo (sic, al folio 120), difícilmente puede considerarse la infracción cometida como muy grave y justificativa de un despido. Otro tanto podemos decir del hecho de que en la cuenta corriente personal del trabajador se ingresasen cheques de la empresa, puesto que –aparte las alteraciones de valor a las que ya nos hemos referido- no es, en modo alguno, tipificable como infracción laboral ni merecedor de sanción. Conclusión a la que llegamos apoyándonos en la doctrina gradualista tantas veces aplicada por esta Sala (así, entre las recientes, SSTSJ Galicia 21.01.00 AS 103 y R. 5.385/99, 15.04.00 R. 1.248/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 05.07.01 R. 2.775/01, 13.09.01 R. 3.334/01, 03.10.01 R. 4.202/01, 19.01.02 R. 6.063/01, 13.09.02 R. 3.365/02, 08.03.04 R. 217/04 y 14.05.04 R. 1.543/04); la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 04.03.91 Ar. 1.822 y 28.06.88 Ar. 5.486), partiendo de la consideración –es planteamiento básico– de que los "más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano" (STS de 21.03.88 Ar. 2.333), de tal forma que en la valoración de esta conducta no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción. Por ello, aceptamos la censura jurídica realizada por el actor y estimamos su recurso.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 CE, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

Fallamos

Que con estimación del recurso interpuesto por don M.M.C.R., revocamos la sentencia que con fecha 16.02.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de La Coruña, y acogiendo la demanda declaramos la improcedencia del despido del que fue objeto el trabajador en fecha 15.11.03, debiendo optar la empresa demandada, "B.P., S.A.", –en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia– por la readmisión de aquél o por la indemnización de 76.365,45 euros, y al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la de la indicada notificación, a razón de 80,81 euros/día; salvo error u omisión.

3934 Recurso nº 573/04

S.S. RESPONSABILIDADE DE GRUPO EMPRESARIAL, APRECIADA CON OCASIÓN DE EXECUCIÓN DE SENTENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintiocho de julio de dos mil cuatro

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. 573/04 interpuesto por don A.C.P. y otros, "K.G., S.L.", y por don A.N.C. y otros contra el auto dictado en ejecución de sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo de fecha 15.01.03 que confirma el de 02.09.02.

Antecedentes de hecho

Para la resolución del presente recurso se ha de partir de los siguientes extremos:

PRIMERO.- En los autos 749/97 del JS 5 de Vigo recayó sentencia el 26.02.98 en la cual se condena a la empresa "V.P.V., S.L." a que abone a los actores las cantidades que indica por los conceptos de indemnización por despido y salarios de tramitación, absolviendo de las pretensiones formuladas en su contra a las codemandadas "N.M.O., S.L.", "N.M.S., S.A.", "N.G.B., S.L.", y "N.A., S.A.", acrdando levantar el embargo preventivo de los buques E. propiedad de "N.M.O., S.L.", C. propiedad de "N.G.B., S.L.", C.H., V.P.S. y C.M.T., pertenecientes a la empresa "N.A., S.A."; V.C. perteneciente a la empresa "N.M.S., S.A.", y manteniéndose el embargo sobre el buque I.F. perteneciente a la condenada; la anterior sentencia fue recurrida en suplicación por el FOGASA ante esta Sala resuelto por sentencia de 13.06.98 (R. 2.238-98) en la cual, con estimación parcial del recurso planteado se condena "solidariamente con "V.P.V., S.L." a las codemandadas "N.M.O., S.L.", a efectos de satisfacer las cantidades a cordadas a favor de los actores, que prestaban sus servicios antes de la resolución del contrato de arrendamiento, en el buque E.; a "N.G.B., S.L." respecto a los que lo hacían en el buque C.; a "N.A., S.A.", respecto a los que lo hacían en los buques C.H., V.P.S. Y C.M.T.; y A "N.M.S., S.A." respecto a los que lo hacían en el buque V.C., dejando sin efecto el levantamiento de los embargos relativos a dichos buques.."; dichas resoluciones han dado lugar a la ejecución nº 106/98 de dicho órgano judicial, a la cual se han acumulado las ejecuciones de otras resoluciones judiciales posteriores.

SEGUNDO.- Que solicitada la ejecución de los fallos se ha producido un incidente en pretensión de ampliación de la ejecución frente a otras empleadores, acordándose por el juzgador de instancia la ampliación frente a la mercantil "K.G., S.L." y rechazándose frente al resto de mercantiles por auto de 02.09.02 que contiene los siguientes hechos probados: "1º- Por Sentencia de este Juzgado de 26.02.98, se decide en el Fallo: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por (1) don F.P.G., (2) don P.N.C., (3) don A.N.M., (4) don J.L.T., (5) don A.G.G., (6) don R.G.L., (7) don A.G.L., (8) don V.P.M., (9) doña T.O.P., (10) doña E.I.V., (11) don P.R.G., (12) don J.M.L.R., (13) don R.M.R., (14) don J.C.G., (15) doña A.G.B., (16) doña P.I.A., (17) don F.P.M., (18) don A.C.P., (19) don F.A.M., (20) don J.L.C.R., (21) don J.F.C., (22) don A.R.P., (23) don D.M.A., (24) don J.C.A.C., (25) don J.C.V., (26) don J.E.C.P., (27) don J.C.P., (28) don J.Ch.P., (29) don B.P.C., (30) don E.P.C., (31) don A.A.V., (32) don J.A.S.P., (33) doña M.I.P.P., (34) don A.S.L., (35) don J.A.I.G., (36) don D.D.L., (37) doña M.J.B.A., (38) don J.M.M. y (39) doña M.T.R.C. contra "V.P.V., S.L.", "N.A., S.A.", "N.G.B., S.L.", "N.M.S., S.A." y "N.M.O., S.L.", la intervención judicial de la suspensión de pagos de "V.P.V., S.L.", con intervención del Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro nulo el despido realizado por "V.P.V., S.L." a los trabajadores demandantes y ante el cierre o inactividad de la empresa, debo condenar y condeno a la susodicha "V.P.V., S.L." a que abone a los trabajadores las siguientes cantidades:

a) Una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de (1) 2.137.633 pesetas, (2) 2.474.422 pesetas, (3) 64.625 pesetas, (4) 2.142.688 pesetas, (5) 515.232 pesetas, (6) 4.223.396 pesetas, (7) 62.370 pesetas, (8) 2.128.194 pesetas, (9) 130.669 pesetas, (10)

2.768.046 pesetas, (11) 132.061 pesetas, (12) 1.176.825 pesetas, (13) 2.250.960 pesetas, (14) 1.628.299 pesetas, (15) 3.441.460 pesetas, (16) 2.626.352 pesetas, (17) 151.375 pesetas, (18) 3.782.610 pesetas, (19) 2.364.504, (20) 2.040.103 pesetas, (21) 2. 473.745 pesetas (22) 2.388.382 pesetas, (23) 2.477.501 pesetas, (24) 2.657.562 pesetas, (25) 1.827.861 pesetas, (26) 61.027 pesetas, (27) 2.972.178 pesetas, (28) 3.250.083 pesetas, (29) 3.954.764 pesetas, (30) 3.827.328 pesetas, (31) 3.934.983 pesetas, (32) 649.653 pesetas, (33) 1.687.879 pesetas, (34) 720.088 pesetas, (35) 3.882.877 pesetas, (36) 1.510.089 pesetas, (37) 392.893 pesetas, (38) 175.168 pesetas y (39) 169.531 pesetas.

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador diario será de pesetas (1) 5.055, (2) 5.055, (3) 4.576, (4) 5.055, (5) 5.725, (6) 5.766, (7) 4.416, (8) 4.698, (9) 4.232, (10) 4.615, (11) 4.420, (12) 4.420, (13) 4.520, (14) 4.351, (15) 5.214, (16) 5.010 (17) 4.420, (18) 6.466, (19) 4.748, (20) 5.397, (21) 4.753, (22) 4.753, (23) 4.753, (24) 4.850, (25) 5.819. (26) 4.283, (27) 4.850, (28) 4.794, (29) 5.847, (30) 4.946, (31) 5.086, (32) 5.151, (33) 4.288, (34) 5.819, (35) 5.328, (36) 4.794, (37) 4.191, (38) 4.463, y (39) 4.375.

Asimismo debo absolver y absuelvo a las codemandadas "N.M.O., S.L.", "N.M.S., S.A.", "N.G.B., S.L." y "N.M.S., S.A." de las pretensiones de la demanda. Declaro también el levantamiento del embargo preventivo sobre los buques "E." perteneciente a la empresa "N.M.O., S.L.", "C." perteneciente a la empresa "N.G.B., S.L."; "C.H.", "V.P.S." y "C.M.T.", pertenecientes a la empresa "N.A., S.A."; y "V.C." perteneciente a la empresa "N.M.S., S.A." Continuando el del buque "I.F.s" perteneciente a la empresa "V.P.V., S.L."

Por Auto de 04.08.89 se acuerda despachar ejecución contra "V.P.V., S.L." Ejecución 106/98.

Por providencia de 13.01.99 se acuerda sacar a subasta el buque I.F.s, celebrándose subasta el 30.03.99 (folio 88) que se da por reproducida. 2º.- Por sentencia de este Juzgado de 04.02.98, estimando la demanda se decretó: "Que estimando íntegramente la demanda planteada por don A.R.L. contra "V.P.V., S.L." y los interventores de la suspensión de pagos de dicha empresa don O.S.N., don J.M.C.I. y doña M.S.L.E., debo declarar y declaro improcedente el despido realizado por dicha empresa demandada contra el actor y en consecuencia condeno a la misma a que readmita al trabajador despedido en los mismos términos que existían antes del despido o, a su elección, que le abone las cantidades siguientes: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de cuatro millones ciento setenta y siete mil ciento cinco pesetas (4.177.105) b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 8.247 Pts. diarias. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera"; siguiéndose ejecución nº 24/98, por Auto de 25.02.98. En dicha ejecución se decretó el embargo del buque I.F.s, propiedad de la Ejecutada "V.P.V., S.L." 3º.- El 3 de julio de 1998, de una parte don R.F.F., en representación de "V.P.V., S.L.", y de otro don P.F.O. en representación de "K.G., S.L.", convinieron en estipular el arrendamiento del buque I.F., cuyo contrato obra como documento a los folios 136 a 138 y se da por reproducido. Se solicitó autorización al Juzgado, de la que se dio traslado, oponiéndose las partes, y por Auto de 23.07.98, se denegó el visto bueno. 4º.- Por el Registro Mercantil-Sección de Buques, se aportó certificación de cargas del denominado I.F.s (Folios 171 a 195) que se da por reproducida. 5º.- La Tesorería General de la Seguridad Social comunica al Juzgado el 18.08.98 lo siguiente: "En contestación a su escrito de 28.07.98 relativo a su expediente de ejecución nº 24/1998 contra "V.P.V., S.L." con el CIF nº …, se informa que el expediente de apremio instruido en esta Unidad de Recaudación Ejecutiva 36/06 contra la misma continúa vigente, ascendiendo la deuda que la citada empresa mantiene con la Seguridad Social al día de la fecha a un total de 268.143.042 pts.

(Doscientos sesenta y ocho millones ciento cuarenta y tres mil cuarenta y dos pesetas), manteniéndose por tanto el embargo que se formalizó sobre el buque "I.F.". Asimismo se informa, que en la Unidad de Recaudación Ejecutiva 36/04 no se sigue expediente contra la citada empresa al estar totalizada la deuda en el expediente de esta URE 36/06." 6º.- Por sentencia de este Juzgado de 11.03.98, se dictó el Fallo siguiente: "Que estimando en parte la demanda formulada por doña J.D.C. contra "V.P.V., S.L.", la Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de "V.P.V., S.L.", "N.M.O., S.L.", "N.M.S., S.A.", "N.G.B., S.L.", "N.A., S.A.", con intervención del Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro nulo el despido realizado por "V.P.V., S.L." a la actora y ante el cierre o inactividad de la empresa, debo condenar y condeno a susodicha empresa "V.P.V., S.L." a que abone a la trabajadora las siguientes cantidades: a) Una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de quinientas noventa y ocho mil trescientas cincuenta y nueve pesetas (589.359) b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 863,5 Pts. diarias. Asimismo debo absolver y absuelvo a las codemandadas "N.M.O., S.L.", "N.M.S., S.A.", "N.G.B., S.L." y "N.A., S.A.""; siguiéndose Ejecución nº 1/99. 7º- En sentencia de 20.11.98 de este Juzgado nº 5, se dictó Fallo siguiente: "Estimando la demanda interpuesta por don A.R.L. contra "V.P.V., S.L.", condeno a dicha entidad demandada a abonar al demandante la cantidad de setecientas cincuenta y ocho mil setecientas treinta pesetas (758.730), más el interés legal del 10% anual"; siguiéndose Ejecución nº 26/99. Habiéndose dictado Orden de Captura, Depósito y Precinto, sobre el transbordador I.F. por el Sr. Recaudador de la Xunta, Zona de Vigo, se dictó Auto por este Juzgado de fecha 14 de mayo de 1999, folios 274 y 275, que se da por reproducido. Se formuló recurso de Reposición, que fue desestimado por Auto de 2-06-99. 8.- Por Auto de 3 de Junio de 1999, se acuerda adjudicar a la entidad "E. S.L." el buque I.F.s. 9.- En fecha 13 de Junio de 1998, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó Sentencia cuya Fallo dice: "Que, con estimación en parte del recurso de suplicación, planteado por el FOGASA, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 5 de Vigo, en fecha 26 de febrero de 1998; y con desestimación de los formulados por don A.N.M. y don A.G.L., y por don J.E.C.P.; debemos condenar y condenamos, solidariamente con "V.P.V., S.L.", a "N.M.O., S.L." a efectos de, en su caso, satisfacer las cantidades, acordadas en favor de los actores, que prestaban sus servicios, antes de la resolución del contrato de arrendamiento, en el buque "E."; a "N.G.B., S.L." respecto a los que lo hacían en el buque "C."; a "N.A., S.A.", respecto a los que lo hacían en los buques "C.H.", "V.P.S." y "C.M.T."; y a "N.M.S., S.A.", respecto a los que lo hacían en el buque "V.C."; que debemos acordar y acordamos dejar sin efecto los levantamientos de los embargos preventivos sobre los buques citados; y que debemos confirmar y confirmamos en lo restante el fallo de la resolución impugnada". 10º- Por Auto de 22.07.99 la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimó recurso de queja contra Auto de este Juzgado de 11.06.99. 11º- El 29 de julio de 1999, se celebró incidente sobre reparto de cantidades obtenidas por ejecución del buque I.F. Por Auto de 30.07.99 se aprobó la propuesta de reparto. 12º- La Capitanía Marítima de Vigo, a requerimiento de este Juzgado contestó: "En contestación a lo requerido en su oficio de fecha 17 de diciembre de 1999, le informo lo siguiente: 1- Revisados nuestros archivos, no se han encontrado antecedentes o información registral, con los que se pueda determinar de manera fehaciente si alguno de los buques "C.", "C.M.T." y "V.P.S." que se mencionan en su oficio, fueran dispuestos por la empresa "N.M.O., S.L." durante los años 1997 y 1999, para prestar el servicio de transportes de pasajeros en la Ría de Vigo. 2- El resto de embarcaciones, fueron despachadas para tráfico de pasajeros por la Ría de Vigo, por la empresa "N.M.O., S.L.", los días y por los periodos que se indican a continuación. Como se indica en las copias del Rol de despacho y dotación y en las listas de tripulantes presentadas por dicha naviera que se adjuntan. No obstante no es posible determinar a la vista de las mismas las fechas de las relaciones contractuales que se hubieran establecido entre las diferentes empresas; no habiéndose encontrado otros datos en los archivos. a.- "V.C.", despachos, con un mes de duración los días 04.12.98, 04.01.99 y 04.02.99, dando despacho final de entrada en puerto el 01.03.99.

b- "E.", despachos, con un mes de duración, los días 09.12.98, 11.01.99, hasta el 21.05.99. No obstante se acompaña la lista de tripulantes presentada el día 24.12.98 por cambio de tripulación, al no haberse encontrado la correspondiente al despacho del 09.12.98. C- "C.H.", despachos, con un mes de validez, los días 09.12.98, 04.01.99, y 04.02.99, dando despacho de entrada el 09.02.99, quedando depositado el rol en la Capitanía. No hay constancia de que el siguiente despacho de salida el 16.07.99, fuera realizado por la empresa "N.M.O., S.L." No se ha podido encontrar la lista correspondiente al despacho del 09.12.99. 3- Se acompaña, también, fotocopia simple, de la que no se puede determinar autenticidad, de resolución de contrato de arrendamiento y devolución de los buques "V.C." y "C.H.", fechada el 1 de marzo de 1999, entre Naviera "N.M.O., S.L.", y "K.G., S.L." El resto de los documentos aportados, folios 659 a 683, se dan por reproducidos. 13º- Con fecha 11 de enero de 2000, por el Abogado don A.M.R., en la representación acreditada de varios ejecutantes, solicitó ejecución del Fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13.06.98, cuyo testimonio acompaña. Por resolución de 4 de abril de 2000, se acordó celebración de incidente para el día 9 de mayo, que fue señalado nuevamente para el 15 de junio. 14º.- Por escrito de 4 de mayo de 2000, el Sr. B.M., en nombre de "N.A., S.A." interesa "Documental, consistente en: A) Se requiera a la Capitanía Marítima de Vigo, sita en la estación Marítima de Vigo para que remita al Juzgado certificación acreditativa del número de tripulantes necesario en el año 1997 y en el mes de octubre de dicho año, para la operatividad y despacho de cada uno de los buques siguientes destinados al tráfico interior de Ría: I.F. (Folio 3-97), C. (Folio 1-92), o M. (Folio 1.002-Ferrol), C.H. (Folio 2949), V.P.S., (Folio 2899) V.C. (Folio 1-96), E. (Folio 1-94-Bueu) y C.M.T.. B) se efectúe a la misma Capitanía requerimiento para que certifique el número y nombre de los tripulantes realmente embarcados y prestando servicios a bordo de todos y cada uno de los buques relacionados en el apartado anterior" 15º.- El Administrador de "N.M.O., S.L." aporta certificación del Registro Mercantil de Pontevedra, Sección Buques, sobre inscripciones y anotaciones de la hoja 9.280, en la que se halla inscrita la embarcación "E.", folios 812 a 819 y se da por reproducida. Se aporta también copia de escritura notarial nº 107 del Notario Sr. C.R., sobre adaptación a la nueva Ley de Sociedad y redacción de Administradores de Naviera "N.M.O., S.L." (por reproducida, folios 820 a 846). 16º- Por Providencia de 29-05-00, se acuerda librar mandamiento al Sr. Notario de Vigo, don J.P.R.L., para que remita copia auténtica de escritura de compraventa, de acciones y participaciones de las mercantiles "N.A., S.A.", "N.M.O., S.L.", "N.G.B., S.L." y "N.M.S., S.A." a la empresa "K.G., S.L." Obra a los folios 850 a 868 y se da por reproducida. 17º.- La Capitanía Marítima de Vigo, por escrito de 12 de junio de 2000, recibido el 14, informa: "En relación con la ejecución tramitada en ese Juzgado con el número 106/98 y en contestación a la resolución de fecha 09.05.00, con registro de entrada en esta Capitanía Marítima en fecha 26.05.00, adjunto le remito las listas de tripulantes anexas, correspondientes a los buques "I.F.", "C." "M.", "C.H.", "V.P.S." V.C." y "C.M.T.", en relación con el buque "E." le significo que el mismo se encuentra en el puerto de Sevilla, por lo que no es posible acceder al "Rol de Despacho y Dotación" al objeto de elaborar la lista de tripulantes, así mismo le informo que en Octubre de 1997, la empresa "V.P.V., S.L.", efectuaba el enrole simultáneo de las tripulaciones en diferentes buques, motivo por el que podrá comprobar la repetición de tripulaciones en diferentes buques, por lo que no es posible certificar los nombres de las tripulaciones, en cuanto al número de tripulantes con que se le autorizaba el despacho para prestar el servicio eran los siguientes: I.F.: 4 tripulantes, C.: 4 tripulantes, C.H.: 4 tripulantes, M.: 3 tripulantes, V.P.S.: 3 tripulantes, C.M.T.: 3 tripulantes, V.C.: 3 tripulantes, E.: 3 tripulantes . Y en los folios 892 a 893 informa de los embarques y desembarques de los trabajadores en los buques que se citan. 18º.- El 15 de junio se levanta acta de incidente, que por mutuo acuerdo se suspende, señalándose para el 11 de julio. El 11 de julio se celebró acta de Juicio de incidente con el resultado que consta el la misma y se da por reproducida. 19º.- En la prueba documental figuran las escrituras de constitución y posteriores vicisitudes de las sociedades demandadas, cuyos datos obran en los hechos probados de las diversas sentencias dictadas por éste y otros Juzgados, folios 1 a 81 de la prueba de los demandantes (folio 998) que se dan por reproducidos. 20º.- don L.B.M., en representación de "N.M.S., S.A." y de "N.M.O., S.L." presentó el 17 de julio de 1998, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sendos escritos señalando los trabajadores enrolados en el Buque V.C.: don A.S.L., don A.G.G., don A.G.L. y don P.R.G., y en el E.: don J.C.V. y don J.M.M. En la libreta de

embarque de don A.S.L., figura como Capitán en el buque V.J., y don J.C.V., I.F., C. y demás barcos de la Empresa; don A.G.G., figura también en el C., como mecánico. Los tripulantes, roles de despacho y dotación, figuran a los folios 911 y siguientes que se dan por reproducidos, así como en las copias de las libretas de embarque, que figuran como documentos en los ramos de prueba de los actores ejecutantes. 21º.- "N.A., S.A." se limitó a aportar como prueba documental, copias de documentos de la Sociedad, que ya figuran en los respectivos Autos seguidos en el Juzgado. Lo mismo han hecho las demás empresas demandadas. Se dan por reproducidos. 22º.- Por este Juzgado se dictó Auto de 24.10.00, contra el que se interpuso recurso de reposición, desestimado por Auto de 21 de agosto de 2001, contra el que se interpuso recurso de suplicación. 23º.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 06.05.02, declaró la nulidad del Auto de este Juzgado de 24.10.00 y de lo actuado, en base a las consideraciones de su fundamentación de derecho.

La parte dispositiva es del tenor literal siguiente: El Ilmo. Sr. don A.T.M., Magistrado-Juez de lo Social número Cinco de Vigo, ACUERDA: Que estimando en parte lo solicitado en el escrito de ejecución por los ejecutantes, debo ampliar y amplio la ejecución contra la empresa "K.G., S.L." quien deberá responder solidariamente con las condenadas ejecutadas "V.P.V., S.L.", "N.M.O., S.L.", "N.G.B., S.L." y "N.M.S., S.A.", en la forma que se dispone y dice en el fundamento de derecho 2º de esta resolución, absolviendo al resto de las sociedades demandadas de las pretensiones de los ejecutantes.

TERCERO.- La anterior resolución fue recurrida en reposición por las partes interesadas y desestimada la reposición por nueva resolución de 15.01.03, frente al cual se plantean el presente recurso de suplicación.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Comenzando por el recurso planteado por el letrado don A.M.R., en representación de sus defendidos, este plantea motivos fácticos y jurídicos; A.-) Entre los primeros, con amparo en el art. 191.b) LPL, postula la revisión del relato fáctico al objeto de que se introduzcan los siguientes hechos nuevos: Veinticuatro, con el siguiente contenido: "En fecha 06.11.97 J.N.S. y L.B.M., en representación de "N.M.O., S.L.", firman una solicitud presentada ante la Subdirección General de Obras Publicas, Consellería de Política Territorial, de autorización global y conjunta para los servicios regulares Vigo Cangas y Vigo Moaña. En dicho escrito reconocen dispone, para el cumplimiento de las condiciones fijadas en la Cláusula quinta de la Resolución de 21.08.98 de los siguientes barcos: M.C., M.S., B.S., E., V.C., C.H., C., K., C.M.T., V.P.S. y C.E. Por resolución de 10.11.97, la Consellería de PTOP, por medio de la DG de OPT de la Xunta de Galicia, a petición de la empresa "V.P.V., S.L.", acordó prorrogar por dos semanas el régimen transitorio establecido en la resolución de 28.08.97 que habilitaba para el mantenimiento de la prestación de servicios de transporte de la Ría de Vigo al amparo de la autorización concedía en virtud de resolución de la DGMM de 02.03.95.

El mismo día, J.N.S., en representación de "N.M.O., S.L.", pone en conocimiento de la Consellería de PT que el buque E. (folio 1-94 de la 21º lista de Bueu) se encuentra sustituyendo al buque J. por lo cual solicita que le sea concedida autorización para que el mencionado buque pueda realizar el servicio regular Vigo Cangas y Vigo Moaña. Por medio de resolución del DG de OP T de 10.11.97, se acuerda incluir en la autorización de prestación de servicio regular de ría al buque E.

En fecha de 16.11.97 L.B.M. remite escritos a la Subdirección General de transportes comunicando como Administrador único de la empresa "N.M.O., S.L.", y como consejero delegado de "N.M.S., S.A.", que en fecha de 30.09.97, respectivamente, finalizaron los contratos celebrados entre dichas empresas y "V.P.V., S.L.", con relación a los buque E., y V.C., para la realización de los servicios regulares en la Ría de Vigo. En consecuencia, E. y V.C., el 01.10.98 y el 01.11.97, respectivamente, han dejado e prestar servicios con dicha empresa. Ambos buques forman parte de la solicitud presentada con la empresa "N.M.O., S.L." para realizar directamente el servicio regular y turístico de ría. Mientras se gestiona la solicitud el buque E. se encuentra en cesión a la empresa "N.M.O., S.L." para realizar servicios de ría. Asimismo, L.B.M. comunica a la Subdirección General de transportes, en calidad de apoderado de "N.A., S.A.", que con fecha 10.11.97 fue rescindido el contrato de arrendamiento de los buques V.P.S., C.M.T. Y C.H. con "V.P.V., S.L." Dichos buques forma parte de la solicitud presentada por la empresa participada, "N.M.O., S.L.", para realizar el ser-

vicio de ría. Igualmente en calidad de gerente de "N.G.B., S.L.", L.B.M. comunica ala Subdirección citada, que el 10.11.97 fue rescindido el contrato de arrendamiento del buque C. para la realización de servicios regulares en la Ría de Vigo. Por resolución de 18 de noviembre, se concede hasta el día 24 plazo a la empresa "V.P.V., S.L." para que acredite la flota precisa para prestar el servicio de la Ría. En caso de no hacerlo debería interrumpirlo no pudiendo prestarlo a partir del día 25. En virtud de ello no fue posible obtener autorización, por incumplimiento de requisitos". Cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrante en autos a los f. 997, 52, 58, 81-83, 237 y 68 a 72.

No se admite la adición por cuanto se funda en resoluciones administrativas f.997 (52-58, 81-83), cuya realidad fáctica que constata no goza de presunción de veracidad, no siendo documentos hábiles para acreditar las proposiciones que aquí se efectúan; en cuanto al requerimiento efectuado a "V.P.V., S.L." [f.997 (237)] carece de trascendencia para la litis, y en cuanto a la finalización de los arrendamientos sobre buques [997 (68 a 72)] se haya suficientemente documentado sin que sea precisa nueva constancia de tales extremos.

Veinticinco: para que exprese: "N.M.O., S.L." comenzó sus operaciones el 06.07.93. Domicilio actual: …; Objeto: transporte marítimo y terrestre de viajeros y toda clase de muebles, vehículos. Capital: quintas mil pesetas dividido en cincuenta participaciones sociales de diez mil ptas. cada una, Constituida por J.N.S., que suscribe 25 participaciones; J.A.C. otras 25. Administrador único J.C.N.S.. En fecha de 21.04.98 se confiere poder a favor de J.N.S.

"N.M.O., S.L." es propietaria de los buques M.O., M.T., M.C. y J.R."; cita en su apoyo los documentos obrantes en autos a los f. 70 a 84 y 886, así como 1.020 a 1.025, 1.076, 1.077 y 1.060 a 1.070.

De los folios 70 a 84 del ramo de prueba de la actor (f. 996) no se deduce la propuesta, se trata de nóminas y altas y bajas en Tesorería General de la Seguridad Social; de los restantes documentos tampoco resulta lo que se propone, siendo escritos de parte (1.020 a 125 del T.III) diligencias del Juzgado, etc. que carecen de todo valor probatorio, por lo que se rechaza la adición.

Veintiséis: Para que reseñe: "El 10.08.99 en el DOG se publica resolución de 3/8/98 anunciando la licitación al concurso para la explotación del servicio publico de transporte de la Ría de Vigo.

En plazo legal presenta oferta la empresa "N.M.O., S.L." disponiendo para el servicio de transportes de viajeros en la ría de Vigo de los buques M.O., M.T., M.C., M.O., M.M., K., M.S., M.C., J.R., B.S., R.D. e I.F. Asimismo, la empresa "N.M.O., S.L.", manifiesta ser propietaria del 51% del capital social de las sociedades "M.M., S.L." y "N.M.C., S.L."

La Consellería resolvió otorgar a la empresa "N.M.O., S.L." la concesión de explotación del servicio publico de transporte de la Ría de Vigo con las condiciones que obran en la resolución obrante a los f. 685 al 698 y que se da pro reproducido". Se sustenta en los f. 725 a 846, 921 a 1.212.

Los f. 685 a 698 (TII) son diligencias de notificación; los f. 725 a 846 y los citados 921 a 1.212 (TIII, casi entero) contienen de todo, comparecencias judiciales, escritos de parte, acuses de recibo, fotocopias de sentencias, diligencias de notificación, certificaciones registrales etc. entendemos que tal designación general no es admisible, vulnera la exigencia de identificación individualizadora establecida en el art. 194.3 LPL y convierte el recurso de suplicación en una apelación remitiendo a la Sala a la valoración conjunta de una gran parte del material probatorio, y las especificaciones que se efectúan de f. 744 y 745 – son parte de la sentencia de esta Sala ya indicada en antecedentes -, f. 1.018 y 1.019 son parte dispositiva de una resolución y diligencia de notificación y 1.148 y 1.149 son un escrito del propio proponente y una diligencia de notificación, por ello se rechaza la propuesta.

Veintisiete, Con la siguiente redacción: ""N.M.O., S.L." comenzó sus operaciones el 31.10.97; tiene su domicilio social en Vigo, estación marítima de la Ría. Capital social de 500.000 ptas., dedicada a la adquisición de embarcaciones, explotación y arrendamiento además del transporte marítimo de viajero y fue constituida por "N.A., S.A." domiciliada en Vigo, Plaza de la Constitución 12, teniendo suscritas 250 participaciones sociales; "N.M.C., S.L.", domiciliada en …, lugar de …, con otras 250 participaciones sociales. Son administradores mancomunados J.N.S. y L.B.M.

"N.M.O., S.L." presentó el 06.11.97 solicitud incompleta de autorización global y

conjunta para los servicios regulares Vigo Cangas y Vigo Moaña, firmada por J.N.S. y L.B.M. En la exposición tercera se manifiesta disponer de los barcos, M.C., M.S., B.S., E., V.C., C.H., C., K., C.M.T., V.P.S., CE. Sin embargo no fue autorizada por la DG de Transportes de la Consellería de política territorial y obras públicas de la Xunta de Galicia para la prestación del servicio de transporte de pasajeros en la ría de Vigo"; señala los f. 185, 886, (85 a 93) (94 y 95) y f. 888 de la prueba de la actora.

La adición que se propone no es admisible por cuanto no es trascendente al fallo, pero es que además la documental que se cita el f.185 es una hoja de salarios, y los f.85 a 96 del pliego 886 ni del 888 de la parte actora Sr. P. no existen, no obstante si entendiéramos que se refiere a los pliegos 996 y 998, en relación a los f. 85 a 96 son hojas de salarios, trabajadores embarcados etc. que nada acreditan sobre la propuesta, mientras que la remisión al 998 contiene documentación registral sobre diversas empresas codemandadas entre ellas la citada en la propuesta, mas no los extremos que se proponen, por lo que se rechaza la adición.

Veintiocho: "N.M.C., S.L.", comenzó sus operaciones el 10.11.94. Tiene su domicilio social en … Objeto: transporte marítimo y terrestre de pasajeros y toda clase de muebles y vehículos. Capital: 4.000.000 ptas. dividido en 400 participaciones de 10.000 ptas. cada una. Constituida por J.N.S. con 200 participaciones sociales por valor de dos millones de ptas., por J.A.C.A. con igual participación. En fecha de 20.10.97 A.T.M. y su esposa A.S.F. adquieren por compra a D.C.F. y esposa las participaciones numeradas del 201 al 300 y perteneciéndoles las numeradas del 1 al 100 por la escritura de constitución de la sociedad. En fecha 22 .10.97 la entidad "L.R.T., S.L.", adquieren por compra cien participaciones sociales a don J.A.C.A. y esposa, numeradas del 301 al 400. En fecha 25.01.99 se nombran administradores mancomunados a J.N.S., F.T.M. y a R.B.A.

En fecha de 30.06.99 la empresa "N.M.O., S.L.", adquiere de F.T.M. y esposa 51 participaciones; de J.N.S. y esposa 102 participaciones, y de la entidad "L.R.T., S.L.", 51 participaciones. Como consecuencia de la transmisión "N.M.O., S.L." pose 204 participaciones sociales.

"N.M.C., S.L.", es propietaria de los buques M.S., M.C., y K."

Señala en apoyo de la propuesta los documentos de f. 886 (40 a 59) 106 y 107, 1046 a 1.049, 1.076 y 1.077, y 1.050 a 1.059, 1.040 a 1.045.

Incurre la propuesta en errores de numeración como en la anterior proposición, pliego 996 en vez de 886 con iguales nulos efectos probatorios para sus folios 40 a 59, 106 y 107. En cuanto a los f. 1.046 a 1.049, f. 1.076 y 1.077, 1.040 a 1.045 y 1.050 a 1.059 son notificaciones y escritos de parte dentro del Tomo III., de todo lo cual no puede extraerse la propuesta que se efectúa.

Veintinueve, con la siguiente propuesta: "M.M., S.L.", comenzó sus operaciones el 02.01.98, objeto social: adquisición de embarcaciones, explotación y arrendamiento, transporte marítimo de viajero. Organización, programación y realización de viajes y excursiones. Domicilio: ... Capital social 500.000 ptas., dividido en 500 participaciones de 1000 ptas., cada una. Ha sido constituida por J.C.N.S. con 75 participaciones, M.C.N.S. 75 participaciones; J.N.S. 25 participaciones; J.N.S. 75 participaciones; "L.R.T., S.L." 75 participaciones; "L.R., S.A." 50 participaciones, e "I.C., S.A." suscribe 125 participaciones. Administradores mancomunados J.N.S. y R.B.O.

En fecha 30/6/99 la empresa "N.M.O., S.L." adquiere de J.C.N.S. 38 participaciones, de M.C.N.S. 38 participaciones, de J.N.S. y esposa F.S.R. 14 participaciones, de J.N.S. 38 participaciones, de "L.R.T., S.L." 38 participaciones, de "L.R., S.A." 26 participaciones; de "I.C., S.A." 64 participaciones sociales. Como consecuencia de la transmisión, "N.M.O., S.L." cuenta con 256 participaciones sociales. "M.M., S.L.", es propietaria del buque M.M."

Se señalan los docs. 1.018, 1.038 y 1.039 y 1.028 a 1.037.

De los documentos que cita la parte obrantes en el T. III de prueba no resulta acreditada la proposición que se efectúa, tales documentos contiene notificaciones y escritos de parte inhábiles a efectos revisorios por lo que no se admite la adición propuesta.

Treinta: Con la siguiente propuesta: "En fecha de 09.03.98, J.N.S., en representación de "N.M.O., S.L.", solicita a la DGT de la Consellería de PT que se admita como aval de la fianza o garantía, exigida en la cláusula primera de la resolución de 28.08.97 para efectuar viajes de temporada a las islas Cies, los buques K. y V.P.S., junto con el compromiso

firme y formal de J.N.S. y L.B.M. en sus respectivos cargos y en representación de todas las empresas. A medio de resolución del DXT dictada el 27.03.98, se autoriza a "N.M.O., S.L." a la prestación del servicio turístico de transporte de viajeros a las Islas Cies teniendo por cumplida la constitución de la fianza de 20 millones establecida en dicha resolución, mediante la aportación como garantía de los buques K. y V.P.S.".

Cita los f. 255, 282 a 284 y 288 a 290 y f. 227 y 228.

Los citados documentos, obrantes en el Tomo I de las actuaciones, constituyen notificaciones judiciales y documentos de parte que en nada acreditan la proposición que se efectúa. Si referimos dichos folios al pliego 997 se trataría de los f. 227 y 228 de hoja registral que no contiene la proposición que se dice, si los referimos al pliego 996, hallaríamos que se citan impresos TC2/5 (f. 227 y 228), nota de salarios f. 255, libreta marítima f. 282 a 290, por tanto se desestima la propuesta.

Treinta y uno: Para que exprese que: "En fecha de 13.08.99 se dictó resolución del DGT por la que se procedía a la requisa del derecho concesional sobre el muelle de Rodas que ostentaba la empresa "V.P.V., S.L.", con los antecedentes, fundamentación y contenido que se recoge en la Orden mencionada. La empresa "V.P.V., S.L." y "N.M.O., S.L." eran las únicas empresas que contaban con autorización concedida por la Autoridad portuaria de Vigo para el uso de departamentos de la Estación Marítima de Ría"; cita los f. 782 a 789 y 124, 885 (f. 339 de la parte actora).

No se admite la adición que se propone, por cuanto, si bien de la búsqueda a través de las piezas se encuentra dicha resolución, no en los documentos que se citan [f. 782 a 789 (T.II)], diligencias de notificación y escrito del proponente, la propuesta que se efectúa resulta intrascendente para el fallo, de igual modo que resulta intrascendente que en dicho muelle puedan amarrar particulares y se regule el tiempo que cada buque puede invertir en tales maniobras, por lo que se desestima la propuesta.

B.I).- Entre los segundos, en sede jurídica dicho recurrente, con apoyo en el art. 191.c) LPL efectúa dos denuncias, la primera, por interpretación errónea, aplicación indebida y no aplicación de lo dispuesto en los arts. 6.4, 7.1, 1.144, 15.422 y 1.543 del Código civil, y arts. 1.2, 1.5 y 44 LET, así como vulneración del art. 1.1 y 6 de la Directiva 77/87 CEE de 14.02.77, art. 24 y 117.3 CE. Infracción de la jurisprudencia de STS de 02.02.87, 24.11.87 y 23.02.94; del TSJ Galicia de 13.06.98, 09.03.92 y TJCE de 08.06.94, argumentando que, el juzgador de instancia no ha tomado en consideración en su plenitud el contenido de la STSJ de Galicia de 13.06.98 que se ejecuta, argumentando que siendo el buque el centro de trabajo ha existido sucesión empresarial de las empresas titulares de los centros de trabajo desde la empleadora arrendataria de dichos buques a estas que han asumido el servicio, en concreto "N.M.O., S.L." frente a la cual se pretende que se amplíe y continúe la ejecución declarándola responsable frente a los ejecutantes, en base al incumplimiento de los requisitos del art. 44 LET y por que realiza la explotación del servicio que prestaba "V.P.V., S.L." y con los mismos buques. Este motivo de recurso se reitera, en esencia, por la recurrente Letrada Sr. Fernández Pereira en representación de los ejecutantes don A.N.C. y otros, que con amparo en el art. 191.c) LPL denuncia la infracción, interpretación errónea, aplicación indebida y no aplicación de los arts. 1.144, 1.145, 1.542 y 1.543 Código civil, arts. 1.5 y 44.1 LET y los arts. 24 y 117.3 CE, argumentando que debe continuarse la ejecución contra la "N.M.O., S.L." por cuanto la misma era propietaria de buques donde los ejecutantes prestaron sus servicios y continua con la actividad de "V.P.V., S.L.", con dicho buque, sin que se hubiese comunicado a los representantes de los trabajadores al sucesión empresarial producida, por lo que en ejecución de sentencia puede extenderse la responsabilidad a dicha mercantil, máxime cuando en la resolución recaída en Suplicación la que amplió la responsabilidad a las mercantiles titulares de los buques donde trabajaban los ejecutantes.

La solución se realiza de forma conjunta para ambos motivos y recurrentes, mostrando en primer lugar la extrañeza de que habiéndose dictado en instancia la sentencia origen de la ejecución principal con condena exclusiva a la empleadora directa no recurrieran los trabajadores sino el FOGASA, con olvido por parte de aquellos de la existencia de los grupos de empresa que ahora en ejecución se pretenden introducir (art. 1.2 LET) y de la sucesión empresarial (art. 44 LET en la redacción de 1995), y a través de la Directiva CEE 77/187 de 14 de Febrero, dicho lo cual, el motivo debe ser desestimado por cuanto desde el punto de vista fáctico se debe partir de que: 1.- "V.P.V., S.L.", venía prestando el

servicio público de transporte de viajeros en la Ría de Vigo entre las localidades de Cangas y Moaña con dicha localidad así como la ruta a las Islas Cies; 2.- Que en la prestación de dicho servicio utilizó buques propios y buques pertenecientes a otras empresas que tenía arrendados a sus propietarios; 3.- Que al menos desde 10.11.97 la mercantil "N.M.O., S.L.", concurría con la anterior en la prestación de los servicios de transporte de viajeros en la Ría de Vigo; 4.- Que la prestación de tal servicio público se efectúa por el mecanismo jurídico de la concesión administrativa, sin que conste entre las bases establecidas por la administración de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuviesen adscritos a una concesión anterior. Con tales datos no cabe ahora en 11.01.00 (solicitud de extensión de ejecución por el letrado don A.M.R.) pretender en ejecución de sentencia que se declare la responsabilidad de un competidor por explotar el mismo servicio, mediante el mecanismo de concesión que no le impuso ninguna obligación de subrogación contractual máxime cuando concurrían a tal prestación dos empresas, por lo tanto solo cabe acudir a la responsabilidad a través de los mecanismos de la sucesión empresarial, que como tal en el sentido de actividad empresarial asumida con exclusión de la anterior empresa prestadora del servicio no existe en el presente caso, queda solo el supuesto de sucesión parcial y aquí, solo si hubiese adquirido bienes del anterior competidor ejecutado, en este caso la responsabilidad que podría imponérsele solo beneficiaría a los trabajadores de los centros de trabajo o unidades productivas autónomas (buques) adquiridos y con los que se pudiera continuar la explotación y ello ex art. 44 y 51.11 LET versión 95, lo que tampoco se acredita concurra en el presente caso, por ello no acreditada la existencia de un grupo empresarial entre "V.P.V., S.L." y "N.M.O., S.L." que permita, ex art. 1.2 LET, imponer la responsabilidad solidaria de ambos aplicando la doctrina de levantamiento del velo jurídico, ni acreditada la adquisición por esta de centros de trabajo de aquella con los que continuar la explotación, no cabe imponerle responsabilidad alguna frente a los demandantes, pues ninguna obligación tenía de notificar a los trabajadores una subrogación que no se produjo en ningún momento. Cabría analizar la posibilidad de que existiese una sucesión empresarial de las denominadas "por medio de tercero", esto es, que los buques con los que "V.P.V., S.L." explotaba la concesión a medio de arrendamiento, extinguido este y pasando a otra empresa que los emplea en la misma actividad, sea la nueva usuaria "arrendataria" de dichos buques responsable lo cual ha sido admitido en algunos supuestos, mas en el presente caso el derecho de los actores ya ha quedado garantizado por la sentencia de esta Sala al imponer responsabilidad alas propietarias de los buques citados por las indemnizaciones y salarios adeudados a quienes prestaron servicios a bordo de los mismos, sin que quepa, continuar la cadena de responsabilidad una vez extinguidas las relaciones laborales y garantizados los derechos por los propietarios de tales embarcaciones. A dicha conclusión se llega en aplicación del criterio reiterado de esta Sala según el cual, "para que exista una sucesión de empresa, de las definidas en el precepto denunciado es preciso que concurran dos requisitos constitutivos: a) el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores), este cambio de titularidad puede haberse producido en virtud de cualquier titulo jurídico licito; b) que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyan una unidad de producción susceptibles de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial procedente. Partiendo de tales exigencias, la jurisprudencia, entre otras las STS de 5 de abril de 1993, 12 de marzo de 1996, 26 de junio y 6 de febrero de 1998, ha establecido que, ni la contrata, ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas, a la vista del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, salvo entrega al contratista o concesionario de la infraestructura u organización empresarial esencial para la explotación, y ello por cuanto toda transmisión de empresa exige la transmisión del cedente al cesionario de la infraestructura u organización empresarial necesaria para la ejecución del servicio contratado, con el conjunto de elementos personales, materiales y patrimoniales básicos para la explotación, de suerte que si no se dan dichas circunstancias, porque solamente hay una sustitución en la actividad o en el servicio, sin transmisión del soporte material y patrimonial preciso para la realización de aquél, entonces no surge la sucesión o cambio de titularidad de empresa prevenida en el art. 44 LET", criterio aplicable al supues-

to de autos por ello se desestiman ambos motivos de recurso.

B.II).- La segunda denuncia plantea la infracción por no aplicación de los dispuesto en los arts. 228, 235.1 y 263 LPL art. 18.2 LOPJ, arts. 1.144, 1.145, 1.542 y 1.543 del Código civil, arts. 921, 923, 924 y 925 LEC antigua, art. 2.2 del convenio de 02.06.30 sobre privilegios e hipotecas marítimas, arts. 24.1 y 117.3 –CE y STCo 162/86, 95/89, 176/90, 91/01, 53/83, 95/83 y 43/83 argumentando que si bien el Juzgador de instancia extiende la responsabilidad solidaria de las empresas condenadas por este Tribunal en la S. de 13.06.98 posteriormente restringe tal extensión al limitar la obligación de las mismas a los importes consignados ante la Sala para recurrir en Casación lo que estima inadecuado por cuanto tales importes fueron fijados sin su intervención, alegando la preferencia de los trabajadores embarcados para cobrar antes que cualquier otro acreedor sobre dicho buque.

En cuanto a este motivo de recurso se ha de deslindar dos aspectos, en primer lugar las preferencias de créditos que los actores puedan ostentar no han sido objeto de debate en instancia ni pueden serlo por cuanto no constan demandados o como intervinientes en el incidente ningún ejecutante que invoque su derecho a ver satisfecho su crédito antes que el de los actores y sobre los buques mentados en la sentencia ya señalada de esta Sala, por tanto tal argumentación decae. En cuanto a la limitación de responsabilidad de las mercantiles condenadas por este Tribunal a las cantidades consignadas para recurrir, tal motivo ha de ser atendido en base a que la finalidad de la consignación es la de garantizar la ejecución al tiempo que impide el planteamiento de recursos meramente dilatorios por la parte procesalmente "fuerte", el empleador, con merma de los derechos del trabajador, forzándole al pacto mediante la dilatación en el tiempo de la resolución del litigio; como consecuencia de lo dicho, reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, establece que la consignación no implica cumplimiento de la resolución recurrida y ello hasta el extremo de que, de no cumplirse dicha resolución, se devengarán los intereses oportunos, consecuentemente, si bien de manera general las cantidades consignadas coincidirán con las cantidades objeto de obligación ejecutable, nada impide que, en ejecución de sentencia y por el Juez de instancia competente para ello, se determinen los importes exactos de dicha ejecución, por ello se estima el motivo en dicho aspecto.

SEGUNDO.- Por su parte la recurrente "K.G., S.L." plantea diversos motivos de recurso, en primer lugar, con amparo en el art. 191.a) LPL se postula la nulidad de la resolución recurrida que extiende a dicha recurrente la responsabilidad frente a los ejecutantes invocando insuficiencia de fundamentación en dicha resolución y vulneración de los arts. 218 LEC y art. 97 LPL en relación con el art. 24 CE, por estimar que no se resuelven los puntos planteados en la reposición. En segundo lugar, con igual amparo que el precedente se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 239 LPL y 18.1 y 2 de la LOPJ en relación con el art. 24 CE, argumentando que el Juzgador de instancia incurre en error al interpretar la Sentencia de esta Sala, al extender la condena a quienes no están incluidos en aquella resolución como condenados y a favor de quienes no resultan ser "trabajadores de los buques objeto de arrendamiento, en el momento de extinción del arriendo.." siendo estos los únicos favorecidos por tal condena solidaria. En tercer lugar, con amparo en el art. 191.c) LPL, se denuncia la infracción por violación de lo dispuesto en los arts. 236 y 238 LPL, art. 44 LET, 24 CE en relación con la STS de 24.02.97 y de este mismo tribunal de 17.02.99 en cuanto amplia la ejecución contra "K.G., S.L.", entendiendo que la misma ha sucedido a las empresas condenadas, excepto a "V.P.V., S.L.", por haber comprado sus acciones y participaciones el 19.06.98, fecha en la cual ya estaba constituido el titulo, según la resolución recurrida, argumentando que, de una parte, la compra de acciones o participaciones sociales no implica que la adquirente se convierta en sucesora de la anterior, pues en principio se mantienen las personalidades jurídicas propias e independientes de cada sociedad, pero además en el mentado documento no se produce la transmisión de participaciones; de otra, resulta que a la mentada fecha de 19.06.98 el titulo no se hallaba constituido, pues por tal solo cabe entender la sentencia del TSJ de Galicia que le fue notificada al recurrente el 22.06.98,la cual fue recurrida en casación y hasta el 21.07.99 no se le notificó al recurrente la inadmisión del recurso y la firmeza de dicha resolución, por lo que no cabe ahora en ejecución extender esta a terceros no intervinientes en fase constitutiva del titulo. Con igual amparo procesal que el precedente se denuncia la violación del art. 44 LET, 239 LPL y 24.1 de la CE, razonando que el importe de la ejecución

frente a las ejecutadas que no son "V.P.V., S.L.", se halla limitado por las cantidades consignadas para recurrir en casación distribuido entre las empresas "N.M.O., S.L.", "N.M.S., S.A.", "N.G.B., S.L.", "N.A., S.A." y "K.G., S.L.", sin que la recurrente pueda responder solidariamente con "V.P.V., S.L.", y de mantenerse la responsabilidad esta debe quedar limitada a la responsabilidad de las empresas de las que se la declara sucesora, no siéndolo de "V.P.V., S.L."

En cuanto al primer motivo de nulidad no puede ser atendido, la nulidad de una resolución es un remedio extraordinario que solo cabe cuando, fundada en motivo legal, la infracción cometida alcanza una gravedad inusitada y produce indefensión en la parte, en consecuencia, siendo así que, de una parte, los recursos se otorgan frente a la parte dispositiva no frente a la fundamentación jurídica y, de otra, que la falta de fundamentación en la resolución recurrida no concurre pues, en primer lugar, la resolución inicial es prolija y extensa en su fundamentación y la que resuelve el recurso de reposición se encuentra suficientemente fundada desde el momento en que reitera y remite a la anterior resolución, permitiendo a la parte efectuar su impugnación por conocer expresamente las razones que llevan al Juzgador a resolver, en consecuencia, se desestima el motivo.

En cuanto al segundo motivo del recurso, si bien amparado incorrectamente en el apartado a) del art. 189 LPL, pretende que la ejecución frente a la recurrente quede limitada a los estrictos términos establecidos en la Sentencia de esta Sala de 13.06.98, esto es, que solo beneficia a los trabajadores que prestaban servicios, a la fecha de extinción de los contratos de arrendamiento, en los buques propiedad de las condenadas y que han sido adquiridos por la recurrente. El motivo debe ser atendido por cuanto, no cabe efectuar una interpretación extensiva de la condena contenida en dicha sentencia so pretexto de insuficiencia de acreditación por parte de dichas empresas, a cerca de quiénes prestaban servicios en dichos buques, por cuanto: a) La Sala no comparte la interpretación sobre la carga de la prueba que efectúa el Juzgador de instancia, las empresas condenadas, no eran las empleadoras directas de los trabajadores, la condena se funda en la propiedad del centro de trabajo, no en otro título, mas la contratación de los productores que prestaban servicios en tales centros no fue realizada por dichas empresas ni consta que tuvieran intervención alguna en la gestión de tales buques puestos a disposición, por arrendamiento, de la empleadora "V.P.V., S.L.", en consecuencia no puede trasladarse a dichas mercantiles la carga de probar quiénes eran los trabajadores que prestaban servicios en tales buques antes de la extinción de los arriendos, y tal prueba deberán aportarla los propios trabajadores, que sí disponen de los datos precisos para tal acreditación o la empleadora directa "V.P.V., S.L.", pero no puede imponérsele tal carga a aquellas mercantiles y ahora a su sucesora; b) Existen datos en autos acerca de: 1.- cual era la tripulación adecuada para cada uno de dichos buques (TII f. 658 y siguientes), en consecuencia, si el centro de trabajo funciona con un número cierto de trabajadores (tres, cuatro o cinco) podrán prestar servicios en ellos, los precisos para atender los turnos de trabajo que se desempeñasen, mas los necesarios correturnos para festivos, vacaciones etc., en ningún caso cabra aceptar la totalidad de la plantilla, ni el personal de tierra pues su centro de trabajo no lo constituye el buque; 2.- existen en autos igualmente datos para determinar quiénes eran los trabajadores, nominalmente identificados, que vinieron prestando servicios a bordo de cada uno de los buques reseñados en la resolución de esta Sala antes de la extinción de los contratos de arriendo sobre tales centros de trabajo (véanse T. III f. 914 y siguientes), en consecuencia, acudir al cómodo expediente de generalizar a toda la plantilla la responsabilidad de dichas mercantiles no es aceptable y vulnera los preceptos que se señalan relativos a la ejecución de las sentencias en sus propios términos (art. 239 LPL, 18.1 y 2 LOPJ), y las reglas sobre la carga de la prueba, establecidas en el art. 217 NLEC, por lo que se revoca en tal aspecto la resolución recurrida.

En cuanto al tercer motivo, para que se exima de responsabilidad a "K.G., S.L.", con fundamento en que la compra de acciones por escritura de 19.06.98 no constituye sucesión empresarial del art. 44 LET, además por que a tal fecha no se hallaría constituido el titulo ejecutivo, lo que a su entender impide ahora extender frente a la recurrente la ejecución; y el cuarto, en que se invoca que su responsabilidad queda limitada a las cantidades en su día consignadas para recurrir en casación y que en ningún caso es sucesora de "V.P.V., S.L.", han de ser resueltos conjuntamente, complementando lo razonado en el precedente, y así: 1.- Si bien la escritura de 19.06.98 es solo una escritura de "compromiso de venta de acciones, participaciones..,etc." que por sí sola no

permite imponerle responsabilidad alguna, y cuya eficacia a tenor de sus cláusulas X y XI se hallaba condicionada al resultado del litigio pendiente ante este Tribunal, lo cierto es que la parte recurrente no invoca tales pactos, sino que, al menos tácitamente, admite la conclusión y buen fin de tal contratación, por lo que, su responsabilidad no deriva de la adquisición de participaciones, acciones etc. de las mercantiles condenadas en la Sentencia de esta Sala de 13.06.98, sino de que, en dicha escritura adquiere el "activo y pasivo" de tales mercantiles, entre cuyo activo se contabilizan expresamente los buques "C." de "N.G.B., S.L.", "C.H.", "V.P.S" y "C.M.T." propiedad de "N.A., S.A.", el buque "E." de "N.M.O., S.L.", y el buque "V.C." de "N.M.S., S.A.", consecuentemente adquirió los centros de trabajo en virtud de los cuales se le impone la responsabilidad a dichas mercantiles, por lo que la ahora recurrente, sucede ex art. 44 LET a las mismas, pero, evidentemente en la misma situación de aquellas, no en otra, esto es, en relación con los trabajadores que prestaban servicios en dichos buques a la fecha de extinción de los contratos de arriendo de los mismos a la condenada "V.P.V., S.L.", por tanto, la extensión de responsabilidad a la recurrente es conforme a derecho por la sucesión producida. 2.- No cabe admitir que el titulo no se hallaba constituido y que por tanto debió haber sido demandada inicialmente, por cuanto, si bien ello pudiera ser cierto, no es exigible a los actores "adivinar" los negocios jurídicos posteriores que vayan a realizar las partes de un pleito, pero sin olvidar que las mercantiles "causantes" de la sucesión sí fueron parte en el litigio inicial, y ello fue conocido por la ahora recurrente que condicionó, en el documento de adquisición, el buen fin del contrato al resultado del litigio ante este Tribunal, por tanto la extensión de responsabilidad vía incidental es correcta. 3.- Tampoco es acogible el motivo relativo a la limitación por los importes consignados ante la Sala, las cantidades consignadas, son un indicio a tomar en consideración en la fijación de su responsabilidad, mas no pueden considerarse como título de extinción de la obligación constituida por la sentencia recurrida, la existencia de errores en exceso o por defecto en lo consignado y la finalidad esencial de la misma, dar viabilidad al recurso, no pueden ser obviados ni extrapolados para extraer consecuencias ajenas a aquella finalidad, tal y como ya argumentamos en el precedente, por lo que se desestima este motivo de recurso.

La estimación parcial del recurso planteado, a tenor de lo establecido en el art. 201.3 LPL, implica la devolución del depósito constituido para recurrir a la parte recurrente.

TERCERO.- En cuanto al recurso formulado por la Letrada Sr. Fernández Pereira en representación de los ejecutantes don A.N.C. y otros, se ha de dar respuesta el último de sus motivos que se ampara en el art. 191.c) LPL denunciando la infracción, por no aplicación, del art. 18.2 LOPJ, art. 2.2 del Convenio de Bruselas de 10.04.26 y el art. 24 CE, razonando que como los trabajadores, incluidos los de tierra, prestaban servicios indistintamente en cualquiera de los buques de "V.P.V., S.L.", los titulares de dichos buques deben responder ahora de la totalidad de las cantidades adeudadas por indemnizaciones y salarios frente a todos los trabajadores de la empresa, sin que las cantidades consignadas para recurrir puedan actuar de limite alguno por cuanto fueron fijadas sin intervención de los recurrentes; igualmente se señala que los créditos de los actores gozan de preferencia sobre cualesquiera otro sobre el valor del buque y sus accesorios. La solución a las cuestiones planteadas ha de ser negativa remitiéndonos a lo expuesto en los precedentes argumentos, en concreto: a) en cuanto a la extensión de responsabilidad de las empresas "N.A., S.A.", "N.M.O., S.L.", "N.M.S., S.A." y "N.G.B., S.L." a toda la plantilla de "V.P.V., S.L." se ha de desestimar debiendo estarse a la literalidad del fallo de la sentencia de esta Sala de 13.06.98, dando por reproducidos los argumentos previamente expuestos, a los que cabe añadir que no deben olvidarse los efectos de la cosa juzgada sobre tal materia, pues, conforme a reiterada doctrina contenida, entre otras, en STS de 17.11.97 (RJ 1997\8.315), 27.01.98 (RJ 1998\1.143), 29.03.99 (RJ 1999\3.766) y 23.07.99 (RJ 1999\7.20), el "efecto de la sentencia firme es su inimpugnabilidad, de modo que, frente a ella, en los términos del art. 245.3 de la Ley Orgánica del Poder judicial, no cabe recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley", este efecto preclusivo de la sentencia dentro del mismo proceso y que actúa como su cierre definitivo –es decir, la llamada cosa juzgada formal de la sentencia– y veda conocer "ex novo" sobre la misma cuestión, que ha devenido firme, por lo que en ejecución de sentencia no puede modificarse lo que aquella ha fijado de forma definitiva. Esta inimpugnabilidad de la sentencia firme tiene amparo constitucional en el art. 34.1 de la Constitución y en el art.

9.3, tutelador del principio de seguridad jurídica, como, reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional entre otras en STCo 09.05.94 (RCL 1994\135) y las que cita. De igual modo, por el principio de cosa juzgada material, se trata de evitar – en aras de la seguridad jurídica la repetición indefinida de litigios sobre el mismo asunto -, (SSTS 06.12.82 [RJ 82\7.462] y 23.03.90 [RJ 1990\1.724]), de modo que, como declara la STS de 17.01.97 (RJ 1997\138) "no es admisible que en un segundo proceso se pueda desconocer o disminuir de cualquier manera lo reconocido en la sentencia anterior". En resumen, la cosa juzgada contemplada por el antiguo art. 1.252 del Código Civil es la llamada cosa juzgada material, que impone un efecto negativo o excluyente, recogido en la máxima "non bis in idem" que impide que sea sometida de nuevo a juicio una pretensión ya resuelta por sentencia firme en un proceso anterior; y un efecto positivo o prejudicial, determinante de la vinculación del Juez de otro proceso ulterior a aceptar las declaraciones jurídicas efectuadas en el primer proceso, con lo que, de una parte, se impide un nuevo ataque a la sentencia mediante un procesó ulterior que pretenda una declaración de su ineficacia y, de otra parte, se evita que las cuestiones resueltas sean reproducidas en un nuevo proceso, efecto negativo, y por último, se obliga al Juez de otro proceso ulterior a aceptar las declaraciones efectuadas por la sentencia en cuanto sean prejudiciales y conexas con las del proceso anterior, lo que aplicado al presente supuesto quiere decir que no cabe, ni por nueva demanda independiente, ni en ejecución de sentencia alterar el pronunciamiento firme de la resolución de 13.06.98, razones que avalan por sí solas la desestimación del motivo; b) en cuanto a los limites impuestos en la resolución recurrida en atención a las cantidades consignadas, y en cuanto a la invocada preferencia de créditos, se da por reproducidos los argumentos expuestos en el primero de los fundamentos apartado B.II) en toda su extensión, lo que implica la desestimación del motivo en los términos que se dirá. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que estimando en parte los recursos planteados por el letrado don A.M.R., en nombre y representación de don A.C.P. y veinte ejecutantes mas, y por la letrada doña M.F.P., en nombre y representación de don A.N.C. y otros ejecutantes, así como por el letrado don E.C.M., en representación de "K.G., S.L.", contra el auto dictado el 15.01.03 por el Juzgado de lo Social Nº 5 de Vigo en la ejecución Nº 106/98 y acumuladas, que ratifica la resolución precedente de 02.09.02, con revocación parcial de dichas resoluciones declaramos que: 1.- La responsabilidad de "K.G., S.L.", es de índole solidaria con las mercantiles condenadas "N.A., S.A.", "N.M.O., S.L.", "N.M.S., S.A." y "N.G.B., S.L.", para responder frente a los trabajadores de la empresa "V.P.V., S.L." que prestaban sus servicios a bordo de los buques: a) "C.H.", "V.P.S.", "C.M.T." propiedad de "N.A., S.A."; b) "E." propiedad de "N.M.O., S.L."; c) "V.C." propiedad de "N.M.S., S.A."; d) "C.", propiedad de "N.G.B., S.L.", por haber adquirido dichos buques de tales mercantiles, en iguales términos en que estas fueron condenas en la sentencia de 13.06.98 de esta Sala.

2.- Que la responsabilidad de "K.G., S.L.", y de las mercantiles citadas en la sentencia de 13.06.98 no se halla limitada ni condicionada por las cantidades que aquellas consignaron ante este Tribunal para recurrir en Casación la mentada resolución.

3. – Que desestimamos en el resto los recursos planteados por los recurrentes, confirmando en parte las resoluciones recurridas.

4.- Una vez firme esta resolución devuélvase a "K.G., S.L." el depósito constituido para recurrir.

3935 S.CA

Recurso nº 7.239/2001

OBSTRUCIÓN AO LABOR INSPECTOR AO NON FACILITAR DATOS COMPLETOS DAS PERSOAS QUE SE ATOPABAN NO CENTRO DE TRABALLO A PESAR DA SÚA RECOÑECIDA ANTIGÜIDADE NA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a treinta de julio de dos mil cuatro

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 7.239/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.B., S.A.", con D.N.I. número…, domiciliado en A Coruña, representado por doña M.A.G.G. y dirigido por el Letrado don P.T.L., contra Resolución de 09.01.01 desestimando el recurso interpuesto contra otra de la Dirección Gral. de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora; expte. 37/00 A.O. 360/00; 8.135/00. Es parte la administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 24.041 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 29 de junio de 2004, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de 9 de enero de 2001, del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, que desestima recurso de alzada interpuesto contra resolución la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 15 de junio de 2000, de imposición de sanción por importe de cuatro millones de pesetas, propuesta en acta de infracción número 360/00, incoada a la empresa "P.B., S.A." por infracción del artículo 49.3.1 de la Ley 8/88, que tipifica como falta muy grave las acciones u omisiones del empresario, sus representantes o personas de su ámbito organizativo, que tengan por objeto impedir la entrada o permanencia en el centro de trabajo de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y de los Subinspectores de empleo, así como la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad.

II.- Fundamenta la entidad recurrente su pretensión de nulidad en la única alegación de que de los concretos hechos que se recogen en el acta de infracción, y que no niega, no puede desprenderse en modo alguno que haya existido obstrucción a la labor inspectora, por no darse una negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encontraban en dicho centro realizando una actividad, pues "en cumplimiento del primer requerimiento efectuado los empresarios comparecieron en las oficinas de la Inspección de Trabajo y presentaron la lista de las nueve personas que estaban ese día en la nave, presentando los datos completos de las personas conocidas … aportando los datos que poseían de las demás personas", no pudiendo tacharse de obstrucción el no facilitar los datos desconocidos.

Tal alegación no puede estimarse, pues aún siendo obvio que no se puede identificar a personas que no se conocen, lo cierto es que en el presente caso, donde se admite que nueve personas se encontraban en el centro de trabajo realizando la actividad descrita en el acta, no puede sostenerse que los representantes de la empresa desconocían a tales personas cuando proporcionaron los nombres completos de dos de ellos y facilitaron como datos de los demás los de R.C., A.R., M.M., H., J.I., J.C. y J.V. Conocedores de estos últimos datos, claramente insuficientes para identificar a tales personas ante la Inspección de Trabajo, no habrían de tener gran dificultad los representantes de la empresa para obtener y aportar más datos identificativos de dichas personas cuando en el momento de la visita inspectora los socios de la empresa manifestaron que todos ellos eran antiguos trabajadores de la misma y cuando en la propia demanda se afirma por la representación legal de la recurrente que todas ellas se encontraban relacionadas con el mundo del puerto y de la mar, sector en el que precisamente desarrolla su actividad la entidad recurrente, por lo cual la actuación de los representantes de la empresa, ante el

requerimiento de la Inspección, de no aportar datos de identificación de esas personas, no puede por menos de constituir una obstrucción a la labor inspectora, de acuerdo con el artículo 49.3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, que expresamente la califica de infracción muy grave.

Por ello, y desprendiéndose racionalmente de la descripción fáctica descrita en el acta la existencia de la infracción que asimismo se indica en ella y de la que es responsable la entidad sancionada, se hace procedente la desestimación del recurso.

III.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora doña M.A.G.G., en representación de la entidad "P.B., S.A.", contra resolución de 9 de enero de 2001, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que desestima recurso de alzada interpuesto contra resolución la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 15 de junio de 2000, de imposición de sanción derivada de acta de infracción número 360/00; no hacemos especial imposición de costas.

3936 Recurso nº 3.194/04

S.S. CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA EFECTUADA POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BAIXO A ROUPAXE DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS, QUE DETERMINA A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO IMPUGNADO.

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

A Coruña, a dieciséis de septiembre de dos mil cuatro

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. 3.194/2004 interpuesto por Consellería de Asuntos Sociais 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 A.A.I.C. en reclamación de despido siendo demandado Consellería de Asuntos Sociais en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 142/04 sentencia con fecha veinte de abril de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimo la demanda.

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

"Primero.- Probado que el actor vino prestando servicios para la administración demandada como personal laboral, con una antigüedad que data de 22.09.03, ostentando la categoría profesional de psicólogo, grupo I, categoría 6 percibiendo una remuneración de 1.990,66 Euros, incluida la prorrata de gratificaciones extraordinarias. Segundo.- Suscribió con la demandada un contrato para obra o servicio determinado teniendo por objeto"…desenvolvemento do programa de modernización dos Servicios públicos de emprego como titores de emprego", con duración de 22.09.03 a 31.12.03. Con fecha 31 de diciembre de 2003 la administración le comunicó el cese. Tercero.- Según documental aportada, el trabajo de tutor consistiría en: " Determinar con cada una de las personas que se le asignen, su itinerario de inserción, establecer fases de cumplimiento de ese itinerario y realizar un seguimiento continuo de casa usuario. El número de entrevistas que mantendrá con cada persona variará en función del perfil y de las características e cada una, y será el tutor de empleo quién lo determine. Antes del fin del programa para el año 2003, cada tutor deberá remitir a los servicios centrales del Servicio Galego de colocación una memoria de las actuaciones llevadas a cabo con cada uno de los usuarios que el fueron asignados". Cuarto.- El actor, durante la vigencia de su relación laboral, realizó los siguientes cometidos: información de cara al público sobre prestaciones por desempleo a posibles beneficiarios, entrevistas de clasificación a a demandantes de empleo, tenía asignado programa de

autorización. Tales cometidos se apartan del objeto del contrato ya que el programa para el que fue contratado consiste en la tutoría y seguimiento individualizado de un determinado número de desempleados preceptores de prestaciones por desempleo que se encuentren en la última fase de cobro a fin de facilitar su integración laboral, determinando su itinerario de inserción y estableciendo las fases de cumplimiento del mismo mediante un seguimiento constante de cada usuario. Quinto.- El actor no ostenta cargo sindical alguno. Fue agotada la vía administrativa previa."

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

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por don A.A.I.C. contra la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, debo declarar y declaro la improcedencia del despido del demandante realizado por la demandada el día 31.12.03; en consecuencia de tal declaración, debo condenar y condeno a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al actor en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que indemnice el actor en la cantidad de 820,74 Euros, con abono al actor de los salarios de tramitación desde la fecha del despido 31.12.03 hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 66,35 Euros/día, advirtiéndole que de no efectuar la opción en el indicado plazo, 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.- 1.- La sentencia de instancia estimó la demanda formulada por despido frente a la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, sobre la base –declarada probada– de que: (a) el actor suscribió contrato para obra o servicio determinado por el periodo 22.09.03 a 31.12.03; (b) que el objeto del contrato se definía como «desarrollo del programa de modernización de los servicios públicos de empleo como tutor de empleo» y su concreto trabajo consistiría en «determinar con cada una de las personas que se le asignen, su itinerario de inserción, establecer fases de cumplimiento de ese itinerario y realizar un seguimiento continuo de cada usuario. El número de entrevistas que mantendrá con cada persona [...] será el tutor quien lo determine [...] cada tutor deberá remitir [...] una memoria de las actuaciones llevadas a cabo con cada uno de los usuarios que le fueron asignados»; y (c) durante su relación laboral, el actor llevó a cabo información de cara al público sobre prestaciones de desempleo a posibles beneficiarios y entrevistas de clasificación a demandantes de empleo.

2.- Frente a esta sentencia, que declaró que el cese del actor en 31.12.03 integraba despido improcedente, la demandada formula recurso en el que se limita a denunciar la infracción de los arts. 15.1.a) y 56 ET, así como del art. 2 RD 2.729/1998, de 18 de diciembre.

SEGUNDO.- 1.- Es doctrina unificada y aplicable a la contratación –en general– de personal por parte de las Administraciones Públicas (SSTJ Galicia 24.06.94 R. 2.493/94, 02.04.96 R. 4.803, 20.11.96 R. 2.308/94, 26.03.98 R. 532/98, 11.11.98 R. 2.670/98, 12.03.99 R. 1.267/96, 12.11.99 R. 4.546/99, 18.02.00 R. 277/00, 04.04.01 R. 1.416/01, 21.09.02 R. 1.305/99, 17.07.03 R. 3.231/00 y 02.10.03 R. 3.848/03) la que a continuación se resume.

2.- Cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios –en el sentido a que se refiere el art. 1.2 del ET– y celebran contratos temporales, el principio de legalidad establecido por el art. 9.1 CE les lleva a sujetarse la normativa general, coyuntural o sectorial, debiendo someterse –con el mayor rigor posible– a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo (SSTS 13.10.99 Ar. 7.493, 17.03.98 Ar. 2.682...). Porque en general, las AAPP están sometidas al ordenamiento laboral cuando actúen como parte de un contrato de trabajo (STC 205/1987, de 21de diciembre), siendo así que «la mención que, sin mayores precisiones, hace el art. 19 de la Ley para la reforma de la Función Pública al personal laboral, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios [art. 1.2 ET] celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstan-

cias concurrentes en cada caso. Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del art. 9.1. de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La repercusión del citado art. 19 de la ley para la reforma de la Función Pública en la relación individual de trabajo se limita, por tanto, al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración» (STS 18.03.91 Ar. 1.875, con cita de las 07.03.88 Ar. 1.864, 18.07.89 Ar. 5.873 y 11.02.91 Ar. 822; reitera la doctrina, la 07.10.92 Ar. 7.621)

3.- Con carácter general se ha mantenido que el fraude de Ley –SSTS 04.07.94 Ar. 6.332, 02.11.94 Ar. 10.336, 17.05.95 Ar. 4.445, 18.05.95 Ar. 5.355 y 10.10.95 Ar. 7.678– es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades en la constitución de la relación jurídica y requiere una clara voluntad de eludir un mandato imperativo, por lo que los defectos en la contratación no conllevan la aplicación del art. 6.4 CV, sino tan sólo en el supuesto de que resulten demostrativos de aquella voluntad de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (a modo de ejemplo, la STS de 04.04.90 Ar. 3.104); y la alegación de que existió fraude por parte de la Administración en este particular está sometida a la carga de la prueba que compete a quien la aduce, conforme al art. 1.214 CC (STS 24.09.98 Ar. 7.303). Pero también se ha dicho –tratándose de Administraciones Públicas– que el fraude no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal –«dolus malus»– sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica temporalidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada, o lo que es igual, el fenómeno descrito en el art. 6.4 CC (SSTS 20.03.02 Ar. 5.284 y 06.05.03 Ar. 5.765). Y en todo caso se ha afirmado que la sucesiva contratación temporal infringiendo la normativa sobre la misma constituye fraus legis, sin necesidad de acreditar elemento subjetivo adicional (SSTS 29.03.93 Ar. 2.218 y 20.01.03 Ar. 1.986)

4.- La equivocada utilización de una modalidad contractual no comporta la existencia de un fraude de ley y su transformación en vínculo de duración indefinida. En concreto, el «error iuris» sobre la causa justificativa del contrato de trabajo de duración determinada que se ajusta a la situación objetiva de la organización de trabajo (que puede producirse y se produce de hecho con cierta frecuencia ante la pluralidad de modalidades de contratación) no da lugar, según jurisprudencia reiterada, a la calificación de fraude de ley [SSTS 04.07.94 Ar. 6.332; 02.11.94 Ar. 10.336, 17.05.95 Ar. 4.445; 18.05.95 Ar. 5.355; 15.06.95 Ar. 5.357; 10.10.95 Ar. 7.678]» (STS 16.01.96 Ar. 191 AMV).

5.- Las posibles irregularidades que afecten a la referida contratación de personal al servicio de las AAPP no necesariamente determinan la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo, no bastando con que concurra una simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, sino que es preciso que se incurra en un defecto esencial que lleve a hacer subsistir la relación laboral más allá del tiempo pactado. Y con carácter general interpretativo ha de tenerse en cuenta que el interés general y la previsión constitucional sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (arts. 14 y 23 CE), han determinado que el ET y sus normas de desarrollo no sean los únicos preceptos aplicables a la contratación laboral de las personas públicas y que muchas otras leyes establezcan determinadas limitaciones sustantivas y de procedimiento que vienen a establecer un auténtico régimen especial de contratación laboral cuando el empleador es una Administración Pública; y estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades en las contrataciones o en las asignación de funciones no pueden dar lugar a consecuencias que vulneren reglas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo y la reserva funcionarial, de manera que ante la eventual existencia de una concurrencia conflictiva entre las normas laborales y las específicas que regulan la contratación de las Administraciones Públicas deben prevalecer estas últimas, en atención a su carácter de normas especiales (SSTS 29.05.00 Ar. 4.804, 08.02.00 Ar. 1.744, 20.10.99 Ar. 8.401 y 20.01.98 Ar. 1.000). Pero que las irregularidades graves en las contrataciones laborales cometidas por las Administraciones Públicas pueden determinar la conversión del vínculo en indefinido, sin que a ello se oponga el artículo 103.3 de la Constitución (SSTS 11.03.91 Ar. 822; 18.03.91 Ar. 1.875; 31.01.92

Ar. 142; 06.05.92 Ar. 3.516; 18.05.92 Ar. 3.564; 20.06.92 Ar. 4.602; 27.07.92 Ar. 5.663; 23.10.92 Ar. 7.676; 26.10.92 Ar. 7.842; 30.03.93 Ar. 1.653; 22.09.93 Ar. 7.026; 03.11.93 Ar. 8.539; 24.01.94 Ar. 865).

TERCERO.- 1.- Ya más específicamente sobre el contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada –así, las SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– tiene indicado que sus requisitos 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» (STS 21.03.02 Ar. 5.990, que cita las 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 y las que en ellas citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2.104/1984, 2.546/1994 y 2.720/1998. Y a ellas cabe añadir, las de 05.12.96 Ar. 9.640, 20.01.98 Ar. 4, 19.07.99 Ar. 5.797, 21.09.99 Ar. 7.534, 23.09.02 Ar. 2003\704. Y recordando tal criterio jurisprudencial, las SSTSJ Galicia 12.03.99 R. 1.267, 08.10.99 R. 3.921/96, 12.11.99 R. 4.277/96, 15.02.00 R. 5.149/96, 24.02.00 R. 5.583/96, 20.10.00 R. 1.839/97, 07.12.00 R. 3.312/97, 20.09.01 R. 3.892/01, 12.09.02 R. 3.594/02, 21.09.02 R. 1.305/99, 28.02.03 R. 176/03, 06.03.03 R. 398/03, 02.10.03 R. 3.848/03, 20.12.03 R. 2.343/01, 15.04.04 R. 9.31/04 y 31.05.04 R. 1.861/04).

2.- La doctrina se atenúa –STS 23.09.02 Ar. 2003\704– en supuestos de prestación de servicios bajo esta modalidad cuando el empresario realizaba una contrata, pues –SSTS 15.01.97 Ar. 497, 18.12.98 Ar. 307, 28.12.98 Ar. 387, 06.06.99 Ar. 5.209 y 20.11.00 Ar. 1.422–, aunque en estos casos «no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización», se aprecia, sin embargo, la concurrencia de «una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste» (STS 22.10.03 Ar. 8.390, citando literalmente la precedente 06.06.99 Ar. 5.209).

A lo que se añade que «no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa [arrendamiento de servicios de transportes], porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo» (STS 22.10.03 Ar. 8.390).

3.- 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. 2.2.a) citado en orden a 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 "determina-

do" 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». 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 2720/1998 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 (STS 26.03.96 Ar. 2.494, que reproduce la 21.03.02 Ar. 5.990; igual, 22.06.90 Ar. 5.507; 26.09.92 Ar. 6.816; 21.09.93 Ar. 6.892).

CUARTO.- 1.- Tratándose de contratación por parte de la Administración Pública, si bien el Tribunal Supremo admite que se acoja a la modalidad contractual del art. 15.1.a) 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. Las series de sentencias relativas tanto al INEM –de 07.10.92 [Ar. 7.621]), 16.02.93 [Ar. 1.174], 24.09.93 [Ar. 8.045], 11.10.93 [Ar. 7.587], 25.01.94 [Ar. 375], 10.11.94 [Ar. 8.604], 18.12.95 [Ar. 3.068], 23.04.96 [Ar. 3.398], 07.05.98 [Ar. 4.585]– como a los servicios de ayuda a domicilio –de 11.11.98 [Ar. 9.623], 18.12.98 [Ar. 1999\307], 28.12.98 [Ar. 1999\387]– y de prevención de incendios –de 10.06.94 [Ar. 5.422], 03.11.94 [Ar. 8.590, 10.04.95 [Ar. 3.038] y 11.11.98 [Ar. 9.623]– o a los casos de campamentos infantiles de verano –S. de 23.09.97 [Ar. 7.296]– y de guarderías infantiles en la campaña de la aceituna –SS. de 10.12.99 [Ar. 9.729], y 30.04.01 [Ar. 4.613]– evidencian que la Sala tuvo muy en cuenta, junto al dato de la existencia la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal. Y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos o guarderías infantiles, etc.) quedará suficientemente determinada y concreta. Sólo cuando ello ocurrió tuvo por configurada una situación plenamente incardinable en los preceptos antes citados. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, la Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención. (cfr. entre otras, las sentencias de 07.10.98 [2.709/1997], 05.07.99 [Ar. 6.443] y 02.06.00 [Ar. 6.890]). Pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones».

En todo caso, conforme a la misma doctrina jurisprudencial (SSTS 21.03.02 Ar. 5.990 y 10.04.02 Ar. 6.006), de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Lo confirma así la Ley 12/2001, de 9 de junio [Julio], que ha introducido un nuevo apartado, el e), en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, con el que se autoriza la extinción por causas objetivas de los contratos indefinidos formalizados por la Administración para la «ejecución de planes o programas públicos determinados», cuando su financiación proviene de ingresos externos de carácter finalista y deviene insuficiente para el mantenimiento del contrato de trabajo suscrito.

QUINTO.- Los precedentes criterios jurisprudenciales necesariamente llevan a rechazar el recurso interpuesto. Y ello –sucintamente– porque: (a) nos parece claro que la contratación tenía un objetivo –modernización de los Servicios Públicos de Empleo– calificable como «permanente» para la Consellería demandada, con lo que venía a excluirse la correcta utilización de la figura temporal de contrato para obra o servicio determinado, tal como en su día habían informado los Servicios Jurídicos de la Xunta de Galicia (folios 39 a 43); (b) en todo caso, la circunstancia de que el recurso no hubiese instado formalmente la revisión de los HDP deja incólume la decisiva afirmación de instancia respecto de que el trabajo desarrollado por el actor no fue precisamente el que era objeto contratado, sino otro diverso y de diaria ejecución en la oficina de destino; (c) el dato en forma alguna se altera por el hecho de que en el escrito de formulación se hagan disquisiciones críticas de tal ase-

veración judicial, que al no dirigirse a concreta revisión fáctica ninguna trascendencia pueden alcanzar; y (d) la relevancia de tales distorsiones –sobre el objeto legal del contrato de servicio determinado y sobre el objeto pactado– suponen una esencial irregularidad, con objetivo fraude de Ley, que necesariamente llevan a atribuir la cualidad de indefinido al vínculo pactado con formal temporalidad. Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la Xunta de Galicia (Consellería de Asuntos Sociais), confirmamos la sentencia que con fecha 20.04.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Ourense, a instancia de don A.A.I.C. y por la que se acogió la demanda formulada.

3937 Autos nº 10/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. COMPLEMENTO DE SINGULARIDADE DO POSTO DE TRABALLO. NON SE PRECISA INCLUSIÓN EXPRESA NA RELACIÓN DE POSTOS DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a diecisiete de septiembre de dos mil cuatro

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. 10/04, seguidos a instancia de Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT-Galicia) contra Xunta de Galicia, Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, Confederación Intersindical Galega, Confederación de Empresarios de Galicia, Sindicato USO y CSI-CSIF, siendo el objeto del litigio conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 25 de junio de 2004 tuvo entrada en esta Sala de lo Social, demanda de Conflicto Colectivo formulada por la Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT-Galicia) contra la Xunta de Galicia, y previa su admisión a trámite, se requirió a la actora para que en el plazo de cuatro días concretase extremos contenidos en el segundo Otrosí de la demanda. El 7 de julio siguiente se presentó escrito ampliando la demanda contra el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, Confederación Intersindical Galega, la Confederación de Empresarios de Galicia, USO y CSI-CSIF, admitiéndose a trámite la misma y citándose a las partes para comparecer al acto de juicio que tuvo lugar el día 9 de septiembre, asistiendo al mismo el Letrado Sr. B.L., en representación de UGT-Galicia y por la parte demandada, el Sr. Letrado de la Xunta de Galicia y Letrado Sr. V.G. por el CSIF, no compareciendo las restantes interesadas. Finalizado dicho acto quedó visto para sentencia.

Hechos probados

PRIMERO.- El IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, 2001/2004, negociado con los sindicatos UGT, CCOO, CIG y CSI – CSIF, establece, en su artículo 26, rubricado "complementos salariais", apartado 3, rubricado "complemento de singularidade do posto", lo siguiente:

"Complemento de singularidade de posto: é o complemento salarial que, na contía que para cada posto de traballo, se é o caso, figura na correspondente relación de postos de traballo, retribúe as especiais dificultades materiais e técnicas que esixa o desempeño do posto de traballo de acordo cos seguintes conceptos:

3.1. Especial dedicación: corresponde ó persoal que, polas características do seu posto de traballo, teña modificacións constantes da súa xornada e/ou cumprimento do seu horario, ben en xornada partida ou en quendas que alternen cada unha das xornadas de mañán, tarde, ou mañán, tarde e noite, de acordo co establecido nas relacións de postos de traballo.

3.2. Responsabilidade: correspóndelle ó persoal que polo posto de traballo que ocupa, realice funcións de coordinación ou mando, ou se lle esixa unha responsabilidade de cualificada complexidade que, sen corresponder a mando orgánico, exceda do normal esixible á súa categoría profesional, como por exemplo a conducción habitual de vehículos

cando sexa función propia da categoría á que pertence o traballador/a.

3.3. Dirección: retribúe o exercicio de funcións de dirección ou suddirección dun centro de traballo. A percepción deste complemento resultará incompatible co de responsabilidade.

3.4. Perigosidade, toxicidade, penosidade e outras condición especiais do posto.

O dereito ó complemento de singularidade de posto só será efectivo a partir da súa inclusión na relación de postos correspondente.

A contía do complemento de singularidade de posto non poderá exceder do 32% do salario base bruto en cómputo anual atribuido a cada grupo profesional na correspondente lei de orzamentos.

Este complemento determinarase para cada posto de traballo por un procedemento que se iniciará por escrito da Consellería propoñente dirixido á Dirección Xeral da Función Pública con fin de que este centro directivo convoque unha mesa do Comité Intercentros na que a Consellería propoñente motivará e exporá as razóns da dita proposta".

Por su lado, la Disposición Transitoria 8ª establece que "na nova estrutura salarial enténdense comprendidos tódolos complementos salariais que con anterioridade estiveran recoñecidos nas relacións de postos de traballo ou por sentencia ou resolución administrativa, quedando substituidos os pluses de perigosidade, toxicidade e penosidade así coma outros, dende que se publiquen as novas relacións de postos de traballo nas que se determinen os complementos que correspondan para cada posto", y que "en todo caso a contía económica percibida polo/a traballador/a nunca será inferior á que viña percibindo polos mesmos conceptos, agás que o/a traballador/a cambie de posto ou varíen as circunstancias do posto de traballo".

SEGUNDO.- La Xunta de Galicia no reconoce el complemento salarial de singularidad de puesto de trabajo a aquellos/as trabajadores/as cuyo puesto de trabajo no tenga recogido ese complemento en la relación de puestos de trabajo.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1. El sindicato demandante, en el escrito aclaratorio y subsanatorio de defectos del inicial de demanda, concretó el suplico de la acción ejercitada en el sentido de solicitar "(se) declare el derecho de los trabajadores afectados por el IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia a percibir los complementos establecidos en el artículo 26.3 del mismo, si objetivamente reúnen los requisitos que en Convenio se determinan para acceder a cada uno de los complementos en el mismo contenido y ello con independencia de que figuren o no incluidos en la relación de puestos de trabajo los mismos, dado que es competencia exclusiva del orden jurisdiccional social el resolver los conflictos surgidos, en el caso que nos ocupa, entre la Administración autonómica y su personal laboral, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración con lo demás que sea oportuno".

2. Celebrado el acto del juicio oral, la Xunta de Galicia, empleadora demandada, interpone la excepción de inadecuación de procedimiento y, subsidiariamente, solicita la desestimación de la demanda rectora de actuaciones.

Los demás sindicatos firmantes del convenio, todos ellos citados, sin embargo no comparen, salvo CSI – CSIF, que se adhirió al suplico de demanda.

SEGUNDO.- A la vista de las diferentes posturas de las partes litigantes, es necesario analizar la excepción de inadecuación de procedimiento y, de ser rechazada como así lo será, se entrará entonces en el análisis del fondo litigioso.

TERCERO.- 1. En cuanto a la excepción de inadecuación de procedimiento interpuesta por la Xunta de Galicia, se argumenta que, a la vista del suplico de la demanda y de su posterior aclaración, lo reclamado, esto es "el derecho de los trabajadores afectados por el IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia a percibir los complementos establecidos en el artículo 26.3… con independencia de que figuren o no incluidos en la relación de puestos de trabajo", supone contravenir la letra de dicho artículo, y, en consecuencia, se pretendería la modificación –no la interpretación- de una norma colectiva, de donde estaríamos ante un conflicto de intereses que, al no ser jurídico, no sería canalizable a través del proceso de conflicto colectivo que, por definición, canaliza conflictos jurídicos, y así ciertamente lo afirma el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral cuando establece que "se tramitarán a través del presente proceso 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".

2. Tal excepción parte de una interpretación previa del convenio colectivo, que da por válida, y es la de que, en el artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, se vincula el devengo del complemento litigioso a su inclusión en la relación de puestos de trabajo, cuando, con la letra de la norma, se podría entender –y, en este sentido, se han desenvuelto argumentaciones en el acto del juicio oral a las cuales se dará contestación en el Fundamento de Derecho Séptimo- que, lo vinculado a esa inclusión, no es el devengo sino la cuantía de dicho complemento, lo cual nos sitúa, sin más argumentos, ante la necesidad de interpretar la norma colectiva.

3. Además la excepción es rechazable al partir de una lectura parcial y no contextual del suplico de la demanda, después aclarado en posterior escrito.

Parcial porque, si se lee íntegramente, lo reclamado en el suplico aclarado de la demanda se condiciona a "si objetivamente (los trabajadores) reúnen los requisitos que en Convenio se determinan para acceder a cada uno de los complementos", y el inciso final "con independencia de que figuren o no incluidos en la relación de puestos de trabajo" se entiende en el sentido de impedir que, por la exclusión en la relación de puestos de trabajo, se elimine cualquier eventual reclamación judicial en el orden social del complemento aún cuando se reúnan los demás requisitos establecidos en el Convenio Colectivo.

No contextual porque, si se lee la demanda y su escrito de aclaración, y si se considera lo alegado en el acto del juicio oral, se entiende la pretensión del sindicato demandante en el sentido de evitar que, ante una reclamación individual del complemento, la empleadora –y eventualmente los órganos judiciales sociales- lo pueda denegar sin más argumento que su no inclusión en la relación de puestos de trabajo, sin perjuicio, ciertamente, de reconocer el derecho de impugnar esa no inclusión del complemento en la vía contenciosa administrativa. La afirmación contenida en el suplico aclarado de la demanda de que "es competencia exclusiva del orden jurisdiccional social el resolver los conflictos surgidos, en el caso que nos ocupa, entre la Administración autonómica y su personal laboral", aunque impropia de un suplico –al resultar razonamientos propios de los fundamentos jurídicos de la demanda-, se explica en ese contexto como un contra argumento para el argumento de la empleadora.

4. Una lectura íntegra y contextual del suplico de la demanda, después aclarado en posterior escrito, nos permite concluir que lo reclamado es tanto declarar la corrección de una concreta interpretación del convenio colectivo, que convierte en irrelevante a los efectos de reconocimiento del complemento de singularidad del puesto de trabajo su inclusión en la relación de puestos de trabajo, como declarar la incorrección de una concreta interpretación del convenio colectivo, que es la que, en la práctica, está aplicando la Xunta de Galicia y que se sustenta en la imposibilidad de discutir, en la vía jurisdiccional social, si la relación de puestos de trabajo debe o no incluir el complemento reclamado, y, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, establecer si una concreta interpretación del convenio colectivo es correcta y si otra concreta interpretación del convenio colectivo, que es además la interpretación aplicada por la empleadora, es incorrecta, es objeto litigioso perfectamente canalizable a través del proceso de conflicto colectivo.

CUARTO.- En cuanto al análisis del fondo litigioso, atendiendo al suplico de la demanda aclarado en posterior escrito, se trata de determinar si el artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, cuando, aparte otros requisitos, vincula el complemento de singularidad del puesto de trabajo a su inclusión en la relación de puestos de trabajo, impide, si no se impugna en la vía contencioso administrativa esa relación de puestos de trabajo, la reclamación del complemento en la vía administrativa previa y en la vía jurisdiccional social, aunque se reúnan los demás requisitos exigidos para el devengo de dicho complemento en el referido Convenio –interpretación sustentada por la empleadora demandada-, o no impide, aunque no se impugne en la vía contencioso administrativa esa relación de puestos de trabajo, la reclamación del complemento en la vía administrativa previa y en la vía jurisdiccional social, debiendo analizar si se reúnen los demás requisitos exigidos para el devengo de dicho complemento en el referido

Convenio –interpretación sustentada por el sindicato demandante y por el otro compareciente en juicio-.

QUINTO.- Al abordar el análisis de la cuestión de fondo, vamos a estudiar, de manera separada y de modo sucesivo, la eventual corrección o incorrección de las dos interpretaciones contrapuestas, la sustentada por la empleadora –en el Fundamento de Derecho Sexto- y la sustentada por el sindicato demandante y por el otro compareciente en juicio –en el Fundamento de Derecho Séptimo-.

SEXTO.- 1. Previamente al estudio de la eventual corrección o incorrección de la interpretación sustentada por la empleadora, se debe destacar que, para determinar la competencia del orden social, lo decisivo es la aparición del conflicto en el ámbito de la relación laboral entre trabajadores y Administración Pública –artículo 1 y 2.1.a) de la Ley de Procedimiento Laboral y artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, y, si esto es así, el orden social extenderá su competencia a cualquier cuestión prejudicial contenciosa administrativa –artículo 4 de la Ley de Procedimiento Laboral-, como lo sería la de determinar si el complemento salarial de singularidad del puesto de trabajo debiera estar incluido –aunque efectivamente no esté incluido- en la relación de puestos de trabajo.

Ciertamente, la impugnación judicial de la relación de puestos de trabajos es una competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo porque *"las relaciones de puestos de trabajo son el instrumento técnico a través del cual se realiza por la Administración, sea la estatal, sea la autonómica, sea la local, la ordenación del personal"* –Sentencia de 08.05.98, R. 2.990/1997, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo-, aunque ello no impide, en modo alguno, la aparición de la cuestión prejudicial ante el orden jurisdiccional social.

En la dogmática procesal, el propio concepto de cuestión prejudicial nos remite a una cuestión discutida en un litigio ante un determinado orden jurisdiccional que es necesario resolver como presupuesto previo de la cuestión principal suscitada en ese litigio, y que, si se planteara independientemente, sería una cuestión susceptible de provocar un litigio ante otro orden jurisdiccional. Nuestras leyes vigentes acogen, como norma general de solución de las cuestiones prejudiciales, el llamado principio de colaboración jurisdiccional, de significado contrario al llamado principio de separación jurisdiccional, como se ratifica, en el ámbito laboral, en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Laboral.

2. Así deslindadas las competencias entre lo social y lo contencioso administrativo, es imposible que, a través de un convenio colectivo, se modifique esa competencia judicial que, con carácter de orden público, se establece en desarrollo de una ley orgánica, según los artículos 24 y 122 de la Constitución.

3. Así deslindadas las competencias entre lo social y lo contencioso administrativo y así recordado el carácter imperativo de las normas de atribución de competencias, el artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia no se puede interpretar en el sentido de que, cuando vincula el complemento de singularidad del puesto de trabajo a su inclusión en la relación de puestos de trabajo, está impidiendo, si ese complemento no está incluido en la relación de puestos de trabajo, su reclamación en la vía social y está reservando a la jurisdicción contenciosa administrativa –a través de la oportuna impugnación de la relación de puestos de trabajo- la competencia para el reconocimiento de ese complemento, simplemente porque, en primer lugar, esa conclusión no se deduce de manera expresa de la norma colectiva objeto de interpretación, siendo totalmente factibles otras diferentes interpretaciones no contrarias a ninguna norma imperativa de atribución de competencias judiciales, y, en segundo lugar, no deduciéndose esa conclusión de manera expresa resulta ilógico considerar, de manera tácita, que los negociadores de un convenio colectivo, que además ha superado todos los controles de legalidad, quisieran un resultado contra legem.

4. Cuando el artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia vincula el complemento de singularidad del puesto de trabajo a su inclusión en la relación de puestos de trabajo no impide que, como cuestión prejudicial, se decida, en la vía administrativa previa y/o en la vía jurisdiccional social, sobre si debiera estar incluido, de modo que, si ello se verifica en la vía administrativa previa, la empleadora demandada, por propia coherencia y como norma general –entrando además en juego lo dispuesto en el último párrafo del apartado 3 del artículo 26 del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia de que "este complemento determinarase para cada posto de traballo por un proce-

demento que se iniciará por escrito da Consellería propoñente dirixido á Dirección Xeral da Función Pública con fin de que este centro directivo convoque unha mesa do Comité Intercentros na que a Consellería propoñente motivará e exporá as razóns da dita proposta"- , debería iniciar el trámite de modificación de la relación de puestos de trabajo, y, si no se verifica, no podrá, ante una eventual reclamación judicial, alegar eficazmente que, en la relación de puestos de trabajo, no está incluido el litigioso complemento salarial de singularidad del puesto de trabajo.

SÉPTIMO.- 1. Sin embargo, la cuestión litigiosa no se acaba en determinar la incorrección de la interpretación del artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, sino que, además, obliga a determinar si la interpretación sustentada en la demanda rectora es la correcta, y que, recordémoslo, es una interpretación que pretende prescindir de la referencia a la inclusión del complemento de singularidad del puesto de trabajo en la relación de puestos de trabajo como determinante del devengo del referido complemento, argumentando en sus escritos y en sus alegaciones orales –unas argumentaciones asumidas y en ocasiones reforzadas por el otro sindicato comparecido en el acto del juicio oral-, en primer lugar, que, en la literalidad de la norma, la inclusión de ese complemento en la dicha relación más parece pensada para fijar su cuantía que para fijar el derecho al complemento, segundo, que, cuando se analiza como cuestión prejudicial si debiera ese complemento estar o no incluido, lo único a analizar en el fondo será si concurren los requisitos objetivos de devengo del complemento, en tercer lugar, que, de seguirse otra interpretación, se estaría dejando en manos de la empleadora el cumplimiento de sus obligaciones, algo contrario, según las tesis de los dos sindicatos comparecientes, a las normas generales sobre contratación, y, en cuarto lugar, que esto último aparece reforzado, siendo la empleadora una Administración Pública, por los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de sumisión a la Ley y al Derecho.

2. Efectivamente, la literalidad del artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia –"é o complemento salaria que, na contía que para cada posto de traballo, se é o caso, figura na correspondente relación de postos de traballo, retribúe as especiais dificultades materiais e técnicas que esixa o desempeño do posto de traballo de acordo cos seguintes conceptos…"- empareja la inclusión del complemento en la relación de puestos de trabajo más con la cuantía que con su devengo, y esa inclusión es la que, en evitación de cuantías retroactivas o excesivas –y no directamente en evitación de concesiones indebidas-, facilita aplicar las cautelas contenidas en los dos párrafos anteriores al último del tan citado apartado 3 del artículo 26 del referido Convenio Colectivo sobre fecha de efectos –"o dereito ó complemento de singularidade de posto só será efectivo a partir da súa inclusión na relación de postos correspondente"- y sobre cuantía máxima –"a contía do complemento de singularidade de posto non poderá exceder do 32% do salario base bruto en cómputo anual atribuido a cada grupo profesional na correspondente lei de orzamentos"-. Por eso es, a juicio de la Sala, asumible el argumento, antes enumerado en primer lugar, utilizado al efecto en las alegaciones orales desenvueltas en el juicio oral por el sindicato demandante.

3. No le falta razón, además, al sindicato demandante –de conformidad con su argumento antes enumerado en segundo lugar- en que, aunque considerásemos la inclusión del complemento de singularidad del puesto de trabajo en la relación de puestos de trabajo como determinante del devengo, esa inclusión dependería de la concurrencia de las demás exigencias establecidas, para ese devengo, en el artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, de modo que, si decidimos como cuestión prejudicial sobre si debiera ese complemento incluirse en la relación de puestos de trabajo, estaremos decidiendo sobre si se dan o no esas exigencias.

4. Aunque, por acogimiento de las otras dos anteriores, las argumentaciones antes enumeradas como las dos últimas, no sean decisivas, sino a mayor abundancia, asimismo las acogemos, como no podía ser de otro modo al estar construidas, en gran medida, utilizando los fundamentos recogidos en la Sentencia –oportunamente citada en los escritos de alegaciones- de 19 de septiembre de 2003, Recurso 5.106/2000, de esta misma Sección y Sala, si bien las acogemos con ciertos matices, ya que, ni en ésta ni en aquélla Sentencia, se imputa a la empleadora un ejercicio arbitrario de las facultades de determinación de los puestos de trabajo con derecho al complemento a través de la relación de puestos de

trabajo, unas facultades además concedidas al amparo de la negociación colectiva, lo que, y este es el sentido en el cual se acogen esas argumentaciones enumeradas como las dos últimas, no excluye el riesgo de arbitrariedad, cuya prevención es especialmente significativa cuando se trate de empleadoras públicas sometidas a los principios constitucionales de legalidad, de ahí que, con estas argumentaciones antes enumeradas como las dos últimas, la solución alcanzada con las otras dos anteriores, aparezca claramente reforzada.

OCTAVO.- Por lo demás, en la Sentencia de 19 de septiembre de 2003, R. 5.106/2000, de esta misma Sección y Sala, habíamos expuesto, en gran medida, los argumentos desarrollados en los dos anteriores Fundamentos de Derecho –el Sexto y el Séptimo- con relación al complemento denominado "plus de convenio ó posto de traballo" establecido en el artículo 27.b).2 del III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, cuya redacción es semejante a la de la norma litigiosa –"é o complemento salarial que, na contía que para cada posto de traballo, no seu caso, figura na correspondente relación de postos de traballo, retribúa as especiais dificultades materiais e técnicas que esixa o desempeño do posto de traballo e, entre outras, a especial dedicación, responsabilidade, dirección e/ou conducción de vehículos"-.

NOVENO.- Resumiendo, la demanda será sustancialmente estimada, debiéndose interpretar el artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia en el sentido de que, si objetivamente un/a trabajador/a reúne los demás requisitos exigidos para acceder a un complemento de singularidad del puesto de trabajo, no se le denegará ese complemento por no figurar incluido en la relación de puestos de trabajo, sin deberse recoger, en la parte dispositiva, afirmaciones más propias de una fundamentación jurídica –como es la contenida en el suplico aclarado de la demanda de que "es competencia exclusiva del orden jurisdiccional social el resolver los conflictos surgidos, en el caso que nos ocupa, entre la Administración autonómica y su personal laboral"-.

DÉCIMO.- No se aprecia temeridad alguna en ninguna de las partes litigiantes, de donde no hay motivo para, de conformidad con el apartado 2 del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, la imposición de las costas.

Fallamos

Estimando sustancialmente la demandada interpuesta por el Sindicato UGT contra la Xunta de Galicia, llamando a juicio a los Sindicatos CCOO, CIG, CSI – CSIF y USO, y a la Confederación de Empresarios de Galicia, la Sala interpreta el artículo 26, apartado 3, del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia en el sentido de que, si objetivamente un/a trabajador/a reúne los demás requisitos exigidos para acceder a un complemento de singularidad del puesto de trabajo, no se le denegará ese complemento por no figurar incluido en la relación de puestos de trabajo, condenando a las partes a estar a lo declarado.

3938 **Autos nº 11/04**

S.S. AUDIENCIA AO DEMANDADO REBELDE. DOUTRINA XERAL E EVOLUCIÓN XUDICIAL. RELACIÓN CO INCIDENTE DE NULIDADE DE ACTUACIÓNS.

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

A Coruña, a diecisiete de septiembre de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los autos 11/04 seguidos a instancia de "B.G., S.L." contra don M.I.B. y don A.L.S.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En fecha 1 de julio de 2004 se presentó ante esta Sala demanda interpuesta por don L.G.B.A. en representación de la empresa "B.G., S.L." solicitando audiencia al demandado rebelde y la nulidad de las actuaciones practicadas en los autos 980/03 del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, a partir del momento de la presentación de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite. Se señaló para el acto de juicio el día 8 de septiembre a las 11,00 horas y se celebró con la

comparecencia de la empresa y del trabajador don A.L.S., con el resultado que consta en acta, habiéndose observado las prescripciones legales.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- En 05.11.03 fueron cesados en la Empresa "B.G., S.L." –formalmente por terminación de obra– los trabajadores don M.I.B. y don A.L.S., quienes presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC el día 21.11.03, haciéndose constar en aquélla como domicilio de la empresa el de «c/ M.», de A Coruña.

SEGUNDO.- Los entonces reclamantes tenían conocimiento de que el domicilio de la empresa era –ya a la sazón– el de «c/ C.», de A Coruña, pero la indicación de señas diversas se debió a que los servicios jurídicos a que los que habían acudido los trabajadores entendieron que la sede social era la que constaba en los contratos de trabajo y en las nóminas.

TERCERO.- Devuelta la citación por el Servicio de Correos, con la indicación de «desconocida», el acto de conciliación se tuvo «por intentada sin efecto», en 05.12.03.

CUARTO.- Tras el infructuoso acto, en 05.12.03 se presentó demanda en reclamación por despido, haciéndose ya constar como domicilio el –correcto– de la «c/ C.», de A Coruña; y por providencia de 12.12.03 se acuerda citar a las partes litigantes para los actos de conciliación y acto de juicio a celebrar en 27.01.04.

QUINTO.- Tras practicarse diligencia negativa de notificación y citación en 26.12.03, se requiera a la parte demandante –providencia de 13.01.04– para que aporte nuevo domicilio de la parte demandada. En 20.01.04, la entonces accionante manifiesta al Juzgado que «desconoce tal dato, por lo que solicita la citación de la empresa por medio de Edictos a publicarse en los Boletines Oficiales». Y se acordó nueva citación –providencia de 20.01.04– para celebración del acto de juicio en 27.02.04, lo que fue publicado en el BOP.

SEXTO.- Tras celebrarse los actos de conciliación y juicio en la fecha prevista, pero sin la comparecencia de la demandada, se dicta sentencia estimatoria de la pretensión y declaratoria de la improcedencia del despido; resolución judicial igualmente notificada a la empresa en forma edictal.

SEPTIMO.- En 09.03.04 la parte actora instó la ejecución del fallo, citándose a las partes –providencia de 11.03.04– para comparecencia en 22.04.04; citación que para la Empresa se hace nuevamente en forma edictal.

OCTAVO.- El incidente se celebra en la fecha señalada, sin que al mismo asistiese la empresa y se dicta Auto en 23.04.04, declarando extinguida la relación laboral y fijando las cantidades a percibir por los trabajadores en concepto de indemnización y salarios de trámite. (folio 39). Auto notificado a "B.G., S.L." en el BOP.

NOVENO.- En 10.05.04, la empresa presenta escrito en el que manifiesta que «no ha recibido citación en legal forma, no teniendo conocimiento ni del inicio del procedimiento ni de la sentencia ni de los pormenores del mismo». Se tiene a la parte por comparecida –providencia de 10.05.04– y se acuerda notificarle la sentencia y el auto de extinción del contrato de trabajo.

DECIMO.- Practicadas tales diligencias, en 14.06.04 la empresa anuncia recurso de Suplicación. Por Auto de 21.06.04 se acuerda no haber lugar al citado anuncio y proseguir «la ejecución en sus propios términos»; resolución frente a la que se formula recurso de reposición previo a la queja, que se rechaza por Auto de 07.07.04, y frente al que se formuló –efectivamente– recurso de Queja, desestimado por Auto de 16-9-04.

UNDÉCIMO.- En 01.07.04 se presenta demanda que expresamente se ampara en el art. 183 LPL, en relación con el art. 501 LEC, y en el que se solicita la audiencia al rebelde, con declaración de nulidad de todas las actuaciones judiciales practicadas.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La fijación de los hechos declarados probados que previamente se ha declarado obedece a la conformidad mostrada por las partes en sus respectivos alegatos –de absoluta concordia en el terreno fáctico– y siguiendo para determinadas precisiones el inequívoco registro que proporciona la documental obrante en el expediente.

SEGUNDO.- El relato de hechos –así conformado– nos lleva a rechazar la sentencia de rescisión pretendida, porque no estamos en presencia de ninguno de los supuestos que para tal procedimiento fija el art. 501 LEC, al que se remite –con referencia al precepto de

la derogada LEC/1881– el art. 183 LPL: ni estamos en presencia de fuerza mayor ininterrumpida que obstase la comparecencia de quien ha sido correctamente citado (ni tan siquiera se pretende), ni se trata de desconocimiento del pleito pese a la notificación –correcta– por cédula (aquí lo ha sido en forma edictal), ni de ignorancia de las actuaciones mediando citación –adecuada– edictal y ausencia del lugar (no es el caso de autos).

El supuesto objeto de enjuiciamiento sería: en primer lugar, el de defectuosa fijación de domicilio para un trámite preprocesal –el acto de conciliación ante Organismo administrativo–, lo que si bien pudiera tener indudable repercusión en orden a la posible suspensión del plazo de caducidad y a las consecuencias económicas atribuibles a un despido (cuestión ajena a lo que las partes plantean y a lo que razonablemente haya de tratar esta Sala en las presentes actuaciones), en forma alguna es identificable con los supuestos previstos en el referido art. 505 LEC y en ningún caso comporta la indefensión material en sede de jurisdicción que integra el sustrato del procedimiento por el que se acciona; y en segundo término, la cuestión a debate sería el de una posible defectuosa notificación edictal, tras un simple intento de notificación por el Agente judicial, lo que –de prosperar– en su caso habría de comportar la nulidad de actuaciones que reglamenta el art. 241 LOPJ, de «defectos de forma que haya causado indefensión», a formular frente al «mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza» y en el plazo de veinte días «desde la notificación de la resolución», siempre que «ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

TERCERO.- En justificación de lo precedentemente afirmado hemos de explicar, con la STS –dictada en Sala General– de 31.01.00 Ar. 1.326, que cita la previa de 11.10.99 Ar. 7.873, y en la que se mantiene la siguiente doctrina: «A) La llamada "audiencia del demandado rebelde" es un instituto que nuestro derecho vigente organiza de la siguiente manera. Primero, se parte de que el demandado se encuentra en una verdadera situación de rebeldía, es decir, fue "citado en forma", pero reaccionó "no compareciendo en juicio" (LECiv, artículo 281). Segundo, al rebelde se le permite que inste la rescisión de la sentencia firme dictada, y que, tras oírle, se pronuncie un nuevo fallo, pero una tal pretensión sólo es viable "en los casos concretos que se determinan" en la Ley (LECiv, artículo 773). Tales casos [...] enlazan con la manera en que se evacuó la citación: si fue personal, se precisa la concurrencia de una "fuerza mayor ininterrumpida" (artículo 774); si fue por cédula entregada a parientes u otras personas cercanas, se exige que la misma no llegara a poder del interesado "por causa no imputable" (artículo 776); si fue por edictos, se pide la ausencia del afectado, durante cierto tiempo, bien en el pueblo donde tuvo lugar el juicio, bien en aquel otro en que se publicaran eventualmente los edictos (artículo 777). Tal compleja regulación ha sido simplificada por la Ley de Procedimiento Laboral que [...] mantiene, como es lógico, la exigencia de que se hayan producido los supuestos y las condiciones previstas en la LECiv para conceder el derecho a que sea oída la parte ausente (sentencias de 14 de junio [RJ 1995\4.900] y 26 de julio de 1995 [RJ 1995\6.339] y 26 de junio de 1997 [RJ 1997\4.948]), entre ellas, la existencia de un emplazamiento previo y realizado conforme a las prevenciones legales.

B) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional aceptó originariamente la concepción legal de la audiencia al demandado rebelde (STC 81/1985 [RTC 1985\81] y otras posteriores). Pero luego proclamó la estrechez de ese marco y extendió la audiencia a casos en que había de remediarse una situación de indefensión. Esta tendencia aparece perfectamente definida en STC 15/1996 (RTC 1996\15); pero había apuntado ya en su STC 185/1990 y luego fue reafirmado en STC 134/1995 (RTC 1995\134); más recientemente, en STC 35/1998 (RTC 1998\35). En el fallo antes citado (STC 15/1996 [RTC 1996\15]) se nos advierte que, a la vista de la regulación contenida en la LECiv, ya referida más arriba, "no existe razón alguna por la que sólo se pueda hacer una interpretación literal, la cual llevaría a la conclusión de que la audiencia al rebelde supone necesariamente un emplazamiento previo y válido y la incomparecencia por parte de los emplazados. Esta afirmación, hecha sin ninguna matización, podría conducir a resultados arbitrarios y aun absurdos (...). Por ello, una interpretación conforme a la Constitución de la regulación de la audiencia al rebelde, conduce a aceptar su viabilidad para atender las pretensiones de rescisión de sentencias firmes por haberse desarrollado el proceso sin la intervención del demandado, siempre que ello constituya un supuesto de indefensión, lo mismo si ha existido un empla-

zamiento válido, obedeciendo la incomparecencia a causas extrañas que le impidieren comparecer, que si la indefensión está causada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el Juzgado o tribunal" (F. 2º).

C) La postura del Tribunal Constitucional está seguramente relacionada con la supresión del antiguo "incidente de nulidad de actuaciones", llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto; en la redacción dada al artículo 742 de la LECiv se decía que "será inadmisible el incidente de nulidad de resoluciones judiciales" y que los vicios eventualmente existentes "serán hechos valer a través de los correspondientes recursos". La LOPJ/1985 se mantuvo en idéntica línea en su artículo 240. Con lo cual, no existía cauce alguno para declarar la nulidad de un acto causante de indefensión una vez que "hubiere recaído sentencia definitiva", salvo el acudimiento al amparo constitucional.

D) Esta Sala IV asumió esa concepción extensiva del recurso de audiencia al demandado rebelde, como es de ver en las sentencias de 5 de octubre de 1998, 18 de diciembre de 1998 (RJ 1998\7.313), 5 (RJ 1999\2.748) y 29 de marzo (RJ 1999\3.759), 15 de junio (RJ 1999\5.586) y 11 (RJ 1999\7.873) y 29 de octubre de 1999 (RJ 1999\9.107), en relación con supuestos de evidente indefensión provocada directamente por la irregularidad del emplazamiento realizado por el órgano judicial.

E) La situación legal ha variado sustancialmente con la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre. [...] Se intenta así poner fin a 'la ya larga persistencia de una situación muy grave para los justiciables [...] El remedio no es otro que 'un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos'.

Atendidas tales consideraciones y a la vista de la normativa vigente, cabe concluir que no existe actualmente razón alguna para seguir manteniendo la interpretación extensiva del recurso de audiencia al rebelde, obligada en su día para evitar situaciones de indefensión, pero innecesaria ya desde el momento en que el legislador ha puesto a disposición de los justiciables, con el art. 240.2 de la LOPJ, un instrumento procesal hábil para obtener la tutela judicial efectiva que demandan las situaciones de indefensión por defectos formales, sin necesidad de violentar el sentido y alcance de los artículos 773 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil a los que se remite el art. 183 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Podemos pues afirmar que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997 la audiencia al rebelde ha recuperado su tradicional función y queda reservada para los casos en que la notificación edictal de la sentencia haya ido precedida de un emplazamiento realizado en forma legal, es decir por alguno de los medios previstos en los artículos 774 a 777 LECiv, que también recogen los arts. 56 y 57 LPL. Y que los supuestos de indefensión causada directamente por la irregularidad del emplazamiento, deben sustanciarse por la vía incidental abierta por dicha Ley Orgánica».

CUARTO.- 1.- En aplicación de la precedente doctrina –reiterada, entre otras, por las SSTS 22.11.00 Ar. 10.297, 19.12.00 Ar. 2001\828, 19.02.01 Ar. 2.806, 24.09.01 Ar. 8.715 y 26.12.01 Ar. 2002\2.206– hemos de rechazar la demanda de rescisión formulada ante esta Sala, afirmando también –con la STS 19.02.01 Ar. 2.806– que no es «posible la declaración de la inadecuación de procedimiento, pues el objeto de la pretensión ejercitada –la solicitud de la audiencia con retroacción de las actuaciones al momento anterior al acto de juicio– se corresponde con el que es propio de la audiencia al rebelde, aunque no sea correcta su fundamentación».

2.- De otra parte ha de destacarse que el art. 505 LEC –a la que se remite el art. 183 LPL– es contundente al afirmar que la sentencia recaída en procedimiento de audiencia al rebelde «no será susceptible de recurso alguno» (STS 14.04.03 Ar. 5.237).

2.- Y –finalmente- ha de tenerse en cuenta que la parte accionante no goza del beneficio de justicia gratuita y que conforme al art. 506 LEC «cuando se declare no haber lugar a la rescisión solicitada por el litigante condenado en rebeldía, se impondrán a éste todas las costas del procedimiento». En consecuencia,

Fallamos

Que rechazamos la audiencia al rebelde formulada por "B.G., S.L." y la retroacción de actuaciones practicadas en el procedimiento 980/2003, seguidos por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de A Coruña, a instancia de don M.I.B. y don A.L.S.

3939 **Recurso nº 1.135/02**

S.S. INCOMPETENCIA DE XURISDICIÓN. EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO E CONTINUACIÓN DE RELACIÓN MERCANTIL. CRITERIOS XERAIS DA DEPENDENCIA.

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

A Coruña, a veinte de septiembre de dos mil cuatro

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. 1.135/02, interpuesto por "L.H.E.T.T., S.L.", 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 P.L.A. en reclamación de SALARIOS, siendo demandado "L.H.E.T.T., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 628/01 sentencia con fecha 31 de diciembre de 2001, por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "El actor prestó servicios para la demandada mediante contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo para desempleados mayores de 45 años, suscrito el 2 de noviembre de 2000, con la categoría de Responsable de Delegación, y con un salario de 2.123.953 ptas, equivalentes a 173.996 mensuales prorrateadas.- SEGUNDO.- En fecha 2 de febrero de 2001, ambas partes estudian la posibilidad de pasar la relación a mercantil. Para ello el actor suscribe documento de finiquito en fecha citada, 28 de febrero de 2001, ingresándole en su cuenta la cantidad de 350.000 ptas, con fecha 3 de marzo, correspondientes a aquél. También se da de baja en la Seguridad Social, baja voluntaria.- TERCERO.- No obstante, durante el mes de marzo, siguió prestando servicios y realizando gestiones por cuenta de la empresa, hasta que el día 2 de abril recibe comunicación definitiva de aquélla para que haga entrega de las llaves y poderes, no debiendo volver a la oficina, lo que el actor hace el día 3.- CUARTO.- No existencia constancia de la suscripción de contrato mercantil alguno.- QUINTO.- La empresa le ha quedado adeudando la cantidad de 173.996 de salario de marzo, y 17.699 ptas. de abril, más 73.748 ptas. de vacaciones no disfrutadas".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, estimo en parte la demanda formulada por don P.L.A. y condeno a la empresa "L.H.E.T.T., S.L." a abonarle la cantidad de 265.443 ptas (1.595, 34 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.- 1.- En las presentes actuaciones, seguidas por reclamación salarial, el Magistrado de instancia ha estimado en parte la demanda y rechazado la excepción de incompetencia de jurisdicción que la empresa había alegado y que reitera en este trámite, pidiendo revisión de los HDP y denunciando la infracción de los arts. 1.1, 8.1 y 20 ET.

2.- La cuestión era incluso planteable de oficio, porque el carácter improrrogable de la jurisdicción (art. 9.6 LOPJ) y la naturaleza de orden público y de derecho necesario que corresponde a la competencia, determinan –SSTSJ Galicia de 27.04.95 R. 1.081/95, 14.02.96 R 402/96, 26.03.96 R. 3.912/93, 22.06.96 R. 2.645/96, 29.10.96 AS 3.614, 16.01.97 AS 7, 04.07.97 R. 2.466/97, 23.09.97 R. 3.394/97, 15.03.01 AS 371, 31.01.02 R. 6.357/01, 11.10.02 R. 2.426/99, 30.11.02 R. 3.699/99, 16.01.03 R. 5.384/02, 02.05.03 R. 1.731/00, 29.12.03 R. 5.735/03 y 17.06.04 R. 1.144/03, entre tantas otras– que se halle sustraída al poder dispositivo de las partes y que el Tribunal deba resolverla con carácter prioritario, a la par que al hacerlo actúe con plena libertad y soberanía en el examen de la totalidad de las actuaciones, sin estar vinculado a las afirmaciones fácticas contenidas en la sentencia, ni coartado por los términos del recurso y de su posible impugnación, al objeto de

establecer los presupuestos de hecho y de derecho que son indispensables para revolver la cuestión competencial (SSTS de 30.10.82 Ar. 6.283, 03.06.83 Ar. 2.961, 19.01.84 Ar. 67, 19.12.84 Ar. 6.416, 20.03.85 Ar. 1.351, 05.03.85 Ar. 1.272, 24.04.86 Ar. 2.239, 18.12.87 Ar. 8.975, 17.05.88 Ar. 4.239, 13.04.89 Ar. 2.967, 08.06.89 Ar. 4.554, 18.07.89 Ar. 5.871, 23.10.89 Ar. 7.310, 23.01.90 Ar. 197, 24.01.90 Ar. 204, 06.02.90 Ar. 826, 05.03.90 Ar. 1.755, 17.05.90 Ar. 4.350, 11.06.90 Ar. 5.048, 29.01.91 Ar. 190, 22.02.91 Ar. 863, 02.11.95 Ar. 8.670 y 16.02.98 Ar. 1.809, entre tantas otras).

3.- Sobre esta base, habida cuenta de que los términos en que se expresa el hecho segundo de la demanda –«En virtud de negociaciones con la empresa demandada referidas a la modificación de la naturaleza del contrato, las partes acordaron verbalmente que, desde el mes de marzo del corriente año 2001, regirían sus relaciones por la legislación mercantil y mientras concretaban las condiciones, continuaría percibiendo los mismos emolumentos, si bien ya cursada la baja en la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, en virtud de despido por causas objetivas, lo que así se hizo constar en la correspondiente certificación de empresa»–, y la documental que figura como folios 30 a 33, 34 a 36 y 42 la Sala corrige la redacción ofrecida por el ordinal segundo de los HDP: «Las partes acordaron verbalmente que desde 01.03.01 sus relaciones serían de índole mercantil, suscribiendo comunicación de despido por causas objetivas, procediendo a la baja en la Seguridad Social. El actor gozaba de apoderamiento notarial de la Empresa para todas las actuaciones que precisase la gestión de la Delegación, a la que había aportado mobiliario de su propiedad».

E igualmente modificamos el ordinal tercero, cuya redacción final es la que sigue: «Tras la indicada fecha de 01.03, el accionante continuó realizando gestiones por cuenta de la demandada y con la expresa anuencia de ésta, con la que mantuvo correspondencia relativa a las actividades realizadas, hasta que el día 02.04 recibe comunicación definitiva de aquélla para que hiciese entrega de las llaves y poderes, no debiendo volver a la oficina, lo que el actor cumple desde el inmediato día siguiente».

SEGUNDO.- Nuestras precedentes conclusiones de hecho nos llevan a rechazar que la relación entre las partes fue mercantil desde su inicio, puesto que los poderes son inherentes a toda función directiva, de forma que incluso los apoderamientos referidos a decisiones fundamentales o estratégicas para el conjunto de la empresa –no es éste el caso– y no para las distintas unidades que la componen –supuesto de autos– integraría relación laboral, siquiera de alta dirección (SSTS 24.01.90 Ar. 205; 12.09.90 Ar. 6.998; 02.01.91 Ar. 43; 22.04.97 Ar. 3.492; 04.06.99 Ar. 5.067...). Como tampoco es inconveniente alguno para la existencia de relación laboral –inicial– el dato de que el actor hubiese aportado algún mobiliario de su propiedad a la oficina, puesto que tal extremo pasa a un discreto segundo plano cuando tiene lugar en el marco de un contrato de trabajo inscrito en la oficina de empleo, es acompañado de alta y cotización en el RGSS, se documenta la retribución en nóminas mensuales, se reciben instrucciones, se notifica carta de despido –siquiera fraudulenta– y certificado de empresa sobre la prestación de servicios en régimen de laboralidad.

Y ello aún sobre la base de que, como tenemos recordado en tantas otras ocasiones –SSTSJ Galicia 23.09.97 R. 3.394/97, 25.01.99 R. 47/96, 27.01.99 R. 481/96, 18.02.00 R. 5.596/99, 23.02.01 R. 3.647/97, 31.01.02 R. 6.357/01, 16.05.03 R. 1.781/01, 27.06.03 R. 2.694/03 y 30.04.04 R. 5.921/01–, la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes (SSTS 13.06.88 Ar. 5.272, 23.10.89 Ar. 7.310. 08.10.92 Ar. 7.622, 10.04.95 Ar. 3.040 y 20.09.95 Ar. 6.784;), habida cuenta de que el carácter laboral o extralaboral de una relación, no puede quedar al libre arbitrio y disposición de los contratantes, sino que viene determinado por sus reales de las prestaciones y por la concurrencia de los presupuestos delimitadores de la relación de trabajo (SSTS de 18.04.88 Ar. 2.974, 21.07.88 Ar. 6.214 y 05.06.90 Ar. 5.019).

TERCERO.- 1.- La incompetencia de jurisdicción la apreciamos desde que las partes acuerdan extinguir el contrato de trabajo, documentando el cese en la forma antedicha, y la continuidad de las relaciones en régimen de mercantilidad. A partir de este momento la actividad desarrollada –incluso aunque se hubiese acordado la prórroga de ingresos anteriormente percibidos, mientras se negociaban las contraprestaciones económicas del nuevo vínculo– no goza de presunción alguna de laboralidad.

Al efecto también hemos de destacar (así, SSTSJ Galicia de 31.01.02 R. 6.357/01, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.03.01 R. 4.594/00, 15.03.01 AS 371, 03.11.00 R. 1.832/97, 14.04.00 R. 1.077/00, 20.03.00 R. 5.321/96, 18.02.00 R. 5.596/99, 27.06.03 R. 2.694/03, 29.12.03 R. 5.735/03, 30.04.04 R. 5.921/01...) que es ciertamente a quien alega la existencia de contrato de trabajo al que incumbe demostrar la existencia del mismo, de acuerdo con el art. 217 LEC –antes art. 1.214 CC– (SSTS 23.01.90 Ar. 196 y 05.03.90 Ar. 1.757); y que esta carga probatoria no llega a ser atenuada por el art. 8.1 ET, dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción iuris tantum de laboralidad (al modo de la que contenía el art. 3 LCT), sino más bien una definición de la relación laboral (doctrinalmente se la califica como una «redefinición» del contrato de trabajo), de manera que para que actúe la indicada «presunción» del art. 8.1 ET es preciso que la actividad se preste «dentro del ámbito de organización y dirección de otro» y que el servicio se haga «a cambio de un retribución», (SSTS de 23.01.90 Ar. 196, 23.01.90 Ar. 197, 05.03.90 Ar. 1.756, 23.04.90 Ar. 3.480 y 21.09.90 Ar. 7.926), o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de que la actividad se presta bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla (SSTS 23.10.89 Ar. 7.310 y 25.03.91 Ar. 1.894), que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1 ET (SSTS 07.06.89 Ar. 4.546, 13.11.89 Ar. 8.041, 05.03.90 Ar. 1.755, 04.06.90 Ar. 5.006, 06.06.90 Ar. 5.027, 30.11.90 Ar. 8.618, 27.05.92 Ar. 3.678, 25.05.93 Ar. 4.121, 04.11.93 Ar. 8.543, 26.01.94 Ar. 380, 27.01.94 Ar. 383, 14.02.94 Ar. 1.035, 07.03.94 Ar. 2.210, 10.04.95 Ar. 6.784 y 12.04.96 Ar. 3.075), al decir 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».

2.- La nota de dependencia se identifica en doctrina como puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza de trabajo del trabajador, definiéndola la jurisprudencia como «la situación del trabajador sometido a la esfera organicista, rectora y disciplinaria de la empresa» (SSTS 02.07.96 Ar. 5.631, 06.05.92 Ar. 3.677; 21.05.90 Ar. 4.933 y 16.02.90 Ar. 1.099). Dependencia que ido evolucionando históricamente y en todo caso admite diversas gradaciones según las características del contrato de trabajo, siendo incluso posible que en alguno de ellos no concurran determinadas facultades de dirección empresarial (así, STS 06.06.90 Ar. 5.028), o que la misma dependencia se halle atenuada (caso del trabajo a domicilio o de los representantes de comercio) y que en otros se encuentre acentuada (supuesto de trabajo en la marina mercante o en las industrias militares). Y son indicios de la dependencia, conforme a la doctrina jurisprudencial: (a) el carácter personalísimo –*intuitu personae*– de la prestación, o imposibilidad de que el trabajador sea sustituido por otro, supuesto éste que llevaría a contratos diversos, como el de arrendamiento de obra, transporte o servicios (SSTS 19.05.87 Ar. 3.733 y 23.10.89 Ar. 7.310), siquiera la sustituibilidad debe ser de cierta entidad y no limitarse a casos esporádicos (SSTS 26.10.86 Ar. 834, 31.07.92 Ar. 8.898 y 22.12.92 Ar. 10.352); (b) la asistencia regular al mismo puesto de trabajo y el sometimiento a jornada y horario determinados, si bien cabe atenuaciones –incluso extremas– que no desvirtúan la dependencia (SSTS 26.01.94 Ar. 380, 14.05.90 Ar. 4.314; 15.02.91 Ar. 839); (c) la asiduidad o la exclusividad en la prestación de servicios (SSTS 12.09.88 Ar. 6.872 y 29.01.91 Ar. 190); (d) la asistencia al centro de trabajo y el hacer publicidad de la empresa en ropas y medios de trabajo (SSTS 26.02.86 Ar. 834 y 12.09.88 Ar. 6.872; y (e) la rendición de cuentas al empresario respecto del trabajo realizado (SSTS 13.04.89 Ar. 2.967 y 26.01.94 Ar. 380).

3.- Y esa dependencia –opuesta a la voluntad expresada por la partes y reconocida en demanda– está huérfana de toda prueba desde el 01.03.01; y ello sin necesidad de acudir a la única prueba practicada al efecto, la testifical, que claramente la contradice. Pero basta la falta de su acreditamiento para que no pueda mantenerse la existencia de relación –ordinaria ni especial– de trabajo desde aquella fecha y que la reclamación salarial, por vacaciones no disfrutadas, tenga que calcularse sobre el exclusivo periodo 01.01 a 28.02.01, lo que –sobre la base mensual prorrateada de 173.996 pts– nos lleva a la cantidad de 47.850 pesetas (287,58 euros); porque son ciertamente erróneos los cálculos de demandada en el recurso, siendo así que los 30 días de vacaciones no corresponden a 365 días de trabajo, sino a 325. En consecuencia,

Fallamos

Que acogiendo incompetencia de jurisdicción para las cantidades que se dicen devengadas con posterioridad al 01.03.01,

revocamos parcialmente la sentencia que con fecha 31.12.01 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado nº Tres de los de A Coruña y estimamos en parte la demanda formulada por don P.L.A., condenando a la demandada "L.H.E.T.T., S.L." a que abone a aquél la cantidad de 287,58 euros por vacaciones no disfrutadas, dejando imprejuzgada el resto de la reclamación, cuyo conocimiento es propio del Orden jurisdiccional civil.

3940 **Recurso nº 2.992/04**

S.S. CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA EFECTUADA POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BAIXO A ROUPAXE DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS, QUE DETERMINA A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO IMPUGNADO.

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

A Coruña, a veinte de septiembre de dos mil cuatro

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 2.992/04 interpuesto por Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais - Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 117/04 se presentó demanda por doña D.O.I. en reclamación de despido siendo demandada la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais - Xunta de Galicia en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de abril de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Doña D.O.I. firmó el 17 de septiembre de 2003 con la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais un contrato de trabajo de duración determinada para prestar servicios a jornada completa, con la categoría profesional de Titulado Superior Psicólogo, Grupo I. En la cláusula sexta se estipula que el contrato de duración determinada se celebra para: "La realización de obra o servicio que consistirá en el desarrollo del programa de modernización de los Servicios Públicos de Empleo como tutores de empleo, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa". En la cláusula tercera se estipula que la duración del contrato se extenderá desde el 19 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2003. 2.- El salario de la actora era de 2.041,92 euros al mes, incluido el prorrateo de las pagas extras. 3.- Tras la Ley 45/2002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, la Xunta de Galicia a través de su Presidente y la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, hicieron público un documento en el que asumieron el compromiso de la modernización del servicio público de empleo. En su presentación pública se indica que bajo este objetivo genérico el Servicio Gallego de Colocación pretende conseguir en el demandante de empleo un mayor conocimiento del mercado de trabajo a través de tutorías individualizadas, para lo cual es preciso dotar de herramientas que proporcionen información del mercado de un modo rápido y ágil a los tutores. En este sentido se incluyen dos objetivos.1) Orientación y asesoramiento profesional individual a través del compromiso de actividad. 2) Mejora del funcionamiento de los mercados de trabajo mediante el perfeccionamiento de las bases de datos sobre los puestos de trabajo y oportunidades de formación, lo que requiere una nueva aplicación informática de gestión de la intermediación laboral. 4.- La actora como tutora de empleo tenía encomendado el seguimiento personalizado de aproximadamente veinte parados, diseñando y controlando su compromiso de actividad y procurando su inserción laboral. También se ocupaba, con el mismo fin, de rastrear la base de datos del servicio de colocación. Esta actividad le ocupaba unas dos horas de su jornada diaria, por lo que el resto del tiempo desempeñaba funciones propias de la Oficina de Empleo. 5.- La Xunta de Galicia adquirió una infraestructura consistente en mobiliario y computadores, para que los trabajadores contratados pudieran desarrollar las funciones encomendadas. 6.- Las contrataciones realizadas por la Xunta de

Galicia para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, estuvieron financiadas por las aplicaciones presupuestarias 16.05.241ª.137.00 y 16.05.241ª.160.15, a través de una subvención de fecha 22 de abril de 2003 procedente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 7.- En los presupuestos generales del Estado para el año 2004 se prevé una partida en la sección del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales relativa "a la modernización de los servicios públicos de empleo según la Ley 45/2002" de 77.383,13 miles de euros. 8.- El 24 de noviembre de 2003 la actora recibió una comunicación de la Xunta de Galicia en la que se le indica que teniendo en cuenta que el contrato suscrito es de duración determinada y está próximo a expirar, se le notifica que al término de la jornada de trabajo del día 31.12.03 se dará por terminado y quedará sin efecto el contrato de trabajo concertado el 19.09.03. 9.- La actora interpuso reclamación previa el 17 de enero de 2004, siendo rechazada el 27 de enero de este año. 10.- La actora no ejerció en el año anterior a su despido el cargo 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 D.O.I. contra la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, declarando el despido 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, bien a que extinga la relación laboral con el abono de una indemnización de novecientos cincuenta y seis euros con cincuenta y siete céntimos (956,57), y con el abono en ambos casos de la suma de siete mil seiscientos noventa euros con setenta y ocho céntimos (7.690,78) en concepto de salarios de tramitación, así como los salarios que se puedan devengar desde la fecha de esta sentencia hasta la fecha de su notificación a razón de un salario diario de sesenta y ocho euros con seis céntimos (68,06)"

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 Xunta de Galicia recurre la sentencia de instancia, que declaró despido improcedente el cese de la actora, y solicita revisar el hecho probado 4º y examinar el derecho que contiene, por entender que infringe los artículos 49.1.c), 52.e), 55.5.b) y 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 2 del Real Decreto 2.720/98 de 18 de diciembre, 108 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y 6.4 del Código Civil (CC).

SEGUNDO.- No aceptamos la pretensión fáctica que plantea (eliminar la frase "Esta actividad le ocupaba unas dos horas de su jornada diaria, por lo que el resto del tiempo desempeñaba funciones propias de la Oficina de Empleo"), porque incumple los artículos 191.b) y 194.3 LPL, tanto por carecer de prueba idónea a tal fin (documental o pericial) como por limitarse a criticar de forma subjetiva la apreciación judicial de la testifical practicada.

TERCERO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son:

I) La actora trabajó para la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais mediante contrato para obra o servicio determinado con categoría profesional de titulada superior psicóloga, salario de 2.041,92 euros y jornada completa en el período 19.09/31.12.03.

II) La demandante como tutora de empleo, actividad contractual prevista, tenía encomendado el seguimiento personalizado de unos veinte desempleados, el diseño y control de su compromiso de actividad, así como la consulta de la base de datos del servicio de colocación, procurando su reinserción laboral.

Esta tarea ocupaba unas dos horas de su jornada diaria; desempeñó funciones propias de la oficina de empleo en el tiempo restante.

III) La actividad de tutora fue en desarrollo del programa de modernización del servicio público de empleo, consecuencia de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que consiste en obtener un mayor conocimiento del mercado de trabajo a través de tutorías individualizadas.

IV) Con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado laboral, la Xunta de Galicia adquirió mobiliario y ordenadores; las contrataciones que realizó estuvieron financiadas por subvención del Ministerio de Trabajo fechada 22.04.03, que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2004 fija como dotación específica.

V) El 24.11.03 la Xunta de Galicia comunicó a la demandante la finalización del

contrato al terminar la jornada del 31.12 por vencimiento del término previsto.

CUARTO.- Los datos expuestos en el fundamento anterior llevan a desestimar la infracción normativa de la recurrente, de acuerdo con lo ya decidido por esta Sala (s. 16.09.04, r. 3.194/2004) en caso idéntico al actual, y cuya argumentación resumimos en las siguientes consideraciones:

1ª.- La sujeción de la Administración Pública a la normativa específica del contrato de trabajo de que se trate, en virtud del principio de legalidad (TS ss. 13.10.99, 17.03.98).

El fraude de ley no consiste en la simple omisión de determinadas formalidades al constituir la relación jurídica, sino que exige la voluntad de eludir un mandato imperativo, de ahí que la aplicación del artículo 6.4 CC por defectos en la contratación proceda cuando se demuestre la voluntad de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (TS s. 04.04.90), lo que ocurre si la situación laboral objeto de contrato no implica temporalidad alguna sino que es manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada (TS ss. 20.03.02, 06.05.03).

2ª.- La validez del contrato para obra o servicio determinado requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y presente cierta autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, que al ser concertado sea suficientemente identificada la obra o el servicio, que el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas (TS ss. 30.12.96, 03.02.99, 23.09.02).

Esta doctrina se atenúa en supuestos de prestación de servicios bajo esta modalidad cuando el empresario realizaba una contrata porque, aunque en estos casos no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, ni tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, sin embargo se aprecia la concurrencia de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, limitación ésta conocida por las partes en el momento de contratar y que opera como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste (TS ss. 15.01.97, 28.12.98, 06.06.99, 23.09.02).

Tras la vigencia del nuevo artículo 52.e) ET, la admisión de este tipo contractual sigue requiriendo que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir ese carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración (s. 10.04.02 AR 6.006), es decir, la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación.

3ª.- La entidad demandada no observó las exigencias reseñadas al acudir al tipo contractual de obra o servicio determinado, tal como informó la Asesoría Jurídica de la propia recurrente (folios 96 a 100): a) La alegada modernización del Servicio de Colocación ha de calificarse, por definición, como una tarea permanente, normal y ordinaria. b) Según el inalterable relato de hechos, la trabajadora dedicó a la actividad contratada dos horas de su jornada diaria a tiempo completo y, al tiempo, desempeñó tareas propias de la oficina de empleo, es decir, diversas y de ejecución diaria en la dependencia de destino. c) Tales particularidades, por afectar al objeto del contrato, suponen una irregularidad contractual esencial, que transforman en indefinida la relación de trabajo y en despido improcedente el cese.

QUINTO.- De acuerdo con el artículo 233.1 LPL, la entidad recurrente ha abonar los honorarios de letrada de la parte actora impugnante del recurso, por importe de trescientos euros (300 €).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, de 23 de abril de 2004 en autos nº 117/2004, que confirmamos.

3941 **Recurso nº 3.632/04**

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. ACOSO MORAL. DOUTRINA XERAL. NON CONCORRE, PERO SI TRATAMENTO DESIGUAL NON XUSTIFICADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veinte de septiembre de dos mil cuatro

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. 3.632/04 interpuesto por don R.G.C. y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense siendo Ponente el ILMO. SR. D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.G.C. en reclamación de derechos fundamentales siendo demandado Servizo Galego de Saúde en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 235-2004 sentencia con fecha 20 de abril de 2004 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 R.G.C. viene prestando servicios para el Servizo Galego de Saúde en el Hospital Comarcal de V., en virtud de un nombramiento de personal estatutario de facultativo interino, en plaza vacante en el Servicio de Cirugía, desde el 5 de septiembre de 2004. Fue nombrado Jefe del servicio de cirugía y aparato digestivo en fecha 6 de septiembre de 1995 desempeñando dicha Jefatura hasta el 3 de abril de 1997, en el que se le comunicó su cese. 2.- En relación al actor y su actuación profesional desde el 16 de diciembre de 1998, se han presentado las siguientes incidencias, en relación al servicio de Cirugía: -Con fecha 16 de diciembre de 1998 por el Jefe del Servicio se envió notificación a la Gerencia haciendo saber la negativa del Dr. G.C. a realizar una intervención programada. –Con fecha 30 de marzo de 1999 por el Jefe del Servicio se tramitó nueva queja sobre el trato despectivo hacia los demás miembros del Servicio de Cirugía y familiares de pacientes ingresados. –Con fecha 4 de noviembre de 1999 por el Jefe del Servicio se cursó nota a la Dirección haciendo saber la negativa del Dr. G.C. a realizar intervenciones quirúrgicas programadas. –Con fechas 11 de enero y 22 de marzo de 1999 el Dr. R. y el Dr. G. (los otros miembros del Servicio de Cirugía) solicitaron no compartir actividad quirúrgica con el actor por manifestar incompatibilidad y por seguridad para los enfermos. –Con fecha 3 de febrero de 2000 por el Jefe del Servicio se presentó comunicación a la Dirección del Hospital refiriendo como hallándome dispuesto a ayudar al actor en una intervención urgente, me expulsó del quirófano y requirió que le ayudara una ginecólogo (Dra. R.). –Con fecha 15 de marzo de 2000 por el Jefe del Servicio se envió nota a la Dirección informando de la falta de colaboración y actitud despectiva mostrada por el actor en el curso de una intervención quirúrgica. Todo esto en relación con el Servicio de Cirugía. En relación con otros servicios: -Con fecha 23 de noviembre de 1998 se recibió notificación del Dr. M. (Jefe del Servicio del Medicina Interna) explicando graves problemas de comunicación entre los miembros de su servicio y el actor y como esta dificultad de relación podría derivar en perjuicios para los pacientes. –Con fecha 14 de julio de 1999 ante el reiterado mal trato a los pacientes, por parte del actor, referido por el Servicio de Admisión, el Jefe del Servicio comunicó a la Dirección la situación creada. –Con fecha 10 de marzo de 1998, se recibió queja de la Secretaría de Hospitalización explicando hechos acaecidos en su lugar de trabajo de total falta de respeto hacia ella por parte del actor. –Con respecto al servicio de Anestesia, con fecha 23 de febrero de 2000 se recibió nota del Dr. P. (Jefe de Sección de Anestesia), sobre grave falta de comunicación y coordinación con el actor. –Con fecha 4 de abril de 2000 se recibió comunicación de la Dirección por la que todo el Servicio de Anestesia solicitaba no realizar actividad asistencial con el actor. –Con fecha 6 de abril de 2000 por el Jefe de Servicio se remitió informe a solicitud de la Dirección sobre la situación de incompatibilidad, para la actividad asistencial, del actor y la mayoría de los Servicios y Unidades del Hospital. 3.- En fecha 10 de abril de 2000 el actor fue suspendido provisionalmente de funciones, al habérsele incoado expediente disciplinario. Planteada demanda por vulneración de Derecho Fundamentales ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contra este acuerdo, fue desestimada por Sentencia de fecha 6 de junio de 2002 del Juzgado Contencioso-Administrativo de Ourense, confirmada por Tribunal Superior

de Justicia de Galicia de fecha 30 de septiembre de 2002. Por resolución de fecha 26 de julio de 2000 se dictó resolución por el Director Provincial del Servizo Galego de Saúde por la cual se acordó mantener la suspensión de funciones ya acordada. Formulado recurso de alzada fue desestimado por resolución de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de fecha 4 de octubre de 2000. Planteado recurso contencioso-administrativo contra dichas resoluciones fue estimado por Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de esta cuidad de fecha 2 de abril de 2001. Por resolución de fecha 1 de octubre de 2001 el Secretario General de esta Consellería resolvió el expediente incoado al actor, imponiéndole una sanción de sus pensión y sueldo por 6 meses, con base en los artículos 66.4 a) en relación con el artículo 66.3 h) del Estatuto Jurídico del personal medio de la Seguridad Social. Esta resolución fue recurrida en alzada siendo desestimado el recurso. En fecha 7 de diciembre de2001 se acordó la ejecución de la citada sanción y se comunicó al centro el día 13 de diciembre de 2001, el cual comunicó al actor el día 14 de Diciembre de 2001. 4. En fecha 10 de marzo de 2000 el actor presentó escrito ante el Director de la división de asistencia sanitaria, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, solicitando una auditoria, habiendo recibido contestación en fecha 6 de abril de 2000 por la que se le comunicaba que se daba traslado del mismo al Sr. Director Gerente del Hospital Comarcal de V. 5.- El actor estuvo en situación de Incapacidad Temporal por padecer Trastorno de ansiedad generalizada desde el 17 de diciembre de 2001 al 4 de junio de de 2003. 6.- En fecha 6 de Junio de 2003 el actor presentó sendos escritos ante el Gerente del Hospital y el Jefe del Servicio de Cirugía General, solicitando el que se le indicase la actividad a realizar. Mediante escrito de fecha 30 de junio de 2003 el Jefe del Servicio le comunica que atenderá sólo las primeras consultas, los días de consulta serán los martes y jueves. En fecha 29 de julio de 2003 el Jefe de Servicio indicó al demandado que el viernes 8 de agosto debe atender consulta externa de cirugía los pacientes citados por primera vez. Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2003 el Jefe de Servicio indicó al actor las tareas a realizar en el mes de septiembre consistentes en pasar durante 4 días la primera consulta. 7.-El actor estuvo de baja desde el 12 de septiembre de 2003 al 2 de febrero de 2004 a causa de un accidente. 8.- En fecha 3 de febrero de 2004 remitió sendos escritos al Gerente y al Jefe de servicio, para que le indicasen las tareas a realizar, contestándole el Jefe de servicio con el V.B. del Gerente en fecha 16 de febrero de 2004, que sus funciones serían hasta nueva comunicación y desde el 23 de febrero de 2004. Viernes 9 horas: consulta externa de cirugía. De Lunes a Jueves: sistemático de literatura científica para evaluación de impacto de eficiencia sobre el tema hernia inguinal. Opciones terapéuticas. 9.- El actor padece una Trastorno adaptativo y un Trastornos depresivo recurrente, estando sometido a tratamiento. 10.- El actor en fecha 24 de marzo de 2004 presentó demanda ante el Decanato."

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

"FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don R.G.C. contra el Servizo Galego de Saúde, debo declarar y declaro que por el Organismo demandado se ha vulnerado el derecho del actor a la igualdad y a no ser discriminado recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, condenando al mismo a que cese de inmediato en su comportamiento ya que le abone en concepto de daños y perjuicios 2.000 euros."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y 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 en parte la demanda formulada por el actor contra el SERGAS declarando que por el organismo demandado se ha vulnerado el derecho del actor a la igualdad y a no ser discriminado, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, condenando al mismo a que cese de inmediato en su comportamiento y a que le abone en concepto de daños y perjuicios 2.000 euros. Contra dicha resolución interponen recurso de suplicación el letrado del SERGAS, postulando la revocación de la sentencia y la libre absolución de la entidad demandada, y el propio accionante para pedir la estimación íntegra de su demanda.

En el primer motivo del recurso formulado por el letrado del SERGAS se propone, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en con-

creto la adición al ordinal octavo del siguiente texto: "La justificación de la realización de estas funciones tiene su causa por un lado, porque la Dirección del Centro busca una integración progresiva del trabajador debido al tiempo excesivamente largo (desde el punto de vista laboral) en el que estuvo de baja (18 meses consecutivos y otras bajas más de carácter esporádico), y por otro lado debido también a su conflictividad pasada y las dificultades que presenta su integración en un grupo de trabajo en el que no consigue adaptarse."

Dicha pretensión, con amparo en la documental obrante a los folios 266 a 303 de los autos, ha de venir rechazada de plano, pues ha de tenerse presente que la facultad de la valoración conjunta de la prueba incumbe con exclusividad al juzgador de instancia y que su versión de los hechos declarados probados sólo puede ser atacada e impugnada cuando se citen pruebas documentales o periciales que revelen inequívocamente el error sufrido, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos.

En el recurso de suplicación formulado por el demandante también se pide la revisión de la relación fáctica de la resolución de instancia, en concreto, la adición al hecho probado noveno de la frase "relacionados con una situación laboral y compleja", debiendo quedar redactado dicho hecho del siguiente tenor literal: "El actor padece un Trastorno adaptativo y un trastorno depresivo recurrente, estando sometido a tratamiento, relacionados con una situación laboral compleja y frustante."

Tampoco se accede a dicha pretensión, pues a la vista de la restante relación histórica de la sentencia de instancia, no es descabellado pensar que la situación laboral compleja y frustrante podría estar relacionada con las numerosas quejas realizadas por los compañeros del actor debido a los comportamientos adoptados por este en el ejercicio de su profesión, y de los que se da pormenorizada cuenta en el incombatido hecho probado segundo de la resolución recurrida. Pues no cabe desconocer, tal como recoge el Juzgador de instancia al valorar el conjunto de las pruebas practicadas, el hecho de que el actor fuera sancionado por resolución de fecha 1 de octubre de 2001, con suspensión de empleo y sueldo por seis meses, cayendo en situación de incapacidad temporal por trastorno depresivo el día 17 de diciembre de 2001, es decir a los pocos días de comunicarle la ejecutividad de la sanción, el día 14 de diciembre de 2001. Debe tenerse en cuenta, además, tal como se recoge en el incombatido ordinal séptimo de la resolución recurrida que la baja del actor desde el 12 de septiembre de 2003 al 2 de febrero de 2004 es a causa de un accidente.

Se rechaza pues la revisión solicitada, en ambos casos, pues hay que reconocer que es al Juzgador de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba– para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LPL, en relación con el artículo 632 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil. De manera tal que en el recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida en la medida que le sea pedido, y, sólo de excepcional manera, puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para cuando los documentos o pericias citados por el recurrente –artículos 191.b) y 194 de la LPL– pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en que el Juzgador «a quo» hubiera podido incurrir, o cuando los razonamientos que le han llevado a éste a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho –artículo 97.2 de la LPL–, carezcan de la más elemental lógica.

SEGUNDO.- Como arriba ya se adelantada la sentencia de instancia ha estimado en parte la demanda entablada y ha declarado que por el organismo demandado se ha vulnerado el derecho del actor a la igualdad y a no se discriminado, condenando a que cese de inmediato tal comportamiento y a que le abone en concepto de daños y perjuicios 2.000 euros. Dicha resolución no aprecia la situación de acoso denunciada por el actor, pero que ha entendido que la medida adoptada por el SERGAS supone, respecto al resto de sus compañeros, un trato desigual no razonable y por ello discriminatorio.

Ambas partes recurren la resolución dictada por el Juzgador de instancia de instancia, mostrando su discrepancia en sus respectivos escritos de recurso. Así, en el examen del

derecho aplicado, al amparo del artículo 191.c) de la L.P.L., el demandante denuncia la infracción de los artículos 15 de la Constitución y 7 de la Ley 51/2003 alegando, en esencia que al actor se le ha relegado en su trabajo hasta el punto de degradarlo de una forma denigrante, atentando contra su dignidad profesional y propiciando el estado patológico que padece, de ahí la existencia del acoso laboral denunciado. Por su parte la representación legal de la Entidad Gestora demandada denuncia, bajo el mismo amparo procesal, la infracción por interpretación errónea del artículo 14 de la Constitución Española, al entender que no ha existido trato desigual ya que la situación creada por el actor ha sido lo que ha propiciado la medida adoptada con el fin de prestar una mejor asistencia sanitaria.

Con carácter general cabe señalar que el acoso moral (mobbing) consiste en un agresión del empresario, o de alguno de sus empleados con el conocimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes o palabras, repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, que puede llegar incluso a deteriorar su salud, con objeto de conseguir un auto abandono del trabajo, produciendo un daño progresivo y continuo a su dignidad.

Como expuso la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sus recientes sentencias de 30.04.01 (AS 2001\1.878) y 18.05.01 (AS 2001\1.821), la doctrina especializada en esta materia incluye en esta categoría de «Mobbing» las siguientes conductas: 1) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones. 2) Ataque mediante aislamiento social. 3) Ataques a la vida privada. 4) Agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona. 5) Rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona. Como síntomas de las personas sometidas a «Mobbing» se señalan: ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal y depresión. Ahora bien, la presencia de cualquier conflicto no determina la presencia de un hostigamiento laboral, porque, como sostiene la doctrina especializada, los conflictos son inevitables, pero no estamos hablando aquí sin embargo del conflicto, sino de un tipo de situación comunicativa que amenaza infligir al individuo perjuicios psíquicos y físicos. El «Mobbing» es un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles, que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos».

Para determinar si en el presente caso se dan aquellas condiciones que permitan considerar que el SERGAS ha sometido al actor a una situación de acoso, es preciso partir de la declaración de hechos que, por lo arriba expuesto ha de permanecer inalterada, y entre los que cabe destacar la actuación profesional del actor desde el 16 de diciembre de 1998, presentando las siguientes incidencias: "Con fecha 16 de diciembre de 1998 por el Jefe del Servicio se envió notificación a la Gerencia haciendo saber la negativa del Dr. G.C. a realizar una intervención programada. –Con fecha 30 de marzo de 1999 por el Jefe del Servicio se tramitó nueva queja sobre el trato despectivo hacia los demás miembros del Servicio de Cirugía y familiares de pacientes ingresados. –Con fecha 4 de noviembre de 1999 por el Jefe del Servicio se cursó nota a la Dirección haciendo saber la negativa del Dr. G.C. a realizar intervenciones quirúrgicas programadas. –Con fechas 11 de enero y 22 de marzo de 1999 el Dr. R. y el Dr. G. (los otros miembros del Servicio de Cirugía) solicitaron no compartir actividad quirúrgica con el actor por manifestar incompatibilidad y por seguridad para los enfermos. –Con fecha 3 de febrero de 2000 por el Jefe del Servicio se presentó comunicación a la Dirección del Hospital refiriendo como hallándome dispuesto a ayudar al actor en una intervención urgente, me expulsó del quirófano y requirió que le ayudara una ginecólogo (Dra. R.). –Con fecha 15 de marzo de 2000 por el Jefe del Servicio se envió nota a la Dirección informando de la falta de colaboración y actitud despectiva mostrada por el actor en el curso de una intervención quirúrgica. Todo esto en relación con el Servicio de Cirugía. En relación con otros servicios: -Con fecha 23 de noviembre de 1998 se recibió notificación del Dr. M. (Jefe del Servicio del Medicina Interna) explicando graves problemas de comunicación entre los miembros de su servicio y el actor y como esta dificultad de relación podría derivar en perjuicios para los pacientes. –Con fecha 14 de julio de 1999 ante el reiterado mal trato a los pacientes, por parte del actor, referido por el Servicio de Admisión, el Jefe del Servicio comunicó a la Dirección la situación creada. –Con fecha 10 de marzo de 1998, se recibió queja de la Secretaría de Hospitalización explicando hechos acaecidos en

su lugar de trabajo de total falta de respeto hacia ella por parte del actor. –Con respecto al servicio de Anestesia, con fecha 23 de febrero de 2000 se recibió nota del Dr. P. (Jefe de Sección de Anestesia), sobre grave falta de comunicación y coordinación con el actor. –Con fecha 4 de abril de 2000 se recibió comunicación de la Dirección por la que todo el Servicio de Anestesia solicitaba no realizar actividad asistencial con el actor. –Con fecha 6 de abril de 2000 por el Jefe de Servicio se remitió informe a solicitud de la Dirección sobre la situación de incompatibilidad, para la actividad asistencial, del actor y la mayoría de los Servicios y Unidades del Hospital.

El actor el 10 de abril de 2000 fue suspendido provisionalmente de funciones, al habérsele incoado expediente disciplinario. Planteada demanda por vulneración de Derecho Fundamentales ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contra este acuerdo, fue desestimada por Sentencia de fecha 6 de junio de 2002 del Juzgado Contencioso-Administrativo de Ourense, confirmada por Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 30 de septiembre de 2002. Por resolución de fecha 26 de julio de 2000 se dictó resolución por el Director Provincial del Servizo Galego de Saúde por la cual se acordó mantener la suspensión de funciones ya acordada. Formulado recurso de alzada fue desestimado por resolución de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de fecha 4 de octubre de 2000. Planteado recurso contencioso-administrativo contra dichas resoluciones fue estimado por Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de esta cuidad de fecha 2 de abril de 2001. Por resolución de fecha 1 de octubre de 2001 el Secretario General de esta Consellería resolvió el expediente incoado al actor, imponiéndole una sanción de sus pensión y sueldo por 6 meses, con base en los Artículos 66.4.a) en relación con el artículo 66.3.h) del Estatuto Jurídico del personal medio de la Seguridad Social. Esta resolución fue recurrida en alzada siendo desestimado el recurso. En fecha 7 de diciembre de2001 se acordó la ejecución de la citada sanción y se comunicó al centro el día 13 de diciembre de 2001, el cual comunicó al actor el día 14 de diciembre de 2001.

El actor estuvo en situación de I.T. por padecer trastorno de ansiedad generalizada desde el 17 de diciembre de 2001 al 4 de junio de 2003. El 6 de junio de dicho año el actor presentó sendos escritos ante el Gerente del Hospital y el Jefe del Servicio de Cirugía General, solicitando el que se le indicase la actividad a realizar. Mediante escrito de fecha 30 de junio de 2003 el Jefe del Servicio le comunica que atenderá sólo las primeras consultas, los días de consulta serán los martes y jueves. En fecha 29 de julio de 2003 el Jefe de Servicio indicó al demandado que el viernes 8 de agosto debe atender consulta externa de cirugía los pacientes citados por primera vez. Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2003 el Jefe de Servicio indicó al actor las tareas a realizar en el mes de septiembre consistentes en pasar durante 4 días la primera consulta.

El actor estuvo de baja desde el 12 de septiembre de 2003 al 2 de febrero de 2004 a causa de un accidente. El 3 de febrero de 2004 remitió sendos escritos al Gerente y al Jefe de servicio, para que le indicasen las tareas a realizar, contestándole el Jefe de servicio con el V.B. del Gerente en fecha 16 de febrero de 2004, que sus funciones serían hasta nueva comunicación y desde el 23 de febrero de 2004. Viernes 9 horas: consulta externa de cirugía. De Lunes a Jueves: sistemático de literatura científica para evaluación de impacto de eficiencia sobre el tema hernia inguinal. Opciones terapéuticas.

TERCERO.- De todo cuanto antecede hemos de convenir que no hay motivo ni fundamento para estimar que pudiera haber existido un acoso, como sostienen la parte accionante, pues cualquier situación de trato desigual, que en este caso se ha dado por lo que a continuación se dirá, no puede calificarse como mobbing, que es, más bien, o consiste como ha quedado expuesto, en la creación de un ambiente hostil, hasta hacerlo insoportable para el trabajador, lo que se manifestará de forma nociva para él, y caracterizado (el ambiente o entorno de bajeza) por la transferencia de diversas proyecciones negativas tendentes al menosprecio o desprecio, al que el sujeto activo (singular, plural o colectivo) desearía enlazar la pérdida de la autoestima, el derrumbamiento psicológico, la flojedad o debilitamiento espiritual, la humillación o cualquier otra consecuencia negativa, en una extensa manifestación, como sufrimiento o castigo caprichoso y arbitrario para la víctima.

Por otro lado el hecho de que el actor padezca un trastorno adaptativo y un trastorno depresivo recurrente, no permite deducir la existencia de acoso moral, cuando no consta que aquel tuviera su origen o su causa en las funciones atribuidas al actor por la demandada, pues no cabe olvidar que la I.T. de 17 de

diciembre de 2001, por trastorno depresivo, se produce a los pocos días de comunicarle la efectividad de la sanción de suspensión de empleo y sueldo por seis meses (el 14 de diciembre de 2001), y que la baja de 12 de septiembre de 2003 al 2 de febrero de 2004 es a causa de un accidente.

Todo parece indicar, sin embargo, que las medidas adoptadas por el SERGAS entre el 6 de junio y el 12 de septiembre de 2003 y con posterioridad el 16 de febrero de 2004, en el que se le asignan las funciones que se recogen en los hechos probados sexto y octavo, arriba reproducidos, sin llegar a alcanzar la consideración de mobbing o acoso constituye, como acertadamente califica el Juzgador de instancia, una vulneración del principio de igualdad que ampara el artículo 14 de la Constitución Española, al suponer un trato desigual respecto a sus compañeros de profesión, sin que ello pueda explicarse, como pretende la Entidad demandada, como una medida adoptada para una incorporación progresiva, al no existir razones objetivas que justifiquen la adopción de tal medida.

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede la desestimación de los recursos de suplicación formulados y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar los recursos de suplicación formulados por don R.G.C. y por el Servizo Galego de Saúde, contra la sentencia de fecha 20 de abril de 2004 del Juzgado de lo Social número 1 de Ourense, confirmando la expresada resolución.

3942 **Recurso nº 4.024/04**

S.S. ALTA E BAIXA NA SEGURIDADE SOCIAL. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. REALIZACIÓN DE FUNCIÓNS DE APD E DE ATS DE CUPO. SIMULTANEIDADE DA ALTA NO RÉXIME XERAL E NO DE FUNCIONARIOS CIVÍS DO ESTADO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veinte de septiembre de dos mil cuatro

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 4.024/02 interpuesto por SERGAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 979/01 se presentó demanda por don J.J.P.P. en reclamación de alta/baja seguridad social siendo demandado el SERGAS y TGSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diez de junio 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 actor es funcionario de la Xunta de Galicia perteneciente al Cuerpo Facultativo Superior, Escala Sanitaria de Atención Primaria y Especializada, Subescuela de Atención Primaria. Clase Médicos Titulares. No está integrado en el nuevo modelo de Atención Primaria. Dentro de esta doble funcionalidad presta servicios como médico general de la Seguridad Social y a su vez como médico de APD los derivados de esta última función, manteniendo a su vez una doble cotización a la MUFACE como Funcionario y al Régimen General de la Seguridad Social como personal estatutario. Segundo.- Con fecha 12 de junio de 2001 la Dirección General de Atención Primaria le remite circular para que de acuerdo con el art. 28 de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social, debe optar antes del día 30 de junio por quedar incluido exclusivamente bien en el Régimen General bien en el Especial de Funcionario Civiles del Estado. Tercero.- El actor en escrito de fecha 29 de junio de 2000, opta por imperativo legal y con carácter cautelar por continuar en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, siendo dado de baja en el Régimen General con fecha 30 de junio de 2001".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción declaro el derecho del actor don J.J.P.P. a continuar de

alta en el Régimen General anulando la baja acordada por la demandadas, Servizo Galego de Saúde y Tesorería General de la Seguridad Social, a las que condeno a estar y pasar por la presente declaración procediendo a su alta en el cita Régimen".

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

QUINTO.- Que con fecha 15.07.04 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.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción declara el derecho del actor a continuar de alta en el Régimen General anulando la baja acordada por el Sergas y TGSS y condenando a proceder a su alta en tal régimen, interpone recurso el Sergas en solicitud de su revocación y consiguiente desestimación de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c LPL denuncia la infracción del art. 3.b) LPL; del art. 28 Ley 14/00; 18 y 46 Ley 14/86; 14 y 3 Ley 8/91, art. 2 de la Orden 10.90.97, D. 27.11.53, Ley 5/83 y Decreto 44/85.

SEGUNDO.- Los incombatidos HDP ponen de relieve lo siguiente: 1.-El actor es funcionario de la Xunta de Galicia perteneciente al Cuerpo Facultativo superior, Escala de Atención Primaria y Atención Especializada, Sub-escala de Atención Primaria, Clase de médicos titulares. No está integrado en el nuevo modelo de Atención Primaria. Dentro de esta doble funcionalidad presta servicios como médico general de la Seguridad Social y a su vez como de APD los derivados de esa última función, manteniendo a su vez una doble cotización a la MUFACE como Funcionario y al Régimen General de la Seguridad Social como personal estatutario. 2.- En el mes de junio de 2001 la Dirección General de Atención Primaria le remite circular para que de acuerdo con el art. 28 de la Ley 14/2000 de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social, debe optar antes del día 30 de junio por quedar incluido exclusivamente en el Régimen General bien en el Especial de Funcionario Civiles del Estado. 3.- El actor opta por imperativo legal y con carácter cautelar por continuar en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, siendo dado de baja en el Régimen General con fecha 30 de junio de 2001.

La pretensión de demanda, según acoge la sentencia recurrida es la declaración del derecho del actor a continuar de alta en el Régimen General anulando la baja acordada por Sergas y TGSS, condenándolas a proceder a su alta.

TERCERO.- En el primero motivo de recurso el SERGAS aduce que la materia objeto del proceso está excluida del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social, por ser cuestiones relativas a cotización y recaudación y que es competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. De ahí la infracción que del art. 3.b) LPL denuncia.

La cuestión ha sido resuelta por este Tribunal en sentencia de Sala General dictada con fecha 17.10.03, Rec. 1.568/02, y recogida por la de 22.07.04 R. 3.966/02 resolviendo supuesto esencialmente similar al presente, puesto que la sentencia allí objeto de impugnación declaraba el derecho del accionante, practicante titular, funcionario técnico del Estado al servicio de la Sanidad Local, transferido a la Xunta de Galicia y desempeñando funciones de APD y de ATS de cupo, a mantener su alta y cotización en el Régimen General de la SS dejando sin efecto la baja acordada…

En el Fto. Jurídico 2º de la sentencia referida decía lo siguiente, de aplicación al caso y que lleva asimismo al rechazo de 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 «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".

CUARTO.- En el 2º motivo de recurso el Sergas alega, por un lado, que la competencia para resolver el litigio, el encuadramiento del actor en uno u otro régimen y la consecuente obligación de cotización, "no corresponde al Sergas sino a la TGSS" y que hay falta de acción apreciable de oficio respecto de él "por cuanto se cumple con lo ordenado". De otro, argumenta que el actor "realiza una única prestación de servicios aunque con distintas facetas o cometidos", haciendo hincapié, en esencia, en que su única prestación es la "atención sanitaria integral aunque con distintas facetas", percibe una única nómina…, concluyendo con el informe de MUFACE y la TGSS al respecto que obran en autos en el sentido que se ha de optar por el Régimen General de la SS o por el RE de funcionarios conforme a lo establecido en el art. 28 de la Ley 14/00.

QUINTO.- Respecto de la falta de acción, apreciable de oficio, ya la sentencia de Sala General de este Tribunal antes citada de 17/10/03 había dejado puntualizado que el allí demandante, al igual que el aquí actor, tenía acción en tanto se acredita una lesión actual de su propio interés, suponiendo un derecho insatisfecho o desconocido tutelable mediante el ejercicio de la acción. Precisamente, con-

cluía la Sala rechazando la alegación de falta de acción argumentando lo siguiente: "…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».

En el caso, el actor don J.J.P.P., de conformidad con los HDP.2º y 3º, fue compelido a optar haciéndolo "por imperativo legal y con carácter cautelar" por el RE de Funcionarios y fue dado de baja en el Régimen General con fecha 30.06.01, de tal manera que es titular de un interés actual cierto con acción al objeto de reparar la lesión que afirma ha sufrido sin cobertura legal. Y esta acción también la ostenta frente al Sergas, puesto que al margen de las competencias de la TGSS en cuanto a inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas..., el actor tiene vinculación de servicios con el Sergas, este tramitó su baja y dejó de cotizar y es quien debe tramitar el alta en el Régimen General, no estando al efecto vinculado sino por la normativa legal correspondiente, esgrimiendo la cual, el art. 28 Ley 14/00, comunicó al actor en junio/01 que debía optar entre quedar incluido en el Régimen General o en el RE de Funcionarios.

SEXTO.- En lo relativo a si el actor debe o no optar conforme a lo establecido en el art. 28 de la Ley 14/00, resulta de nuevo aplicable lo que este Tribunal resolvió en la sentencia ya citada de 17.10.03 y que es dable reproducir en su Fundamento Jurídico 5º: "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".

Efectivamente, la solución que se impone en el caso es la misma que se ha dejado expuesta en tanto que, conforme a los HDP, el actor no está integrado en el nuevo modelo de atención primaria y -HDP 1º- dentro de esta doble funcionalidad presta servicios como practicante de la SS y a su vez como de

APD los derivados de esta última función, en función de lo cual venía manteniendo una doble cotización a MUFACE como funcionario y al Régimen General de la Seguridad Social como personal estatutario, sin que pueda concluirse que realice una única prestación de servicios en el sentido que postula el Sergas y a los efectos del art. 28 de la Ley 14/00. En similar sentido, sentencias de este Tribunal de 16.07.04, 21.07.04…

Por consiguiente, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia. No proceden costas, dado el estatus el recurrente y el artículo 233 LPL.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el SERGAS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña de fecha 10.06.02 en Autos nº 979/01 seguidos a instancias de don J.J.P.P. frente al recurrente Servicio Galego de Saúde y la TGSS, confirmamos la sentencia recurrida.

3943 Recurso nº 3.385/04

S.S. NULIDADE DE ACTUACIÓNS POR EXISTENCIA DE MOTIVACIÓN ARBITRARIA DA SENTENZA RECORRIDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a veintitrés de septiembre de dos mil cuatro

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. 3.385/04 interpuesto por doña M.C.S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.S.C. en reclamación de despido, siendo demandado la Xunta de Galicia, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 66/BIS/04 sentencia con fecha veintitrés de abril de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

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

"PRIMERO.- La demandante presta servicios para la demandada adscrita a la Consellería de Familia e Promoción de Emprego, Muller e Xuventude, desde el 4 de febrero de 1998, con la categoría profesional de Técnico Auxiliar de Informática, Grupo IV, Categoría 1, y percibe mensualmente el salario establecido en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia. Suscribió, en la indicada fecha, un contrato de trabajo, bajo la modalidad de obra o servicio, con amparo en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/97, de 16 de mayo, BOE de 17.05.97. En la cláusula séptima del mismo se hace constar que el objeto del contrato es la cobertura de la plaza hasta la entrada en vigor del "II Plano integral de apoio a la familia". En fecha 16.12.98 se realiza una diligencia en el contrato de trabajo, por el que se entiende que las tareas a desarrollar se extienden hasta el 31 de diciembre de 1999. En fecha 16.12.99, se realiza otra diligencia en la que se constata que los servicios objeto del contrato se extienden hasta el 31 de diciembre del 2000. En fecha 19.12.00 se suscribe entre las partes un Anexo al contrato en el que se indica que los servicios objeto del mismo se extienden hasta el 31 de diciembre de 2001. En fecha 19.12.01 se hace constar una diligencia en la que se señala que *las actuaciones objeto del presente contrato II Plan Integral de apoyo a la familia, prosiguen, como consecuencia de la prórroga del citado Plan, hasta la aprobación y entrada en vigor del III Plan en el que dichas actuaciones se enmarquen*. En fecha 13.12.02 se hace constar una Diligencia en la que se indica que los programas de desarrollo objeto del presente contrato se extenderán hasta finales del año 2003. SEGUNDO.- En fecha 2 de enero de 2004 se dicta Resolución por la Secretaría Xeral de la demandada comunicando su cese por "remate de contrato". TERCERO.- Se interpone en fecha 21.01.04 reclamación previa la cual fue desestimada por resolución de fecha 19.01.04. CUARTO.- Que el cese comunicado hemos de entender constituye un despido improcedente, por cuanto el objeto del contrato y los trabajos desarrollados por la actora en cumplimiento del mismo suponen trabajos

habituales en desempeño de actividad permanente en la empresa, hasta el punto que en el puesto de trabajo de la ahora demandante se encuentra otra persona, interina, desarrollando exactamente sus mismas funciones, por lo que, además, quiebra el alegado expresado en la resolución denegatoria de la reclamación previa de falta de dotación presupuestaria".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda deducida por doña M.C.S.C. contra la Xunta de Galicia debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda despido y absuelve libremente de la misma a la demandada Xunta de Galicia. Decisión ésta contra la que recurre la parte actora articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en el que interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento determinantes de indefensión, por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 97.2 de la LPL al incurrir en una disfunción o contradicción patente entre el hecho declarado probado cuarto y el fundamento de derecho segundo, contradicción que a su juicio es palmaria y supone que, con estimación del presente motivo de recurso, deberían reponerse los autos al momento de la vista oral o al previo a dictarse sentencia, ya que no puede sostenerse que el hecho declarado probado cuarto afirme que el cese comunicado a la demandante constituya un despido improcedente y el fundamento de derecho cuarto, con valor de hecho probado, afirme exactamente lo contrario, que el cese comunicado no es calificable como despido improcedente.

SEGUNDO.- El análisis del anterior motivo lleva a la Sala a la conclusión de que debe prosperar. En efecto, la sentencia recurrida declara textualmente en el hecho probado cuarto lo siguiente: *"Que el cese comunicado hemos de entender constituye un despido improcedente, por cuanto el objeto del contrato y los trabajos desarrollados por la actora en cumplimiento del mismo suponen trabajos habituales en desempeño de actividad permanente en la empresa, hasta el punto que en el puesto de trabajo de la ahora demandante se encuentra otra persona, interina, desarrollando exactamente sus mismas funciones, por lo que, además, quiebra el alegato expresado en la resolución denegatoria de la reclamación previa de falta de dotación presupuestaria".*

Asimismo, en el fundamento jurídico segundo, después de transcribir parcialmente en el primero la STS de 19.02.02, concluye con el siguiente razonamiento: *"La demandante del conjunto de la prueba practicada no ha logrado acreditar que, el objeto del contrato y los trabajos desarrollados por la actora en cumplimiento del mismo supongan trabajos habituales en desempeño de actividad permanente en la empresa, ni tampoco en el puesto de trabajo de la ahora demandante se encuentra otra persona, interina, desarrollando exactamente sus mismas funciones, por /o que no se puede afirmar que el cese comunicado constituya un despido calificable como improcedente, y en consecuencia la demanda ha de ser desestimada".*

Es evidente que sentencia recurrida incurre, de un lado, en infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 97.2 de la LPL) al incardinar indebidamente, en primer término, un razonamiento jurídico en el relato de hechos probados, y al contener, en segundo término, una ilógica contradicción interna entre dicho razonamiento jurídico y el expresado en su fundamento de derecho segundo, extendiendo -en consecuencia- esa incongruencia interna al fallo de la misma. De otro lado, la Sala estima que la resolución recurrida también infringe el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24 de la CE, por cuanto una reiterada doctrina del TC ha venido señalando que dicho derecho fundamental comprende la existencia misma de motivación (SSTC 176/1985, 13/1987), su suficiencia (STC 100/1987) *y también el que no sea arbitraria, ya que ello equivaldría a inexistencia»;* motivación que este caso, expuesta en los hechos y en los fundamentos jurídicos, ha de juzgarse como arbitraria al ser rigurosamente ilógica y contradictoria, lo impide a la parte demandante la posibilidad de impugnarla adecuadamente en el fondo.

En consecuencia, procede estimar el motivo de recurso sin necesidad ya de entrar en los restantes y reponer las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la conclusión del juicio, a fin de que por la Magistrada de instancia se proceda a dictar nueva sentencia resolviendo, con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción, todos los puntos controvertidos en la litis y fundamentando congruentemente los pronunciamientos del fallo con plena observancia de las normas reguladoras de la sentencia, sin perjuicio de hacer uso -si lo estima oportuno- de sus facultades para mejor proveer con audiencia, en este caso, de las partes. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora doña M.C.S.C., debemos declarar y declaramos la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de esta Capital, con fecha 23 de abril de 2004, en los presentes autos sobre despido tramitados frente a la demandada Xunta de Galicia. En consecuencia, reponemos dichas actuaciones al momento inmediatamente posterior a la conclusión del juicio, a fin de que por la Magistrada de instancia se proceda a dictar nueva sentencia resolviendo, con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción, todos los puntos controvertidos en la litis y fundamentando congruentemente los pronunciamientos del fallo con plena observancia de las normas reguladoras de la sentencia, sin perjuicio de hacer uso -si lo estima oportuno- de sus facultades para mejor proveer con audiencia, en este caso, de las partes.

3944 Recurso nº 3.584/04

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. UTILIZACIÓN DE LOCAL POR ORGANIZACIÓN SINDICAL. NON ABONDA CO RECOÑECEMENTO DO DEREITO. CÓMPRE QUE SE FACILITE A SÚA UTILIZACIÓN EFECTIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a veintitrés de septiembre de dos mil cuatro

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. 3.584/04 interpuesto por Servizo Galego de Saúde 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 Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA) en reclamación de tutela libertad sindical siendo demandado Servizo Galego de Saúde y don C.P.M. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 181-2004 sentencia con fecha 16 de abril de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

"1.- Primero.- En las penúltimas elecciones sindicales celebradas en el Servizo Galego de Saúde resultaron con candidatos elegidos y constituyeron secciones sindicales en el Hospital de M. las siguientes organizaciones sindicales: Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Intersindical Galega, SAE y CEMSATSE, el sindicato demandante Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA), con implantación en Galicia, dirigido a licenciados en medicina y cirugía y/o titulados superiores con vinculación con la Sanidad Autonómica y con objeto de representar, defender y promocionar los intereses profesionales, laborales, sindicales y generales de dichos afiliados. 3.- O´MEGA, junto con otras organizaciones sindicales, se presentó a las elecciones sindicales celebradas en el Servizo Galego de Saúde en el año 2003 y, efectuada la votación el día 27 de marzo de 2003, los resultados de dicha votación en el Hospital del M. fueron los siguientes: Comisiones Obreras el 26,27%, Unión General de Trabajadores el 16,13%, SAE el 14,98%, O´MEGA el 11,29%, Confederación Intersindical Galega el 11,18%, CEMSATSE el 8,87%, CGT el 2,88%. Como resultado de ello se constituyeron en dicho Hospital 8 secciones sindicales por dichas organizaciones. 4.- Tras dichas elecciones se mantuvo la asignación la asignación de los locales sindicales y no se asignó local a las nuevas organizaciones con representación y sección sindical en el Hospital de M., esto es: CGT, CSIF y O´MEGA, no disponiendo dicho Hospital de más locales para asignar en exclusiva a esas nuevas organizaciones con repre-

sentación. 5.- El día 8 de mayo de 2003 el sindicato demandante presentó en el registro de entrada del Hospital de M. escrito dirigido al entonces Sr. Director Gerente, que no consta quien fuese, solicitándole que pusiere a su disposición un local y en el menor tiempo posible le comunicase la ubicación del mismo y le hiciese entrega de las correspondientes llaves, sin que conste que obtuviese contestación a su petición. Designado nuevo Director Gerente en septiembre de 2003, el codemandado don C.P.M., el sindicato demandante le dirigió nuevo escrito, presentado en el registro del Hospital el día 21 de octubre de 2003, reiterándole que le facilitase un local en dicho centro dado que, en otro caso, tendría que presentar demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical y reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, a lo que el nuevo Director Gerente les comunicó verbalmente a los representantes de O´MEGA que se pusiesen de acuerdo con las demás secciones sindicales para compartir los 5 locales asignados a tal fin dado que no podía facilitarles más locales, lo que le reiteró, a dicho sindicato y a CGT y CSIF y demás sindicatos con sección sindical en el Hospital en reunión de la Comisión de Centro que tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2003, Comisión que se reunió el día 10 de diciembre con asistencia de todas las representaciones sindicales salvo UGT y acordaron solicitar un local para cada sindicato, procediendo dicha Comisión del mismo día a dirigir escrito a la Gerencia rechazando la propuesta del Director Gerente de compartir locales y sugiriéndole que a la mayor brevedad posible habilitase 3 locales para las 3 secciones sindicales que carecían de ellos, a lo que el Director Gerente comunicó a la Presidencia de la Comisión mediante escrito del 18 de marzo de este año, registro de salida del día 25, que comunicase a las distintas secciones sindicales que tenían a su disposición las 24 horas del día 5 despachos situados en le planta 1 del Hospital, que ya venían utilizando, y que la Gerencia no tenía inconveniente en que dicha Comisión hiciese el reparto de los mismos que tuviese por conveniente para garantizar el acceso a todas las centrales sindicales que habían obtenido representación, comparto de locales a los que se opusieron la Comisión, CIG, CCOO en escritos dirigidos a dicha Gerencia el 26 de marzo y SAE el 2 de abril. Ante dicha situación, el Director Gerente dirigió escrito a todas las secciones sindicales del centro, notificado a O´MEGA el día 7 de abril, indicándoles que, dado que tenían derecho a un local adecuado pero no en exclusiva para cada una, vista la representación obtenida por cada una en las elecciones sindicales y no disponiendo de más locales al efecto, se los asignaba de la forma siguiente: local 1 a CCOO por haber obtenido el 26,27% de la representación, local 2 a UGT por haber obtenido el 16,13%, local 3 a SAE y CGT por haber obtenido entre las 2 el 17,86% (14,98 y 2,88), local 4 a O´MEGA y CSIF por haber obtenido entre ambas 19,70% (11,29 y 8,41) y el local 5 a CEMSATSE y CIG por haber obtenido ambas el 20,05% (11,18 y 8,87). No consta que a las 3 nuevas secciones sindicales, CGT, CSIF y O´MEGA, se les hayan facilitado llaves de los locales asignados. 6.- Ante la falta de local en el Hospital del M., O´MEGA tiene que atender a sus afiliados puntualmente en los pasillos, vestíbulos o habitáculos del Hospital destinados a otros aspectos y en su sede central situada en la calle Gran Vía, de Vigo. 7.- En su demanda solicita O´MEGA que se declare que los demandados incurrieron en conducta antisindical al no facilitarle un local en el M. para labores sindicales, que se le facilite un local de forma inmediata cesando con ello en la conducta antisindical y que se condene solidariamente a los demandados a que por los daños y perjuicios causados le abonen una indemnización de 18.000 euros."

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

"FALLO: Que desestimando las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción alegadas por los demandados y estimando en parte la demanda interpuesta por la organización sindical Médicos de Galicia Independientes, O´MEGA, debo declarar y declaro que la conducta del Servizo Galego de Saúde de no facilitarle un local para actividades sindicales en el Hospital del M. es constitutiva de vulneración de sus derechos sindicales y condeno a dicho demandado al cese inmediato en dicha conducta facilitándole de forma efectiva un local a tal fin, en exclusiva o compartido con otros sindicatos, y condeno asimismo a dicho demandado a que en concepto de indemnización de daños y perjuicios le abone al actor la cantidad de 3.000 euro, desestimando la demanda del actor contra don C.P.M., al que absuelvo, todo ello con la intervención procesal 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

ÚNICO. La parte demandada, 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 la infracción del artículo 42.4 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, donde se establece que *"en aquellos centros de trabajo en que presten servicio más de 250 funcionarios, se habilitará un local con dotación de material adecuado para uso de las organizaciones sindicales, delegados de personal o miembros de las juntas de personal, cuya utilización se instrumentará mediante acuerdo entre ellas"*. Opuesto a la expuesta denuncia jurídica, el sindicato demandante solicita, en su escrito de impugnación de la suplicación, la desestimación total de la suplicación y la consiguiente confirmación total de la sentencia de instancia.

Partiendo de la expuesta denuncia jurídica y de su impugnación de adverso, la cuestión litigiosa, en los términos planteados en el recurso de suplicación, es determinar si, a la vista de los incombatidos hechos probados, la empleadora demandada ha dado cumplimiento a su obligación legal de facilitar un local sindical al sindicato demandante, lo que, a juicio de la demandada recurrente, debe ser respondido de modo afirmativo, con la correspondiente revocación de la sentencia de instancia y desestimación de la demanda rectora de actuaciones, y, a juicio del demandante recurrido, debe ser respondido de modo negativo, con la correspondiente confirmación de la sentencia de instancia.

A la vista de los incombatidos hechos probados, la actuación de la empleadora demandada se concreta en un retraso en la asignación del local al sindicato demandante, alegando la ausencia de locales disponibles además de los disponibles a favor de los demás sindicatos implicados y la necesidad consiguiente de que, entre el sindicato demandante y los demás sindicatos implicados, se llegase a un acuerdo, pero, como no se alcanzó, la empleadora demandada acabó haciendo asignaciones de manera compartida, aunque no consta la facilitación al sindicato demandante de las llaves del local asignado en régimen compartido con otro sindicato –véase el Hecho Probado Quinto-.

Conviene ahora recordar, antes de seguir adelante, que, a la situación expuesta, no sólo le resulta aplicable el artículo 42.4 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sino asimismo, como bien se dice en la sentencia de instancia, el artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, donde se establece que *"las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas o cuenten con delegados de personal, tendrán los siguientes derechos… a la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores"*.

Dicho esto, la Sala comparte la solución estimatoria de la demanda y, en consecuencia, de la existencia de vulneración del derecho de las secciones sindicales a un local en los términos legalmente previstos, determinando su confirmación, con la consiguiente desestimación del recurso de suplicación, y así la Sala lo comparte porque, como se deriva de la literalidad del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, el derecho de la sección sindical es a la *"utilización"* de un local adecuado, lo que, sin duda alguna, comprende tanto el reconocimiento del derecho al local, asignando el empleador uno con criterios de adecuación, lo que, ciertamente, no se le ha negado al sindicato demandante –aunque exista una cierta demora en ese reconocimiento que, en modo alguno, es intrascendente a los efectos de valorar la vulneración de derechos sindicales, sobre todo porque, cuando se produjo ese reconocimiento, la demanda judicial ya estaba interpuesta-, como, asignado el local con criterios de adecuación, la facilitación del ejercicio efectivo del derecho, en cuanto, si a la asignación del local no le anudásemos su efectiva disponibilidad, el derecho de la sección sindical –que, no lo olvidemos, es a la utilización- podría quedar vacío de contenido si, como es el caso de autos, se le asigna al sindicato demandante un local compartido con otro sindicato –aunque eso no impide sea un local adecuado-, pero no se le facilitan las llaves de acceso.

Quizás el artículo 42.4 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, no utiliza unos términos literales tan explícitos, pero, por su finalidad y por su incardinación en el contexto normativo integrado con el artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, no se puede interpretar en el sentido de impedir a un sujeto colectivo la disponibilidad del local, y ello acaece cuando,

aún habiendo asignación del local, no se ha facilitado el acceso efectivo al local asignado –como atinadamente se concluye en la sentencia de instancia-, en una evidente contradicción –dígase a mayor abundancia- entre lo que la empleadora dice y lo que después hace, yendo así contra sus propios actos.

Desde luego, lo que es rechazable en el plano argumental es que, como el artículo 42.4 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, vincula la utilización del local al acuerdo de todos los implicados, la empleadora se desentienda de lo que es una actuación previa a cualquier acuerdo de distribución del uso, como es la asignación del local y la puesta a disposición, que, claramente en esa norma y aún más claramente en el artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, son obligaciones del empleador, y, en este sentido, la sentencia de instancia no ha resuelto la corrección de los criterios de distribución del uso del local, sino simplemente la ausencia de puesta a disposición, negando su concurrencia, con un criterio que ha compartido la Sala.

La circunstancia adicional de que, a diferencia del sindicato demandante, otros sujetos implicados sí disponían de las llaves de acceso porque sí disponían del local con anterioridad a las elecciones en las que el sindicato demandante obtuvo representación unitaria, no se puede pasar por alto porque, por la actuación de la empleadora demandada, se coloca a los distintos implicados, de manera no justificada, en situaciones fácticas diferentes, en cuanto unos sí disponían de las llaves de acceso y el sindicato demandante no disponía de esas llaves de acceso, suponiendo la contravención del artículo 14 de la Constitución.

Todo lo expuesto nos lleva, como primero se avanzó, después se razonó y es ahora momento de reiterar, a la confirmación íntegra de la sentencia de instancia, con la consiguiente desestimación del recurso de suplicación.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Galego de Saúde contra la Sentencia de 16 de abril de 2004 del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, dictada en juicio seguido a instancia del Sindicato de Médicos de Galicia Independientes contra el recurrente y contra don C.P.M., habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, la Sala la confirma íntegramente.

3945 Recurso nº 2.977/04

S.S. CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA EFECTUADA POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BAIXO A ROUPAXE DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS, QUE DETERMINA A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO IMPUGNADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro

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. 2.977/04 interpuesto por la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais da Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.M.C. en reclamación de despido, siendo demandada la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais da Xunta de Galicia, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 118/04 sentencia con fecha veintitrés de abril de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

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

PRIMERO.- Don M.M.C. firmó el 8 de septiembre de 2003 con la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais un contrato de trabajo de duración determinada para prestar servicios a jornada completa, con la categoría profesional de titulado Superior, Grupo I. En la cláusula sexta estipulase que el contrato de duración determinada se celebra para: La realización de obra o servicio que consistirá en el desenvolvimiento del programa de modernización de los Servicios

públicos de Empleo, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. En la cláusula tercera se estipulaba que la duración del contrato se extendía desde el 8 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2003. SEGUNDO.- El salario del actor era de 2.041,92 euros al mes, incluido el prorrateo de las pagas extras. TERCERO.- Tras la Ley 45/2002 de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, la Xunta de Galicia a través de su Presidente de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, hicieron público un documento en que asumieron el compromiso de modernización del servicio público de empleo. En su presentación pública se indica que bajo este objetivo genérico el Servicio Galego de Colección pretende trasmitir al demandante de empleo un mayor conocimiento del mercado de trabajo a través de tutorías individualizadas, para lo cual es preciso dotar de herramientas que proporcionen información del mercado de una forma rápida y ágil a los tutores. En este sentido se incluyen dos objetivos. 1) Orientación y asesoramiento profesional individual a través del compromiso de actividad. 2) Mejora del funcionamiento de los mercados de trabajo mediante el perfeccionamiento de las bases de datos sobre los puestos de trabajo y oportunidades de formación, lo que requiere una nueva aplicación informática de gestión de intermediación laboral. CUARTO.- El actor tenía encomendada la coordinación de los tutores individualizados contratados en el territorio gallego. Además desempeñaba funciones propias de la Oficina de Empleo, tales como meter currículos en sobres o sellar tarjetas. QUINTO.- La Xunta de Galicia adquirió una infraestructura consistente en mobiliario y ordenadores, para que los trabajadores contratados pudieran desenvolver las funciones encomendadas. SEXTO.- Las contrataciones realizadas por la Xunta de Galicia para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, estuvieron financiadas por las aplicaciones presupuestarias 16.05.241ª.137.000 y 16.05.241ª.160.15, a través de una subvención de fecha 22 de abril de 2003 procedente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. SÉPTIMO.- En los presupuestos generales del Estado para el año 2004 se prevé una partida en la sección del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales relativa a la modernización de los servicios públicos de empleo según la Ley 45/2002 de 77.383,13 miles de euros. OCTAVO.- El 27 de noviembre de 2003 el actor recibió una comunicación de la Xunta de Galicia en la que se indica que teniendo en cuenta que el contrato suscrito es de duración determinada y está próximo a expirar, se le notifica que al terminar la jornada de trabajo del día 31.12.03 se dará por terminado y quedará sin efecto el contrato de trabajo concertado el 08.09.03. NOVENO.- El actor interpuso reclamación previa el 17 de enero de 2004, siendo rechazada el 27 de enero de este año. DÉCIMO.- El actor no ejerció en el año anterior a su despido cargo de delegado 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 don M.M.C. contra la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais da Xunta de Galicia, declarando el despido 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, bien a que extinga la relación laboral con abono de una indemnización de novecientos cincuenta y seis euros con cincuenta y siete céntimos (956,67), y con abono en ambos casos de la suma de siete mil seiscientos noventa euros con setenta y ocho céntimos (7.690,78) en concepto de salarios de tramitación, así como los salarios que se puedan devengar desde la fecha de esta sentencia hasta la fecha de su notificación a razón de un salario diario de sesenta y ocho euros con seis céntimas (68,06).

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 Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, a que opte en el plazo de cinco días bien por readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían al producirse el despido, o bien a que extinga la relación laboral con abono de una indemnización de 956,57 €, y con abono en ambos casos de una suma de 7.690,78 € en concepto de salarios de tramitación, a razón de un salario diario de 68,06 €.

Frente a dicha resolución, interpone recurso la representación procesal de la Consellería demandada, al objeto de que se revoque la sentencia de instancia, se desestime la demanda y, en definitiva, para que se absuelva al citado 0rganismo, articulando a tal objeto dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de hechos 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, que se suprima del hecho probado cuarto la expresión: *"Además desempeñaba funciones propias de la Oficina de Empleo, tales como meter currículos en sobres o sellar tarjetas".* Supresión que no se acoge por la Sala, por cuanto según se afirma en el recurso dicho dato fáctico está basado en declaración testifical, medio éste in idóneo a efectos revisores, ya que las únicas probanzas eficaces a tal fin, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, letra b) y 194.3, ambos de la Ley de Procedimiento Laboral, son los documentos y periciales.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, la Consellería recurrente construye un único motivo destinado al examen de la normativa jurídica, denunciando infracción del artículo 15.1.a) en relación con el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 2.c) del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, así como infracción de los artículos 52.e), 55.5.b) y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2.b) de la LPL y artículo 2, 6 y 8 y artículo 6.4 del Código Civil. Se alega por el Organismo recurrente, en esencia, que el cese del actor no se trata de un despido, sino de una extinción de la relación laboral prevista en el artículo 49.1.c) del ET, añadiendo que concurren todos los requisitos exigidos por el Real Decreto 2.720/1998 relativos a los contratos temporales para obra o servicio determinado, tratándose de una contratación sujeta a límite presupuestario y financiero, al que se refiere la Ley 45/02, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección de desempleo y mejora de la ocupabilidad, esto es, se trata de un Plan de Modernización de los Servicios Públicos de Empleo. Se añade por la Consellería recurrente que se especificó y se identificó en el contrato de trabajo, con precisión y claridad, el servicio que constituía su objeto, y que nada obsta a la legalidad de la contratación el hecho de en ella se estableciera un término de finalización.

Según resulta del inalterado relato fáctico, el actor fue contratado con fecha 8 de septiembre de 2003 por la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada para prestar servicios a jornada completa, con la categoría profesional de Titulado Superior, Grupo I, estipulándose en la cláusula sexta del contrato que el mismo se celebraba para la realización de una obra o servicio consistente en el desenvolvimiento del programa de modernización de los Servicios Públicos de Empleo, y en la cláusula tercera que el mismo se extendería desde la fecha de contratación -8 de septiembre de 2003- hasta el 31 de diciembre del mismo año, con un salario de 2.041,92 €, incluido el prorrateo de las pagas extras. Al demandante se le encomendó la coordinación de los tutores individualizados contratados en el territorio gallego. Además, desempeñaba funciones propias de la Oficina de Empleo, tales como meter currículos en sobre o sellas tarjetas. Para el desarrollo del indicado Plan de Modernización de los Servicios Públicos de Empleo la Xunta de Galicia adquirió una infraestructura consistente en mobiliario y ordenadores, para los trabajadores contratados. Las contrataciones realizadas por la Xunta de Galicia para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, estuvieron financiadas por las aplicaciones presupuestarias a través de una subvención de fecha 22 de abril de 2003 procedente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Y en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, se preveía una partida en la Sección del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales relativa a la "modernización de los servicios públicos de empleo según la Ley 45/2002 de 77.383,13 €. Con fecha 27 de noviembre de 2003 el actor recibió comunicación escrita de la Xunta de Galicia, participándole que al rematar la jornada del día 31 de diciembre de 2003 quedaría se daría por terminada la relación laboral.

Y partiendo de estos datos fácticos, la cuestión litigiosa consiste en determinar si el cese del trabajador es constitutivo de despido improcedente, tal como entendió la juzgadora de instancia; o si, por el contrario, el cese obedeció a la expiración del plazo convenido y como además, la duración de la contratación venía condicionada por la percepción de una subvención aportada por el Estado al consu-

marse ésta, el cese resulta procedente según sostiene la Consellería recurrente.

Los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece regulado en los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, según reiterada doctrina jurisprudencial 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.

La Sala IV del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho y, ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, ya que ésta no se supone nunca. Así en la Sentencia de 19 de marzo de 2002 señala que los artículos arts. 8.2 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí la trascendencia de que se cumpla la previsión del apartado 2.a) del Real Decreto citado que impone la obligación de identificar en el contrato, con toda claridad y precisión, cuál es la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican.

Añade el Alto Tribunal que el válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta, y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino además que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio (sentencia de 21 de septiembre de 1999 [RJ 1999\7.534], y que de acuerdo con la doctrina unificada, las Administraciones Públicas no quedan exoneradas del cumplimiento de esa exigencia legal, puesto que deben someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios (artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores), celebren y queden vinculadas con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en su desarrollo ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Y en relación con aquellos supuestos -como el presente- en que la contratación venga condicionada por la percepción de una subvención económica, el Alto Tribunal señala que de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas, «En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate».

CUARTO.- En el presente supuesto, no ha quedado justificada la causa de la temporalidad que se invoca en el contrato suscrito por la Consellería demandada y el trabajador demandante, por las siguientes razones: a).- En primer lugar, y por lo que se refiere a la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye el objeto del contrato, este requisito no se cumple, dado que resulta evidente que no puede entenderse cumplido con la alusión que la cláusula sexta del contrato de trabajo contiene sobre "el desenvolvimiento del Programa de modernización de los Servicios Públicos de Empleo", este enunciado no alude a la concreción de los servicios propios de una obra, siendo materialmente imposible poder determinar en que consiste el trabajo encomendado al actor, tratándose de un enunciado genérico y abstracto, dentro del cual cabe incluir cualquiera actividad o cualquier iniciativa de la Xunta de Galicia en orden a la modernización del Servicio Público de Empleo, es decir, que dentro de la literalidad de ese genérico enunciado se desprende que el Plan de Modernización abarca todos los Servicios, desconociéndose cual o cuales han sido los trabajos contratados con el

demandante; b).- En segundo lugar, y por lo que respecta al requisito de que la obra o servicio que constituya el objeto del contrato, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa, dicho requisito tampoco se cumple. Según se afirma en el segundo de los Fundamentos de la resolución recurrida, en documento elaborado por la Xunta de Galicia se reconoce expresamente que los servicios del Plan de Modernización de Empleo forman parte de sus propias competencias, lo que equivale a sostener que la actividad contratada es habitual y ordinaria de la Administración contratante, y que por ello carece de una autonomía y sustantividad distinta e independiente de lo que constituyen los servicios y competencias ejercidos por la Consellería recurrente, tras haber asumido las transferencias en materia de desempleo; c).- Por otra parte, y en relación con la duración de la obra, aunque en la sentencia recurrida no se aborda esta cuestión, sin embargo, contiene un hecho probado –el séptimo-, según el cual, en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2.004, también se prevé una partida económica, con la misma finalidad de "modernización de los Servicios Públicos de empleo según la Ley 45/2002", cierto es que nada se dice sobre la atribución de una concreta subvención para dicho año a la Xunta de Galicia, la cual, según el hecho probado quinto, adquirió una infraestructura consistente en mobiliario y ordenadores, de lo que se evidencia la permanencia de servicios propios para el Plan de modernización; y, d).- Finalmente, otro de los requisitos de esta modalidad contractual, es que el trabajador debe realizar los trabajos referidos a la obra para la que fue contratado. Y en el presente caso, consta probado, que el actor desempeñó funciones ajenas al Plan de modernización al amparo del cual fue contratado, realizando funciones propias de la actividad habitual y ordinaria del Servicio Galego de Colocación, como sellar tarjetas o meter currículos en sobres, por todo ello cabe concluir que el contrato suscrito por el actor debe considerarse celebrado, por tiempo indefinido, al no reunir los requisitos propios de la temporalidad, en los términos que se dejan expuestos.

Por todo lo indicado, se rechaza la censura jurídica dirigida frente a la sentencia recurrida, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, con las consecuencias previstas en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral; y en función de todo ello:

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, confirmamos la sentencia que con fecha 23 de abril de 2004, ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Santiago de Compostela, a instancia de don M.M.C., y por la que se acogió la demanda formulada contra la Consellería recurrente.

3946 **Recurso nº 3.111/04**

S.S. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE SINDICALISTA E SINDICATO, POR OSTENTAR O PRIMEIRO A REPRESENTACIÓN DUN ÓRGANO DO PROPIO SINDICATO DEMANDADO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro

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. 3.111/04 interpuesto por doña S.M.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña S.M.R. en reclamación de despido siendo demandado Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. y sindicato CC.OO. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 114/04 sentencia con fecha seis de abril de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de falta de competencia y se abstuvo de conocer de la demanda.

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

"PRIMERO.- La actora doña S.M.R. viene prestando sus servicios para la Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. (FECOHT-CC.OO.) y el Sindicato Nacional de Galicia de CC.OO. desde el 03.01.02 como sindicalista alegándose que debería percibir 1.435,84 euros con inclusión de prorrateo de pagas extras. SEGUNDO.- FECOHT-CC.OO. comunica a la actora el 19.12.03 carta en el sentido siguiente: El próximo día 3 de enero de 2004 finaliza su contrato de trabajo temporal suscrito con esta empresa. En cumplimiento de las disposiciones vigentes aplicables, se le notifica que con la fecha indicada quedará rescindida y extinguida a todos los efectos legales, su relación laboral con esta empresa, causando baja en la misma. TERCERO.- Que la actora suscribió contrato de trabajo en Madrid el 03.01.02 para obra o servicio determinado y según consta en la cláusula sexta del citado contrato, el objeto del mismo era la realización planes de formación continuada 2002 y el lugar de prestación del servicio en el centro trabajo "Plaza de Cristino Martos, 4 de Madrid". El contrato, según consta en su cláusula octava se rige por el estipulado en los arts. 12 y 15 del ET (Ley 12/01, de 9 de julio) y RD 2.720/98, de 18 de diciembre. En dicho contrato consta la categoría profesional de auxiliar administrativo y con salario mensual con prorrateo de pagas extras de 1.042,80 euros. CUARTO.- La actora actuó como sindicalista en la localidad de A Coruña desde el inicio de su relación contractual. La actora fue nombrada secretaria de Acción Sindical el 15.04.02 y vino realizando las actuaciones que se deducen de la prueba documental del actor y empresa, documentos que se tienen por íntegramente reproducidos. QUINTO.- No consta que la actora ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. SEXTO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 30.01.04 con el resultado de sin efecto en cuanto FECOHT-CC.OO. y sin avenencia respecto del SN Galicia de CC.OO.".

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

"FALLO: Que, estimando la excepción de falta de competencia del orden jurisdiccional social, debo abstenerme y me abstengo de conocer sobre la demanda interpuesta por la actora doña S.M.R. contra FECOHT-CCOO y SINDICATO NACIONAL DE GALICIA DE CCOO, siendo competente, en su caso, 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.- La Sentencia de instancia, estimó la excepción de falta de competencia del orden jurisdiccional social, por entender que la actora realiza las funciones de sindicalista desde el inicio de su actividad, por lo que las relaciones entre las partes debe quedar excluida de la puramente laboral, siendo competente en su caso la jurisdicción civil.

Y disconforme con dicho pronunciamiento, interpone la actora recurso de suplicación, y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la LPL, interesa la revisión de los hechos declarados probados y el examen de infracción de normas sustantivas; siendo impugnado por el demandado.

SEGUNDO.- Con carácter previo, y por afectar al orden público procesal, el tema de la incompetencia de la jurisdicción social debe analizarse y examinarse preferentemente a los motivos de recurso, ya que de estimarse que este orden jurisdiccional no es competente «ratione materiae» para conocer de la cuestión litigiosa, será innecesario cualquier análisis o decisión sobre tales motivos. Y en relación con el examen de la cuestión de incompetencia, la misma debe ser resuelta por esta Sala con plena libertad, sin sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada, para decidir fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 16 de febrero de 1990 [RJ 1990\1.099] y 4 de julio de 1997 [RJ 1997\2.466).

También conviene significar, que la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes, no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los propios interesados, pues como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que

le otorguen los intervinientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990 [RJ 1990\4.993]); debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el «nomen iuris» empleado por los contratantes (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989 [RJ 1989\7.310]); siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1988 [RJ 1988\6.214] y de 5 de julio de 1990 [RJ 1990\6.059).

TERCERO.- Y para determinar este extremo, la Sala goza de total libertad -como anteriormente se dijo-, pudiendo analizar la totalidad de la prueba practicada para formar su propia convicción sobre estos hechos.

Así, y de un pormenorizado examen de la propuesta desplegada por las partes, que obra en las actuaciones, la Sala considera probado lo siguiente: 1.-) Que la actora doña S.M.R. viene prestando servicios para la Federación de Comercio Hostelería y Turismo CC.OO. (FECOHT-CC.OO.) y el sindicato Nacional de Galicia de CC.OO. desde el 03.01.02 como sindicalista alegándose que debería percibir 1.435,84 euros con inclusión de prorrateo de pagas extras. 2.-) FECOHT-CCOO) comunica a la actora el 19.12.03 carta en el sentido siguiente: "El próximo día 3 de enero de 2004 finaliza su contrato de trabajo temporal suscrito con esta empresa, en cumplimiento de las disposiciones vigentes aplicables, se le notifica que con la fecha indicada quedará rescindida y extinguida a todos los efectos legales, su relación laboral con esta empresa, causando baja en la misma". 3.- Que la actora suscribió contrato de trabajo en Madrid el 03.01.02 para obra o servicio determinado y según consta en la cláusula sexta del citado contrato, el objeto del mismo era la realización de planes de formación continuada 2002 y el lugar de prestación de servicios en el centro de trabajo "Plaza de Cristino Martos 4 de Madrid", el contrato, según consta en la cláusula octava se rige por lo estipulado en el art. 12 y 15 del ETT, 8 de la Ley 12/01, de 9 de julio y RD 2.720/98, de 18 de diciembre. En dicho contrato consta la categoría profesional de auxiliar administrativo y con salario mensual con prorrateo de pagas extras de 1.042,80 euros. 4.- La actora actuó como sindicalista en la localidad de La Coruña desde el inicio de su relación contractual. La actora fue nombrada secretaria de Acción Sindical el 15.04.02 y vino realizando las actuaciones que se deducen de la prueba documental de la actora y demandadas, documentos que se tienen por íntegramente reproducidos.

CUARTO.- Partiendo de los precedentes datos fácticos, debe determinarse si las funciones o tareas que venía desempeñando la actora para la federación y el Sindicato CC.OO. se encuadran entre las propias de un trabajador común u ordinario, que presta sus servicios en régimen de ajeneidad y retribución; o si, por el contrario, las funciones desempeñadas son las típicas de la representación sindical, prestadas en el marco de una relación asociativa y ajenas a toda vinculación de naturaleza o carácter laboral.

De todos los datos que se constatan como acreditados, de la valoración de la prueba que obra en autos, la Sala entiende que las tareas que venía desempeñando la actora para la federación y el Sindicato CC.OO. se equiparan a las de los sindicalistas, dada la dedicación exclusiva de sus servicios, con la realización de tareas propias de esta actividad tales, como negociar convenios colectivos, realización de elecciones sindicales, etc., la de su designación de secretaria de acción sindical y estos datos, objetivamente constatados, privan a la relación que se cuestiona de la nota o requisito esencial de alienidad que ha de concurrir para que resulte atribuible la condición o naturaleza de laboral. Y en estos casos, es reiterada la postura de la doctrina científica y de la Jurisprudencia, en el sentido de declarar la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social en estos supuestos de reclamaciones planteadas ante él, por quienes ostentan cargos de representación en los órganos de un sindicato.

Esta misma Sala, en un supuesto similar al aquí enjuiciado, declara en su Sentencia de 23 de septiembre de 1997 (AS 1997\3.057), que «... los autores y los Tribunales distinguen claramente -respecto de las personas que prestan servicios para un sindicato- entre los sindicalistas y los asalariados, y aunque no falten supuestos límite en los que la diferenciación entre una y otra categoría resulte un tanto difusa, de todas formas "a priori" es clara la diferenciación, siendo así que por "sindicalista" (con dedicación exclusiva, con crédito

horario o como simple colaborador) habrá de entenderse aquella persona elegida para desempeñar funciones de representación sindical y en el marco de una relación asociativa (medie o no compensación económica), en tanto que por trabajador habrá de considerarse a quien presta servicios en régimen de alienidad y retribución, sin -nota negativa- la existencia de responsabilidad sindical».

En el presente supuesto, de la documental y de la confesión, no ofrece la menor duda que las tareas y responsabilidades de la actora -como anteriormente se dijo eran las propias de una sindicalista, y en estos casos, y tal como lo entendió esta Sala en la Sentencia antes citada de 23 de septiembre de 1997, a la actividad desplegada por el recurrente no cabe atribuirle naturaleza o carácter laboral; sin que se oponga a esta conclusión «el dato puramente formal, relativo al alta en el Régimen General de la Seguridad Social, o la suscripción de un contrato de trabajo, al no ser decisivo para la calificación de la relación» -Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 12 de julio de 1983 (RJ 1983\3.770), 15 de abril de 1985 (RJ 1985\1.864), 13 de mayo de 1987 (RJ 1987\3.694), 3 de octubre de 1988 (RJ 1988\7.497) y 6 de junio de 1990 (RJ 1990\5.025)-. Y el mismo Tribunal declara en su Sentencia de 7 de abril de 1987 (RJ 1987\2.364) que «... tal conclusión no pude verse enervada por el hecho de que se perciba una remuneración mensual, que en tales supuestos no juega como indicio de laboralidad, sino más bien como compensación por la dedicación exclusiva que corresponde al liberado».

En definitiva, para la Sala resulta incuestionable que la relación mantenida entre actora y sindicato es una relación de tipo asociativo, que la labor que la actora desarrolló para el Sindicato no puede calificarse de laboral, consiguientemente, el orden jurisdiccional en el que deben ventilarse las diferencias surgidas entre la demandante y Sindicato no puede ser el social, sino que deben acudir, si lo desean, a la jurisdicción ordinaria; y al haberlo apreciado de igual modo el Magistrado de instancia, se impone, con la desestimación del recurso, la confirmación de la Sentencia recurrida, advirtiéndose a la parte actora que puede ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción ordinaria, si a su derecho conviniere.

En consecuencia, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por doña S.M.R. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de A Coruña, de fecha 6 de abril de 2004, en proceso sobre despido, promovido por la recurrente contra la Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de CC.OO. y el sindicato CC.OO., debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida que declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión planteada; advirtiendo a la parte actora que el conocimiento de la misma incumbe a la jurisdicción ordinaria, ante la cual puede acudir en tutela de su interés.

3947 **Recurso nº 3.224/04**

S.S. CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTA EFECTUADA POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, BAIXO A ROUPAXE DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS, QUE DETERMINA A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO IMPUGNADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro

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 3.224/04 interpuesto por la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 136/04 se presentó demanda por doña E.G.R. en reclamación de despido siendo demandado el Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de

abril de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Doña E.G.R., con DNI número …, ha venido prestando servicios para la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, desde el 03.10.03, con la categoría profesional de licenciada en filología gallega titulada superior, con un salario mensual de 1.990,27 euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, habiendo cesado por fin de servicio el 31.12.03. 2.- En el contrato de trabajo de la actora se especificaban las siguientes características: 1.Era un contrato a tiempo completo para obra o servicio determinado. 2. En la cláusula sexta se indica que *la realización de la obra o servicio determinado consistirá en el desenvolvimiento del programa de modernización de los servicios públicos de empleo como tutores de empleo. 3. En la cláusula tercera se expresaba que la duración del contrato se entendía hasta el 31.12.03.* 3.- Este contrato de trabajo ha nacido en cumplimiento de las previsiones del art. 1.1.11 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema para la protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, en la que se establece una obligación por parte del demandante de empleo de cumplir las obligaciones derivadas de un compromiso de actividad mediante el cual el desempleado se obliga a buscar activamente empleo. 4.- En cumplimiento del artículo 23.seis de la ley 6/2002, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2003, la Dirección General de la Función Pública de la Xunta de Galicia, previo informe de la Inspección General de Servicios, autorizó por medio de resolución administrativa de 5 de agosto de 2003, la contratación temporal, entre otros, de 10 licenciados, haciendo hincapié la citada resolución administrativa en que las contrataciones durarán hasta el 31 de diciembre de 2003, y que *por la naturaleza de las obras o servicios, no pueden ser ejecutadas por personal fijo*. Esta contratación se financió con cargo a una subvención concedida por el año 2003 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales mediante Orden de fecha 3 de abril de 2003. 5.- En la Ley 61/2003, de 30 de diciembre de 2003, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, consta una partida de más de 77 millones de euros para la modernización de los servicios públicos de empleo según la Ley 45/2002, aunque no consta a día de hoy que se haya aprobado subvención alguna por parte del Ministerio de desenvolvimiento de tal plan, para el año 2004. 6.- A la trabajadora se le comunicó, por medio de escrito de 27 de noviembre de 2003, que el contrato finalizaría el 31 de diciembre de 2003, por lo que al finalizar la jornada de aquel día se daba por finalizado y quedaba sin efecto tal contrato. 7.- Desde el inicio de la relación laboral, la trabajadora ha venido prestando servicios en la Delegación Provincial de la Consellería de Familia en Vigo dentro de la Sección de Gestión Económica, dedicada a la gestión económica del plan FIP, encargándose de gestionar y tramitar subvenciones de las entidades que organizan cursos del citado plan de inserción profesional. 8.- La actora presentó reclamación previa ante la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia el 14 de enero de 2004. 9.- La demandante no es ni ha sido 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 E.G.R., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 31 de diciembre de 2003 por parte de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, 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 setecientos veintiuno con cuarenta y siete euros (721,47 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 siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- La sentencia de instancia estimó la demanda formulada por despido frente a la Consellería de Asuntos Sociais,

Emprego e Relacións Laborais, sobre la base –declarada probada– de que: (a) la actora suscribió contrato para obra o servicio determinado por el periodo 03.10.03 a 31.12.03; (b) que el objeto del contrato se definía como «desarrollo del programa de modernización de los servicios públicos de empleo como tutor de empleo»; y (c) durante su relación laboral, la actora ha venido prestando servicios en la Delegación Provincial de la Consellería de Familia en Vigo, dentro de la Sección de Gestión Económica, dedicada a la gestión económica del plan FIP, encargándose de gestionar y tramitar subvenciones de las entidades que organizan cursos del citado plan FIP.

2.- Frente a esta sentencia, que declaró que el cese del actor en 31/12/03 integraba despido improcedente, la demandada formula recurso en el que se limita a denunciar la infracción de los artículos 15.1.a, 49.1.c, 52 e), 55.5. b) y 56 ET, 108.2.b LPL, 2.6 y 6.4 CC, así como del artículo 2 RD 2729/1998 (18/Diciembre).

SEGUNDO.- 1.- Para la resolución de este recurso esta Sala seguirá el criterio plasmado en su Sentencia de 16.09.04 R. 3.194/04, donde decíamos que es doctrina unificada y aplicable a la contratación –en general– de personal por parte de las Administraciones Públicas (SSTJ Galicia 24.06.94 R. 2.493/94, 02.04.96 R. 4.803, 20.11.96 R. 2.308/94, 26.03.98 R. 532/98, 11.11.98 R. 2.670/98, 12.03.99 R. 1.267/96, 12.11.99 R. 4.546/99, 18.02.00 R. 277/00, 04.04.01 R. 1.416/01, 21.09.02 R. 1.305/99, 17.07.03 R. 3.231/00 y 02.10.03 R. 3.848/03) la que a continuación se resume.

2.- Cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios –en el sentido a que se refiere el artículo 1.2 del ET– y celebran contratos temporales, el principio de legalidad establecido por el artículo 9.1 CE les lleva a sujetarse la normativa general, coyuntural o sectorial, debiendo someterse –con el mayor rigor posible– a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo (SSTS 13.10.99 Ar. 7.493, 17.03.98 Ar. 2.682,...). Porque en general, las AAPP están sometidas al ordenamiento laboral cuando actúen como parte de un contrato de trabajo (STC 205/1987, de 21 de diciembre), siendo así que "la mención que, sin mayores precisiones, hace el artículo 19 de la Ley para la reforma de la Función Pública al personal laboral, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios [artículo 1.2 E T] celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del artículo 9.1 de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La repercusión del citado artículo 19 de la ley para la reforma de la Función Pública en la relación individual de trabajo se limita, por tanto, al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración" (STS 18.03.91 Ar. 1.875, con cita de las 07.03.88 Ar. 1.864, 18.07.89 Ar. 5.873 y 11.02.91 Ar. 822; reitera la doctrina, la 07.10.92 Ar. 7.621)

3.- Con carácter general se ha mantenido que el fraude de Ley –SSTS 04.07.94 Ar. 6.332, 02.11.94 Ar. 10.336, 17.05.95 Ar. 4.445, 18.05.95 Ar. 5.355 y 10.10.95 Ar. 7.678– es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades en la constitución de la relación jurídica y requiere una clara voluntad de eludir un mandato imperativo, por lo que los defectos en la contratación no conllevan la aplicación del artículo 6.4 CCV, sino tan sólo en el supuesto de que resulten demostrativos de aquella voluntad de obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (a modo de ejemplo, la STS de 04.04.90 Ar. 3.104); y la alegación de que existió fraude por parte de la Administración en este particular está sometida a la carga de la prueba que compete a quien la aduce, conforme al artículo 1.214 CC (STS 24.09.98 Ar. 7.303). Pero también se ha dicho –tratándose de Administraciones Públicas– que el fraude no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal –*dolus malus*– sino la simple y mera conciencia de que la situación laboral contemplada no implica temporalidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada, o lo que es igual, el fenómeno descrito en el artículo 6.4 CC (SSTS 20.03.02 Ar. 5.284 y 06.05.03 Ar. 5.765). Y en todo caso se ha afirmado que la sucesiva contratación temporal infringiendo la normativa sobre la misma constituye *fraus legis,* sin necesidad de acreditar elemento subjetivo adicional (SSTS 29.03.93 Ar. 2.218 y 20.01.03 Ar. 1.986)

4.- La equivocada utilización de una modalidad contractual no comporta la existencia de un fraude de ley y su transformación en vínculo de duración indefinida. En concreto, el error iuris sobre la causa justificativa del contrato de trabajo de duración determinada que se ajusta a la situación objetiva de la organización de trabajo (que puede producirse y se produce de hecho con cierta frecuencia ante la pluralidad de modalidades de contratación) no da lugar, según jurisprudencia reiterada, a la calificación de fraude de ley [SSTS 04.07.94 Ar. 6.332; 02.11.94 Ar. 10.336, 17.05.95 Ar. 4.445; 18.05.95 Ar. 5.355; 15.06.95 Ar. 5.357; 10.10.95 Ar. 7.678]" (STS 16.01.96 Ar. 191).

5.- Las posibles irregularidades que afecten a la referida contratación de personal al servicio de las AAPP no necesariamente determinan la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo, no bastando con que concurra una simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, sino que es preciso que se incurra en un defecto esencial que lleve a hacer subsistir la relación laboral más allá del tiempo pactado. Y con carácter general interpretativo ha de tenerse en cuenta que el interés general y la previsión constitucional sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (arts. 14 y 23 CE), han determinado que el ET y sus normas de desarrollo no sean los únicos preceptos aplicables a la contratación laboral de las personas públicas y que muchas otras leyes establezcan determinadas limitaciones sustantivas y de procedimiento que vienen a establecer un auténtico régimen especial de contratación laboral cuando el empleador es una Administración Pública; y estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades en las contrataciones o en las asignación de funciones no pueden dar lugar a consecuencias que vulneren reglas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo y la reserva funcionarial, de manera que ante la eventual existencia de una concurrencia conflictiva entre las normas laborales y las específicas que regulan la contratación de las Administraciones Públicas deben prevalecer estas últimas, en atención a su carácter de normas especiales (SSTS 29.05.00 Ar. 4.804, 08.02.00 Ar. 1.744, 20.10.99 Ar. 8.401 y 20.01.98 Ar. 1.000). Pero que las irregularidades graves en las contrataciones laborales cometidas por las Administraciones Públicas pueden determinar la conversión del vínculo en indefinido, sin que a ello se oponga el artículo 103.3 de la Constitución (SSTS 11.03.91 Ar. 822; 18.03.91 Ar. 1.875; 31.01.92 Ar. 142; 06.05.92 Ar. 3.516; 18.05.92 Ar. 3.564; 20.06.92 Ar. 4.602; 27.07.92 Ar. 5.663; 23.10.92 Ar. 7.676; 26.10.92 Ar. 7.842; 30.03.93 Ar. 1.653; 22.09.93 Ar. 7.026; 03.11.93 Ar. 8.539; 24.01.94 Ar. 865).

TERCERO.- 1.- Ya más específicamente sobre el contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada –así, las SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– tiene indicado que sus requisitos 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" (STS 21.03.02 Ar. 5.990, que cita las 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 y las que en ellas citan que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los Reales Decretos 2.104/1984, 2.546/1994 y 2.720/1998. Y a ellas cabe añadir, las de 05.12.96 Ar. 9.640, 20.01.98 Ar. 4, 19.07.99 Ar. 5.797, 21.09.99 Ar. 7.534, 23.09.02 Ar. 2003\704. Y recordando tal criterio jurisprudencial, las SSTSJ Galicia 12.03.99 R. 1.267, 08.10.99 R. 3.921/96, 12.11.99 R. 4.277/96, 15.02.00 R. 5.149/96, 24.02.00 R. 5.583/96, 20.10.00 R. 1.839/97, 07.12.00 R. 3.312/97, 20.09.01 R. 3.892/01, 12.09.02 R. 3.594/02, 21.09.02 R. 1.305/99, 28.02.03 R. 176/03, 06.03.03 R. 398/03, 02.10.03 R. 3.848/03, 20.12.03 R. 2.343/01, 15.04.04 R. 931/04 y 31.05.04 R. 1.861/04).

2.- La doctrina se atenúa –STS 23.09.02 Ar. 2003\704– en supuestos de prestación de servicios bajo esta modalidad cuando el empresario realizaba una contrata, pues –SSTS

15.01.97 Ar. 497, 18.12.98 Ar. 307, 28.12.98 Ar. 387, 06.06.99 Ar. 5.209 y 20.11.00 Ar. 1.422–, aunque en estos casos "no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización", se aprecia, sin embargo, la concurrencia de "una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste" (STS 22.10.03 Ar. 8.390, citando literalmente la precedente 06.06.99 Ar. 5.209).

A lo que se añade que "no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa [arrendamiento de servicios de transportes], porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo" (STS 22.10.03 Ar. 8.390).

3.- 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 artículo 2.2.a) citado en orden a 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". 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 artículo 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 (STS 26.03.96 Ar. 2.494, que reproduce la 21.03.02 Ar. 5.990; igual, 22.06.90 Ar. 5.507; 26.09.92 Ar. 6.816; 21.09.93 Ar. 6.892).

CUARTO.- 1.- Tratándose de contratación por parte de la Administración Pública, si bien el Tribunal Supremo admite que se acoja a la modalidad contractual del artículo 15.1.a) 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. 6006– "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. Las series de sentencias relativas tanto al INEM –de 07.10.92 Ar. 7.621, 16.02.93 Ar. 1.174, 24.09.93 Ar. 8.045, 11.10.93 Ar. 7.587, 25.01.94 Ar. 375, 10.11.94 Ar. 8.604, 18.12.95 Ar. 3.068, 23.04.96 Ar. 3.398, 07.05.98 Ar. 4.585– como a los servicios de ayuda a domicilio –de 11.11.98 Ar. 9.623, 18.12.98 Ar. 1999\307, 28.12.98 Ar. 1999\387– y de prevención de incendios –de 10.06.94 Ar. 5.422, 03.11.94 Ar. 8.590, 10.04.95 Ar. 3.038 y 11.11.98 Ar. 9.623– o a los casos de campamentos infantiles de verano –S. de 23.09.97 Ar. 7.296– y de guarderías infantiles en la campa-

ña de la aceituna –SS. de 10.12.99 Ar. 9.729, y 30.04.01 Ar. 4.613– evidencian que la Sala tuvo muy en cuenta, junto al dato de la existencia la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal. Y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos o guarderías infantiles, etc.) quedará suficientemente determinada y concreta. Sólo cuando ello ocurrió tuvo por configurada una situación plenamente incardinable en los preceptos antes citados. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, la Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención. (cfr. entre otras, las sentencias de 07.10.98 Ar. 2.709/1997, 05.07.99 Ar. 6.443 y 02.06.00 Ar. 6.890). Pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones".

En todo caso, conforme a la misma doctrina jurisprudencial (SSTS 21.03.02 Ar. 5.990 y 10.04.02 Ar. 6.006), de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Lo confirma así la Ley 12/2001, de 9 de junio [Julio], que ha introducido un nuevo apartado, el e), en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, con el que se autoriza la extinción por causas objetivas de los contratos indefinidos formalizados por la Administración para la "ejecución de planes o programas públicos determinados", cuando su financiación proviene de ingresos externos de carácter finalista y deviene insuficiente para el mantenimiento del contrato de trabajo suscrito.

QUINTO.- Los precedentes criterios jurisprudenciales necesariamente llevan a rechazar el recurso interpuesto. Y ello –sucintamente– porque: (a) nos parece claro que la contratación tenía un objetivo –modernización de los Servicios Públicos de Empleo– calificable como «permanente» para la Consellería demandada, con lo que venía a excluirse la correcta utilización de la figura temporal de contrato para obra o servicio determinado, tal como en su día habían informado los Servicios Jurídicos de la Xunta de Galicia (folios 63 a 67); (b) en todo caso, la circunstancia de que el recurso no hubiese instado formalmente la revisión de los HDP deja incólume la decisiva afirmación de instancia respecto de que el trabajo desarrollado por el actor no fue precisamente el que era objeto contratado, sino otro diverso; (c) el dato en forma alguna se altera por el hecho de que en el escrito de formulación se hagan disquisiciones críticas de tal aseveración judicial, que al no dirigirse a concreta revisión fáctica ninguna trascendencia pueden alcanzar; y (d) la relevancia de tales distorsiones –sobre el objeto legal del contrato de servicio determinado y sobre el objeto pactado– suponen una esencial irregularidad, con objetivo fraude de Ley, que necesariamente llevan a atribuir la cualidad de indefinido al vínculo pactado con formal temporalidad. Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, confirmamos la sentencia que con fecha 20.04.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Vigo, a instancia de doña E.G.R. y por la que se acogió la demanda formulada.

3948

S.S.

Recurso nº 3.268/04

CARÁCTER PLENAMENTE LIBERATORIO DA LIQUIDACIÓN ASINADA POLO TRABALLADOR, DETERMINANTE DA EXTINCIÓN DO CONTRATO POR MUTUO ACORDO DAS PARTES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro

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. 3.268/04 interpuesto por "G.E.P., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don P.L.D. en reclamación de despido, siendo demandado "G.E.P., S.L.", en su día se celebró acto de

vista, habiéndose dictado en autos núm. 156/04 sentencia con fecha treinta de abril de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Don P.L.D., con D.N.I. núm. ... presta servicios para la empresa demandada desde el día 1 de febrero de 2002, con la categoría profesional de Ayudante y un salario prorrata mensual de 922,32 €, siendo la jornada de trabajo pactada de 40 horas semanales prestadas de lunes a viernes. Con fecha 31 de enero de 2003 las partes acordaron la conversión en indefinido del contrato temporal a tiempo completo celebrado por las partes en la primera fecha mencionada. SEGUNDO.- El actor recibió carta con fecha de 31 de enero de 2004 comunicándole su despido con efectos de la fecha por la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal, lo cual demuestra un gran desinterés por su cuenta en el trabajo. El demandante firmó la carta de despido, nómina de 1 de enero a 31 de enero de 2004 por el concepto de liquidación cese, apareciendo como indemnización por despido la cantidad de 2.878,74 € y el finiquito, por un total líquido a percibir de 3.777,39 €, figurando en el mismo que el demandante declara, entre otras cosas, que queda extinguida la relación laboral con "G.E.P., S.L." por despido, a lo que da expresamente su conformidad. Todos los documentos citados se dan por reproducidos al constar incorporados a las actuaciones y son de fecha 31 de enero de 2004. Al demandante le fue entregada la documentación necesaria para percibir la prestación por desempleo, comenzando a hacerlo en marzo de 2004. Las partes habían mantenido conversaciones sobre el trabajo durante los sábados que comenzó a prestar en un primer momento de la relación laboral. El demandante comenzó a cobrar sus nóminas por CAIXA NOVA a partir de abril de 2002, figurando en el extracto bancario como último abono por el concepto de nómina de la empresa demandada el día 9 de diciembre de 2003. No percibió cantidad alguna en concepto de indemnización por despido. TERCERO.- En fecha 3 de marzo de 2004 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia, manifestando el Sr. B.A. que se oponían a las pretensiones del solicitante por las razones que en su día alegará ante el Juzgado de lo Social."

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

"FALLO: Estimando la demanda interpuesta por don P.L.D. frente a la empresa "G.E.P., S.L." declaro improcedente el despido del trabajador mencionado, y en su consecuencia condeno al empresario a su readmisión en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación previstos en esta resolución, o a su elección, al abono de las siguientes cantidades: a) una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 42 mensualidades, resultando una indemnización de 2.766,96 €, b) Una cantidad en concepto de salarios de tramitación desde la fecha del despido, 31 de enero de 2004, hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colección fue anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, siendo el salario diario de 30,74 €. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia en la secretaría de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, en espera de su firmeza. En el supuesto de no optar por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el periodo de devengo de los salarios de tramitación".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estima la demanda y declara improcedente el despido del actor, condenando a la empresa demandada "G.E.P., S.L." a soportar las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, esto es, a que readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o le indemnice en la cantidad de 2.766,96 €, con abono, en ambos casos, de los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la notificación de la referida Sentencia. Contra este pronunciamiento se interpone recurso por la empresa condenada, articulando dos motivos de Suplicación,

el primero dedicado a la revisión de los hechos probados y el segundo para denunciar infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la empresa recurrente solicita la modificación del hecho probado segundo, para que se suprima la expresión: *"No percibió cantidad alguna en concepto de indemnización por despido"*, y se sustituya por lo siguiente: *"El actor percibió la cantidad de 3.777,39 euros correspondiente a la nómina del mes de enero, liquidación cese e indemnización por despido"*.

La Sala acoge este motivo de recurso y acepta en parte la modificación propuesta, a la vista de los documentos en que se sustenta la misma, en el sentido de tener por no puesto en el hecho probado que se revisa la referida expresión "No percibió cantidad alguna en concepto de indemnización por despido", pero sin incluir en el relato fáctico de la sentencia el texto propuesto por la empresa recurrente.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, las empresa recurrente articula el segundo motivo de recurso, para denunciar infracción de los artículos 1.281 y 1.289 del Código Civil, e inaplicación del artículo 49.1.a) del Estatuto de los trabajadores. Todo ello en relación con la doctrina jurisprudencial existente sobre el particular, citando las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril y 30 de diciembre de 1990 y 26 de noviembre de 2001, y otras de distintos Tribunales Superiores de Justicia que no se citan por no constituir doctrina jurisprudencial a los efectos del Recurso de Suplicación. Se alega en el citado motivo de recurso, en síntesis, que el presente se trata de un supuesto claro en que el cese ha sido mutuamente acordado y que, en consecuencia, no puede prosperar una reclamación por despido. Se añade: a).- que el trabajador reconoció como cierta y auténtica la firma que figura en los documentos; b).- que en la sentencia se hace referencia a lo extraño que puede resultar que habitualmente se abonen los salarios a través de entidad bancaria, y no se haya hecho así con la liquidación, señalando que extraño es lo contrario, ya que el trabajador no firmaría los documentos, si no fuese con la entrega simultánea de las cantidades adeudadas; y c).- que debe ser el trabajador, y no la empresa, quien acredite que lo reconocido documentalmente no se ajusta a la realidad.

Partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, consta: A).- que el actor vino prestando servicios para la empresa demandada desde el día 1 de febrero de 2002, con la categoría profesional de "ayudante", en virtud de contrato de trabajo temporal, que con fecha 31 de enero de 2003 las partes acordaron convertir en indefinido; B).- Con fecha 31 de enero de 2004, el actor recibió carta de despido con de la misma fecha por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal. El demandante firmó la carta de despido, la nómina del mes de enero de 2004, que incluía la liquidación por cese, figurando una indemnización por 2.878,74 €, y firmando también un documento de finiquito, en el que, entre otros puntos, se afirma que queda extinguida la relación laborar con la empresa demandada, a lo que actor da expresamente su conformidad.

A la vista de los términos en que se haya redactado el citado documento del finiquito, la cuestión litigiosa consiste en determinar si cabe otorgar valor y efectos liberatorios al citado documento; o si, por el contrario, no es eficaz para extinguir la relación laboral, como entendió el Magistrado de instancia.

La Sala no acepta ni comparte los argumentos expresados por el juzgador de instancia para negar eficacia liberatoria al documento suscrito por la trabajadora. El valor liberatorio de los finiquitos, está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora el documento y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. Como ha señalado la doctrina científica y la jurisprudencia, entre otras, Sentencia de 24 de junio de 1998, el contenido del finiquito es variable y puede incorporar tanto un reconocimiento de que la relación laboral se ha extinguido, como la constatación del abono de la liquidación por las cuentas pendientes derivadas del desarrollo de la relación laboral y la conformidad con esa liquidación. Señala el Alto Tribunal que, en el momento en que suele procederse a esta declaración, existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan.

En realidad, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato deberá incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario. En cualquier caso, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6.830), el

acuerdo que se plasma en el finiquito "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 un forma sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados. Para valorar el alcance de estos documentos hay que estar al valor que el precepto ya mencionado da a la intención de los contratantes sobre la palabras, y a la prevención del artículo 1.289, del nombrado Código, de que no deberán entenderse comprendidos en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar".

La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial, con los criterios interpretativos que se dejan sentados, implica que, en el caso de autos, y a la vista de los términos literales del documento del finiquito que obra al folio 44 de los autos, debe otorgarse eficacia liberatoria al mismo. Dichos términos son claros y expresivos, no dejando duda alguna acerca de su eficacia y de su alcance liberatorio, expresando una voluntad clara del trabajador de extinguir la relación laboral que le vinculaba con la empresa demandada, dada la literalidad de los términos en que se halla redactado el documento.

La sentencia recurrida niega eficacia liberatoria al documento del finiquito sobre la base de la confesión del trabajador y sobre actos anteriores y coetáneos a la extinción de la relación laboral, y más concretamente, sobre la forma de pago del salario, señalando que el trabajador vino percibiendo sus salarios a través de la sucursal bancaria en la que tenía domiciliado el abono de haberes, y que, por el contrario, la liquidación que consta en el recibo de finiquito se le entregó en efectivo, y a este hecho el Magistrado de instancia le atribuye valor esencial para negar eficacia al finiquito. La Sala no comparte este criterio, sin que a ese hecho, quepa atribuirle semejante trascendencia, teniendo en cuenta la voluntad del trabajador expresada en el documento del finiquito, empleando unos términos y unas expresiones claramente demostrativos de una voluntad extintiva de la relación laboral, declarando haber recibido las cantidades que figuran en el recibo de finiquito, así como todos los salarios devengados.

En consecuencia, en el caso enjuiciado es de aplicación la doctrina general sobre la trascendencia liberatoria del documento de finiquito, por haber sido aceptado libremente por el trabajador con voluntad inequívoca de querer de extinguir la relación laboral, que tenía naturaleza indefinida, por lo tanto, no había duda posible sobre una liquidación de cuentas por finalización de un relación laboral temporal, constando el deseo libremente aceptado de rescindir la relación laboral, con renuncia expresa a cualquier tipo de reclamación ulterior, y sin que exista dato alguno sobre un posible vicio de consentimiento que pudiera provocar la nulidad del negocio jurídico.

Por cuanto se deja expuesto, procede la estimación del recurso de la empresa, y la consiguiente revocación de la sentencia recurrida. Se acuerda la devolución a la empresa recurrente del depósito constituido para recurrir, y la cancelación de los aseguramientos prestados, todo ello una vez firme la presente resolución, de conformidad con el artículo 201.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de las empresa recurrente "G.E.P., S.L.", contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de Pontevedra, de fecha 30 de abril de 2004, recaída en autos 156/04, seguidos en proceso por despido, promovido por el demandante don P.L.D., frente a la citada empresa recurrente, y con revocación de dicha resolución y desestimación de la demanda rectora de las presentes actuaciones, declaramos extinguida la relación laboral que vinculaba al referido actor con la empresa recurrente, en virtud del documento de finiquito suscrito el 31 de enero de 2004.

3949 **Recurso nº 3.017/04**

S.S. EXISTENCIA DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR NEGATIVA Á REINCORPORACIÓN DO TRABALLADOR, TRALO CESAMENTO DA SITUACIÓN DE SUSPENSIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO MUTUAMENTE ACORDADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a veintisiete de septiembre de dos mil cuatro

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 3.017/04 interpuesto por "B.S., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 57/04 se presentó demanda por don D.J.R.B. en reclamación de despido siendo demandado "B.S., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diecisiete de marzo de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Don D.J.R.B., mayor de edad, con D.N.I. número …, prestaba servicios para la entidad demandada "B.S., S.A.", con una antigüedad de 1 de marzo de 1975, siendo su categoría de Jefe 1ª A y su cargo el de Subdirector General. 2º.- El 30 de septiembre de 1993, ambas partes suscribieron un contrato por el que don D.J.R.B. pasaba a prestar servicios para el "B.C.A., S.A." (integrado, como el propio "B.S., S.A.", en A., pactando al tiempo la suspensión del contrato de trabajo que unía a ambas partes y las condiciones que debían regir la misma, con específica mención al derecho de mi representado a reincorporarse al Banco. Dicho contrato consta a los folios 71 a 74 y se da por reproducido. 3º.- Terminada la prestación de servicios, por el actor, para "B.C.A., S.A." y dado que los iba a desempeñar para "B.E.E., S.A." -también integrado entonces en A.-, con fecha de 24 de febrero de 1995, se suscribe entre el "B.S., S.A." y don D.J.R.B., nuevo acuerdo o contrato, por el que se acordaba suspender el contrato de trabajo que unía y vinculaba a ambos, con el fin de regularizar la situación laboral del demandante. Dicho contrato obra a los folios 40 a 42 y 75 a 77, dándose por reproducido. 4º.- "B.E.E., S.A." (A.), en virtud de escritura de fusión autorizada el 30 de septiembre de 1998 por el Notario de Madrid, don J.L.M.G. pasando además a denominarse ahora la citada Corporación como "A., C.P. y B.H., S.A." quien asumió la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedad disueltas y absorbidas. Posteriormente, en virtud de Escritura autorizada el 25 de enero de 2000 por don J.M.A.A., Notario del Ilustre Colegio de Bilbao, "A., C.P. y B.H., S.A." fue absorbida por el "B.B.V., S.A.", quien adoptó además su denominación actual "B.B.V., S.A." y sucedió a la Entidad disuelta en todas sus relaciones jurídicas. 5º.- A los folios 43 a 51, figura contrato de adquisición de acciones (OPA) por la "C.G.D., S.A." a "B.E.E., S.A." Se da por reproducido. 6º.- Con fecha de 9 de agosto de 2002, "B.S., S.A." dirige una carta a los clientes, comunicando la fusión de los tres Bancos que "C.G.D., S.A.", "B.S., S.A.", "B.E." y el "B.L.E." (folio 52). 7º.- El 26 de noviembre de 2003, el demandante dirigió al Presidente de "B.S., S.A.", carta comunicándole: "Muy Sr. Mío: El día 1 de diciembre de 2003 dejaré de prestar voluntariamente mis servicios en "B.B.V.A, S.A." (sucesor, por sucesivas fusiones, de "B.E.E., S.A.").- En aplicación de la cláusula 9ª de mi contrato de 24.02.95 con "B.S., S.A.", solicitó mi incorporación al mismo en el plazo máximo de 30 días a partir del día 01.12.03, en la plaza de Vigo, según se establece en la cláusula 7ª, y en las condiciones económicas acordadas en la misma. Le ruego que me comunique el día (dentro del plazo acordado) y la dirección exacta en la que producirse mi reincorporación, así como las condiciones económicas que me corresponden, de acuerdo con lo pactado". 8º.- El Director General del "B.S., S.A.", con fecha de 23 de diciembre, remite al actor la carta siguiente: "Muy Sr. Nuestro: En contestación a su carta de fecha 26 de noviembre de 2003, por la que solicita la reincorporación a esta entidad en la plaza de Vigo, le comunicamos que, para poder tomar una decisión al respecto, ha de acreditar fehacientemente las circunstancias siguientes: Tiempo de prestación de servicios en "B.E.E., S.A.", A. y "B.B.V.A, S.A."; fecha de cese de la prestación de servicios en el "B.B.V.A, S.A.", y causa de su baja laboral y/o cese en el "B.B.V.A, S.A." En espera de la documentación acreditativa de las circunstancias expresadas, le saludamos atentamente". 9º.- El 29 de diciembre, don D.J.R.B., por medio de Buro-Fax, remite a la atención del Director General de "B.S., S.A.", la carta siguiente: "En contestación a su atenta carta del día 23 de los corrientes, recibida hoy, 29 de diciembre, por la que se me solicitan que les acredite fehacientemente el tiempo de prestación de servicios en el "B.E.E., S.A.", A. y "B.B.V.A, S.A.", y causa de mi baja laboral o cese en "B.B.V.A, S.A.", les comunico lo siguiente: Que he trabajado interrumpidamente en "B.E.E., S.A." y en los Bancos resultantes de sus sucesivas absorciones, A. y "B.B.V.A, S.A.", desde mil incorporación a "B.E.E., S.A.", hasta el día 30 de noviembre de 2003.- Que, tal como les manifesté anteriormente, el día 1 de diciembre de 2003 dejé de prestar mis ser-

vicios en "B.B.V.A, S.A.", siendo la causa del cese el haberme acogido voluntariamente al plan de reducción de plantilla de dicho Banco por mi deseo de reincorporarme a "B.S., S.A.", en Vigo, de acuerdo con el contrato que mantengo con ustedes, tal como ya le había manifestado a su Presidente en diciembre de 2002, por carta remitida por burofax. Que al afecto de acreditar lo que me solicitan, les adjunto mi historia laboral completa de la Seguridad Social y certificación de cotizaciones del "B.B.V.A, S.A.", referida a mi último año laboral, sin perjuicio de enviarles el original de la vida laboral completa por el cauce correspondiente. Les reitero mi solicitud de reincorporación a "B.S., S.A.", en los términos pactados y dentro del plazo que establece el contrato, rogándoles de nuevo que me comuniquen las condiciones económicas de mi reincorporación, según el contrato, tantas veces citado.- A la espera de sus gratas noticias, atentamente". Carta a la que acompaña informe de vida laboral, certificación de empresa sobre bases de cotización. 10º.- El 7 de enero de 2004, el trabajador remite al Director4 General de "B.S., S.A.", carta que dice: "Muy Señores Míos: Conforme les indicaba en mi escrito enviado por burofax el día 29 de diciembre de 2003, les adjunto documento original, emitido por la Seguridad Social., de mi vida laboral completa. Aprovecho para comunicarles que el día 2 de enero de 2004, interpuse demanda de conciliación ante el SMAC en Vigo, expediente número 10/04, estando citados para el día 19 de enero de 2004 a las 12 horas". 11º.- "B.S., S.A." emitió, con fecha 8 de enero de 2004, carta siguiente, al Sr. don D.J.R.B.: "Muy Sr. Nuestro: Con respecto a su solicitud de incorporación en esta entidad y una vez valorada la información que nos ha sido facilitada, sentimos comunicarle que no es posible acceder a la misma ya que no cumple los requisitos establecido en el acto suscrito pro ambas partes de fecha 24 de febrero de 1995". 12º.- El salario que el demandante venía percibiendo de la empresa "B.B.V.A, S.A.", en el pasado año 2003, era de 238.861,47 Euros brutos, por todos los conceptos. El salario que un trabajador de la categoría del actor cobra en "B.S., S.A.", es de 115.244,26 euros, incluido prorrateo de pagas extras. 13º.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e conciliación, en virtud de papeleta de demanda de fecha 2 de enero de 2004, con fecha 19 de enero que resultó sin avenencia. 14º.- Se presentó demanda ante el Juzgado el 22.01.04".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don D.J.R.B., contra "B.S., S.A.", debo declarar y declaro la existencia de un despido improcedente, realizado por dicha empresa demandada, contra el trabajador demandante, y en consecuencia condeno a "B.S., S.A.", a que readmita el trabajador demandante

CUARTO.- Que con fecha 07.04.04 se dictó Auto de Aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debía aclarar ya claraba el apartado a) del Fallo de la sentencia número 111/04 de este Juzgado, quedando su redacción del tenor literal siguiente: "a) En todo caso, una indemnización cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicios, prorrateándose por meses los períodos de tiempos inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, concreta en la cuantía de cuatrocientos tres mil trescientos cincuenta y un euros con veitne céntimos (403.351,20 €)".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por "B.S., 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.- Antes de proceder a resolver el Recurso de Suplicación, se han de apuntar una serie de datos –HDP incombatidos- que servirán para fijar el marco fáctico en el que se va a desarrollar esta Sentencia: (a) el actor prestaba servicios para "B.S., S.A." desde el 01.03.75, con categoría de Jefe 1ª A y cargo de Subdirector General; (b) el 30.09.93 el Banco y el trabajador suscriben un contrato por el que este último pasaba a prestar servicios para "B.C.A., S.A." (integrado como el "B.S., S.A." en A.), pactándose la suspensión del contrato de trabajo que unía a ambas partes y el derecho a reincorporarse; (c) en 24.02.95 celebran un nuevo contrato para regularizar la situación del actor, pues comenzaba a prestar servicios en el "B.E.E., S.A." –contrato que es el ahora objeto de litigio-, y donde nuevamente se recogía la suspensión del contrato que unía a "B.S., S.A." y al demandante y el derecho de reincorporación; (d) tras sucesivas operaciones bancarias el sucesor del "B.E.E., S.A." acaba siendo "B.B.V.A, S.A."; (e) el 26.11.03 el trabajador dirige una carta al "B.S., S.A." en la que solicita

su reincorporación al mismo alegando la aplicación del contrato del 95, se le contesta el 23.12.03 requiriéndole documentación diversa, documentación que el actor remite el 29.12.03, el 02.01.04 presenta demanda de conciliación y el 07.01 remite nueva carta al "B.S., S.A." en el que les anuncia aquélla, además de acompañar los originales de lo remitido anteriormente; y finalmente el 08.01.04 el BS le comunica su negativa a la reincorporación.

SEGUNDO.- 1.- Elementales razones de sistemática procesal nos llevan a analizar en primer término la denuncia de indefensión –a pesar de que la parte recurrente lo enuncia en cuarto lugar y lo califica defectuosamente como "subsidiario-, porque el éxito de tal planteamiento traería consecuencias que excluiría –por innecesario- el examen de gran parte del recurso: reposición de los autos al momento en que se ha producido la infracción de las normas o garantías procesales, para subsanarla. La argumentación de la demandada es que a través de un escrito de 05.03.04 interesaba la aportación de documentación diversa al acto del juicio en poder del "B.B.V.A, S.A.", accediéndose el mismo día por el Juzgador a lo solicitado y librando los oficios correspondientes; el 11.03.04 se celebra el Juicio Oral en la que por el Letrado de aquélla solicita la suspensión del acto al no haberse aportado, denegándose por el Magistrado y haciéndose cita de que "ello sin perjuicio del poder que le otorga también la LPL respecto a las diligencias para mejor proveer"; el 17.03 se dicta la Sentencia de Instancia y el 22.03 se presenta por el "B.B.V.A, S.A." la documentación solicitada.

En concreto se alega por la representación del BS que se le ha causado indefensión, vulnerándose los artículos de la LPL 90.1, 94.1 y 88.1, con relación al 24 CE.

2.- Dicha denuncia precisa de una serie de pinceladas acerca de la tutela judicial efectiva y la utilización de los medios de prueba, previas a su estudio en este caso.

Como han señalado las SSTC 293/00, de 11.12 y 42/02, de 25.02 f. 3, a las partes compete una actuación con diligencia en el proceso, sin que pueda alegar indefensión quien no actuó con diligencia razonablemente exigible, por lo que sólo son susceptibles de causar indefensión los errores imputables al órgano judicial, no a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que le atienden. Por otro lado, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE), opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado y consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal que no podría desconocer ni obstaculizar su efectivo ejercicio (STC 59/1991 y 30/1986, de 20.02; citada por la STC 73/2001, de 26.03) sin que ello implique, por lo demás, "desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al thema decidendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional" (STC 73/2001, de 26.03).

En suma, insiste esta última Sentencia, "la lesión del derecho invocado sólo se habrá producido si, en primer término, la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y, en segundo término, si esa falta generó indefensión material a los recurrentes en el sentido de que este Tribunal aprecie, en los términos alegados en la demanda de amparo, la relación de la práctica de la prueba con los hechos que se quisieron probar y no se probaron y la trascendencia de la misma en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo" (STC 183/1999, de 11.10; SSTC 170/1998, de 21.07; 37/2000, de 14.02 y 246/2000, de 16.10, entre otras muchas).

Por otro lado para el TC la decisión judicial sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos es consustancial a la función jurisdiccional, atribuida en exclusiva a los órganos judiciales (artículo 117.3 CE), y el control constitucional sólo se admite si el rechazo de la prueba carece de suficiente motivación, o ésta es irrazonable o arbitraria (STC 37/2000, de 14.02), o cuando la falta de práctica de la probanza admitida fuera imputable al órgano judicial (SSTC 170/1998, de 21.07, 59/1991, 41/1999 y 37/2000).

En principio, podría considerarse que el juicio de pertinencia de la prueba, entendida ésta como la relación entre los hechos que se pretenden probar y el *thema decidendi* debería regirse por el *favor libertatis*, al estar afectado un derecho fundamental, y así, la denegación judicial debería ir referida a las pruebas manifiestamente impertinentes. Sin

embargo, en la doctrina constitucional, la importancia de la "pertinencia" de la prueba inadmitida, o no practicada, cede en un primer momento en favor de determinar la "relevancia" de la prueba denegada, concepto diverso, y al que no se refiere el artículo 24.2 CE. Por tanto, el control constitucional sobre la decisión judicial sólo se produce en relación con el rechazo o denegación de "prueba relevante", como expresamente ya se declara por el TC (por ejemplo, en SSTC 170/1998, de 21.07 y 26/2000, de 31.01). Mientras que la pertinencia de la prueba hace referencia a su relación con lo que es objeto del juicio, con lo que constituye el *thema decidendi*, para el órgano judicial, y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal; la relevancia de las pruebas presupone un juicio acerca de la necesidad o de la utilidad de las mismas (STC 51/1985, de 10.04).

Por lo tanto y en suma, el derecho a la prueba sólo está constitucionalmente garantizado en aquellos supuestos en los que la prueba inadmitida o no practicada es decisiva en términos de defensa, la misma haya sido solicitada en tiempo y forma, sea idónea objetivamente para acreditar hechos relevantes, y su falta de práctica si fue admitida sea imputable a la negligencia del órgano judicial (STC 26/2000, de 31.01).

3.- Esta Sala –aun cuando sea anticipar en parte la solución sobre el fondo-, proyectando las anteriores reflexiones constitucionales al supuesto presente, advierte que no se ha producido vulneración alguna de las garantías procesales de la demandada, pues falta el presupuesto básico a que hemos hecho referencia: dicha prueba no es decisiva en términos de defensa; y no lo es porque lo que se trata de acreditar a través de ella no es relevante en orden a dilucidar el objeto del pleito. Tan es así que el Magistrado ni la acordó como diligencia para mejor proveer; de ahí que la denuncia de la parte (infracción del artículo 88.1) sea estéril e inoperante, ya que como se sabe la decisión sobre su práctica es una facultad exclusiva del Juzgador, pudiendo hacerlo libremente, cuando lo considere oportuno (STS 27.11.91 Ar. 8.117). Y sin que -naturalmente- la frase del acta "ello sin perjuicio del poder que le otorga también la LPL respecto a las diligencias para mejor proveer", signifique que se acordaba como tal, sino que para el caso de necesitar en la resolución del pleito los datos que esa documental podría aportar lo acordaría, en su caso, como diligencia para mejor proveer.

Los documentos solicitados y no aportados son: el acuerdo suscrito entre el "B.B.V.A, S.A." y el actor, importe de su indemnización u otra compensación económica recibida por su cese y derechos que pudiera tener el actor con relación a la previsión social complementaria en el "B.B.V.A, S.A.". Desde luego, no nos caben dudas de que son éstos aspectos de un pacto suscrito entre el empleador actual y el trabajador, absolutamente ajenos al pleito que se mantiene con el empleador anterior, pues ninguna relevancia ni reducción de las obligaciones que asumió "B.S., S.A." tienen (de la misma manera que tampoco lo tendría el que hubiese ganado una gran cantidad de dinero en la lotería o cobrase una pensión de viudedad al tiempo de solicitar su reincorporación como excedente forzoso); las cantidades cobradas lo son del actor, porque deja un trabajo a cambio de una compensación (acuerdo de prejubilación) y además se le autoriza a prestar servicios de toda clase –incluso bancarios (folio 111)-.

Con respecto a los demás –e independientemente de su relevancia- fueron aportados al acto del Juicio por el propio actor y no fueron impugnados por el demandado, con lo que siguiendo el principio de adquisición procesal, puede darse por cumplida su práctica; y así: el justificativo de la subrogación de "B.B.V.A, S.A." en los derechos que tenía A. con respecto al actor (folios 78 a 81) y el de la causa y fecha del cese en la prestación de servicios (folio 82).

TERCERO.- Hemos ahora de examinar la revisión fáctica –vía artículo 191.b) LPL- interesada, esto es, que el párrafo segundo del ordinal duodécimo de los HDP se sustituya por lo siguiente: "En el actual "B.S., S.A.", solamente hay dos empleados con el cargo de Subdirector General y retribución anual distinta de 114.833,40 € y de 80.625,84 €", con amparo en los folios 62 a 64.

Estimamos el motivo y, consiguientemente, la sustitución, pues ha de reiterarse una vez más –SSTSJ Galicia 11.02.04 R. 6.781/03, 16.01.03 R. 5.384/02, 23.12.02 R. 1.744/02, 15.06.02 R. 938/99, 16.05.02 R. 1.171/99, 03.05.02 R. 944/02, 07.02.02 R. 6.499/01, 25.10.01 R. 1.458/98, 05.07.01 R. 2.775/01, 20.04.01 R. 2.851/95, 05.03.01 R. 277/01, 08.02.01 R. 5.959/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 10.01.01 R. 2.952/98,...– que si bien 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, no obstante lo cual, si la parte recurrente aduce un hábil medio revisorio y el mismo acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, se admite su enmienda. En este supuesto, sí se demuestra un error, pues de dichos folios se advierte que la retribución de los Subdirectores Generales de "B.S., S.A." son las que se pretenden hacer constar y que el Magistrado equivocadamente ha tomado la de don R.B.A. para fijarla, quien ostenta la categoría de Director General y no la de Subdirector.

CUARTO.- Ya en sede jurídica –vía artículo 191.c) LPL- el demandado articula una serie de motivos basados en diversas infracciones: a) artículos 48.1 y 45.1 a y b ET y 3.1, 1.281, 1.282 y 1.285 CC en relación con las cláusulas primera, quinta, sexta, octava y novena del Pacto suscrito el 24.02.95, y del artículo 1.256 CC -que entendemos a pesar de la técnica utilizada infracción diferente-; b) artículos 48.1 y 56.1 ET en relación con el mismo Pacto; y c) artículos 49.1.k) y 56.1.a) y b ET. Veámoslas de forma sucesiva.

QUINTO.- 1.- En cuanto al primer motivo jurídico, en el presente supuesto se ha diseñado una suspensión del contrato entre el "B.S., S.A." y el actor, que se regirá por las disposiciones que hayan sido fijadas por ellos. Características de la suspensión del contrato son -aparte del cómputo de dicho periodo en orden a la antigüedad (cláusula segunda del Acuerdo de 24.02.95)- (STS 25.06.01 Ar. 7.079; con cita de las SSTS 07.05.84 Ar. 2.972; 18.11.86 Ar. 6.691; 19.11.86 Ar. 6.478): (a) la temporalidad de la situación -que obviamente, en este caso, depende de la acorde voluntad de las partes-; (b) la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración; y (c) la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de "aletargamiento", quedando subsistentes aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión. En consecuencia, la desaparición de la causa de suspensión implica la reanudación del tracto contractual en las condiciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores; concretamente dice el artículo 48.1 ET que "al cesar las causas legales de suspensión el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado", con la expresa excepción de los casos previstos en los apartados a) y b) del artículo 45.1 (mutuo acuerdo de las partes y causas válidamente consignadas en el contrato), en los que "se estará a lo pactado". En suma, el marco normativo de esta real suspensión es el Acuerdo suscrito en fecha de 24/02/95 entre el actor y el demandado, y que será el que sirva para resolver las vicisitudes que el devenir futuro han deparado a sus respectivas situaciones. Lo anterior supone –como dice el recurrente- que el juicio sobre el ejercicio de la acción de reincorporación y su validez exige ponerlo en relación con las cláusulas del referido Acuerdo.

2.- Se alega por el BS la vulneración de diversos preceptos relativos a la interpretación de los contratos: 1.281, 1.282 y el 1.285 CC; y a la de las normas: 3.1 CC; en la realizada por la sentencia de las cláusulas del Acuerdo del 95.

La Sala ha de desestimar el motivo, porque no hay tal infracción. Principio básico en esta materia es que las normas de interpretación establecidas en el CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sea clara, no son de aplicar otras diferentes que la que corresponde al sentido gramatical (STS 01.04.87 Ar. 2.482); y, como veremos, aquí lo son, por lo que a ellas atenderemos para resolver el conflicto, sin precisar acudir en su hermenéutica a norma alguna.

3.- En concreto y primer lugar, por lo que respecta al artículo 1.281 CC, tal y como el TS ha declarado en reiteradas ocasiones, la interpretación de los contratos es una facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda (SSTS 17.03.83 Ar. 1.564 y 23.05.83 Ar. 2.875), o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos, pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada (entre otras muchas, SSTS 30.10.82 Ar. 5.582, 10.11.82 Ar. 6.536, 22.11.82 Ar. 6.555, 04.05.84 Ar. 2.397, 26.09.85 Ar. 4.402 y 28.02.86 Ar. 863). El artículo además consta de dos párrafos previstos para supuestos distintos y el artículo 1.282 CC infra es supletorio únicamente del párrafo segundo y no del primero, porque la interpretación literal claramente constatada excluye averiguar la supuestamente encubierta, en cuanto que el 1.282 sólo puede entrar en juego como norma supletoria en relación con el 1.281, párrafo segundo, para juzgar la intención de los con-

tratantes, no cuando ésta es evidente (STS 24.06.93 Ar. 4.784). La finalidad, en suma, de este artículo 1.281, párrafo primero, radica en evitar que se tergiverse lo que aparezca claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas y, en el segundo, la intención de los contratantes (ya desde la lejana STS 04.06.64).

Esta Sala cree que los términos de las cláusulas son claros y no ofrecen dudas de ninguna clase, y, a su literalidad ha de atenderse. Lo que se quiere decir en ellas es precisamente lo que se ha recogido: PRIMERA: que se prestarán servicios en el "B.E.E., S.A." por un periodo mínimo de un año, prorrogable por anualidades completas, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes notificada con sesenta días de antelación, y suspensión de su contrato con el "B.S., S.A." durante este periodo; QUINTA: la prestación de servicios finalizará al término del plazo fijado en la cláusula primera (un año, prórrogas completas o parciales mediante denuncia expresa), debiendo incorporarse dentro del plazo de treinta días posteriores a la conclusión de la prestación de servicios; SEXTA: por acuerdo entre el "B.S., S.A." y el actor se puede adelantar su reincorporación al plazo de la cláusula primera; OCTAVA: el cese en la prestación de servicios cualquiera que sea la causa, salvo despido disciplinario, determinan su reincorporación al servicio activo del "B.S., S.A."; y NOVENA: el incumplimiento grave de sus obligaciones en el "B.E.E., S.A." y la transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza repercutirán en su relación suspendida.

En consecuencia, no se ha infringido norma alguna de interpretación en la aplicación de las referidas cláusulas por la Sentencia de Instancia.

4.- Es más, habida cuenta de lo anterior, el rechazo a la posible vulneración del artículo 1.282 CC se impone no sólo porque es complemento a los fines de interpretación de los negocios jurídicos de la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 1.281 (STS 17.03.83 Ar. 1.564), y por ello la investigación de la intención de los contratantes prevista en aquél solamente cabe cuando, conforme al artículo 1.281, las palabras usadas en el contrato pareciesen contrarias a aquélla intención (SSTS 30.03.82 Ar. 1.550, 17.07.82 Ar. 4.254 y 28.12.82 Ar. 7.985), esto es, si los términos del contrato son claros, sobra acudir a la interpretación conjunta o sistemática o a la que resulte de actos coetáneos o posteriores; sino también porque el demandado no ha precisado en modo alguno cuáles son esos actos, se relacionan sí las cláusulas del contrato y los HDP de la Sentencia, se alega una infracción normativa, pero desde luego se olvida de demostrar o relatar el presupuesto que permite su aplicación, y es que para atender a los actos coetáneos o posteriores, éstos han de ser objeto de concreción y precisión (SSTS 15.07.86 Ar. 4.565 y 16.12.87 Ar. 9.510)

5.- Como también se impone el de la alegación de infracción del artículo 1.285 CC, pues es doctrina de la Sala Primera del TS -recogida en la Sentencia 10.05.91 Ar. 3.622 y en las que en ella se citan- la de que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, ambos inclusive, del CC, constituyen un conjunto complementario y subordinado de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo, artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas, en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas, respecto de la que preconiza la interpretación literal (STS 29.03.94 Ar. 2.304). Más en concreto, –entre otras- la STS 03.02.88 Ar. 588 propugna respecto a la hermenéutica contractual el llamado canon de la totalidad, pero ello para el supuesto de no ser posible atenerse al sentido estrictamente literal de las cláusulas del contrato, reconociendo así la preferencia que, en materia interpretativa de los contratos, haya de concederse al criterio gramatical, es decir, al recogido en el artículo 1.281 CC, lo cual está en la línea de la consolidada doctrina de la Sala Primera del TS respecto a que las normas de interpretación consignadas en dicho texto tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas sean claras, no son de aplicar otros diferentes a las correspondientes al sentido gramatical (reitera esta doctrina la STS 29.02.96 Ar. 1.613).

6.- Y finalmente, otro tanto se ha de hacer con la posible vulneración del artículo 3.1 CC, porque –además de que se refiere sólo a normas y no a contratos- la realidad social (que creemos –pues nada se razona por la parte- es lo que pretende infringido en la hermenéutica de los artículos 48 y 45 ET, porque los demás serían claramente desdeñados) no autorizan para modificar o no aplicar la ley y

sí sólo para suavizarla, debiendo ser aplicados con mucho tino y prudencia (así, STS 28.02.89 Ar. 1.410); en vista de lo cual, entendemos que la pretendida revisión no puede tener efectividad, puesto que no ha habido desde el año 95 hasta el 2003 un cambio en la consideración de la regulación de las suspensiones remitidas a la voluntad de las partes que justificase una alteración de esa completa remisión a lo acordado o, en su caso, no se ha justificado debidamente qué criterio es el que trata de aplicar y en qué medida se ha vulnerado por el Magistrado de la instancia.

7.- Mención aparte merece la pretendida infracción del artículo 1.256 CC –que aunque no recogido al enunciar el motivo se alega en el razonamiento-, al dejar al arbitrio del trabajador la duración del periodo de suspensión. Hemos de rechazar la denuncia, ya que no se puede decir que el cumplimiento se deje al arbitrio de uno de los contratante, cuando éste se limita al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato (SSTS 29.05.72 y 30.10.83 Ar. 5.846), lo que se impide es que el cumplimiento de las obligaciones pueda quedar al arbitrio del obligado –en este caso el "B.S., S.A."- (STS 28.05.98 Ar. 4.070). Cierto es que en la cláusula primera se recogía la previsión de duración del contrato prorrogable por anualidades completas, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, pero también lo es que si está referida al "B.B.V.A, S.A." hubo un acuerdo de extinción, y si lo está al BS comunica dicha extinción con más de 60 días de antelación -26.11.03- frente al 24.02.04 fecha en que se cumpliría la anualidad; que el Juicio tuvo lugar el 11.03.04, la sentencia se dictó el 17.03 y se aclaró el 07.04 y el recurso se interpuso el -26.05, sin que todavía se haya reincorporado al trabajador; que la cláusula quinta dice que la reincorporación se producirá en el plazo de 30 días a contar desde la finalización de sus servicios; que la octava determina que el cese en la prestación de servicios en el nuevo Banco –sin especificar causa alguna- "determinará su incorporación al servicio activo en el "B.S., S.A."", siendo su única excepción que ese cese se haya producido por despido disciplinario; y que en la séptima se norma a esta suspensión como excedencia forzosa, obligándose al "B.S., S.A." a crear una plaza en Vigo para el actor. Es decir, se ha construido un contrato en el que la reincorporación lógicamente depende del acreedor –el empleado- y que, en definitiva, no transgrede los términos del 1.256 CC.

SEXTO.- El segundo de los motivos jurídicos se refiere a la presunta infracción de los artículos 48.1 y 56.1 ET. Hemos de desestimarlo también, y la razón es tan sencilla como meridiana siguiendo el razonamiento del propio recurrente: es cierto –STS 25.06.01 Ar. 7.079- que con la prejubilación se produce al extinción de la relación laboral y no cabe despedir al trabajador, pero la solicitud del trabajador de reincorporación se produce el 26.11.03 (HDP SÉPTIMO), la extinción de su relación laboral con el "B.B.V.A, S.A." se produce el 01.12.03, y "como reconoce la propia parte demandada, el trabajador ha cumplido con los requisitos pactados" (FJ TERCERO de la Sentencia de Instancia), por lo que en el momento de solicitar su reincorporación el vínculo con el "B.B.V.A, S.A." estaba todavía vigente –independientemente de aportación posterior de documentación solicitada por el "B.S., S.A."-. De hecho, en este supuesto no habría ni necesidad a acudir a dicha digresión, ya que la jurisprudencia sobre la vigencia del vínculo sólo es aplicable cuando las dos empresas –origen y destino- pertenezcan al mismo grupo y aquí no ocurre esto, pues como se dice en los HDP si inicialmente el "B.S., S.A." pertenecía al mismo grupo que A. (ahora "B.B.V.A, S.A.", donde presta sus servicios el actor), en el momento de ejercicio de su acción no, ya que la Caixa Geral de Depósitos ha adquirido al "B.E.E., S.A." sus acciones en el "B.S., S.A." (HDP QUINTO), con lo que éste se integra en aquél grupo (documentación aportada por el recurrente) y deja a los efectos de las sentencias que se citan en el recurso de ser "una única relación", es decir, no importa si el vínculo con el "B.B.V.A, S.A." estaba o no vigente, sino si el ejercicio de su acción se produjo en las condiciones pactadas, que sí lo han sido. Por ello, desestimamos el recurso.

SÉPTIMO.- El último de los motivos denuncia la infracción de los artículos 49.1.k) y 56.1.a) y b) ET. En realidad y por la argumentación utilizada se advierte una reiteración del motivo anterior (que el vínculo no estaba suspendido, sino extinguido), que haría innecesario nuevo pronunciamiento, pero al hilo de lo anterior se precisa un dato que obliga a resolverlo: que la indemnización en su caso cobrada por el trabajador de parte del "B.B.V.A, S.A." y la impuesta por la sentencia al declarar improcedente el despido suponen un enriquecimiento injusto para aquél. Sin perjuicio de lo que ya hemos indicado anteriormente (*supra* FJ SEGUNDO.3), hemos de remachar que el pacto suscrito entre el "B.B.V.A, S.A." y el demandante es un acuerdo privado entre ambos y sólo a ellos afecta, sin que tenga trascendencia a fin de ponderar una

indemnización que legalmente le corresponde al trabajador por haber sido improcedentemente despedido.

Es más, afirma haberse conculcado el principio general del derecho, pero no se refiere a hecho o Derecho, y sin especificar doctrina jurisprudencial expresiva del mismo. Este último defecto ya es de por sí suficiente para justificar su rechazo, pues si bien los principios generales del derecho son informadores del ordenamiento jurídico en general (artículo 1.4 CC) y constituyen fuente de aplicación en el campo de esta jurisdicción especializada, no cabe olvidar que su posible argumentación no es susceptible de prosperar si no va acompañada de oportuna cita de la Ley o jurisprudencia de la que se deducen o en las que encarnan, por imponerlo así el artículo 190.c) LPL, que se refiere exclusivamente –como motivo del recurso de Suplicación– al examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia (así, SSTSJ Galicia 19.01.02 R. 6.063/01, 14.02.00 R. 4.192, 25.01.99 R. 47/96 y 25.09.98 R. 2.832/95).

OCTAVO.- Falta tan solo que hagamos una precisión importante, derivada de la estimación de la modificación fáctica y del rechazo de las denuncias jurídicas: el cálculo de la indemnización del despido improcedente. Admitido que "En el actual "B.S., S.A.", solamente hay dos empleados con el cargo de Subdirector General y retribución anual distinta de 114.833,40 € y de 80.625,84 €" (HDP DUODÉCIMO, tal y como ha quedado fijado definitivamente) y que según la cláusula séptima del reiterado Acuerdo del 95 "las condiciones económicas de reincorporación serán, como mínimo, las mismas que tengan en aquél momento los Subdirectores Generales de "B.S., S.A." que estén actualmente en activo, o las de aquél de ellos que lo esté entonces", el salario del que hay que partir es el de 114.833,40 euros. Primero, porque la expresión "como mínimo" la entendemos referida al más alto, ya que sino no sería como mínimo, antes bien, diría el mínimo. Segundo, porque es la retribución que se aproxima a un empleado de su antigüedad y categoría profesional en "B.S., S.A." (01.03.75), al ser percibida por otro con una desde el 27.10.71 (Sr. R.), mientras que la de 80.625,84 la tiene de 01.05.95 (Sr. C.). Y tercero, porque en la cláusula segunda del Acuerdo el periodo de suspensión le ha computado a los efectos de antigüedad "incluido a los efectos de despido", con lo que ésta se computa desde el 01.03.75. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación parcial de los recursos que han sido interpuestos por "B.S., S.A.", revocamos parcialmente la sentencia que con fecha 17.03.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Vigo a instancia de don D.J.R.B., y declaramos la improcedencia del despido efectuado, condenando al demandado a que opte, en el término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir al trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía o abonarle la cantidad de 401.916,90 euros, en concepto de indemnización, y al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la de la notificación de la Sentencia de Instancia, a razón de 314,61 euros/día; salvo error u omisión.

3950 **Recurso nº 3.408/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA DE CONVENIO. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a veintinueve de septiembre de dos mil cuatro

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. 3.408/2004 interpuesto por Confederación Intersindical Galega 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 Confederación Intersindical Galega en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado Asociación de Empresarios de Limpieza de la Provincia de Lugo, Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 149/04 sentencia con fecha 17 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:"El Convenio Colectivo para el Sector de la Limpieza de Edificaciones y Locales de la Provincia de Lugo tiene una vigencia 200.01.02. En el momento de la negociación la C.I.G. contaba con una representatividad del 48,44%, U.G.T., 50% y CC.OO. 1,7%. Los firmantes del citado convenio por la pare social fueron U.G.T. y CC.OO. 2. La demandante, C.I.G. cuenta según Acta de Constitución de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de 15.05.03 con una representatividad del 56,38% en el sector y U.G.T., con un 43,8%. 3. Los afectados son 51 empresas y 2.960 trabajadores. 4. En el momento de la firma del Convenio la parte social firmante del mismo (U.G.T. y CC.OO.) suscriben una representatividad del 51,7%,e stando la comisión de vigilancia compuesta por representantes de la organización empresarial y representantes de la parte social (U.G.T. y CC. OO). 5. El artículo 14 del Convenio Colectivo establece: Salario.- Los incrementos salariales pactados en el presente convenio responden a una sobre finalidad: a). No incrementar las diferencias existentes en la actualidad entra las tablas salariales del convenio colectivo para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Lugo las tablas salariales del convenio colectivo para el mismo sector de la provincia de Orense para lo que las partes se comprometen a incrementar las tablas del presente convenio durante los tres años de vigencia pactada en la misma cuantía como mínimo que el incremento pactado en pesetas para la categoría de limpiador/a del convenio colectivo de la provincia de Ourense para cada periodo. B) Disminuir las diferencias existentes en la actualidad en las tablas salariales del convenio colectivo para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Lugo y las tablas salariales del convenio para el mismo sector de la provincia de Ourense, razón por la que se pacta un incremento por encima de lo referido en el apartado a) para cada año de vigencia del convenio. Los efectos referidos en los párrafos anteriores, se pactaron los siguientes incrementos salariales. Del 1 de enero al 31 de diciembre del 2000. Durante el primer año de vigencia de este convenio, con efectos desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2000, los trabajadores afectados percibirán los salarios establecidos en la tabla anexa, que refleja los siguientes incrementos: - Un 10% sobre las tablas salariales del año 1999 por aplicación de la revisión prevista en el artículo 14, párrafo tercero del convenio anterior vigente desde el 1 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999. –Sobre las tablas resultantes de la revisión anterior, un 2,415%, tanto por ciento con el que, para la categoría de limpiador /a, se alcanza para el año 2000 el incremento lineal pactado en el convenio de Ourense para el año 2000 para la categoría de limpiador/a. –Asimismo se aplica un incremento de 8.000 pesetas anuales, con el fin de obtener un acercamiento antes las tablas salariales del convenio de Lugo y las del convenio de Ourense, cuantía que irá a incrementar el sobresueldo del transporte. Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2001.- Durante el segundo año de vigencia de este convenio, con efectos desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2001, los trabajadores afectados percibirán los salarios recogidos en la tabla salarias anexa, resultantes de aplicar sobre las tablas salariales del año 2000 los siguientes incrementos. –El tanto por ciento necesario para alcanzar el incremento lineal pactado en el convenio colectivo de Ourense para el año 2001 para la categoría de limpiador/a, resultando a estos efectos un incremento salarial del 4,73% sobre los salarios del año anterior. Asimismo se aplica un incremento de 10.000 pesetas anuales, con el fin de obtener un acercamiento entre las tablas salariales del convenio d Lugo y las del convenio de Ourense, cuantía que ira a incrementar el sobresueldo del transporte. Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2000. Durante el tercer año de vigencia desde convenio, con efectos desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2000, los trabajadores afectados percibirán los salarios resultantes de aplicar sobre las tablas salariales del año 2001 los siguientes incrementos: El tanto por ciento necesario para alcanzar el incremento lineal pactado en el convenio colectivo de Ourense para el año 2002 para la categoría de limpiadora. Asimismo se aplica un incremento de 12.000 pesetas anuales con el fin de obtener un acercamiento entre las tablas salariales del convenio de Lugo y las del convenio de Ourense, cuantía que irá a incrementar el sobresueldo de transporte. A los efecto la comisión negociadora del presente convenio se reunirá tan pronto se constate el incremento salarial del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Ourense para el año 2002, para la firma y posterior publicación e las tablas salariales vigentes para el período que va desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2002. Si en fecha 30 de abril del 2002 no se conoce el incremento salarial del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Ourense, la comisión negociadora del presente convenio

se reunirá para la firma y posterior publicación de las tablas salariales para el año 2002 aplicando a estos efectos sobre las tablas del año 2001 el IPC previsto por el gobierno para el año 2002 e incrementando el plus del transporte en 12.000 pesetas anales. De la misma forma volverá a reunirse la comisión negociadora del presente convenio tan pronto se conozca el incremento salarial del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Ourense los efectos de revisar las tablas salariales de 2002 previamente publicadas en función del IPC previsto por el Gobierno. Los importes totales que representan los incrementos citados en los tres años de vigencia pactada, con la salvedad de las cuantía que se incremente sobre el sobresueldo de transporte, se distribuirán de la siguiente forma: 80% el sueldo base, 10% el sobresueldo de transporte y 10% el sobresueldo de asistencia. 6º. El Convenio Colectivo de la provincia de Ourense, publicado en el B.O.P. de 8 de junio de 2002, establece en su artículo 27 un incremento para el año 2002 del 2,75% y la Disposición General Novena, del mismo texto, una cláusula de revisión en el caso de que a 31 de Diciembre de 2002 el IPC oficial fuese superior al 2,3% con efectos enero de 2002. 7 El Convenio Colectivo de la provincia de Ourense, publicado en el B.O.P. de 8 de junio de 2002, establece en su artículo 27 un incremento para el año 2002 del 2,75% y la Disposición General Novena, del mismo texto, una cláusula de revisión en el caso de que a 31 de Diciembre de 2002 el IPC oficial fuese superior al 2,3% con efebos Enero de 2002 El Convenio Colectivo de la provincia de Ourense, publicado en el B.O.P. de 8 de junio de 2002, establece en su artículo 27 un incremento para el año 2002 del 2,75% y la Disposición General Novena, del mismo texto, una cláusula de revisión en el caso de que a 31 de diciembre de 2002 el IPC oficial fuese superior al 2,3% con efectos enero de 2002. 7. La Comisión negociadora del Convenio Colectivo de Lugo acordó la aprobación y firma de las tablas salariales para el año 2002, estableciendo un incremento en la misma cuantía lineal de 2,75% del Convenio de Ourense. 8. La Comisión mixta parietaria del Convenio Colectivo de Ourense, una vez constatado que el IPC para el año 2002 fue el 4% aplicó la citada Disposición General Novena revisando las tablas del año 2002 en el exceso el 2,3%, el 1,7% con efectos 1 de enero de 2002. 9. La revisión salarial del convenio de Ourense para el ano 2002 fue publicada en el BOP de Ourense el 27.2.03. 10. La comisión de vigilancia del Convenio Colectivo de Lugo no efectuó la revisión de la cuantía del 1,75. 11. En fecha 15.05.03 por parte de la organización empresarial Asociación de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Lugo, y las centrales sindicales C.I.G., U.G.T., y CC.OO., se procede a la constitución de la comisión negociadora del Convenio Colectivo de Lugo para el año 2003. 12. En escrito de fecha 10.06.03 la C.I.G. solicitó a la Comisión la vigilancia del Convenio a fin de que se emitiese informe respecto de si procede la revisión salarial de las tablas del año 2002, y que de ser el informe favorable se procede por parte de la citada comisión a efectuar la revisión. 13. En fecha 26.06.03 se reúne la comisión de vigilancia, 6 representantes de la asociación empresarial, 5 de U.G.T. y 1 de CC.OO., y en acta de la misma fecha firmada por todos los miembros de la comisión mixta parietaria, se informa de la no procedencia de lar revisión salarial, acta que consta en autos folio 54, dándose pro reproducidas. 14. En el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Lugo no se venían pactando cláusulas de revisión con efector retroactivos. 15. Se celebró acto de conciliación de 02.02.04. 16. Doña M.C.A.P. en nombre y representación de la C.I.G. presentó demanda sobre conflicto colectivo ante el Juzgado Decano de Lugo el 18.02.04."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando las excepciones alegadas por U.G.T. y CC.OO., defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de legitimación pasiva, y desestimando la demanda presentada por doña M.C.A.P., en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) contra Asociación de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Lugo, Unión General de Trabajadores (UGT) y CC.OO., debo absolver y absuelvo a los demandado de las peticiones formuladas 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 desestima la demanda interpuesta por la parte actora sobre aplicación del Convenio Colectivo de Limpiezas y Locales de

la Provincia de Lugo, recurre en suplicación el sindicato demandante, solicitando en primer término, con correcto amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL revisión de hechos probados, en concreto del ordinal sexto de prueba, a fin de que se sustituya por el tenor literal que propone en su escrito de recurso.

La revisión no se acepta, pues el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, y no un apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias evidencien por si mismo el error sufrido en la instancia de manera que, por ello, a los efectos modificativas 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 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 (así S TSJ Galicia, 03.03.00, 14.04.00, 12.04.02, entre otras); que es lo que acontece en el supuesto de autos, en el que los documentos en los que se basa el recurrente, obrantes a la causa a los folios 75, y 76, para instar la revisión solicitada no sólo han sido tenido en cuenta por la juzgadora de instancia para dictar la resolución recurrida, en la que hace referencia expresa a la Disposición Adicional Novena del Convenio Colectivo para la Provincia de Ourense, sino que lo que pretende el recurrente no es otra cosa sino, que la de incluir en dicho hecho probado el tenor literal de la citada Disposición Adicional Novena en la que se pacta la cláusula de revisión, y que más que en sede fáctica su análisis habrá de ser efectuado en la fundamentación jurídica.

A igual conclusión se llega, en cuanto a la revisión del hecho 14 de prueba, que fundamenta el recurrente en los mismos documentos unidos a las actuaciones a los folios 74 y 75 (art. 27 del convenio Colectivo relativo al incremento salarial del Convenio de Ourense, y la Disposición Adicional Novena del mismo), así como el documento obrante al folio 56, (solicitud ante la comisión de vigilancia del Convenio Colectivo de Lugo), cuya redacción no resulta desvirtuada por los documentos que invoca de los cuales no se acredita error alguno en la valoración de la prueba, obedeciendo la redacción alternativa a una interpretación valorativa de la arte recurrente.

SEGUNDO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción del art. 3.1 del Código Civil, así como el art. 1.281 del citado texto legal. Sostiene el recurrente que el objeto del presente conflicto es claramente la aplicación del art. 14 del Convenio de Lugo, no la interpretación del mismo, de conformidad con lo pactado en su momento por las partes, por lo que si el art. 14 del citado Convenio establece que "si en la fecha de 30 de abril de 2002 no se reconoce el incremento salarial del Convenio Colectivo de Ourense del sector de la limpieza de edificios y locales, se reunirá para su firma y posterior publicación de las tablas salariales para el año 2002, la comisión negociadora del presente convenio, aplicando a estos efectos las tablas salariales del año 2001 el IPC previsto por el Gobierno para el año 2002 e incrementado el plus de transporte en 12.000 pts mensuales" y que "volverá a reunirse la comisión negociadora del Convenio una vez se conozca el incremento salarial del Convenio Colectivo del sector de la Limpieza de edificios y locales en Ourense para los efectos de revisar las tablas salariales de 2002, previamente publicadas en función del IPC previsto por el Gobierno", del tenor literal del texto del convenio ha de deducirse la aplicación al Convenio provincial de Lugo para el año 2002 el incremento pactado para el Convenio de Ourense del mismo año, una vez publicadas las tablas de este último.

TERCERO.- Para la resolución de la cuestión sometida a debate hay que tener en cuenta como a tal efecto se constata en la redacción fáctica de la resolución impugnada, además del contenido literal del art. 14 del Convenio Colectivo de Lugo que 1º) El Convenio Colectivo de la provincia de Ourense, publicado en el B.O.P. de 8 de junio de 2002, establece en su artículo 27 un incremento para el año 2002 del 2,75% y la Disposición General Novena, del mismo texto, una cláusula de revisión en el caso de que a 31 de diciembre de 2002 el IPC oficial fuese superior al 2,3% con efectos enero de 2002. 2º) La Comisión negociadora del Convenio Colectivo de Lugo acordó la aprobación y firma de las tablas salariales para el año 2002, estableciendo un

incremento en la misma cuantía lineal de 2,75% del Convenio de Ourense 3º)- La Comisión mixta parietaria del Convenio Colectivo de Ourense, una vez constatado que el IPC para el año 2002 fue el 4% aplicó la citada Disposición General Novena revisando las tablas del año 2002 en el exceso el 2,3%, el 1,7% con efectos 1 de enero de 2002. 4º) La revisión salarial del Convenio Colectivo de Ourense para el año 2002 fue publicada en el BOP de Ourense el 27.02.03. La Comisión de vigilancia del Convenio de Lugo no efectuó la revisión de la cuantía del 1,7%. 5º) En escrito de fecha 10.06.03 la C.I.G. solicitó a la Comisión la vigilancia del Convenio a fin de que se emitiese informe respecto de si procede la revisión salarial de las tablas del año 2002, y que de ser el informe favorable se procede por parte de la citada comisión a efectuar la revisión 6º) En fecha 26.06.03 se reúne la comisión de vigilancia, 6 representantes de la asociación empresarial, 5 de U.G.T. y 1 de CC.OO., y en acta de la misma fecha firmada por todos los miembros de la comisión mixta parietaria, se informa de la no procedencia de lar revisión salarial, acta que consta en autos folio 54, dándose pro reproducidas y 7º) En el Convenio Colectivo del sector de Limpiezas y Locales de la Provincia de Lugo no se venían pactando cláusulas de revisión con efectos retroactivos.

De lo que se infiere en primer lugar, a juicio de esta sala que el objeto del presente conflicto, no es otro sino, que el de determinar la interpretación que ha de dársele al art. 14 del Convenio Colectivo de aplicación al sector de limpiezas de edificios y locales de Lugo con vigencia 2000-2002, y no la aplicación de dicho precepto convencional como a tal efecto sostiene el recurrente en el escrito de recurso, como de hecho así acudió el sindicato recurrente, en fecha 10 de junio de 2003, formulando el correspondiente escrito de consulta dirigido a la comisión de Vigilancia del Convenio, a los efectos de que dicha comisión emitiese informe respecto a si procedía la revisión salarial de las tablas del año 2002, solicitándose de ser el informe favorable a que se procediese por parte de la comisión de vigilancia del convenio a efectuar la revisión, como a tal efecto se recoge en el hecho 12 de prueba de la sentencia de instancia, apoyándose en el escrito obrante a la causa al folio 54.

CUARTO.- Así las cosas, para la interpretación de los Convenios Colectivos su carácter contractual y normativo supone que se le debe de aplicar tanto las normas de interpretación de los contratos como de las leyes. Es decir, tanto las reglas del Código Civil sobre interpretación de las leyes (art. 3 y 4 CC), como las que se contienen en el citado texto legal para los contratos (art. 1.281 y siguientes) sobre interpretación de los contratos (STS 06.04.95, 24.01.00), ateniéndose al sentido literal de sus palabras siempre que el texto sea claro y sólo si estas contrarían la intención evidente de las partes, prevalece ésta sobre aquella (STS 07.10.92, 03.07.95), esto es, adquiriendo singular relevancia la literalidad que ordena estar al sentido propio de sus palabras cuando los términos de un contrato o convenio sean claros y no dejen duda sobre la intención de las partes, y debiendo destacar, asimismo, que tanto en la interpretación de los contratos como en los demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional o lógica o pongan de manifiesto alguna infracción de las normas que regulan la interpretación contractual.

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la interpretación que ha de dársele al art. 14 del citado Convenio Colectivo, en cuanto a la revisión de las tablas salariales para el año 2002, cuando tras señalar que "si en fecha 30 de abril del año 2002 no se conoce el incremento salarial del sector de limpieza de edificios y locales de Ourense, caso en el que se reunirá la comisión negociadora para aplicar un incremento inicial consistente en el IPC previsto por el Gobierno, el último párrafo dispone que "de la misma forma volverá a reunirse la Comisión negociadora tan pronto se conozca el incremento salarial del Convenio colectivo del sector de la Provincia de Ourense a los efectos de revisar las tablas salariales del año 2002 previamente publicadas en función del IPC previsto por el Gobierno", no puede entenderse en el sentido que propugna el recurrente, sino que la propia interpretación literal del art. 14 del CC, propugna la interpretación de la garantía del acercamiento de los salarios previsto en las tablas de Lugo a las de Ourense, aplicándosele una primera subida del 2,75% establecido en el propio convenio; más tal equiparación no implica la total asunción de la cláusula contenida en la D A 9ª del CC de Ourense, aplicar la revisión de las tablas del 2002, en función del IPC o de la eventual revisión que sufriese el CC de Ourense, o lo que es lo mismo según el citado precepto convencional la única revi-

sión salarial prevista es para el supuesto de un retraso en la publicación del incremento de Ourense, y en concreto cuando esa revisión valla más allá del 30.04.02, pactándose entonces la aplicación de un incremento provisional IPC, previsto y posteriormente una revisión en función del incremento de Ourense.

En definitiva la interpretación realizada por la magistrada de instancia atendiendo ya al tenor literal íntegro del art. 14 del Convenio Colectivo y que se adecua a la interpretación mostrada por las partes al interpretar el Convenio, no resulta arbitraria ni ilógica ni de tal manera que pudiera dar lugar a admitir la infracción jurídica que se denuncia, concluyendo la existencia de la voluntad inequívoca de las partes firmantes del CC del sector de limpiezas y locales de Lugo de aplicar el incremento para los ejercicios 2000, 2001 y 2002, basada en un espíritu de acercamiento a las tablas salariales de Ourense, reduciéndose las diferencias existentes entre las tablas de ambos convenios; más ello implica en modo alguno que se hubiera pactado la cláusula en función de la previsión contenida en el Convenio Colectivo del sector para la provincia de Ourense en función de la previsión en este contenida del modo en que lo solicita la parte recurrente.

QUINTO.- Por último denuncia el recurrente infracción del art. 27 del CC de Lugo, por cuanto que considerar que este artículo establece que el Convenio constituye un todo orgánico e indivisible, por lo que los acuerdos contenidos en el únicamente tienen efecto considerados conjuntamente, es decir si la suba salarial comprende dos conceptos; la suba inicial y revisión por diferencial de IPC, no se podría entender cumplido el Convenio Colectivo en lo que se refiere al apartado de la suba salarial, si finalmente no se aplica la cláusula de revisión salarial fijada en la Disposición Adicional Novena del CC de Ourense.

La censura jurídica no se admite, por cuanto que, como ya ha quedado anteriormente expuesto, y así se desprende del inalterado relato fáctico, en concreto de los hechos 12, 13 y 14 de prueba, tal revisión salarial en los términos que propugna al parte recurrente, no forma parte del acuerdo del convenio.

Consecuentemente se impone, previa desestimación del recurso la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la confederación Intersindical Galega (CIG) contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número Tres de Lugo de fecha 17.03.04, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3951 **Recurso nº 3.496/04**

S.S. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO NULO POR FALLA DE ACREDITACIÓN DE INDICIOS DE INDICIOS DE DISCRIMINACIÓN QUE FORCEN A INVERTER A CARGA DA PROBA.

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

A Coruña, a veintinueve de septiembre de dos mil cuatro

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 3.496/04 interpuesto por doña A.M.R.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 172/04 se presentó demanda por doña A.M.R.B. en reclamación de despido siendo demandado el Fundación Laboral de la Construcción en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 12 de mayo de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente 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 Fundación Laboral de la Construcción, con domicilio en Madrid, con antigüedad desde el cuatro de septiembre de dos mil dos, con categoría profesional de Titulado Superior, realizando funciones de Técnico de Prevención de Riesgos Laborales, en el

centro de trabajo situado en el Ayuntamiento de T., percibiendo un salario mensual de dos mil doscientos cincuenta y cinco euros y cuarenta y cinco céntimos (2.255,45 euros), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. 2.- Que en fecha cinco de febrero de dos mil cuatro, la demandada entregó a la actora carta de cese, de la misma fecha, en la que se le indicaba que, con efectos desde el mismo día se extinguía su contrato de trabajo por causas objetivas fundamentada en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por razones organizativas, pues para la mayor optimización de los recursos de la Fundación Laboral de la Construcción y con la finalidad de garantizar su viabilidad futura se estaba procediendo a una reorganización de los servicios ubicados en Galicia, encontrándose entre los departamentos afectados el de Seguridad y Salud Laboral, en el que la actora prestaba sus servicios, poniendo a su disposición la correspondiente indemnización, en cuantía de 20 días de salario por año de servicio y por importe de dos mil trescientos cuarenta y tres euros y noventa y cinco céntimos (2.343,95 euros), así como la correspondiente liquidación. 3.- Que la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia está formada por doce miembros: seis propuestos por la Federación Gallega de la Construcción de la Confederación de Empresarios de Galicia; tres propuestos por la Federación de la Construcción de UGT y tres propuestos por la Federación de Construcción y Madera de CC.OO.. El Presidente es miembro de la Federación Gallega de la Construcción y los dos vicepresidentes, uno de UGT y otro de CC.OO.. 4.- Que dentro de la Comisión Territorial existía la práctica de que la parte empresarial designara a la Gerente; UGT al Técnico de Formación y CC.OO. al Técnico de Seguridad. 5.- Que la actora inicialmente optó al puesto de Gerente de la Fundación en Galicia, a propuesta del Sindicato de Construcción y Madera de CC.OO., siendo propuesta para este puesto, por unanimidad doña C.A.P. y, aprovechando la vacante de Técnico de Seguridad, se propuso a la actora, igualmente por unanimidad, siendo nombradas ambas. 6.- Que en fecha veintiuno de enero de dos mil cuatro el Director General de la Fundación informó a la Comisión Territorial de Galicia, en reunión celebrada dicho día, que el diecisiete de noviembre de dos mil tres se había cesado a la Gerente y planteaba, después de hablar con los presidentes y vicepresidentes, cesar a los responsables de formación y seguridad, por pensar que era lo mejor en esos momentos, entablándose un debate entre sus miembros, sobre la procedencia de cada cesado, si era una purga o no y defendiendo un nuevo sistema de contratación por oferta pública. 7.- Que la actora y el Técnico de Formación propuesto en su día por UGT, fueron cesados y por parte de la representación de la Federación de Construcción y Madera de CC.OO., se mostró oposición al cese de la actora, pero se acató la decisión de despedirla, por entender las razones que llevaban a ello. 8.- Que los representantes de la Federación de Construcción y Madera de CC.OO. en la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia conocían que la actora es la esposa del Secretario de Acción Sindical del Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, don J.L.G., sin que conste que dicho hecho fuera conocido por los representantes de la Federación Gallega de la Construcción de la Confederación de Empresarios de Galicia ni por los representantes de UGT. 9.- Que no consta que ninguno de los miembros de la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia conociera la condición de afiliada a la CC.OO. de la actora. 10.- 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. 11.- Que en la demandada en Galicia no existen secciones sindicales, ni Comité de Empresa, ni Delegados de Personal. 12.- Que en fecha cinco de marzo de dos mil cuatro tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia, reconociéndose por la demandada la improcedencia del despido y el abono de la correspondiente indemnización y salarios de tramitación. 13.- Que la demandada ingresó en la cuenta de consignaciones de este Juzgado la cantidad de nueve mil seiscientos sesenta y un euros y sesenta y tres céntimos (9.661,63 euros), en concepto de indemnización y salarios de tramitación, en fecha cinco de marzo de dos mil cuatro, manifestando que en dicho día había tenido lugar el acto de conciliación, sin avenencia y a los efectos previstos en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, habiéndose acordado por Providencia de fecha ocho de marzo de dos mil cuatro, que no ha sido recurrida, no haber lugar a la admisión, por no cumplirse las previsiones legales y ordenando, una vez fuera firme la resolución, la devolución de la cantidad consignada.".

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

la demanda formulada por doña A.M.R.B., contra la Fundación Laboral de la Construcción, en cuanto a su petición subsidiaria, debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de notificación de la sentencia, entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la correspondiente indemnización en cuantía de cuatro mil ochocientos diez euros y cuarenta y nueve céntimos (4.810,49 euros) y a que le abone, en todo caso, la cantidad de siete mil doscientos noventa y dos euros y cuarenta y seis céntimos (7.292,46 euros), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de setenta y cinco euros y dieciocho céntimos 75,18 euros), desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia, y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la petición principal de nulidad del despido y mayor salario regulador reclamados, debía de absolver y absolvía a la demandada de los citados pedimentos.".

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 dictada en la instancia declara improcedente, con sus efectos legales correspondientes, el despido de la actora doña A.M.R.B. condenando así a la demandada Fundación Laboral de la Construcción, recurriendo de la misma la propia demandante en solicitud de que sea revocada para declarar nulo su despido con sus consecuencias legales, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.B y C interesa la revisión de los HP.1º, 4º y 9º y denuncia la infracción del art. 55.5 y 6 ET, en relación con los arts. 4.2 C y 17.1 ET, 108.2 LPL y 14 y 28.1 CE y la jurisprudencia, SSTC 266/93, 21/91, 197/90, 135/90 y SSTS 29.07.88, 09.10.89 y 27.11.89. Sostiene la parte al hilo de ello, y concluyendo el recurso, la nulidad del despido "por existir suficientes indicios de su carácter discriminatorio y antisindical, sin que por la empresa demandada se hayan ofrecido explicaciones que puedan excluir el juego de los factores personales y sindicales descritos".

SEGUNDO.- Invocando la documental de los F. 137 a 142, interesa la recurrente se revise el HP.1º de modo que pase a declarar lo siguiente en el extremo que concreta: "que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada Fundación Laboral de la Construcción, con domicilio en Madrid, para la que previamente había prestado servicios impartiendo cursos de formación, con antigüedad desde el 04.09.02".

A los folios invocados lo que obra es un currículo propio que la actora aparece remitiendo (f. 136) en 26.01.04, de tal manera que lo único que tal documental justifica debidamente en términos de suplicación es la remisión del currículo con el contenido que consta a los folios citados elaborado por la propia actora, pero no fehacientemente otra cosa (en concreto, una prestación efectiva de los servicios que se dicen y en la forma que se dicen), siendo tal lo que a lo sumo procede adicionar al HP.1º.

TERCERO.- Invocando el documento del folio 252, "consistente en el acta núm. 85", interesa la recurrente la revisión del HP.4º en el sentido de que se adicione al contenido de instancia, lo siguiente: "… por lo que al haber cesado la persona propuesta por la parte empresarial procedía el cese de los designados por las partes sindicales, y especialmente el de la actora por ser además esposa del responsable de acción sindical de CC.OO.".

La adición no procede. De un lado, su contenido resulta propiamente conclusivo y como tal, y en todo caso, también con el valor fáctico que pueda tener, ya lo viene a reflejar en sus oportunos términos (omitiendo lo relativo a la condición de la actora de esposa del responsable de acción sindical de CC.OO.) la sentencia recurrida en su Fto. 2º, cuando dice: "… por lo que parece deducirse que el despido de la actora no se ha producido por las causas alegadas, sino por además de…, la estimación por parte de la Fundación de que cesada la gerente propuesta por la Patronal –en virtud de un pacto no escrito-, deben de ser cesados tanto el técnico de formación como el de seguridad, propuestos respectivamente- en virtud del mismo pacto no escrito- por UGT y CC.OO., como así ha sido…". De otro, la documental que se invoca no resulta apta en términos de art. 191.B LPL para modificar el imparcial criterio judicial de instancia al efecto, reflejando el acta invocada diversas manifestaciones de los asistentes a la reunión de la Comisión Territorial de la Fundación

Laboral de la Construcción en 21.01.04, tampoco definitorias de los términos de la adición como fueron postulados y que en lo sustancial también las refleja el juzgador de instancia en el HDP.6º, no impugnado en Suplicación; hasta el punto de que la parte recurrente dice en el motivo, en aras de justificar la revisión, que es "expresivo de ello las manifestaciones de uno de los miembros, don J.M.C., que habla de la existencia de una purga por la presión de una de las partes (patronal), lo que evidencia el error del juzgador….", pero resulta que aparte de lo relativo de la manifestación y ser la expresión de un testimonio, en la propia acta figura acto seguido otro de los asistentes diciendo: "No hay purga ni revancha…", y todo ello está reflejado en el HDP.6º de la sentencia recurrida, no cuestionado en Suplicación.

CUARTO.- Interesa la recurrente; por último, la revisión del HP.9º de modo que pase a declarar lo literal siguiente: *"Que sí consta que al menos algunos de los miembros de la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia conociera la condición de afiliada a CC.OO. de la actora así como su condición de esposa del responsable de acción sindical del S.N. (Sindicato Nacional) de CC.OO. (Comisiones Obreras) de Galicia".*

Se alega al efecto el folio 147 "consistente en la carta enviada por los representantes de CC.OO. en la CTG de la Fundación Laboral de la Construcción al Secretario General de CC.OO. de Galicia, coincidente por lo demás con las propias declaraciones testificales (F.72 a 77) de don A.B.; don A.G.P. y don J.V.L., que evidencian el error del juzgador…". No prospera la revisión.

De conformidad con lo previsto en los arts. 191.B y 194 LPL, la prueba testifical no es apta para revisar en Suplicación los HDP, correspondiendo en todo caso la valoración de referida prueba al juzgador de instancia en virtud de la inmediación y facultades al efecto (art. 97.2 LPL). Y esta valoración –dentro del conjunto de la prueba practicada- la explicita el juzgador también en el HP.9º de la sentencia recurrida, y en el HP.8º (no impugnado), en relación a los cuales en el Fto. Jurídico 2º se dice: "... pues tan sólo el esposo de la actora, al comparecer como testigo, ha puesto de manifiesto no sólo que los miembros de su sindicato y representantes del mismo en la Fundación demandada conocían la condición de afiliada al sindicato de su esposa y esta última condición, sino también los representantes de UGT y de la Patronal, habiendo negado el resto de los testigos haber conocido dichas circunstancias, salvo los miembros del sindicato y representantes de la misma en la Fundación, que han reconocido conocer la condición de la actora de esposa del secretario de Acción Sindical del S.N. de CC.OO. de Galicia, con independencia de que en su día fuera propuesta para su contratación por los representantes de CC.OO...". Efectivamente, en el acto de juicio aparecen las declaraciones testificales a que alude el juzgador (folios 72 a 78), entre ellas las de las tres personas que suscriben la carta el folio 147, única documental invocada en el motivo revisor.

A partir de lo consignado ya se evidencia que la referida "documental" no resulta apta para revisar ni justifica error en el imparcial criterio del juzgador de instancia. De un lado, lo obrante al folio 147 es una mera carta fechada en 06.04.04, ex post despido, remitida por los representantes de CC.OO. en la CTG de la Fundación Laboral de la Construcción a la Comisión Ejecutiva del SN. sin la aptitud probatoria precisa en sí misma a los efectos pretendidos, y tanto más cuanto que los 3 firmantes de la misma, A.B.P., J.V.L. y S.H.P., aparecen declarando en juicio y sus testimonios siendo valorados por el juzgador; destacándose que en cuanto al extremo interesado declarar de que algunos miembros de la Comisión Territorial de la Fundación Laboral de la Construcción en Galicia conocían la condición de afiliada a CC.OO. de la actora, en el acta de juicio aparece el testigo A.B.P. diciendo, entre otras cosas "…ignoraba si la actora estaba afiliada, aunque sí conocía la condición de su marido…", "la actora no comunicó su condición de afiliada. Para ser Técnico de Seguridad no era necesario estar afiliado a CC.OO.", el testigo J.V. que: "… Conoció la vinculación de la actora con CC.OO. a raíz de presentarse a la Gerencia, aunque desconocía si estaba afiliada o no, sólo conocía la condición del marido…", y el testigo S.H. que: "… la actora nunca les manifestó su afiliación a CC.OO.". De otro lado, en lo relativo al conocimiento de que la actora era esposa del responsable de acción sindical de CC.OO. que también se interesaba en el texto revisor propuesto, ya en el incombatido HP.8º se declara lo oportuno, el tal conocimiento por parte de los representantes de la Federación de Construcción y Madera de CC.OO. en la Comisión Territorial de la Fundación…, con el debido fundamento y sin solicitud revisora en suplicación.

QUINTO.- La infracción que al amparo del art. 191.C. LPL denuncia la recurrente a los efectos de interesar la nulidad de su despido, y no la improcedencia declarada en la instancia, se viene a formular en función de toda una serie de consideraciones y valoraciones interesadas acerca de documental, declaraciones testificales… para concluir, en esencia, que "de todo lo expuesto se desprende la acreditación de circunstancias suficientes para ser consideradas índicos de que el cese o despido de la actora tiene en consideración la vinculación de la actora a CC.OO. y su condición de esposa del Secretario de Acción Sindical de la mencionada organización. Ha de entenderse, pues, que sí concurre ese panorama o clima propicio a la conducta discriminatoria…" y que procede declarar nulo el despido "por existir suficientes indicios de su carácter discriminatorio y antisindical, sin que por la empresa demandada se hayan ofrecido explicaciones que puedan excluir el juego de los factores personales y sindicales descritos".

SEXTO.- La sentencia recurrida rechaza la pretendida declaración de nulidad del despido de la actora por las causas alegadas en la instancia y que en el Fto. Jurídico 2º se resumen en despido por la condición de la actora de afiliada al Sindicato CC.OO., por su condición de esposa del Secretario de Acción Sindical del S.N. de CC.OO., por la no comunicación del despido a los representantes de los trabajadores y por falta de concreción en la carta de cese de los hechos. Y lo hace desechando motivadamente cada una de ellas y a las que sólo parcialmente se alude en el recurso, según quedó puntualizado, pero resultando mantenible en todo caso la argumentación de la sentencia recurrida al efecto. Así, concluye la sentencia impugnada que no se observa ni aparece indicio de discriminación o antisindical en el cese dado a la actora; que tampoco hay nulidad del despido por incumplimiento de su notificación a los representantes de los trabajadores al ser sólo exigible cuando a la empresa le constare la condición de afiliado a un sindicato de un trabajador "circunstancia ésta que no se ha acreditado.... en el presente caso, y siempre supeditada a la existencia de dicha representación de los trabajadores, que en este caso no concurre…"; y que asimismo la carta de cese es oportuna al expresar suficientemente el motivo invocado por la empresa.

SÉPTIMO.- Lo declarado probado avala la decisión de instancia en torno a la solicitud de nulidad del despido.

En lo sustancial, lo acreditado resulta ser lo siguiente: 1.- La actora prestó servicios para la demandada como se dice en el HP.1º, considerando también lo adicionado al mismo en Suplicación, realizando funciones de técnico de prevención de riesgos laborales. 2.- La empresa acordó el cese de la actora en 05.02.04, extinción por causas objetivas, invocando las razones organizativas que se dicen al HP 2º y poniendo a disposición indemnización y liquidación. 3.- Conforme a los HP.3º, 4º y 5º: (3) la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia está formada por doce miembros: seis propuestos por la Federación Gallega de la Construcción de la Confederación de Empresarios de Galicia; tres propuestos por la Federación de la Construcción de UGT y tres propuestos por la Federación de Construcción y Madera de CC.OO. El Presidente es miembro de la Federación Gallega de la Construcción y los dos vicepresidentes, uno de UGT y otro de CC.OO. (4).- Que dentro de la Comisión Territorial existía la práctica de que la parte empresarial designara a la Gerente; UGT al Técnico de Formación y CC.OO. al Técnico de Seguridad. (5).- Que la actora inicialmente optó al puesto de Gerente de la Fundación en Galicia, a propuesta del Sindicato de Construcción y Madera de CC.OO., siendo propuesta para este puesto, por unanimidad doña C.A.P. y, aprovechando la vacante de Técnico de Seguridad, se propuso a la actora, igualmente por unanimidad, siendo nombradas ambas. 4.- Consta asimismo (HP.7º,8º y 9º) lo siguiente: (7).- Que la actora y el Técnico de Formación propuesto en su día por UGT, fueron cesados y por parte de la representación de la Federación de Construcción y Madera de CC.OO., se mostró oposición al cese de la actora, pero se acató la decisión de despedirla, por entender las razones que llevaban a ello. (8).- Que los representantes de la Federación de Construcción y Madera de CC.OO. en la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia conocían que la actora es la esposa del Secretario de Acción Sindical del Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, don J.L.G., sin que conste que dicho hecho fuera conocido por los representantes de la Federación Gallega de la Construcción de la Confederación de Empresarios de Galicia ni por los representantes de UGT. (9).- Que no consta que ninguno de los miembros de la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia conociera la condición de afiliada a CC.OO. de la actora. 5.- En la demandada en Galicia no existen secciones sindicales ni comité, ni delegados de

personales. Y 6.- En 21.01.04 la comisión territorial de Galicia celebró la reunión que se refleja en el HP.6º.

OCTAVO.- Por derivación de lo expuesto y como ya se anticipó, se concluye la inviabilidad de la alegación de que el despido de la demandante se debió a su vinculación a CC.OO. y su condición de esposa del Secretario de Acción Sindical de dicho Sindicato, que tuvo un carácter discriminatorio y antisindical. Considerando también la doctrina aplicada en numerosas ocasiones por esta Sala acerca de que es básica afirmación 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 referido 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.

En el caso, de un lado, no aparece el conocimiento por la empresa de la condición de afiliada a CC.OO. de la actora (incluso reconociendo esta en juicio que no comunicó su condición de afiliada a CC.OO.), tampoco en concreto por parte de los miembros de la Comisión Territorial de la Fundación de la Construcción en Galicia; y constando asimismo que al margen de que CC.OO. propusiera a la actora para la vacante de técnico de seguridad (HP.5º) y de la práctica existente en la proposición de puestos que dice el HP.4º, con independencia de la entidad que realizará la

propuesta no era precisa la afiliación para ocupar el puesto (así se dice también con valor fáctico en el Fto. 2º de la sentencia recurrida).

De otro, si bien los representantes de CC.OO. en la Comisión Territorial de la Fundación Laboral de la Construcción en Galicia conocían que la actora era la esposa del Secretario de Acción Sindical del S.N. de CC.OO. de Galicia, no consta tal conocimiento por parte de los demás representantes en la Comisión de la Patronal y UGT sin que en la decisión extintiva de la relación laboral de la actora acordada por la empresa aparezca que se tuvo en cuenta tal circunstancia en forma alguna, como así se deriva de tal limitado conocimiento y de lo que anteriormente se dejó dicho en torno a la afiliación de la actora a CC.OO. y la demandada. La propia práctica o pacto no escrito de designaciones y ceses de los puestos de gerente, técnico de formación y técnico de seguridad que reflejan los HP.3º a 7º, inserta en las circunstancias concurrentes según quedaron expuestas, pone de relieve que se cesó a la actora de modo similar a como se hizo con el técnico de formación propuesto por UGT y que la propia CC.OO. acató la decisión de despedirla "por entender las razones que llevaban a ello", sin que en concreto se debiera a discriminación o móviles de afiliación sindical; si bien las razones del cese no eran atendibles desde pautas de legalidad ordinaria, como resolvió el juzgador en la instancia. Así lo argumenta la sentencia recurrida; y aun con el contexto de posibles enfrentamientos entre sectores sindicales y con el de la práctica o pacto no escrito de propuestas de contratación y ceses a que se alude en aquélla, no se observa ni identifica, considerando todo lo oportuno, el alegado carácter discriminatorio y antisindical en lo concerniente a la decisión de cese de la actora, en sus causas y circunstancias, no apareciendo en tal cese vinculación causal valorable alguna con factores discriminatorios, con su afiliación sindical o la de su esposo, que ni se deriva necesariamente de aquélla práctica o pacto no escrito en abstracto tal como se concebía y aplicaba (propuestas plurales al efecto, no exigencia ni constancia en la empresa de la afiliación del propuesto…) y que se destierra ciertamente cuando también resulta que la empresa no conocía la afiliación de la actora y por las demás circunstancias concurrentes acreditadas.

Finalmente, en la empresa en Galicia no existen secciones sindicales ni comité de empresa ni delegados de personal, lo que en unión del desconocimiento empresarial de la condición de la actora de afiliada a un sindicato, no solo sirve de corroboración a la falta de los móviles discriminatorios y antisindicales alegados, sino que explicita la ausencia de defectos por derivación de la notificación que prevé el art. 55.1 E.T. Tampoco los hay en el contenido de la carta extintiva de la relación susceptibles de provocar la nulidad del despido, como se argumenta en el Ftº. 4º de la sentencia de instancia y no se rebate en Suplicación.

Por lo expuesto, reiterando también en lo oportuno los fundamentos de la sentencia de instancia, no son atendibles los argumentos contenidos en el recurso, cuya denuncia jurídica no prospera, procediendo la confirmación de la sentencia impugnada. Como así interesó la empresa demandada.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña A.M.R.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de fecha 12.05.04 en autos nº 172/04 seguidos a instancias de la recurrente frente a la Fundación Laboral de la Construcción y Ministerio Fiscal, confirmamos la sentencia recurrida.

3952 **Recurso nº 854/02**

S.S. INCAPACIDADE TEMPORAL. NON EXISTE CANDO CONCORREN LESIÓNS PERMANENTES NON INVALIDANTES QUE NON IMPIDEN O DESENVOLVEMENTO DO TRABALLO.

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

A Coruña, a treinta de septiembre de dos mil cuatro

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. 854/02, interpuesto por INSS, SERGAS y doña R.J.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Mutua Gallega en reclamación de accidente, siendo demandado doña R.J.F., Instituto Nacional de la Seguridad Social, Servizo Galego de Saúde, "S.I., S.L." y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 419/01 sentencia con fecha 23 de octubre de 2001, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO .- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Doña R.J.F., mayor de edad, nacida el … está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número …, por venir trabajando pro cuenta de "S.I., S.L.", dedicada a venta de juguetes como dependienta; la Empresa tenía asegurado el riesgo de accidente laboral con la Mutua Gallega.- II.- El día 23.06.99 sufrió la actora un accidente, pasando a la situación de I.T., por accidente de trabajo, por "rotura de menisco interno", siendo alta médica con secuelas el 04.03.00.- III.- Iniciado expediente de valoración de secuelas, se dictó por el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolución el 15.06.00, por el que se reconoce debe seguir tratamiento médico; fue baja de nuevo el 30.05.00 y tras el correspondiente tratamiento fue alta con secuelas de limitación funciono -10 grados de extensión y 130 grados de flexión.- IV.- El estado de la actora fue declarada en situación de I.T. derivada de enfermedad común por "gonalgia izda"; vista el 22.12.00 el Inspector médico señala que fue intervenida hacia 1 mes de hemorroides de los que sigue a tto. Fue alta médica el 21.02.01.- VI.- Instó el Servizo Galego de Saúde expediente de valoración contingencia, dictándose resolución el 06.02.01 por el Instituto Nacional de la Seguridad Social declarando que la I.T., iniciada el 06.09.00 era derivada de accidente de trabajo, con cargo a la Mutua Gallega.- VII.- La base reguladora es de 4.400 ptas diarias.- VIII.- Se agotó la vía administrativa previa.- IX.- Por el Servizo Galego de Saúde se procedió a la anulación de la I.T., por enfermedad común iniciada el 06.09.00, en virtud de la resolución de Instituto Nacional de la Seguridad Social".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la MUTUA GALLEGA, declaro que doña R.J.F., no estuvo en situación de incapacidad temporal derivada de accidente laboral desde el 6-3-00, por lo que no existe responsabilidad de la Mutua accionante, condenando al INSS, "S.I., S.L.", TGSS y al SERGAS, estar y pasar por tal declaración".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandadas - INSS, SERGAS y doña R.J.F.-, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos De Derecho

PRIMERO.- Se recurre la Sentencia de Instancia por tres de los codemandados, INSS, SERGAS y beneficiaria, por lo que se exige un pronunciamiento separado de cada uno de ellos.

Para centrar el debate han de apuntarse los siguientes datos fácticos: (a) la trabajadora recurrente sufre un accidente de trabajo el 23.06.99 por rotura de menisco interno, siendo alta el 04.03.00; (b) el INSS dicta resolución (15.06.00) por la que se reconoce que debe seguir tratamiento; siendo baja nuevamente el 30.05.00 y alta con secuelas el 04.09.00; (c) el 17.01.01 el INSS reconoce a la actora afecta de LPNI sobre las dolencias recogidas en el HDP CUARTO de la sentencia; (d) el 06.09.00 fue declarada en IT derivada de enfermedad común por "gonalgia izquierda" siendo alta el 21.02.01; y (e) el SERGAS instó expediente de valoración de contingencia, dictándose resolución el 06.02.01 por el INSS declarando que esta última IT derivaba también de accidente de trabajo. Además, en el suplico de la demanda interesaba la actora que se "acuerde revocar la resolución administrativa del INSS impugnada declarando nula dicha resolución por falta de objeto del expediente, declarando asimismo nulo el proceso de IT sobre el que se pronuncia dicha resolución, por no cumplirse los requisitos del artículo 128 LGSS y declarando asimismo el alta emitida por mi representada correcta y ajustada a derecho", mientras que el FALLO de la Sentencia de Instancia dice "declaro que [la actora] no estuvo en situación de IT derivada de AT desde el 06.03.00, por lo que no existe responsabilidad de la Mutua" –y aunque nadie haya impugnado la fecha es evidente que por un error se hace constar 06.03.00 cuando ha de ser 06.09.00.

SEGUNDO.- 1.- En primer lugar, examinaremos el recurso interpuesto por el SERGAS, quien –vía artículo 191.c) LPL- denuncia

tres infracciones normativas: 1) artículos 218 LEC y 24 CE, 2) artículos 17.1 LPL y 24.1, y 3) artículos 128 LGSS y 1.214 CC.

Precisamos, sin embargo, hacer una puntualización a causa de la impugnación de la Mutua, pues, aunque acertada, el formalismo no puede ser tan enervante que la cita de una letra diferente de la que corresponde del artículo 191 LPL –probablemente debida a un error mecanográfico- impida la resolución de un motivo adecuadamente alegado, cuando, en suma, se deduce del razonamiento efectuado.

2.- En cuanto a la alegada incongruencia de la sentencia, la rechazamos, tanto por aplicación de la doctrina constitucional como por la que tiene su fuente en el Tribunal Supremo, materia en la que reproducimos criterio expuesto –entre tantas otras– por las SSTSJ Galicia 04.10.01 R. 3.976, 26.09.01 R. 4.146, 13.09.01 R. 3.854/01, 26.06.01 R. 1.679/98, 15.06.02 R. 51/99, 23.11.02 R. 2.982/99, 23.11.02 R. 3.964/99, 25.01.03 R. 472/00 y 28.04.04 R. 4.870/01.

3.- Respecto de la primera es claro exponente la STC 136/1998, de 29 de junio –así como en otras posteriores, SSTC 17/2000, 135/2002 y 39/2003, de 27 de febrero-, en la que literalmente se indica que "desde la STC 20/1982, hemos declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, 191/1987, 88/1992, 369/1993, 172/1994, 311/1994, 111/1997 y 220/1997)". Y añade el intérprete máximo de la Constitución que "el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*–. Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi,* alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*. La congruencia es compatible sin embargo, con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico expresado en el aforismo *iura novit curia* en cuya virtud los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes (STC 88/1992, por todas)".

Y asimismo afirma el TC que "a partir de este planteamiento general, hemos distinguido dos tipos de incongruencia y precisado las condiciones para apreciar su existencia. La llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, 56/1996, 58/1996, 85/1996 y 26/1997). Y la denominada incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido así a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, 172/1994, 116/1995, 60/1996 y 98/1996, entre otras). En ocasiones, ambas clases de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo la llamada «incongruencia por error», denominación adoptada en la STC 28/1987, seguida por las SSTC 369/1993 y 111/1997, y que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta".

4.- Y a la misma conclusión desestimatoria de la incongruencia ha de llegarse desde el ámbito de la jurisprudencia ordinaria, puesto el criterio que al respecto mantiene el Tribunal Supremo (así, sentencias de 21.01.99 R. 4.031/96, 15.04.99 R. 651/96, 11.05.99 R. 2.165/96, 13.05.99 R. 1.847/96, 30.06.99 R. 2.804/97, 04.11.99 R. 4.180/99, 22.02.00 R. 438/00, 20.03.00 R. 5.096/96, 20.03.00 R. 2.568/98, 30.09.00 R. 1.712/97 y 25.09.03 Ar. 8.380) es indicativo de que la cuestión de incongruencia ha de resultar de un juicio comparativo entre la pretensión procesal de las partes –lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir y hechos constitutivos– y los términos del fallo combatido, y no existe tal vicio interno –incluida la exhaustividad o plenitud como requisito interno de la sentencia– cuando entre dicha pretensión y la resolución judicial existe una máxima concordancia y correlatividad, que afecte tanto a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como a la acción ejercitada; habiendo precisado la misma doctrina que la congruencia no exige una respuesta prolija y pormenorizada a las argumentaciones de las partes, sobre todo en el supuesto de fallo desestimatorio, en cuanto éste supone una denegación de todas y cada una de las pretensiones deducidas en la demanda (SSTS 04.11.97 Ar. 8.025 y 12.07.93 Ar. 5.670).

5.- Lo precedentemente indicado nos lleva –como ya adelantamos– a rechazar la pretendida incongruencia, porque la decisión recurrida ha resuelto en plena coherencia con lo que en demanda le suscitaba la parte actora, en ésta –vid supra- se interesaba la declaración de que no concurrían los requisitos para iniciar un proceso de IT, sin discutir la contingencia -de hecho se asume por la Mutua que dicha contingencia es profesional-, pero haciéndolo sobre la procedencia de ese proceso; y el fallo acoge dicha pretensión y resuelve que no concurrían los requisitos para declarar IT y añade como no podría ser menos "derivada de accidente de trabajo", porque podría serlo de otro proceso patológico –enfermedad común- en el que la Mutua no tendría responsabilidad –y, por ende, legitimación alguna- y que aquí no se batalla.

TERCERO.- Se pretende también por el recurrente la infracción del artículo 24 CE y del 17.1 LPL, ante la falta de legitimación de la Mutua para pretender la nulidad de un proceso de IT derivada de enfermedad común, pues no tendría interés en la cuestión. La legitimación alude a quien puede y/o debe ser parte en un proceso concreto (pueden ejercitar las acciones quienes sean titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo –artículo 17-), es decir, la legitimación es la relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que de estimarse ésta se produce un beneficio o eliminación de un perjuicio, no necesariamente patrimonial (SSTC 65/1994, de 28 de febrero; 105/1995, de 3 de julio; 122/1998, de 15 de junio; 171/02, de 30 de septiembre; 203/2002, de 28 de octubre; 164/2003, de 29 de septiembre). Y hemos de coincidir con la Entidad Gestora en que planteado así la legitimación de la actora sería insostenible, ya que no cubre –a *sensu contrario* HDP PRIMERO- las contingencias comunes y por tanto ninguna responsabilidad puede alcanzarle. Sin embargo, la recurrente olvida un detalle fundamental en su argumentación que lo hace desmoronarse: "la IT, iniciada el 06.09.00 [se declaró el 06.02.01] derivada de accidente de trabajo, con cargo a la Mutua Gallega" (HDP SEXTO); con lo que –y este ha sido también el válido razonamiento del Magistrado- si se mantiene la condición de tercera de aquélla, se estaría cargando con una responsabilidad económica a un sujeto, sin posibilidades de defensa (y entonces sí se infringiría el esgrimido artículo 24 CE), ya que como hemos indicado hay legitimación cuando su estimación produce un beneficio o eliminación de un perjuicio. Cierto es que a la Mutua le quedaría otra vía –quizás previa-, impugnar la contingencia del proceso de IT, pero ello no es óbice para que pueda, en uso de sus facultades de defensa, renunciar a discutir el origen de la contingencia (aceptando que es profesional) y hacerlo sobre la propia IT (necesidad de asistencia sanitaria e imposibilidad de trabajar –artículo 128 LGSS-). Es una opción, que en modo alguno puede subvertirse y utilizarla para argumentar a contrario que como no se ha discutido la contingencia, ahora tampoco puede utilizar la otra vía. En suma, aunque inicialmente la IT derivaba de contingencia común (y la Mutua -como no podía ser menos- nada hizo, pues le era algo ajeno), después se resolvió que derivaba de contingencia profesional, y entonces sí combate –no su carácter que asume profesional-, sino la procedencia de la IT. Por lo tanto, hemos de desestimar también este motivo.

CUARTO.- 1.- Como último motivo, se denuncia infringido el artículo 128 LGSS, en relación con el 1.214 CC, lo cual es difícilmen-

te encajable, pues –aparte de que el artículo 1.214 CC se había derogado hacía ya casi un año cuando se interpuso el recurso (DD Única L 1/00)- este artículo derogado (cuyo contenido se recoge ahora en el 217 LEC) se refiere a la distribución de la carga de la prueba y aquí el recurrente defectuosamente lo refiere a una norma jurídica. No obstante, podemos entender siguiendo el principio *pro actione* –a pesar de que pudiera significar su desestimación de plano- que a lo que se refiere es a la vulneración de las reglas de distribución de la prueba contenida en el artículo 217 LEC y, como otro motivo, la infracción del artículo 128 LGSS, porque el proceso de IT fue correctamente iniciado el 06.09.00.

2.- El motivo ha de ser rechazado, en cuanto a la primera denuncia, pues tal como tenemos señalado en precedentes ocasiones –por todas, SSTSJ Galicia 06.07.04 R. 696/02 y 17.06.04 R. 223/02– conforme a reiterados precedentes del extinguido Tribunal Central de Trabajo, la actual doctrina jurisprudencial es unánime a la hora de negar la posibilidad de que en trámite del presente recurso se pueda alegar la infracción del artículo 1.214 CC (materia actualmente tratada en el artículo 217 LEC). En palabras de la STS 11.02.92 Ar. 974, el artículo 1.214 "no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino simplemente regula la distribución de su carga. No se trata, por ello, de que se hubiera infringido o inaplicado tal precepto sino de si el juzgador de instancia ha apreciado las pruebas conforme lo que previene el artículo 97.2 de la LPL, para cuyo caso debería de haberse apoyado en alguna revisión a que se refiere el artículo 191.b) de la LPL". La doctrina de los Tribunales tan sólo admite una excepción, y es la de que la indicada norma sobre el *onus probandi* hubiese sido el único apoyo positivo utilizado en la sentencia impugnada para fundamentar el sentido de la parte dispositiva, atribuyendo aquella carga a quien no correspondía la obligación de soportarla.

Pues bien, éste no es el caso de autos, pues una lectura objetiva del primero de los fundamentos jurídicos pone de manifiesto que el Juzgador tuvo por probadas sus afirmaciones de hecho – "según la documental aportada", "baja emitida por el Médico de cabecera", "informes de la Inspección médica", diversas visitas, "resolución de la EVI", dice textualmente– en consideraciones probatorias del todo ajenas al citado artículo 1.214 CC, y está claro que para afirmar la concurrencia o no de los requisitos exigidos por el artículo 128 LGSS para definir las situaciones determinantes de IT en manera alguna acudió a dicho artículo o regla de carga probatoria alguna, sino a la propia prueba practicada en autos.

3.- En cuanto a la segunda, debemos rechazarla, pues al partir de los HDP -incombatidos- y de las declaraciones contenidas en los FJ con carácter de hechos probados la solución que alcanzamos es la misma que la Magistrado de Instancia, que no era necesario un proceso de IT derivado de accidente de trabajo. Baste recordar que el artículo 128 LGSS exige dos condiciones a la hora de conceptuar la IT: (1) que el trabajador precise de asistencia médica; y (2) que las dolencias le impidan trabajar. Dicha segunda condición no concurre aquí, pues la ganmagrafía de la trabajadora (03.08.00) indica que no existen ya signos de la distrofia que padecía y que había exigido un nuevo tratamiento rehabilitador, siendo alta con secuelas, que posteriormente se calificarían como LPNI, que son, como dice el artículo 150 LGSS, "las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo […] que sin llegar a constituir una IP […] supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador…". Por lo tanto, las lesiones que supusieron las primeras baja y alta de la trabajadora no la impedían trabajar posteriormente tras el alta, pues fueron calificadas como no invalidantes por el INSS el 17.01.04 (HDP CUARTO). Además, la baja del 06.09.00 que fue acordada por el Médico de cabecera constata únicamente una "gonalgia", sin apreciar otros déficits funcionales, lo mismo que las sucesivos informes de la Inspección médica. No hay consecuentemente otras dolencias que aquéllas que fueron posteriormente consideradas como no invalidantes, ni tampoco se ha llegado a justificar la necesidad del tratamiento. Por todo ello, la denuncia no puede se aceptada y el motivo ha de ser rechazado.

QUINTO.- 1.- Por lo que se refiere al recurso del INSS, se invocan –adecuadamente vía artículo 191.a) LPL- por la Entidad Gestora infringidos los artículos 80.1 y 71.2 LPL y 9.3 CE.

2.- Los artículos alegados se refieren a los requisitos que debe reunir la demanda (y a la prohibición de la modificación de las pretensiones deducidas en una previa reclamación administrativa), a la necesidad de interponer la reclamación previa ante el órgano que dictó el acto recurrido y al principio de jerarquía o de legalidad.

Desde luego, la invocación del quebrantamiento de una norma o garantía procesal precisaría de la denuncia en el momento en que se produjo (exigido ya desde las lejanas SSTS 26.06.67 Ar. 3.084 y 24.06.74 Ar. 3.155), excepto que se hubiese cometido en la misma sentencia-. Y ninguna de estas dos condiciones se cumple, pues en el acta del Juicio sólo consta su alegación de que no tiene competencia para valorar la baja del SERGAS y que su proceso para determinar la contingencia era correcto; y el quebrantamiento no se achaca a la sentencia. Independientemente de esto –que, en su caso, habría de significar el rechazo de plano de la denuncia, al no haberse denunciado previamente dicha infracción y no alegarse incongruencia, con lo que el objeto procesal sobre el que se iba a decidir ya estaba fijado-: 1) no se ha prescindido en la demanda de ningún requisito esencial, ni se ha variado sustancialmente la pretensión, ya que mientras en la reclamación previa se suplicaba que se "acuerde estimar la presente reclamación, anulando la Resolución emitida por cuanto la misma es improcedente al carecer de objeto el expediente tramitado para determinación de contingencia de un proceso de IT por ser el objeto de discusión la existencia misma de dicho proceso y la valoración del alta emitida por esta Mutua, tratándose de valorar los requisitos del artículo 128 LGSS que a juicio de esta entidad no concurren en el presente caso", en el suplico de la demanda decía que se "acuerde revocar la resolución administrativa del INSS impugnada declarando nula dicha resolución por falta de objeto del expediente, declarando asimismo nulo el proceso de IT sobre el que se pronuncia dicha resolución, por no cumplirse los requisitos del artículo 128 LGSS y declarando asimismo el alta emitida por mi representada correcta y ajustada a derecho"; se ve que la pretensión sigue siendo la misma: declararse la falta de los requisitos del artículo 128 LGSS para iniciar un proceso de IT. 2) Tampoco se puede alegar que no ha habido reclamación previa, ya que se tramitó un expediente ante el propio INSS y el SERGAS –que sería en este caso el afectado- no alegó aquella falta. 3) No apreciamos la relación del artículo 9.3 CE con el tema que se está dilucidando en este asunto, y el recurrente no ha argumentado sobre su influencia. 4) En trámite de recurso, aunque se denuncie infracción determinante de nulidad, si en el suplico no se solicita tal declaración el motivo se hace inviable, porque la nulidad no puede ser acordada de oficio por respeto al principio de congruencia (STS 25.09.03 Ar. 8.380), y en este caso se pide la simple revocación de la sentencia y la absolución de la EG. Y 5) porque la cuestión parece reducirse, a lo que creemos, a una cuestión de legitimación por parte de la Mutua, que hemos ya resuelto *(vid supra)*. En suma, rechazamos la denuncia.

SEXTO.- 1.- Finalmente, examinaremos el recurso interpuesto por la beneficiaria, quien -vía artículo 191.b) LPL- pretende la revisión del ordinal cuarto de los HDP, añadiéndose "presenta osteartritis de rodilla izquierda en compartimento interno. En la exploración se objetiva limitación de al flexoextensión y dolor en la región de los ligamentos internos", con amparo en los folios 149, 150 y 207; y denuncia –vía artículo 191.c) LPL- la infracción por inaplicación del artículo 128 LGSS.

2.- Por lo que se refiere a la revisión fáctica, hemos de rechazarla, pues tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas las SSTSJ Galicia 21.09.04 R. 319/04, 23.07.04 R. 6.768/03, 23.07.04 R. 2.847/04, 23.07.04 R. 2.552/04, 16.07.04 R. 929/02, 16.07.04 R. 2.662/04, 15.07.04 R. 2.045/03 y 28.06.04 R. 2.660/04), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y 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 (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.).

En definitiva, debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 191.b) LPL (los de "hechos") y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de "derecho"), pues si ello no se realizara de al manera indicada se produciría

una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un HDP sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia. Y en este supuesto, la alteración no hará modificar el sentido del fallo, ya que dichas dolencias fueron calificadas como LPNI por el INSS el 17.01.04 –que es lo importante a los efectos del fallo- y dicha declaración fáctica permanecerá inalterable al no haber sido impugnada, con lo que añadir patologías al estado de la paciente es superfluo a los efectos del recurso. Por tanto, rechazamos la adición.

2.- Por lo que se refiere al motivo jurídico, sólo nos cabe reiterar los argumentos que hemos señalado al resolver uno de los aducidos por el SERGAS (*vid supra,* FJ CUARTO.3).

En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación de los recursos interpuestos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Servizo Galego de Saúde y doña R.J.F., confirmamos la sentencia que con fecha 23.10.01 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Vigo, a instancia de Mutua Gallega y por la que se acogió la demanda formulada.

3953 **Recurso nº 3.640/04**

S.S. CRITERIOS PARA A DETERMINACIÓN DO EMPRESARIO RESPONSABLE, EN PROCESO SOBRE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a treinta de septiembre de dos mil cuatro

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 3.640/04 interpuesto por Consellería de Educación e Ordenación Universitaria contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 191/04 se presentó demanda por doña J.M.S. en reclamación de despido siendo demandado Excmo. Concello de V., Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y la Escuela Oficial de Idiomas de V. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha uno de abril de dos mil cuatro 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 J.M.S., con D.N.I. número …, cuyos demás datos personales obran en autos, presta sus servicios para la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria en la Escuela Oficial de Idiomas de V., con la categoría profesional de profesora, en virtud de contrato laboral concertado bajo la modalidad de obra o servicio determinado con el Ayuntamiento de V. y sucesivas renovaciones desde el día 6 de octubre de 1997, percibiendo un salario de 1.459,38 euros incluida prorrata de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Que por el Alcalde-Presidente del Excmo. Concello de V., se comunica a la actora el acuerdo adoptado por la Comisión de gobierno en sesión extraordinaria celebrada el día 24 de noviembre de 2003, una vez recibida comunicación del Delegado de Educación y Ordenación Universitaria, que reproduce en parte, que dice textualmente: "a Escola Oficial de Idiomas de V., dendo o inicio de funcionamiento como tal, dispón de recursos para facer fronte ós gastos xerados pola súa actividade" indicando asimismo de forma reseñada que *"a Escola Oficial de Idiomas de V. conta cos medios materiais e con persoal necesario para o seu funcionamento". Por lo que este Ayuntamiento no pudiendo asumir gastos de otra Administración Pública viene en extinguir el contrato con fecha día 1 de enero de 2.004".* TERCERO.- La Escuela Oficial de Idiomas de V. inició su funcionamiento mediante autorización del Excmo. Sr. Conselleiro de Educación de 11 de marzo de 1996, como extensión de la existente en M., dependiente de la Consellería codemada-

da, con la colaboración del Ayuntamiento de V., concretado éste en la aportación de locales, parte del profesorado y parte de gastos de funcionamiento. Mediante Decreto 105/2001, de 3 de mayo (DOG de 18 de mayo, se crea la Escuela oficial de Idiomas de V., autorizando su posterior puesta en funcionamiento mediante Orden de 11 de septiembre de 2002 (DOG de 20 de septiembre), dotándose a la misma de profesorado, personal administrativo, de limpieza y subalterno, a cargo de la propia Consellería. Desde dicha fecha la trabajadora continuó prestando servicios como profesora en la Escuela. CUARTO.- Con fecha 24 de enero de 2004 se presentó reclamación previa ante la Consellería codemandada, que fue desestimada en fecha 24 de febrero de 2.004, presentándose reclamación previa ante el Ayuntamiento codemandado en fecha 22 de enero de 2004, que fue igualmente desestimada".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la demanda formulada por doña J.M.S. contra el Concello de V., la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y la Escuela Oficial de Idiomas de V., debo declarar y declaro improcedente el despido sufrido por la actora el día uno de enero de dos mil cuatro, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración y a la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria a que su elección y en plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo o la indemnización de trece mil cuatro mil noventa y siete euros con sesenta céntimos (13.497,60 euros), entendiéndose de que en caso no de optar, procede la primera, en todo caso deberá abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia y que hasta la fecha de esta resolución ascienden a cuatro mil setecientos sesenta y seis euros con setenta y dos céntimos (4.766,72 euros), a razón de cuarenta y ocho euros con sesenta y cuatro céntimos (48,64 euros), diarios".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por Consellería de Educación e Ordenación Universitaria 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 improcedente el despido sufrido por la actora el día uno de enero de dos mil cuatro, condenando a las partes a estar y pasar esta declaración y a la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria a que opte entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo o la indemnización que en ella se fija.

Frente a ella la propia Consellería demandada-condenada 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 la adición de un hecho nueva que recoja lo siguiente: "La Delegación Provincial de Lugo de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia dirige escrito, de fecha 14 de noviembre de 2003, al Concello de V. del siguiente tenor literal. "Recibido escrito no que se comunica a intención do Concello de que os gastos xerados pola Escola de idiomas, relativos ós servizos de limpeza e de enerxía eléctrica durante o presente ejercicio e nos sucesivos, sexan abonados por esa Consellería, informamos: Descoñecemos as circunstancias que motivan a existencia da presunta débeda co Concello, recollida no escrito de referencia, xa que a Escola Oficial de idiomas de V., desde o momento do seu inicio de funcionamiento como tal, dispón de recursos para facer fronte ós gastos xerados pola súa actividade. En canto á intención de que os gastos xerados pola Escola Oficial de Idiomas, relativos ós servizos de limpeza e energía eléctrica durante o presente ejercicio e nos sucesivos sexan abonados por esta Consellería, debe quedar claro que a Escola Oficial de Idiomas de V. conta cos medios surficientes e co persoal necesario para o seu funcionamiento".

La adición se admite ya que así consta en autos al folio 69.

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 de: el Art. 24 de la Constitución, Art. 55 del Estatuto de los Trabajadores y Art. 44 de dicho cuerpo legal.

Para la resolución del supuesto enjuiciado se ha partir de los siguientes extremos que la sentencia de instancia declara probado: que la demandante, presta sus servicios para

la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria en la Escuela Oficial de Idiomas de V., con la categoría profesional de profesora, en virtud de contrato laboral concertado bajo la modalidad de obra o servicio determinado con el Ayuntamiento de V. y sucesivas renovaciones desde el día 6 de octubre de 1997. Que por el Alcalde-Presidente del Excmo. Concello de V., se comunica a la actora el acuerdo adoptado por la Comisión de gobierno en sesión extraordinaria celebrada el día 24 de noviembre de 2003, una vez recibida comunicación del Delegado de Educación y Ordenación Universitaria, que reproduce en parte, que dice textualmente: *"a Escola Oficial de Idiomas de V., dendo o inicio de funcionamiento como tal, dispón de recursos para facer fronte ós gastos xerados pola súa actividade" indicando asimismo de forma reseñada que "a Escola Oficial de Idiomas de V. conta cos medios materiais e con persoal necesario para o seu funcionamento". Por lo que este Ayuntamiento no pudiendo asumir gastos de otra Administración Pública viene en extinguir el contrato con fecha día 1 de enero de 2.004".* La Escuela Oficial de Idiomas de V. inició su funcionamiento mediante autorización del Excmo. Sr. Conselleiro de Educación de 11 de marzo de 1996, como extensión de la existente en M., dependiente de la Consellería codemadada, con la colaboración del Ayuntamiento de V., concretado éste en la aportación de locales, parte del profesorado y parte de gastos de funcionamiento. Mediante Decreto 105/2001, de 3 de mayo (DOG de 18 de mayo, se crea la Escuela oficial de Idiomas de V., autorizando su posterior puesta en funcionamiento mediante Orden de 11 de septiembre de 2002 (DOG de 20 de septiembre), dotándose a la misma de profesorado, personal administrativo, de limpieza y subalterno, a cargo de la propia Consellería. Desde dicha fecha la trabajadora continuó prestando servicios como profesora de la Escuela.

Y además que el ayuntamiento es quien ha venido abonando los salarios a la demandante durante toda la relación laboral, tal y como afirma la sentencia de instancia en la fundamentación jurídica; todo ello nos lleva a afirmar que la cualidad empresarial la tiene el ayuntamiento demandado y no la Consellería condenada porque contrató, pagó y despidió notificando a la actora que le extingue el contrato de trabajo con fecha 01.01.04 y le fija las cantidades a percibir en concepto de finiquito, por lo que es de aplicación la teoría de los propios actos, que ya aplicó la sentencia de este Tribunal de 16.07.04 R. 2.802/04 en un supuesto idéntico en la que se recoge que la teoría de los propios actos "lo es para el derecho de obligaciones en el art. 1.258 CC y que es desarrollo del apotegma propium factum nemo impugnare potest, estando construida sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC (SSTS 10.05.89 Ar. 3.752 y 20.02.90 Ar. 705; SSTC 67/1984, de 7 de junio, 73/1988, de 21 de abril, y 198/1988, de 24 de octubre), y que se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que, como sostiene la Jurisprudencia ordinaria, ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que no sólo han de responder a una plena libertad de criterio y voluntad no coartada, sino que también causen estado —definiendo inalterablemente la situación jurídica— por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 16.11.67 Ar. 4.160, 06.02.74 Ar. 2.440 y 27.12.76 Ar. 5.649, 16.06.84 Ar. 3.246, 05.10.84 Ar. 4.758, 22.06.87 Ar. 4.545, 25.09.87 Ar. 6.278, 5.10.87 Ar. 6.717, 25.01.89 Ar. 123, 04.05.89 Ar. 3.585, 10.05.89 Ar. 3.752, 20.02.90 Ar. 705 y 23.03.94 Ar. 2.624; SSTSJ Galicia 16.07.96 R. 2.821/96, 14.01.97 R. 2.532/94, 15.01.97 R. 3.406/94, 15.10.98 R. 3.793/95, 25.01.99 R. 47/96, 15.02.99 R. 169/96, 11.06.99 R. 2.133/99, 12.03.02 R. 2.867/98, 13.06.02 R. 2.658/02 y 11.03.04 R. 3.003/03).

Conforme a lo expuesto la declaración de despido improcedente debe ser confirmada, pero de sus efectos responde el ayuntamiento demandado y no la Consellería recurrente, ya que en modo alguno aceptamos la existencia de sucesión empresarial del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por el hecho de que la escuela oficial de idiomas fuera creada por Decreto de aquella Consellería, ya que aunque orgánicamente dependa de ella, y el marco físico y su posterior funcionamiento dependa de la misma, la cualidad empresarial frente a ala actora la detentó el ayuntamiento, y el resto de los acuerdos o conciertos entre las diferentes administraciones

en la asunción de los gastos no tiene influencia alguna en la resolución del contrato de la demandante.

Por lo expuesto y al haberse producido las infracciones denunciadas,

Fallamos

Que estimado el recurso de suplicación interpuesto por la Xunta de Galicia Consellería de educación y ordenación universitaria, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, con fecha 01.04.04, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y con estimación de la demanda inicial formulada por doña J.M.S., debemos absolver y absolvemos a la Xunta de Galicia, Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y Escuela oficial de idiomas de V.; condenando al Ayuntamiento de V. demandado por el despido improcedente de la actora a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión a su puesto de trabajo o el abono de la indemnizacion de13.766,60 € y en todo caso el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 48,64 €.

3954 Recurso nº 3.797/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. CÓMPUTO DA PAUSA DO BOCADILLO COMO TEMPO DE TRABALLO. CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA ABSORBIBLE POR DIMINUCIÓN CONVENCIONAL DE XORNADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a uno de octubre de dos mil cuatro

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. 3.797/04 interpuesto por don J.M.M.E. 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 don J.M.M.E. como Presidente del comité de empresa de "C.I.G., S.L." en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado "C.I.G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 362/04 sentencia con fecha doce de mayo de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"Primero.- El Convenio Colectivo de las empresas del Metal para los años 2003-2005 fija como jornada laboral la de 40 horas semanales de trabajo efectivo, equivalentes a 1.776 horas efectivas en cómputo anual. En el Convenio Colectivo del año 1999 se fijaban un total de 1.788 horas efectivas en cómputo anual. Segundo.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de fecha 22.05.00, confirmada por el TSJ de Galicia de 14.11.00, se declaró el tiempo de descanso por bocadillo de 15 minutos diarios como tiempo de trabajo efectivo, como condición más beneficiosa, condenando a la empresa a reponer el calendario del año 1999, generándose un día y medio de descanso compensatorio por exceso de jornada. Tercero.- En el calendario laboral correspondiente al año 2004 se establece una jornada diaria de ocho horas, computando como tiempo de descanso los 15 minutos diarios de bocadillo, 14 festivos, 26 días libres, reconociéndose un día y medio de descanso como exceso de jornada. De computarse el tiempo de bocadillo como tiempo de trabajo efectivo, los días de descanso compensatorio serían 4. Cuarto.- Presentada papeleta de conciliación el día 12.04.04, la misma tuvo lugar el 21.04.04, con el resultado de sin avenencia, interponiéndose demanda el 26.04.04".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.M.M.E. en su calidad de Presidente del Comité de Empresa, contra la empresa "C.I.G., S.L.", 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por don J.M.M.E. en su calidad de Presidente del Comité de Empresa, y absuelve a la demandada "C.I.G., S.L." Esta decisión es impugnada por la representación letrada de los trabajadores, al objeto de que se revoque dicha resolución y se estime la demanda, invoca al efecto por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, un solo motivo de Suplicación, dedicado al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida. En dicho motivo se denuncia infracción, por interpretación errónea, de la doctrina jurisprudencial relativa a la condición más beneficiosa y derechos adquiridos, en relación con lo dispuesto en el artículo 34.4 del ET y con la doctrina jurisprudencial, citando las Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de fecha 21.10.94 (R. 8.102), y otras de distintos Tribunales Superiores de Justicia, que no se mencionan por no constituir jurisprudencia a los efectos del Recurso de Suplicación. Se argumenta por la parte recurrente, en esencia, que por Sentencia de este mismo Tribunal de fecha 14.11.00, ya había sido declarado el tiempo de descanso para bocadillo de 15 minutos diarios, como tiempo de trabajo efectivo, y se añade que ya se resolvió en dicha Sentencia que ese tiempo no podía ser objeto de compensación, y que tenía la consideración de condición más beneficiosa, y no cabe compensar la reducción de jornada anual pactada en Convenio Especial con el descanso del bocadillo.

SEGUNDO.- Según se desprende del incombatido relato histórico: A).- El Convenio Colectivo de las empresas del Metal de la Provincia de Pontevedra para los años 2003-2005, fija una jornada laboral de 40 horas semanales de trabajo efectivo, equivalentes a 1.776 horas efectivas en cómputo anual. En el Convenio Colectivo del año 1999, se fijaban un total de 1.788 horas efectivas en cómputo anual. B).- Por Sentencia de esta Sala de fecha 14.11.00, confirmatoria de la del Jugado de instancia, se declaró el tiempo de descanso por bocadillo de 15 minutos diarios, como tiempo de trabajo efectivo, y como condición más beneficiosa, generando un día y medio de descanso compensatorio por exceso de jornada. C).- En el calendario laboral correspondiente al año 2004, se establece una jornada diaria de ocho horas, computando como tiempo de descanso los 15 minutos diarios de bocadillo, 14 festivos, 26 días libres, reconociéndose un día y medio de descanso como exceso de jornada. De computarse el tiempo de bocadillo como tiempo de trabajo efectivo, los días de descanso compensatorio serían cuatro.

Partiendo de los expuestos datos fácticos, la cuestión litigiosa consiste en determinar si la condición más beneficiosa de que vienen disfrutando los trabajadores con antigüedad anterior a 1999, consistente en considerar como tiempo de trabajo efectivo el descanso diario de quince minutos concedido para el bocadillo, que les da derecho a un descanso compensatorio de un día y medio, puede ser objeto de compensación y absorción, tal como entendió la juzgadora de instancia; o si, por el contrario, no cabe compensar los derechos adquiridos en virtud de condición más beneficiosa, que es la tesis que se sostiene en el recurso.

TERCERO.- El disfrute de día y medio compensatorio por exceso de jornada, al atribuirse al tiempo de descanso para el bocadillo la consideración de tiempo de trabajo efectivo, sin duda tiene la consideración de *"condición más beneficiosa"*, porque así se reconoció por Sentencias anteriores de esta misma Sala (Rec. 622/2000 Sentencia de 18.03.00 y Rec. 4.180/2000, Sentencia de 14.11.00), confirmatorias de las dictadas por los Juzgados de lo Socia. La empresa respeta ese derecho adquirido de día y medio de reducción de jornada, pero de considerarse como tiempo de trabajo el tiempo de descanso del bocadillo, el periodo de reducción no sería de un día y medio, sino de cuatro días, y lo que piden los demandantes es la reducción de la jornada laboral en un periodo de tiempo equivalente. Y no es necesario aquí pronunciarse sobre lo que ha de entenderse por condición más beneficiosa, ni referirse a la doctrina jurisprudencial citada en el recurso, porque realmente la discusión litigiosa, en este concreto caso, gira en torno a la posibilidad de la compensación o absorción de los derechos reconocidos en virtud de una "condición más beneficiosa". Y sobre esta cuestión ya se pronunció la Sala IV del Tribunal Supremo, señalando que esa condición puede ser objeto de compensación y absorción, así lo declara en la Sentencia de fecha 20 de mayo de 2002 (RJ 2002/6.794), en la que afirma que *"es cierto que las condiciones más beneficiosas no pueden ser suprimidas o reducidas unilateralmente por el empresario, pero sí cabe que sean compensadas o neutralizadas en virtud de normativa posterior, sea ésta legal*

o pactada colectivamente, siempre que la nueva normativa sea más favorable".

En el presente caso, el nuevo Convenio Colectivo para los años 2003-2005, de las empresas del Metal de la Provincia de Pontevedra, ha disminuido la jornada laboral anual, pasando de 1.788 horas a 1.776 horas, aunque en la sentencia recurrida nada se dice al respecto, al parecer también existió un incremento de los días de descanso al año, Así pues, ateniéndonos a la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta, las condiciones más beneficiosas de que vienen disfrutando los trabajadores pueden ser por tanto absorbidas por las nuevas condiciones laborales, dado que éstas son más favorables que las que establecía la norma paccionada anterior, ya que de no ser así, se produciría un incremento de la condición más beneficiosa, que sobrepasaría los límites permitidos por la empresa al consentirla.

Por todo lo que se deja expuesto, procede rechazar la censura jurídica que se dirige frente a la sentencia recurrida, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido.

Por todo ello,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Presidente del Comité de Empresa, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo, de fecha 12 de mayo de 2.004, en los presentes autos promovidos por la citada parte recurrente frente a la demandada empresa "C.I.G., S.L.", debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

3955 **Recurso nº 3.576/04**

S.S. EXISTENCIA DE CONTRATO EVENTUAL FRAUDULENTO, DEBENDO CUALIFICARSE COMO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE O CESAMENTO DO ACTOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a cuatro de octubre de dos mil cuatro

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. 3576/04 interpuesto por don J.R.D. 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.R.D. en reclamación de despido siendo demandado "G.C.S., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. sentencia con fecha veintisiete de febrero de dos mil cuatro 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.R.D., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, vino prestando servicios para la empresa "G.C.S., S.A.", dedicada a la actividad de vigilancia y seguridad desde el 01.10.97, con categoría profesional de vigilante de seguridad y salario mensual de 1.292,38 euros mensuales, incluida prorrata de pagas extra.

- El actor es Delegado Sindical de U.S.O.

2.- El actor suscribió contrato de trabajo con la empresa demandada de duración determinada, eventuales por circunstancias de la producción el 01.10.97, el objeto de dicho contrato era la atención inmediata y circunstancial y no permanente que la empresa tiene que atender.

- El contrato se extendía desde el 01.10.97 a 31.10.97.

En fecha 31.10.97 se suscribe una prórroga del contrato desde 07.11.97 hasta el 31.03.98.

3.- El 14.04.98 el actor y la empresa demandada suscribe contrato de trabajo de duración determinada cuyo objeto era la prestación de servicios de vigilancia en el tendido eléctrico de la factoría de Alúmina.

4.- El actor permaneció inscrito en la oficina de empleo de Lugo desde el 13.04.98 hasta el 07.05.98 (fecha en la que se registra el contrato de 14.04.98 en la oficina de empleo).

5.- "G.C.S., S.A." dirige escrito en fecha 24.11.03 al Sr. don J.R.D., delegado sindical de USO, comunicándole la finalización del servicio de vigilancia del tendido eléctrico, líneas de Alta Tensión de ALCOA, y en consecuencia la desaparición de las puestos de trabajo de vigilancia, así como la necesidad de dar por finalizados los contratos de trabajo y en los casos en que no tengan la consideración de duración determinada proceder conforme a la previsto en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores (autos, folio 133 dándose aquí por reproducido).

6.- Con fecha 02.12.03 la empresa dirige escrito al actor notificado el 13.12.03, del siguiente tenor literal:

"Muy Sr. Nuestro: De acuerdo con contrato de arrendamiento de servicios, formalizado por esta empresa y su cliente A., en fecha 04.02.03, para la prestación de servicios de vigilancia y protección de las líneas de alta tensión; comprendidas entre la central eléctrica de ENDESA sita en la localidad de … (A CORUÑA), y la Subestación principal del complejo en …, así como el servicio prestado en la Central de Comunicaciones, también afecto a este contrato que finaliza el día 31 de diciembre del 2003, y por tal circunstancia, finalizan los servicios de vigilancia anteriormente referidos.

A la vista de todo lo referido anteriormente y teniendo Vd. formalizado con esta empresa un contrato de obra y servicio determinado, como Vigilante de Seguridad, de fecha 14 de abril de 1998, con centro de trabajo en el aludido servicio del tendido eléctrico, le participo que con fecha de 31 de diciembre del actual año 2003, se da por finalizada la duración de tal contrato, en relación a lo dicho, quedando rescindida por lo tanto, su relación con esta empresa, y teniendo a su disposición en la misma la liquidación que como saldo y finiquito le corresponda."

7.- El 31.12.03 finalizó el contrato celebrado entre la empresa demandada y Aluminio Español S.A. para servicio de vigilancia del tendido eléctrico de las Líneas de Alta Tensión en el complejo de ALCOA.

8.- Se presentó papeleta de conciliación el 05.01.04, celebrándose el preceptivo acto el 19.01.04 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.R.D. contra la empresa "G.C.S., S.A.", debo declarar y declaro que el cese del actor producido el 31.12.03 constituye un despido improcedente y en consecuencia, debo condenar y condeno a la patronal demandada a que, a opción del trabajador, proceda a su readmisión o al abono de una indemnización de doce mil ciento dieciséis euros y veinticinco céntimos (12.116,25 euros); en cualquier caso deberá abonar los salarios de tramitación, que hasta la fecha de la presente resolución ascienden a dos mil quinientos cuarenta y un euros y setenta y dos céntimos (2.541,72 euros).

De no efectuar el trabajador la opción se entenderá que lo hace por la readmisión.

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 formulada y declara que el cese del actor producido el día 31.12.03 constituye un despido improcedente y en consecuencia condena a la empresa demandada a que, a opción del trabajador, proceda a su readmisión o al abono de una indemnización de 12.116,25 euros, debiendo abonar en cualquier caso los salarios de tramitación que, hasta la fecha de la sentencia ascendían a 2.541,72 euros. Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación el letrado de la empresa demandada, para pedir la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

La revisión, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., tiene por objeto:

a) La modificación del ordinal primero para el que se ofrece el siguiente texto alternativo: "Don J.R.D., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, presto para la empresa "G.C.S., S.A.", dedicada a la actividad de vigilancia y seguridad, servicios mediante la formalización de dos contratos de trabajo:

Uno, como eventual por circunstancias de la producción, para ejercer las funciones de "guarda de seguridad", de fecha 01.10.97, finalizando este con fecha 31.03.98.

Otro, de obra o servicio determinado, para ejercer funciones profesionales de vigilante jurado, en la prestación de servicios de vigilancia en el tendido eléctrico de las líneas de alta tensión de Alumina, formalizado el 14.04.03, por el cese de tal servicio de vigilancia, a tenor del contrato de arrendamiento de servicios concertado por la demandada con Aluminio Español, S.A. (Alcoa). El salario mensual, de acuerdo con el Convenio Colectivo, del actor es de 959,93 euros, al no formar parte del mismo el plus de transporte y vestuario, por ser conceptos indemnizatorios.

- El actor es Delegado Sindical de U.S.O.".

b) También pretende adicionar al párrafo cuarto del hecho declarado probado segundo, lo siguiente: "...fecha esta en la que quedó rescindida dicha relación laboral, saldando y finiquitando al trabajador, que se inscribió en la oficina de empleo de Lugo desde el 13.04.98 hasta el 14.04.98, fecha en la que se registra el contrato de 14.04.98, en dicha oficina".

c) La adición de un hecho segundo bis del siguiente tenor literal: " En cuanto a la afirmación que realiza el actor, de que desde el 13.03.98 al 15.04.98 continuó prestando servicios para la empresa sin contrato de trabajo y sin ser dado de alta en la Seguridad Social, tal extremo no puede darse por probado".

d) La supresión del ordinal cuarto debido a la adición solicitada en relación al hecho probado segundo.

Las revisiones que se contraen en los anteriores apartados c) y d), han de ser rechazadas de plano, porque de conformidad con una reiterada doctrina de esta Sala, la mera alegación de prueba negativa no puede fundar un error de hecho (sentencia de 3 de abril de 1998, Rec. 2.988/95) ni permite la variación de la declaración de hechos probados efectuada por la Magistrada de instancia en la sentencia recurrida, solo impugnable cuando se evidencia error en los mismos y se acredita mediante prueba documental o pericial obrante en autos, que en este caso ni siquiera se menciona.

En cuanto a la revisión del hecho primero lo esencial ya consta recogido y lo que en realidad pretende la parte recurrente es una nueva valoración de la prueba para llegar a conclusiones de marcado carácter subjetivo y distintas a las que ha llegado el Juzgador de instancia. Por lo que tampoco puede accederse a la revisión propuesta.

Por lo que respecta a la adición al hecho segundo del párrafo cuarto propuesto, hemos de convenir que se trata de incorporar una conclusión que es claramente valorativa y predeterminante del fallo y como tal no puede tener acceso al relato histórico de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado denuncia la parte recurrente, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. la infracción por no aplicación o aplicación indebida de los artículos 15 del Estatuto de los Trabajadores y 15 y 16 del Convenio Estatal de empresas de Seguridad alegando, en esencia, que hubo un primer contrato eventual por circunstancias de la producción que terminó al cumplirse el plazo de vigencia, suscribiendo el actor saldo y finiquito, lo que acredita la voluntad extintiva del mismo; y un segundo contrato para obra o servicio determinado que concluye al terminar la obra o servicio, por lo que no ha existido fraude de ley en la contratación.

El demandante suscribió un contrato de trabajo con la empresa demandada de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, el 01.10.97 y que se extendía hasta el 31.10.97, siendo prorrogado hasta el 31.03.98. El objeto era según consta en el propio contrato "la atención inmediata y circunstancial de varios servicios de vigilancia de carácter circunstancial y no permanente que la empresa tiene que atender".

La sentencia de instancia ha considerado que dicho contrato ha sido concertado fraudulentamente al no precisar que circunstancias y que concretos servicios de vigilancia ha de prestar el trabajador y esta total ausencia de precisión y concreción sin que se hubiere probado que en ese momento se hubiese producido demanda de esos servicios de vigilancia, hace que la causa de temporalidad no venga justificada y que la relación laboral devenga indefinida.

La modalidad contractual, regulada en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, está prevista para aquellos casos en el que el empresario tenga que atender un incremento inusual y transitorio de la actividad de la empresa que no puede ser cubierto con la plantilla ordinaria de la misma. La existencia de pedidos excepcionales, el aumento de las ventas, o la concurrencia de cualquier otra causa que requiera la utilización de personal adicional durante un período de tiempo coin-

cidente con el de duración del contrato, justificarían la utilización de este tipo de contrato que tiene como única finalidad la de atender puntuales y episódicos incrementos de la actividad productiva, es decir, situaciones en las que el ritmo de producción se ve inopinadamente incrementado, de forma transitoria y coincidente con el período de contratación del trabajador, para luego descender a sus niveles ordinarios y habituales. Ahora bien, en este tipo de contratación, ha de tenerse en cuenta la exigencia del art. 3.2º a) del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, que impone que ha de consignarse con precisión y claridad la causa o circunstancia que justifique el contrato eventual.

Según reiterada doctrina jurisprudencial dicha exigencia no se cumple con la mera repetición del tenor literal del art. 15.1º.b), Estatuto de los Trabajadores, o con el empleo de fórmulas vagas, genéricas y poco expresivas, en las que no conste una relación suficiente de las circunstancias concretas que implican un incremento extraordinario de la actividad empresarial. También pone de relieve la jurisprudencia, que la deficiente redacción del contrato puede ser suplida mediante actividad probatoria con la que se acredite que efectivamente concurren estas especiales circunstancias que sirven de causa legítima a la contratación. No puede olvidarse, que de lo que se trata es de constatar que realmente concurre la causa prevista por el legislador para esta modalidad contractual, por lo que el mero defecto formal de no consignarlo adecuadamente en el contrato no puede ser determinante de la existencia de fraude de ley, si la empresa prueba en el proceso que efectivamente concurre la precitada causa.

Acierta la Juzgadora de instancia cuando razona que en el supuesto enjuiciado no se precisa que circunstancias y que concretos servicios de vigilancia se han de prestar. Y también cuando indica que no se ha justificado ni probado que se hubiese producido demanda de esos servicios de vigilancia. De lo que se colige que el contrato eventual suscrito por el actor ha sido concertado en fraude de ley al no concurrir la causa de temporalidad que lo justifica, por lo que la relación laboral es desde su origen indefinida sin que esta naturaleza se pueda ver alterada por la firma del posterior contrato de obra o servicios determinado, nulo desde su nacimiento en cuanto supondría renuncia de derecho necesario por parte del trabajador.

Por otro lado el que el trabajador suscribiese un documento de saldo y finiquito entre uno y otro contrato es del todo irrelevante, toda vez que el vínculo contractual no se ha interrumpido y se mantiene sin solución de continuidad alguna, lo que evidencia que la voluntad de las partes al formalizar este documento no es la de poner fin a la relación laboral, sino tan sólo una mera y simple liquidación de haberes pendientes a la fecha fijada para la extinción del primero de los contratos.

En consecuencia, dicho cese ha de ser calificado como un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a esta declaración como acertadamente concluye la resolución impugnada lo que conlleva a la confirmación de dicha resolución previa desestimación del recurso de suplicación formulado.

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por el "G.C.S., S.A." contra la sentencia de fecha veintisiete de febrero de dos mil cuatro del Juzgado de lo Social número 3 de Lugo, dictada en juicio seguido a instancia de don J.R.D. contra el recurrente, confirmando la expresada resolución.

3956 Recurso nº 3.769/04

S.S. IMPOSIBILIDADE DE RETRACTACIÓN DO EMPRESARIO, TRALO DESPEDIMENTO, SE A RELACIÓN PROCESUAL SE FORMALIZOU XA MEDIANTE A PRESENTACIÓN DE PAPELETA DE CONCILIACIÓN PREPROCESUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a cuatro de octubre de dos mil cuatro

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. 3.769/04 interpuesto por doña M.B.G.P. y Empresa "L.G., M.M." 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 doña M.B.G.P. en reclamación de despido siendo demandado Empresa "L.G., M.M." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 104-2004 sentencia con fecha 6 de abril de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- El 22 de noviembre de 1999 doña M.B.G.P. comenzó a prestar servicios para la empresa regentada por el hermano de la hoy demandada, con la categoría profesional de dependienta, y una jornada laboral de 40 horas semanales. En diciembre de 2000 la Sra. M.M.L.G. subrogó en el contrato de la hoy actora, manteniendo las condiciones que esta tenía con el anterior empresario. 2.- Inicialmente, cuando el empresario era el hermano de la hoy demandada, la actora tenía entre sus funciones a la venta al público de material informático. Tras ser subrogada por la demandada, la empresa de esta se dedicó a la actividad de reproducción y replicado de CD. La dinámica es la siguiente: el cliente trae los originales a duplicar, y en ocasiones también los CD vírgenes, aún que en la mayoría de los casos el soporte en el que se realiza el duplicado es aportado por la empresa, que cobra un precio final por el CD virgen y el replicado. 3.- El centro de trabajo en que prestaba servicios la actora se situaba inicialmente en la calle …, y posteriormente en la ... Al lado de esta se sitúa la empresa del hermano de la hoy demandada, y que se dedica a la venta de material informático, incluidos CD vírgenes. 4.- La actora venía percibiendo un salario de 567,31 euros mensuales con inclusión del prorrateo de las pagas extras. 5.- El 31 de enero de 2004 la empresa notificó a la actora una carta en la que se le comunicaba la rescisión del contrato laboral, con efectos desde esta fecha, aduciendo como motivo que "La variación que está experimentado la legislación vigente, nuevo proyecto de ley aprobada por el Congreso de los Diputados, donde se va a considerar como delito el uso de programas informáticos para la copia de CD, obliga a la dirección de la empresa cesar en la actividad de alquiler de máquinas para la copia privada de CD. En esta fecha puso la empresa a su disposición la cantidad de 4.122,30 euros en concepto de liquidación, saldo e finiquito. 6.- El 4 de febrero de 2004 la actora presentó papeleta de conciliación por despido ante el SMAC. 7.- El día 5 de febrero de 2004 la empresa remitió a la actora a su domicilio de sus padres en la villa de … un telegrama con el siguiente tenor: "Le comunicamos que la carta de despido de fecha 21 de enero y efecto 31 de enero de los corrientes, queda sin efecto, por lo que deberá incorporarse a su puesto de trabajo de forma inmediata". El telegrama fue recogido por el padre de la actora el 6 de febrero de este año. 8.- El 13 de febrero de 2004 tuvo lugar el acto de conciliación, y en éste la empresa se reafirmó en el contenido del telegrama de fecha 5 de febrero, en el que se le instaba a la reincorporación inmediata a su puesto de trabajo. Al mismo tiempo se le hace entrega de una notificación de apertura de expediente sancionador. La trabajadora manifestó que según jurisprudencia la decisión empresarial de despido no rehabilita la relación laboral, dado que esta nace de un mutuo consentimiento entre las dos partes, por lo que la decisión de una sola no hace renacer la relación laboral por lo que será el juzgado quien pueda tomar la decisión, en cualquier caso la trabajadora tiene derecho a que se le aplique la tutela judicial efectiva. 9.- El 28 de febrero de 2004 la empresa remitió a la actora un burofax al domicilio de ésta en el …, y no que se le informara que se deja sin efecto el despido, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo de forma regular, y en las mismas condiciones que regían antes de despido. Se añade que se le reconocen y le serán abonados el día de su incorporación los salarios de tramitación. Se advierte que dicho ofrecimiento es la tercera vez que se produce, y de no reincorporarse dicho día, entenderán que existe una clara actitud divisoria. Este burofax fue recibido por el novio de la actora el 3 de marzo de 2004. 10.- El 9 de marzo de 2004 la empresa remitió un burofax a la actora que fue recibido el día 10 de marzo por su novio, en el que se le comunica que incumplió lo mandado de reincorporación, faltando a su trabajo habitual los días 4, 5, 6 y 8, lo que se considera como un abandono de su puesto de trabajo, en clara actitud divisoria, por lo que se procede a cursar baja en la empresa y en la Seguridad Social con esa fecha. Efectivamente, ese mismo día la empresa da de baja a la trabajadora en la Seguridad Social alegando como causa baja voluntaria. 11.- El 2 de marzo de 2004 la Asesoría que se encarga de la gestión de los asuntos laborales de la empresa demanda elevó una consulta a la Consellería

de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales, sobre si resulta de aplicación a la empresa demandada el Convenio de Comercio vario de la Provincia de A Coruña. La Consellería mediante escrito de 15 de marzo de este año manifestó que no existía ningún Convenio colectivo de su competencia aplicable a dicha actividad, por lo que el salario aplicable según la legislación laboral estatal sería el salario mínimo. 12.- Doña M.B.G.P. no ejerció 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 M.B.G.P. contra la empresa "L.G., M.M.", declarando el despido de la actora como improcedente, y condenando a la empresa a optar en el plazo de cinco días por readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían al producirse el despido, o por la extinción de la relación laboral con abono de una indemnización de tres mil quinientos noventa y cuatro euros con noventa y siete céntimos (3.594,97), y con abono, en ambos casos, de la suma de mil dos cientos cuarenta y ocho euros con seis céntimos (1.248,06) en concepto de salarios de tramitación, así como los salarios que se puedan devengar desde la fecha de esta sentencia hasta la fecha de su notificación a razón de un salario diario de dieciocho euros con noventa y un céntimos (18,91)."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandado 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 formulada por la actora y declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa a optar en el plazo de cinco días por readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o por la extinción de la relación laboral con el abono de una indemnización de 3.594,97 euros y, con abono en ambos casos de una suma de 1.248,06 euros en concepto de salarios de tramitación, así como los salarios que se puedan devengar desde la sentencia hasta la fecha de su notificación a razón de un salario diario de 18,91 euros. Contra dicha resolución interponen recurso de suplicación la empresa demandada y el propio trabajador demandante.

El recurso de suplicación formulado por el letrado de la empresa demandada, al amparo del artículo 191.c) de la L.P.L. tiene por objeto el examen de la normativa aplicada en la sentencia recurrida, denunciando la infracción por interpretación inadecuada de lo dispuesto en el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, así como de los artículos 63 y siguientes del citado cuerpo legal, alegando que la jurisprudencia a que alude la sentencia de instancia no es aplicable al caso de autos ya que en este la trabajadora tuvo conocimiento de la readmisión por parte de la empresa, por lo que la situación, a juicio de la recurrente, es notablemente distinta, por lo que en este caso la jurisprudencia aplicable sería la mantenida por esta propia Sala en la sentencia de 30.11.00.

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida hay que partir de los siguientes datos y circunstancias: a) El 31 de enero de 2004 la empresa notificó a la actora una carta en la que se le comunicaba la rescisión del contrato laboral, con efectos desde esta fecha, aduciendo como motivo que "La variación que está experimentado la legislación vigente, nuevo proyecto de ley aprobada por el Congreso de los Diputados, donde se va a considerar como delito el uso de programas informáticos para la copia de CD, obliga a la dirección de la empresa cesar en la actividad de alquiler de máquinas para la copia privada de CD. En esta fecha puso la empresa a su disposición la cantidad de 4.122,30 euros en concepto de liquidación, saldo e finiquito; b) El 4 de febrero de 2004 la actora presentó papeleta de conciliación por despido ante el SMAC; c) El día 5 de febrero de 2004 la empresa remitió a la actora a su domicilio de sus padres en la villa de … un telegrama con el siguiente tenor: "Le comunicamos que la carta de despido de fecha 21 de enero y efecto 31 de enero de los corrientes, queda sin efecto, por lo que deberá incorporarse a su puesto de trabajo de forma inmediata". El telegrama fue recogido por el padre de la actora el 6 de febrero de este año; d) El 13 de febrero de 2004 tuvo lugar el acto de conciliación, y en éste la empresa se reafirmó en el contenido del telegrama de fecha 5 de febrero, en el que se le instaba a la reincorporación inmediata a

su puesto de trabajo. Al mismo tiempo se le hace entrega de una notificación de apertura de expediente sancionador. La trabajadora manifestó que según jurisprudencia la decisión empresarial de despido no rehabilita la relación laboral, dado que esta nace de un mutuo consentimiento entre las dos partes, por lo que la decisión de una sola no hace renacer la relación laboral por lo que será el juzgado quien pueda tomar la decisión, en cualquier caso la trabajadora tiene derecho a que se le aplique la tutela judicial efectiva y e) El 28 de febrero de 2004 la empresa remitió a la actora un burofax al domicilio de esta en el …, y no que se le informara que se deja sin efecto el despido, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo de forma regular, y en las mismas condiciones que regían antes de despido. Se añade que se le reconocen y le serán abonados el día de su incorporación los salarios de tramitación. Se advierte que dicho ofrecimiento es la tercera vez que se produce, y de no reincorporarse dicho día, entenderán que existe una clara actitud divisoria. Este burofax fue recibido por el novio de la actora el 3 de marzo de 2004. 10.- El 9 de marzo de 2004 la empresa remitió un burofax a la actora que fue recibido el día 10 de marzo por su novio, en el que se le comunica que incumplió lo mandado de reincorporación, faltando a su trabajo habitual los días 4, 5, 6 y 8, lo que se considera como un abandono de su puesto de trabajo, en clara actitud divisoria, por lo que se procede a cursar baja en la empresa y en la Seguridad Social con esa fecha. Efectivamente ese mismo día la empresa da de baja a la trabajadora en la Seguridad Social alegando como causa baja voluntaria.

A la vista de los hechos incombatidos expuestos ha de resaltarse, como pone de relieve la sentencia de instancia, que la primera comunicación de readmisión fue realizada por la empresa en fecha posterior a la presentación de la papeleta de conciliación, es decir después de que la trabajadora diera el primer paso para formalizar la acción de despido. En la sentencia de esta Sala que menciona la parte recurrente se contempla la "...posibilidad de que antes de constituirse la relación jurídica procesal por el ejercicio de la acción de despido el empresario pueda dejar sin efecto su decisión de readmitir inmediatamente al trabajador....".

El caso enjuiciado encaja perfectamente en la doctrina aplicada por la sentencia de instancia y acogida en la STS de fecha 3 de julio de 2001, según la cual "...implicando la acción ejercitada por la trabajadora una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo, estando desde el mismo momento en que se ejercita, mediante la presentación de la papeleta de conciliación y de la demanda, constituida la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial calificando 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, ya que aunque exista allanamiento del empleador también debe dictarse sentencia, no cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni mucho menos la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste por entenderse que con la decisión empresarial dicho trabajador dejaba de estar despedido, privándole no sólo 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... para que exista dimisión del trabajador (art. 49.4), tiene que existir vínculo contractual previo, circunstancia aquí no concurrente dado la extinción del contrato por voluntad empresarial... la decisión empresarial de dejar sin efecto el despido producido días antes no puede tener la eficacia de establecer el vínculo laboral ya roto e inexistente y que la relación laboral que surge entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación por ambas partes. A ello debe añadirse que el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción. Ello supone que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo. Pues bien, no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado

anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes (artículos 1.261 y 1.262 del Código Civil), lo que fue contemplado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9.798). Pero lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitro de uno de los contratantes (artículo 1.256 CC)".

Lo decisivo para la aplicación de la doctrina expuesta es, como ocurre en el supuesto de autos, que antes de que existiese el ofrecimiento de readmisión por parte de la empresa, el trabajador ya hubiera impugnado inicialmente el despido mediante la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC, que terminó sin efecto; intento de conciliación que constituye un presupuesto del proceso mismo, y que es un requisito esencial, juntamente con la demanda, para constituir validamente la relación jurídico procesal.

SEGUNDO.- El recurso de suplicación formulado por la parte accionante se fundamenta en dos motivos, en el primero de ellos, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la LPL se pretende la revisión del hecho probado cuarto de la resolución recurrida para que se añada el siguiente texto: "dadas las funciones desempeñadas por la actora y la actividad de la empresa, debiera ser retribuida a razón de 894,33 euros mensuales, en aplicación del Convenio Colectivo de Comercio Vario".

La alusión al Convenio colectivo y al salario con que debiera ser retribuida en razón de la aplicación de aquel, hemos de entender que son cuestiones que rebasan la categoría de elemento fáctico por tener la consideración de calificaciones jurídicas que, en este caso concreto, pueden predeterminar el sentido del fallo, en cuyo caso no deben de incorporarse a la resultancia fáctica, sin perjuicio de que dichas cuestiones puedan ser estudiadas al abordar la cuestión jurídica. Por lo que dicha pretensión revisora debe ser rechazada de plano.

TERCERO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, al amparo del citado artículo 191.c) de la L.P.L. se denuncia la infracción por aplicación indebida del R.D. 1.793/2003, relativo a la cuantía del salario mínimo interprofesional, así como por la no aplicación del artículo 1 del Convenio de Comercio Vario de la provincia de A Coruña 2002-2003, publicado en el BOP número 226 de 1 de octubre de 2002.

La actividad de la empresa demandada es la de reproducción y grabación de CD en el propio local de la empresa. La dinámica es la siguiente: el cliente trae los originales a duplicar y, en ocasiones también los CD vírgenes, aunque en la mayoría de los casos el soporte en el que se realiza el duplicado es aportado por la empresa, que cobra un precio final por el CD virgen y por el grabado. A la vista de lo cual hemos de convenir, en consonancia con lo resuelto con el Magistrado de instancia, que el mero hecho de que la empresa proporcione al cliente el soporte en el que se hace la reproducción, no implica que dicha actividad pueda ser calificada como de comercio. Por ello ha de venir rechazada la pretensión actora y ha de estimarse correcto y ajustado a derecho el salario regulador fijado en la sentencia de instancia.

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede desestimar los recursos de suplicación formulados por el actor y la empresa demandada, confirmando la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar los recursos de suplicación formulados por la empresa "L.G., M.M." y por la trabajadora doña M.B.G.P. contra la sentencia de 6 de abril de 2004 del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, confirmando la expresada resolución.

3957 **Recurso nº 3.829/04**

S.S. NULIDADE DE ACTUACIÓNS POR FALLA DE PRÁCTICA DE PROBA TESTIFICAL, XERADORA DE INDEFENSIÓN, EN PROCESO POR DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a cinco de octubre de dos mil cuatro

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. 3.829/2004 interpuesto por don J.C.F.M. 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 don J.C.F.M. en reclamación de despido siendo demandado "L.F., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 347/2004 sentencia con fecha 21 de mayo de 2004 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.F.M., mayor de edad y con D.N.I. número …, viene prestando servicios para la empresa "L.F., S.L." desde el día 15.10.03, con la categoría profesional de limpiador y un salario mensual de 830,05 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo.- Por medio de carta de fecha 17.03.04, notificada al actor el día 22.03.04, se le comunicó que se le despedía con efectos desde el 22.03.04 en base a los siguientes hechos: el día 22.02.04, en el vestuario nº 6, puerta 601, en el cual guarda su ropa doña S.R.M., aparecieron unas pintadas con alusiones a la citada señora tales como: "puta, borracha, cochina, cuidado, estás muerta, etc". Damos aquí por reproducido el contenido de dicha carta obrante a los folios 133 y 134 de los autos. Tercero.- Practicado el correspondiente cuerpo de escritura, y la pericial caligráfica pertinente, resultó figurar como uno de los autores de las pintadas, el actor. Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 31.03.04, la misma tuvo lugar en fecha 14.04.04 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora el día 19.04.04. Quinto.- La esposa del actor ingresó el día 22.02.04 en el Hospital... Sexto.- La empresa es adjudicataria de los servicios de limpieza en el hospital …, lugar en donde ocurrieron los hechos imputados en la carta de despido y en donde prestan servicios el actor y su compañera doña S.R.M.".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.C.F.M., debo declarar y declaro procedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 22.03.04 por parte de la empresa "L.F., S.L.", absolviendo a la misma de las pretensiones en su contra deducidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el demandante la sentencia de instancia que declara procedente su despido en solicitud de que con su revocación, se estime lo que peticiona sobre nulidad de actuaciones o su demanda, en la que se solicitaba la declaración de nulidad o improcedencia del despido, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.a) LPL interesa en los dos primeros motivos nulidad de actuaciones con reposición de las mismas al momento en que se produjo infracción de normas esenciales de procedimiento con indefensión, denunciando infracción del art. 24 CE sobre el principio de tutela judicial efectiva y de doctrina constitucional, con cita SS 11/92 y 227/91, por falta de practica de prueba testifical admitida (motivo 1º) e infracción (motivo 2º) del art. 97.2 LPL y doctrina jurisprudencial por insuficiencia de HP en la sentencia de instancia; y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HP (motivo 3º) y denuncia la infracción del art. 348 LEC y las reglas de la sana crítica (motivo 4º) y (motivo 5º) del principio de presunción de inocencia y pro operario y del art. 217 LEC en relación con la carga de la prueba y del art. 54.2.c) ET.

Por motivos obvios, resulta prioritario el examen de los motivos formulados al amparo del art. 191.a) LPL.

SEGUNDO.- Argumenta el demandante en el primer motivo de su recurso que se han infringido normas esenciales de procedimiento y se le ha causado indefensión dado que "no se ha practicado una parte de la prueba testifical propuesta y admitida oportunamente y que es trascendental en defensa de los derechos e intereses. Dicha prueba consistía en acreditar la imposibilidad de que el actor pudiese haber estado implicado en las pintadas que aparecieron en la taquilla acreditando a través de la testifical la inexistencia de motivo alguno por parte del trabajador despe-

dido… así como el hecho de que el mismo mantenía una actitud cordial con la usuaria de la taquilla. Así mismo, dicha prueba testifical, pretendía acreditar la existencia de incidentes anteriores…".

En el proceso tramitado aparece lo siguiente: A) La parte actora, hoy recurrente, solicitó en la demanda la testifical de 3 personas concretas, prueba admitida por providencia de 19.04.04 (F.4 y 7); testifical que ampliada con otros 5 testigos mediante escrito del actor de 10.05.04, asimismo fue admitida mediante providencia del propio día, acordándose la citación de los testigos propuestos (F.13 a 15). Y B) En el acto de juicio se produjo la incidencia siguiente, según se refleja en el acta levantada obrante a los folios 136 a 150 y transcrita a máquina a los folios 159 y 160: tras proponer las partes la práctica de sus correspondientes pruebas, el actor testifical, entre otras, que fueron admitidas, y después de haber declarado como "testifical actora" 4 testigos, la juzgadora de instancia resolvió lo siguiente y en los términos siguientes: "S.Sª. se considera suficientemente ilustrada y no admite más testigos y la letrada hace constar su protesta"; acto seguido se pasó a conclusiones y el juicio se dio por terminado, dictándose sentencia desestimatoria de la demanda, declarando el despido del hoy recurrente procedente.

TERCERO.- Se está en presencia de una prueba testifical que habiendo sido propuesta en tiempo y forma y expresamente admitida, a la postre no fue practicada en el acto de juicio por decisión de la juzgadora al considerarse "suficientemente ilustrada".

A partir de que el derecho a la prueba (art. 90 LPL) es una de las garantías incluidas en el art. 24.2 CE, el art. 92.1 LPL (en la LEC, art. 363) prevé respecto de la testifical que cuando "el número de testigos fuese excesivo y, a criterio del órgano judicial, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, aquél podrá limitarlos discrecionalmente". Sin embargo, este precepto -u otro- no legitima la decisión de no practicar la testifical de autos.

A tal efecto: 1- La prueba testifical de que se hable fue admitida ex ante juicio, nominatim y en el número propuesto, sin limitación alguna en tal momento. 2- La denegación se produce en el acto de juicio sin más razón explicitada que la de considerarse la juzgadora suficientemente "ilustrada"; pero ello no implica motivación de la decisión judicial ni es expresión de su razonabilidad, lo que requeriría, en el contexto del art. 92.1 LPL, que se indicase sobre qué hechos se consideraba ilustrado el juzgador a partir de considerar y exponer el objeto de la prueba testifical que restaba por practicar y que sobre el mismo ya hubiesen declarado otros testigos… De nada de ello dejó constancia la decisión denegatoria de la práctica de la testifical ni se requirió previamente a la parte al efecto en orden a justificar la decisión misma, no pudiendo presumirse sin más, y menos respecto de una prueba ya admitida como en autos. 3- Sin motivación, sin aparecer explicitados los presupuestos sobre los que se articula la previsión del art. 92.1 LPL, la acordada denegación de la continuación de la prueba testifical previamente admitida constituye una decisión sin la cobertura inexcusable, una denegación indebida e injustificada de prueba, pues en ningún caso aquel precepto (u otro) autoriza una denegación de testifical inmotivada e irrazonablemente, debiendo quedar explícitos, al ser utilizada la facultad legal (de aplicación restrictiva en todo caso), los presupuestos legitimantes de la decisión. Y 4- La denegación indebida de la práctica de una prueba ya admitida tiene incidencia en el derecho de defensa de la parte, en su derecho a la tutela judicial efectiva, con aptitud potencial para provocar indefensión. La parte recurrente alega tal indefensión, exponiendo la trascendencia de la prueba testifical que no llegó a practicarse en la cuestión sustancial planteada en el proceso, la de la autoría de las pintadas que se invocaron para despedir al actor y que en la instancia desembocó en la declaración de procedencia de su despido. Trascendencia que a los efectos de que aquí se trata es de valorar al pretender acreditarse mediante aquella prueba también la falta de implicación en las pintadas por la existencia de una buena relación entre actor y la ofendida por las pintadas, la falta de motivo alguno en el actor al respecto, la existencia de potenciales causas para las pintadas en terceros…, constituyendo datos objetivos en orden a hacer incomprensible la autoría del actor y tratar de alcanzar, en su caso, conclusiones exculpatorias, en unión de que no hay testimonios directos de la realización de las pintadas, de que en juicio se practicaron dos periciales discrepantes y la dificultad en el caso de toda pericia acerca de la autoría de las pintadas. Y efectivamente, el planteamiento de la hoy recurrente, al margen de que finalmente resulte o no acogible, responde a su postura procesal y de defensa, siempre negadora de lo

imputado, habiendo sido practicadas en juicio dos periciales distintas…; postura en que se insiste en el recurso a través de los motivos formulados vía art. 191.b) y c) LPL para caso de que no prosperase la nulidad de actuaciones que se interesa, si bien oponiendo en primer término situación efectiva de indefensión (interesa revisión de HP en torno a las relaciones laborales en la empresa, las pintadas y sus características… y denuncia infracciones normativas sobre la valoración de la prueba y las periciales…). Por otro lado, la sentencia recurrida no alude a la denegación de testifical habida en juicio y explica la decisión, soslayando en lo sustancial las cuestiones que en ello subyacían desde la postura de la parte, y objetivamente también.

Siendo competencia judicial la admisión o inadmisión de los medios de prueba, el T.C. (SSTC 37 y 246/00, 73/01…) ha puntualizado que se producirá lesión del derecho a los medios de prueba pertinentes si la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y si generó indefensión material a la parte por su relación con los hechos a probar y su trascendencia en la resolución, sin que tampoco resulte admisible un rechazo de la prueba carente de suficiente motivación o si es irrazonable o arbitraria. En el caso presente aparece denegada la práctica de una prueba testifical previamente admitida y a pesar de su pertinencia y utilidad posible, teniendo relación con los hechos a probar y potencial trascendencia en la resolución a dictar, sin que asimismo la denegación hubiera sido acompañada de una auténtica motivación explicita, según ya quedó dicho. Por consiguiente, con independencia de la valoración que dentro del conjunto probatorio pueda hacer el juzgador de instancia de la prueba que indebida e injustificadamente ha dejado de practicar, existe una vulneración de normas procesales esenciales (a partir del art. 90.2 LPL) y del derecho del demandante-recurrente a la tutela judicial efectiva y a la oportuna defensión en juicio, como alega, y su consecuencia legal (asimismo STS de 16.07.93) es la de anular las actuaciones, con inclusión de la sentencia dictada, reponiéndolas al momento de celebración del juicio para que, con la oportuna nueva celebración del mismo, se practique también la prueba negada. Esto supone el acogimiento del primer motivo del recurso; que por su propia significación y efectos, y según lo que quedó anteriormente dicho, deja ya sin contenido el otro motivo formulado al amparo del art. 191.a) LPL, que denunciando la infracción del art. 97.2 LPL pretendía la nulidad de la sentencia, pues ésta se produce por la propia eficacia del primer motivo, al margen de que la referida sentencia cumpla los requisitos del art. 97.2 LPL. Queda obstado también el resolver los motivos de fondo del recurso, respecto de los que obviamente no cabe resolución en esta Suplicación.

Fallamos

Que estimando en su primer motivo el recurso interpuesto por don J.C.F.M. contra la sentencia dictada el día 21.05.04 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo en Autos nº 347/04, tramitados a instancias de la parte recurrente frente a la empresa "L.F., S.L.", y sin entrar por ello a resolver los demás motivos de recurso, anulamos las actuaciones correspondientes, con inclusión de la sentencia dictada en la instancia, y reponemos el proceso al momento de celebración del acto de juicio con el fin de que, con nueva celebración del mismo en forma legal, se practique asimismo la prueba testifical propuesta por la parte demandante-recurrente y admitida, pero no practicada, y tras ello, se proceda a dictar sentencia resolutoria en forma legal de la pretensión formulada con libertad de criterio y plena jurisdicción.

3958 Recurso nº 1.457/02

S.S. PENSIÓN DE XUBILACIÓN AO AMPARO DOS REGULAMENTOS COMUNITARIOS. APLICABILIDADE DE BASES MEIAS SEGUNDO OS CONVENIOS BILATERAIS NA SÚA CONDICIÓN DE NORMAS MÁIS FAVORÁBEIS. CÓMPUTO DAS COTIZACIÓNS FICTICIAS POR IDADE E DAS BONIFICIACIÓNS POR IDADE DERIVADAS DE ACTIVIDADES PENOSAS OU PERIGOSAS.

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

A Coruña, a ocho de octubre de dos mil cuatro

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 1.457/02 interpuesto por don J.R.O.T. y el ISM contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 51/2001 se presentó demanda por don J.R.O.T. en reclamación de jubilación siendo demandado el ISM en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 4 de diciembre de 2001 por el Juzgado de referencia que estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Don J.R.O.T. nació en España el 28 de junio de 1934. Prestó servicios en España en diversos períodos comprendidos entre el 4 de enero de 1951 y el 15 de diciembre de 1969. Posteriormente entre el año 1970 y el 1988 prestó servicios en Holanda. Posteriormente regresa a España y percibe una prestación por desempleo abonada por el organismo competente en Holanda. En el período comprendido entre el 20 de septiembre de 1988 y el 6 de mayo de 1990 percibe una prestación por desempleo contributivo a cargo del organismo competente español. 2º.- En el año 1991 el actor presentó solicitud de pensión de jubilación al amparo de los Reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social 1.408/71 y 574/72. El Instituto Social de la Marina le concedió una pensión de jubilación que fue impugnada en vía administrativa, y estimada por resolución del 23 de septiembre de 1992 en los siguientes términos: base reguladora 59.750 pesetas; porcentaje aplicado 100%, prorrata del 33%. 3º.- El 16 de noviembre de 2000 don J.R.O.T. presentó escrito ante el Instituto Social de la Marina interesando la revisión de la pensión de jubilación, la cual fue denegada mediante la resolución dictada el 21 de febrero de 2001. 4º.- El trabajador acredita en Holanda 6497 días cotizados; en España: desde el 1 de agosto de 1963, 2809 días; por los 36 años de edad cumplidos el 1 de agosto de 1970 10 años y 356 días; de la aplicación de los coeficientes correctores resultan 8 años y 156 días en que resulta abonada la edad de jubilación".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por don J.R.O.T. contra el Instituto Social de la Marina, declarando que el actor tiene derecho a percibir una pensión de jubilación del 100% de la base reguladora de 129.892 pesetas con una prorrata temporis de 51'19%, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que le abone a la demandada dicha pensión, de la forma y con las revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan y con efectos desde el 11 de julio de 1995, debiendo deducirse las cantidades abonadas por la pensión de jubilación reconocida en la vía administrativa".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Al demandante en las presentes actuaciones le había sido reconocida la prestación de Jubilación solicitada al amparo de los Reglamentos Comunitarios, por resolución dictada en 23.09.92 y en la que se fijaron base reguladora –a partir de ahora BR– de 59.750 pts/mes y *prorrata temporis* del 33% a cargo de España.

En 24.01.01 se demanda en reclamación de BR de 129.892 pts/mes, prorrata del 77,37 % y efectos económicos de 29.01.91. Y la sentencia de instancia objeto de recurso: (a) estima la pretensión relativa a la BR (129.892 pts/mes), siguiendo la doctrina de las «bases medias»; (b) determina una prorrata de 51,19 %, computando para su cálculo las cuotas estimadas en función de la edad a 01.01.67 y rechazando el cómputo de los días reconocidos por coeficientes correctores; y (c) fija los efectos económicos de la nueva pensión en 11.07.95, aplicando el instituto de la prescripción.

2.- Recurre el ISM articulando tres motivos, todos ellos relativos al examen del Derecho aplicado: (a) interpretación errónea del art. 47.1.g y del Anexo VI de la Parte I, letra D, punto 4 Reglamento 118/97, en cuanto a la determinación de la BR, para excluir las «bases medias»; (b) aplicación indebida del art. 46.b) Reglamento 1.248/92, de 30/Abril, en relación con el art. 1 Reglamento 1.408/71, de 14/Junio, y en relación con la DT 2ª-3ª OM 18/01/67 y la DT 3ª Decreto 1.867/0, de 9 de

julio, para excluir que en la determinación de la prorrata se computen las cuotas estimadas por edad en 01.01.67; y (c) infracción del art. 164 LGSS y de la doctrina de los propios actos, pretendiendo que la fecha de efectos debe ser la tres meses anteriores a la solicitud, porque la inicial base había sido erróneamente calculada por el actor en su solicitud inicial y tal cuantificación –parece argumentarse– vinculaba a la EG.

3.- Recurre igualmente el trabajador, para denunciar: (a) interpretación errónea del art. 4 OM 17.11.83, en relación con los arts. 1.r) y 46.2.b) Reglamento 118/97, e inaplicación del art. 47.1.a de la misma disposición, al no haberse computado en la prorrata los días imputables a coeficientes correctores; y (b) interpretación errónea del art. 43, en relación con el art. 164 LGSS, al no extenderse los efectos económicos desde la fecha inicial de la prestación.

4.- Son presupuestos de hecho de las referidas denuncias: (a) que el actor tiene acreditados en Holanda –desde 1970 a 1988– 6.497 días, y que en España cumple un total de 9.891 días, de los que 2.809 corresponden a cuotas reales, 4.006 son cuotas «estimadas» por edad y 3.076 son atribuibles a coeficientes reductores.

SEGUNDO.- 1.- Respecto de la determinación de la BR, el criterio a aplicar no es otro sino el seguido en la sentencia de instancia y que la Sala ha de reiterar nuevamente (SSTSJ Galicia 28.02.03 R. 132/00, 25.10.02 R. 5.789/99, 11.10.02 R. 5.604/99, 29.11.01 R. 3.884/98, 16.06.01 R. 530/98, 02.03.01 R. 168/98, 17.01.00 R. 4.938/96 y 08.07.99 R. 495/99). En tales resoluciones nos hemos atenido a la más reciente doctrina unificada (SSTS 09.03.99 Ar. 2.755, dictada en Sala General, 10.03.99 Ar. 2.910, 15.04.99 Ar. 4.406, 01.05.99 Ar. 5.782, 07.06.99 Ar. 5.203, 07.06.99 Ar. 5.205, 21.06.99 Ar. 5.226, 20.01.00 Ar. 984 y 11.10.01 Ar. 2002\1.501) y en la que nuestro Alto Tribunal hace aplicación de la STJCE 1998/319, de 17de diciembre; Caso Grajera–, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por ATS 17.03.97 Ar. 2.566, respecto de si era contraria a los artículos 48 y 51 del Tratado de la Comunidad Europea el sistema de cálculo de la pensión teórica española, establecido en el Anexo VI D-4 del Reglamento 1.248/1992.

2.- De acuerdo con tan reciente jurisprudencia, para el Tribunal de Luxemburgo la norma indicada –Reglamento 1.248/1992, Anexo VI, apartado D– es perfectamente válida por no contradecir los principios fundamentales en que se asienta el tratado de Roma o Acuerdos posteriores, y en su literalidad excluye el sistema utilizado por la jurisprudencia, según el cual cabía hallar la pensión por referencia a unas bases medias. Al efecto se recuerda que el precepto establece que la pensión teórica española propia de la situación de vejez ha de ser calculada sobre las bases reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, sin perjuicio de que la pensión así obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas para cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza.

Pero entiende nuestro Tribunal Supremo que ello no constituye una solución cerrada y obstaculizadora de otras diferentes. En particular, considera que no solamente cabría introducir criterios alternativos de actualización a la luz de los preceptos comunitarios (posibilidad que está necesitada de una actividad de la parte, dada la naturaleza extraordinaria del recurso), sino que también es posible, además, aplicar un convenio bilateral de seguridad social suscrito por España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado, el cual habría de serle respetado incluso tras nuestra adhesión a la Comunidad, hoy Unión Europea. En este sentido ha de destacarse que si bien en una primera época –desde la STJCE 07.07.73, Asunto Walder– el Tribunal de Justicia había entendido que el principio de sustitución de las disposiciones de los convenios de Seguridad Social concluidos entre Estados miembros tenía un alcance imperativo que no admitía excepciones fuera de los casos expresamente estipulados, y apuntaba claramente a la prioridad de los Reglamentos comunitarios sobre los convenios bilaterales, el Tribunal abandonó esta doctrina a partir de la Sentencia de 07.02.91 (caso Rönfeldt) para rechazar la sustitución de los convenios o tratados precedentes a la adhesión de los Estados miembros en la Comunidad, cuando éstos implican «para los trabajadores ventajas superiores a las que derivan de la normativa comunitaria», inclinándose abiertamente por la aplicación de la norma más favorable, con independencia de su origen y rango, para proclamar 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 su Derecho nacional» (así, SSTJCE 17.12.98, Caso Grajera; 1997/203, de 09.10.97, Asunto Naranjo Arjona; 1991/129, de 07.02.91 y Caso Roenfeld; y 1995/198, de 09.11.95, Caso Thévenon; y SSTS 15.10.93 Ar. 9.216, 17.11.95 Ar. 9.302, 15.03.99 Ar. 3.751 y 07.06.99 Ar. 5.203).

3.- En concreto, la posibilidad de aplicar –por ser más favorable para el beneficiario– un Convenio Internacional y computar las bases medias de cotización vigentes en España en el periodo elegido para un trabajador de la misma categoría o grupo profesional, con las mejoras y revalorizaciones procedentes, tanto para la jubilación como para la IP, siempre que se hubiera cotizado en el país comunitario antes de que España ingresase en la CE, ha sido reiteradamente proclamado por la doctrina unificada respecto de varios países de la Comunidad (así, SSTS 10.03.99 –Sala General– Ar. 2.910, referido a Alemania; 11.10.01 Ar. 2002\1.501, para prestación de servicios en Italia; la STS 15.03.99 –Sala General– Ar. 4.410, no aprecia contradicción cuando se compara un caso sujeto al CHA con el Hispano-Belga; para Bélgica, 30.09.99 Ar. 7.869; para los Países Bajos, 28.05.02 Ar. 7.563; 21.10.02 Ar. 10.914; 16.12.02 Ar. 2003\2.331, 19.06.03 Ar. 2004\1.347 y –junto con Alemania– 25.06.03 Ar. 7.693. En el mismo sentido, para Alemania SSTS 15.19.93 Ar. 9.216; 03.05.94 Ar. 3.990; 18.05.94 Ar. 4.216; 17.11.95 Ar. 9.302; 12.02.97 Ar. 1.259; 12.03.99 Ar. 3.750; 15.03.99 Ar. 3.751; 16.03.99 Ar. 3.753; 15.04.99 Ar. 4.406; 07.05.99 Ar. 4.712; 11.05.99 Ar. 5.782; 01.06.99 Ar. 5.061; 07.06.99 Ar. 5.203; 07.06.99 Ar. 5.205; 21.06.99 Ar. 5.226; 15.11.01 Ar. 9.760; 16.05.02 Ar. 7.899; 16.12.02 Ar. 2003\2.331; 16.05.03 Ar. 5.212 y –junto con Holanda– 25.06.03 Ar. 7.693).

4.- En el caso de autos el trabajador ha de beneficiarse con el Convenio sobre Seguridad Social suscrito por el Estado Español y el Reino de los Países Bajos (BOE 20.03.75), que puede válidamente argüirse –con arreglo a la doctrina precedentemente expuesta– por haberse regido por él sus relaciones laborales con anterioridad al ingreso de España en la CEE (en concreto desde el año 1970, conforme al primero de los HDP). Norma internacional que en principio le beneficia, al resultarle más favorable que el Reglamento 1.248/1992 (Anexo VI, apartado D), porque la fórmula de cálculo de la base reguladora prevista en el art. 24 del citado Convenio tiene redacción que por similitud de términos ha de llevar a la misma conclusión –así, SSTSJ Galicia 17.01.00 R. 4.938/96, 25.10.02 R. 5.786/99 y 28.02.03 R. 132/00– que la mantenida por el Tribunal Supremo al interpretar el art. 25.1.b) del Convenio con la República Federal de Alemania (04.12.73), en el que se establece el cálculo de la BR –entiende el Alto Tribunal– con el cómputo de las bases medias de cotización vigentes en nuestro país en los últimos años en que el interesado prestó servicios en Alemania, tal como para supuestos idénticos al de autos ha entendido la reciente doctrina unificada (así, SSTS 21.06.99 Ar. 5.226, 07.06.99 Ar. 5.205, 07.06.99 Ar. 5.203, 01.06.99 Ar. 5.061, 07.05.99 Ar. 4.712, 12.03.99 Ar. 3.752 y 10.03.99 Ar. 2.910, estas dos últimas dictadas en Sala General; SSTSJ Galicia –entre tantas otras– de 29.11.01 R. 3.484/98, 16.06.01 R. 530/98 y 08.07.99 R. 495/99).

5.- Es más, específicamente lo ha declarado así la STS 28.05.02 Ar. 7.563, al afirmar: «Argumenta la parte recurrente en apoyo de su pretensión que el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y los Países Bajos de 5 de febrero de 1974 es de aplicación al caso, y que el art. 24.1.b) de este acuerdo internacional ordena la consideración de las cotizaciones acumuladas por el actor en Holanda (con el tope de las bases máximas españolas) en el cálculo de la base reguladora de la pensión española. Pero este segundo paso del argumento no se puede ni se debe dar. Lo que dice el precepto citado es que la institución que conceda la pensión española ha de calcularla como si los meses de cotización en Holanda «se hubieran cumplido exclusivamente bajo su propia legislación». No hay en este enunciado mandato de integración o incorporación de las cotizaciones holandesas al cálculo de la pensión española. Sí hay en cambio una remisión genérica al ordenamiento español de la Seguridad Social, en el cual, de acuerdo con jurisprudencia consolidada, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias, y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España. Esta línea jurisprudencial se inicia en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1993 [Ar. 9.216], siendo

seguida luego por otras de 3 [Ar. 3.390] y 18 de mayo de 1994 [4.216]; 9 de octubre de 1995; 14 de noviembre de 1995; 12 de febrero de 1997 [Ar. 1.259]; 10 [Ar. 2.910], 12 [Ar. 3.750], 15 [Ar. 3.751] y 16 de marzo de 1999 [Ar. 3.753]; 17 de diciembre de 1998; 30 de septiembre de 1999 [Ar. 7.869]; y 7 de diciembre de 1999 [Ar. 9.693]».

TERCERO.- 1.- Este Tribunal mantuvo en su día que tanto las «cuotas» atribuibles a los beneficiarios por razón de edad y en virtud de la DT Segunda OM 08.01.67 y DT Tercera norma 3ª del Decreto 1.867/1970, de 9 de julio, cuanto las que traen causa en el Decreto 2.309/70, de 23 de julio, respecto de las actividades profesionales de naturaleza especialmente penosa o peligrosa, eran cuotas –todas ellas– computables a los efectos de la prorrata de la prestación entre los diversos países de la UE. Y para justificarlo sosteníamos –SSTSJ Galicia 15.02.99 R. 171/96, 08.07.99 R. 495/99, 09.11.00 R 3.068/97, 27.07.02 R. 3.880/99, 11.10.02 R. 5.604/99 y 25.10.02 R. 5.786/99– que:

«(a).- Es una afirmación voluntarista la de que el art. 46.2 Reglamento 1.408/72 dispone el exclusivo cómputo de cuotas reales, siendo así que literalmente dispone que "a) la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los periodos de seguro y/o residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador [...] hayan sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación [...] b) a continuación, la institución competente determinará el importe efectivo de la prestación, prorrateando la cuantía teórica señalada en la letra a) entre la duración de los periodos de seguro o de residencia cumplidos [...] de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración total de los periodos de seguro y de residencia cumplidos [...] de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados".

(b).- Es más, el art. 1.r) Reglamento CEE 1.408/71, de 14 de junio, lleva a sostener inequívocamente la tesis contraria, al admitir la validez –a los indicados efectos– de las referidas cuotas ficticias, cuando afirma que "para los fines de aplicación del presente Reglamento [...] la expresión periodos de seguro designa los periodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como periodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los periodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los periodos de seguro".

(c).- No puede compartirse el argumento utilizado habitualmente por la EG respecto de que esta tesis –la que en definitiva admite la Sala– equivale a considerar "por partida doble" tales cuotas, siendo así que en su ficción legal de cuota no tienen sino el mismo efecto que las reales –salvo el ya indicado y relativo a la carencia exigible– y como ellas son sucesivamente actuables para determinar la pensión teórica y la real; se computan una sola vez, como si se tratase de una cuota real, pero son tenidas en cuentas en las sucesivas operaciones que han de hacerse con todas las cuotas –sean reales o ficticias– para determinar el concreto importe de la pensión, que es la finalidad que expresamente les reconoce la DT Segunda OM 08.01.67, al normar que "b) Al número de días cotizados [...] se sumará, en su caso, el número de años y fracciones de año que correspondan al trabajador, según la edad que tenga cumplida en 1 de enero de 1967, en la escala que a continuación se establece [...] c) El número de días cotizados [...], incrementados, en su caso, con los correspondientes a la fracción de año que resulte de la aplicación de la escala establecida en el apartado precedente [...] se dividirá por 365, a fin de determinar el número de años de cotización, de los que depende el porcentaje de la pensión [...]".

(d).- El mismo planteamiento e idéntica solución cabe también sostener para la bonificación por edad –reducción de la edad mínima de jubilación en el ámbito del RETM, para trabajadores que realicen actividades profesionales de naturaleza especialmente penosa o peligrosa– establecida por el Decreto 2.309/70, de 23 de julio, siendo así que el art. 4 OM 17.11.83 reconoce expresamente esa naturaleza de cuota ficticia a los exclusivos efectos de determinar –precisamente– el *importe* de la prestación, al disponer que «El periodo de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador, de conformidad con lo establecido en los artículos anteriores, en relación con los correspondientes del Decreto 2.309/1970, *se computará como cotizado* al exclusivo efecto de determinar el *porcentaje aplicable* para calcular el importe de la pensión».

2.- Aunque inicialmente la doctrina unificada rechazó en su integridad nuestro criterio –STS 07.12.99 Ar. 9.693–, posteriormente admitió la eficacia, a efectos de prorrata, de las cuotas por razón de edad ostentada –RETM– en 01.08.70, conforme a la DT Tercera del Decreto 1.867/1970, de 9 de julio (SSTS 26.06.01 –Sala General– Ar. 6.834; 05.07.01 Ar. 7.309; 09.10.01 Ar. 2002\1.475; 15.11.01 Ar. 9.760; 28.05.02 Ar. 7.563; 21.10.02 Ar. 10.914; 13.11.02 Ar. 2003\1.196; 16.12.02 Ar. 2003\2.331; 14.02.03 Ar. 3.312; 19.06.03 Ar. 2004\1.347). Pero rechazó la extensión de la doctrina a la bonificación por los periodos especialmente penosos, tóxicos, peligrosos e insalubres (SSTS 09.10.01 Ar. 1.475; 28.05.02 Ar. 7.563; 19.06.03 Ar. 2004\1.347; 30.09.03 Ar. 7.454; 10.11.03 Ar. 9.064; 11.11.03 Ar. 9.086; 13.11.03 Ar. 9.162; 25.11.03 Ar. 2004\2.056), con el argumento de que aquellas cuotas por razón de edad son «estimadas» y que las cotizaciones establecidas en el Decreto 2.309/1970 y en el art. 4 de la OM de 17.11.1983, «a diferencia de las anteriores, éstas sí son cotizaciones ficticias, que no tienen como título un período de seguro efectivo».

3.- La Sala –como es obligado– acató el criterio del Alto Tribunal en sus posteriores resoluciones, pero la reciente STJCE 03.10.02 –Asunto Barreira– ha tratado del cómputo de las cuotas por razón de edad en el cálculo de la prorrata que impone el Derecho Comunitario entre los países miembros y ha sentado doctrina que consideramos avala la posición inicial de esta Sala, justifica se vuelva al criterio anterior y que se acuerde que a efectos del reparto de la pensión entre los países involucrados se computen –también– las «cuotas» que le legislación española atribuye por trabajos penosos, tóxico, peligrosos o insalubres en el marco del RETM.

En efecto, y en línea con lo afirmado por esta Sala, sostiene el Alto Tribunal en la indicada resolución que la definición «períodos de seguro» que hace el art. 1.r) Reglamento 1.408/71, «abarca los períodos de seguro determinados exclusivamente con arreglo a la legislación nacional y, en especial, los períodos asimilados por ésta a los períodos de seguro, sin perjuicio, no obstante, de la observancia de los artículos 39 CE y 42 CE».

Para el TJCE, la calificación de tales cuotas como «períodos de seguro» en el sentido del citado art. 1.r) viene también determinada por el hecho de que las mismas «sí que se añaden a los períodos de seguro real para el cálculo del importe de la pensión»; y «por otro lado, el hecho de que las autoridades competentes españolas tomen en consideración los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal para calcular la cuantía teórica de la pensión de jubilación, conforme al artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n. 1.408/71, confirma esta interpretación», pues «para la aplicación del artículo 46, apartado 2 [...] es necesario remitirse a la definición del concepto de período de seguro contenida en el artículo 1, letra r), del mismo Reglamento (véase la sentencia de 9 de diciembre de 1993, Lepore y Scamuffa, asuntos acumulados C-45/92 y C-46/92, Rec. p. I-6.497, apartados 17 y 19) [...] si los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal no se considerasen períodos de seguro, no procedería tenerlos en cuenta para el cálculo de la cuantía teórica» [...].

«En consecuencia, procede considerar que [...] estos períodos deben incluirse no sólo en el cálculo de la cuantía teórica, [...], sino también en el cálculo del importe efectivo de la prestación, como indica expresamente, por otra parte, la expresión «períodos de seguro [...] cumplidos antes de la fecha del hecho causante» que aparece en el artículo 46, apartado 2, letra b), del mismo Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de febrero de 1992, Di Prinzio, C-5/91, Rec. p. I-897, apartado 54)». LO que «implica que, para el cálculo del importe efectivo, han de tenerse en cuenta todos los períodos de *cotización ficticia*, como los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal, anteriores al hecho causante, que se añadan a los períodos de seguro real o asimilados en virtud de la legislación que aplique la institución competente.

Y como argumento adicional –pero no menos trascendente– la STJCE 03.10.02 añade la consideración de que «si no se tuvieran en cuenta los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal a la hora de calcular el importe efectivo se perjudicaría al trabajador que [...] ha ejercido su derecho a la libre circulación y que, para la liquidación de sus derechos a pensión, ha de ver totalizados períodos de seguro cumplidos en dos o más Estados miembros. En efecto, el interesado quedaría así privado de la bonificación que se le reconocería de haber efectuado toda su carrera al amparo de la legislación del Estado miembro competente» [...] Pues bien, conforme a reiterada jurisprudencia, el objetivo de los artículos 39 CE a 42 CE no se alcanzaría si,

como consecuencia del ejercicio del mencionado derecho, los trabajadores comunitarios perdieran las ventajas de seguridad social que les concede la legislación de un Estado miembro. En efecto, esta consecuencia podría disuadir a tales trabajadores de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo a dicha libertad (véase, en particular, la sentencia de 15 de octubre de 1991, Faux, C-302/90, Rec. p. I-4.875, apartado 27)».

4.- La doctrina anteriormente expuesta creemos lleva –con claridad suficiente–a prescindir de doctrina unificada previa y a computar las cuotas ficticias atribuidas por la rigurosidad del trabajo no sólo en el cálculo teórico de la pensión, sino también en la pensión real a cargo de la Seguridad Social española; así lo hemos entendido –entre otras– en las sentencias de 31.01.03 R. 262/03, 28.02.03 R. 132/00, 27.09.03 R. 200/01 y 04.06.04 R. 6.580/01. Y ello porque el criterio del Tribunal comunitario se refiere genéricamente a las «cuotas ficticias», y porque cada uno de los argumentos expuestos para la bonificación por edad son absolutamente extrapolables a la que trae causa en la índole –penosa, tóxica, peligrosa o insalubre– de los servicios prestados durante la vida laboral; precisamente en términos tales que –entendemos– hacen superfluas mayores consideraciones.

Lo que en el presente supuesto implica que rechacemos la censura jurídica que sobre tal extremo hace la representación del ISM y que –por el contrario– acojamos la infracción que al respecto denuncia el pensionista. Si bien la consecuencia que al efecto obtenemos no es la pretendida en demanda –prorrata del 77,37 % –, sino el 60,35 % a cargo de la Seguridad Social española.

CUARTO.- 1.- Sobre la fecha de efectos de la nueva pensión la Sala confirma el criterio de instancia, plenamente ajusta a Derecho, rechazando los motivos que sobre tal extremo –con opuestas pretensiones– formulan ambas partes recurrentes, siguiendo así doctrina unificada de cuya aplicación por esta Sala hay antecedentes múltiples (así, SSTSJ Galicia 17.10.03 R. 1.259/01, 14.03.03 R. 43/00, 28.02.03 R. 132/00, 31.01.03 R. 262/00, 04.07.02 R. 1.974/99, 29.04.02 R. 4.873/98, 25.01.01 R. 4.007/97, 10.03.00 R. 192/97 y 30.06.04 R. 425/02).

2.- Con arreglo a tal criterio, en tales supuestos «es lógico mantener –a falta de norma expresa de sentido contrario– que sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectado por error en su contenido económico […], y ello independientemente de la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica», que «por criterios de analogía, es el quinquenal del artículo 54 de la expresada LGSS [hoy art. 43.1 LGSS/94]». Y aunque los supuestos examinados el Alto Tribunal son de error ajeno al beneficiario, incluso llegamos a entender que la justificación del mismo sigue siendo igualmente válida para los casos en que la determinación errónea del importe es debida a error del solicitante, porque desde la literalidad del precepto se argumenta que la solicitud a que la Ley se refiere es la solicitud inicial de la que deriva el reconocimiento de la pensión, y no puede extenderse –*odiosa restringenda*– a aquellas otras solicitudes que se formulen con posterioridad y con el objeto de modificar la cuantía de la prestación ya reconocida, pues no deben confundirse el reconocimiento del derecho a la prestación y la determinación de la cuantía de este derecho; y desde el punto de vista finalístico, se señala que la previsión del art. 164 LGSS/94 facilita el control de la EG sobre el efectivo cese en la actividad laboral, prevención que ya no resulta necesaria cuando el derecho se encuentra reconocido y tan sólo se reclama la modificación de su cuantía (específicamente para la Jubilación, SSTS 11.10.01 Ar. 2002/1.501, 22.11.96 Ar. 9.451, 14.03.95 Ar. 2.768, 23.01.95 Ar. 398, 25.03.93 Ar. 2.207 y 07.07.93 Ar. 5.967; para Viudedad, STS 01.02.00 Ar. 404; y para IP, SSTS 18.03.99 Ar. 3.008 y 05.06.98 Ar. 5.094). Argumentos –uno y otro– que son tan válidos en el supuesto de que el error sea imputable a la EG como en el caso de que el defecto sea imputable al propio beneficiario, sobre todo cuando con ello no hace sino seguirse el mismo tratamiento que dispone el art. 45.3 LGSS para el reintegro de percepciones indebidas, «incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora».

3.- Pero es que –además– en el caso de autos no hay declaración alguna en el relato de los HDP que permita afirmar –como el recurso hace– que el actor fijó en su solicitud inicial erróneamente una determinada BR; ya tampoco se propuso revisión alguna para incorporar tal dato a la parte histórica de la sentencia. Aparte de que es insostenible que esa fijación de importe en menos «vincule» a la

EG, en la misma forma que tampoco estaría condicionada por una cantidad que excediese de la que en Derecho correspondiese. La doctrina de los actos propios no es invocable frente a derechos irrenunciables y los de Seguridad Social lo son, tal como proclama con rotundidad el art. 3 LGSS.

4.- Y en el caso de autos la Magistrada razona y resuelve adecuadamente, siguiendo la doctrina unificada, al situar los efectos económicos de la correcta pensión en la fecha inicial de efectos, pero aplicando la prescripción quinquenal a las concretas diferencias adeudadas.

5.- Lo anteriormente indicado nos lleva a desestimar el recurso del ISM tal como viene planteado, sin que proceda –de oficio– tratar la cuestión relativa a la imposibilidad de simultáneo cómputo de las cuotas estimadas por razón de edad y de las reales efectuadas en el tiempo al que corresponden las cotizaciones ficticias (STS 07.05.02 Ar. 3.822). En consecuencia,

Fallamos

Que rechazando íntegramente el recurso formulado por el Instituto Social de la Marina y acogiendo en parte el interpuesto por don J.R.O.T., revocamos en parte la sentencia que con fecha 04.12.01 ha sido dictada en los autos 51/2001 del Juzgado de lo Social número Dos de los de Santiago de Compostela y declaramos que la prorrata a cargo de la Seguridad Social española asciende al 60,35 por 100, a cuyo pago condenamos al referido ISM, manteniendo los restantes pronunciamientos de la decisión recurrida.

3959 **Recurso nº 2.113/02**

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. CONTRATO DE TRABALLO: NOTAS CARACTERÍSTICAS. REPORTEIRA.

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

A Coruña, a ocho de octubre de dos mil cuatro

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. 2.113/02 interpuesto por "T.V.E., S.A." 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 I.G.C. en reclamación de salarios siendo demandado "T.V.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 747/01 sentencia con fecha 1 de marzo de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

Primero.- La demandante doña I.G.C., mayor de edad y con D.N.I. número …, constituyó a medio de escritura de fecha 24.02.00 sociedad limitada de socio único, denominada "P.C., S.L.", cuyo objeto social es el de búsqueda, elaboración y creación de productos periodísticos. El capital social es de 500.000 pts y los bienes aportados los siguientes: una enciclopedia, un video y una radio. Con fecha 22.03.00 la actora suscribe con la demandada contrato de arrendamiento de servicios, teniendo por objeto la elaboración de noticias y la realización de reportajes generadas en Vigo y su zona de influencia, estableciendo que el prestatario del servicio se compromete a realizarlo con sus propios medios, y que todos los derechos de explotación sobre las noticias corresponden a "T.V.E., S.A." en exclusiva. Dicho contrato y la constitución de la S.L. se realizaron, a instancias de la demandada, para sustituir a don J.J.T.F., el cual venía prestando servicios como redactor en el Centro territorial de Vigo, y que fue despedido el 06.02.00. Segundo.- Desde junio de 2000 a abril de 2001 la actora prestó servicios en la Unidad Territorial de A Coruña, para sustituir a la redactora doña B.G., firmando un segundo contrato en fecha 20.02.01, de idéntico contenido que el anterior en virtud de una supuesta oferta seguida con el nº de expediente 283/2000. Tercero.- La actora desde el inicio de la relación venía prestando servicios en las instalaciones de la demandada, teniendo incluso llaves de las mismas, y con un horario de 10:00 a 14:00 horas y de 17:00 a 20:00 horas, si bien también trabajaba más de 20 horas men-

suales por encima de la jornada habitual. La forma de trabajo se organizaba de la siguiente manera: se realizaban las previsiones de las noticias en el centro de Vigo, remitiéndose las mismas a Santiago, donde se eligen las noticias y se distribuyen las mismas entre los reporteros de plantilla y la actora, a quien se comunicaba el encargo en el centro de trabajo de Vigo, adscribiéndosele también los cámaras, que bien podían ser de plantilla o productoras contratadas, lo mismo que ocurría con los reporteros de plantilla. Cuarto.- En fecha 15.03.01 la demandada envía escrito a la actora recordándole la necesidad de que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios se cumplan en sus propios términos; si bien la misma continuó trabajando con las condiciones anteriormente descritas. Dicha orden también se realizó de forma genérica para todas aquellas mercantiles que venían prestando servicios para "T.V.E., S.A." El 08.08.01 se personó en el centro de trabajo D. José Octavio Rodríguez, Jefe de informativos, y encontrando en él a la actora le comunica que no puede permanecer en las instalaciones, invitando a comer a la actora y explicando el porqué de dicha decisión, comentándole que estaba disgustado por las denuncias presentadas, y que, aunque así se lo solicitó la actora, no le iba a comunicar nada por escrito, manifestando la actora que iba a formular la correspondiente denuncia. Los días 9 y 10 de agosto nuevamente la actora acudió a las instalaciones de "T.V.E., S.A." en Vigo y nuevamente fue expulsada por don J.O.R., el cual envió carta en fecha 24.08, recordándole que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios suscrito debían de ser cumplidas en sus justos términos. A partir de ese día la demandada no encargó a la actora trabajo alguno. Quinto.- El 18.09.01 la actora presenta denuncia ante la Inspección de Trabajo, girando ésta visita el 25.09.01, y procediendo a levantar acta de liquidación de cuotas, concluyendo que la relación existente entre las partes es de carácter laboral. Sexto.- Don J.J.T. venía prestando servicios para la demandada, habiendo suscrito contrato mercantil, y realizando las mismas funciones que los redactores de plantilla, habiéndose declarado la existencia de relación laboral entre ambas partes por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad en fecha 04.02.00, y siendo declarado su despido nulo por sentencia de este Juzgado de fecha 14.04.00, sentencia que recurrida en suplicación revocando parcialmente el TSJ de Galicia por resolución de 22.11.00 la sentencia de instancia, calificando el despido como improcedente. Séptimo. El salario correspondiente a la categoría de redactora, nivel económico I, asciende a 418.155 pts mensuales. Octavo. Accionando la actora por despido, se dictó sentencia por este juzgado en procedimiento nº 573/01, declarando nulo el despido de que fue objeto con fecha 24.08.01, fijándose como salario regulador el de 418.155 pts. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación, estando pendiente de resolver dicho recurso. Noveno.- Reclama la parte actora las diferencias salariales correspondientes al periodo de 01.10.00 al 23.08.01, teniendo en cuenta que percibió en dicho periodo las cantidades especificadas en el hecho tercero de la demanda, el cual damos aquí por reproducido, y que ascienden a 2.476.371 pts. Décimo.- Presentada papeleta de conciliación el 10.10.01, la misma tuvo lugar el 25.10.01 con el resultado de sin efecto, presentando demanda el 30.11.01.

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

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña I.G.C. contra la empresa "R.T.V.E., S.A.", se condena a la misma a que abone a la actora la suma de 2.476.371 pts., (14.883,29 euros), en concepto de diferencias salariales correspondientes al periodo de 01.10.00 a 23.08.01.

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.- "T.V.E., S.A." recurre la sentencia de instancia, que estimó en parte la reclamación salarial de la demandante, y solicita revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, impugna el apartado 3º con base en que predetermina el fallo y en los folios 101 a 103, 210, 211, 216 a 260.

Tal hecho probado declara: "La actora desde el inicio de la relación venía prestando servicios en las instalaciones de la demandada, teniendo incluso llaves de las mismas, y con un horario de 10:00 a 14:00 horas y de 17:00 a 20:00 horas, si bien trabajaba más de 20 horas mensuales por encima de la jornada

habitual. La forma de trabajo se organizaba de la siguiente manera: se realizaban las previsiones de las noticias en el centro de Vigo, remitiéndose las mismas a Santiago, donde se eligen las noticias y se distribuyen las mismas entre los reporteros de la plantilla y la actora, a quien se comunicaba el encargo en el centro de trabajo de Vigo, adscribiéndosele también a los cámaras, que bien podían ser de plantilla o productoras contratadas, lo mismo que ocurría con los reporteros de plantilla".

La recurrente propone: a) De forma principal, la siguiente redacción alternativa: "La actora prestaba servicios para "T.V.E., S.A.", cuando le era requerida por ésta la elaboración de una noticia, hecho éste que no consta que se produjese de una forma diaria durante la relación habida entre las partes, percibiendo diferentes cantidades en función del trabajo realizado, sin que conste la imposición de horario alguno por parte de la empresa". b) De forma subsidiaria, suprimir "la alusión al indeterminado horario, así como horas que se trabajan fuera de horario".

La pretensión no se acepta, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Afirmar que los servicios de la demandante iban precedidos de requerimiento empresarial y que eran abonados previa su efectividad, es una valoración subjetiva, ajena a la objetividad del relato de hechos, del informe de la Inspección de Trabajo (folios 101 a 103) que, frente a lo sugerido, confeccionó acta de liquidación de cuotas tras apreciar la existencia de relación laboral entre las partes, y es también invocación genérica (folios 210, 211, 216 a 260) de las actividades realizadas por la actora en cuanto titular de "P.C., S.L." que, por sí sola, no acredita de forma evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura, el error que denuncia, cual exige la jurisprudencia (ss. 27.02, 22.05.01) en desarrollo de los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), menos aún si, como acontece, la apreciación judicial impugnada está avalada por otros documentos (p. ej. informe de Inspección, sentencia de esta Sala de 26.02.02, firme, sobre despido entre las litigantes).

2ª.- Decir "…hecho éste (elaboración de una noticia) que no consta que se produjese de una forma diaria durante la relación habida entre las partes…" o "…sin que conste la imposición de horario alguno por parte de la empresa…", es incompatible con la jurisprudencia (ss. 15.01, 13.03.90) cuando, en aplicación de la normativa procesal citada, declara que no basta con alegar la inexistencia de prueba que respalde el criterio del juzgador y que el error de hecho no puede ponerse de manifiesto mediante la invocación de prueba negativa.

3ª.- Por último, no hay inconcreción del tiempo de prestación de servicios, sino fijación de un horario, ordinario o extraordinario, que en modo alguno anticipa la decisión a adoptar.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe:

A) Los artículos 2 y 3 LPL así como la jurisprudencia que cita, pues la periodicidad prestacional de servicios y la variabilidad de la retribución de la demandante suponen la inexistencia de relación laboral.

B) Los artículos 61 y 65 del Convenio Colectivo de empresa, pues la actora no cuenta con seis años en la categoría de redactora para percibir la remuneración del nivel económico 1; en el peor de los casos, le correspondería el nivel económico 2 con derecho a las diferencias que resultan de las tablas salariales pactadas en los acuerdos económicos (BOE 06.10.01) del convenio aplicable.

CUARTO.- Respecto de la primera infracción normativa, reproducimos lo afirmado (s. 21.02.02) en caso semejante: "La jurisprudencia (ss. 27.01, 14.02.94, 10.04.95, 22.04.96, 28.10.98, 10.07, 03.10.00) afirma que, según el artículo 1.1 ET, las notas características del contrato de trabajo son la prestación voluntaria y personal de servicios, la retribución de los mismos, la dependencia considerada no como subordinación rigurosa sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización dirección del empresario, la ajenidad respecto del régimen de remuneración y asunción del riesgo por la empresa. Estas notas constitutivas de la relación laboral concurren en el presente caso porque, junto al margen de autonomía que necesariamente ha de reconocerse a quien, como el actor, desempeña las tareas de redactor... por la faceta creativa que incorporan, lo cierto es que unas y otras las ejecutó siempre y de forma continuada,…, con arreglo a las instrucciones emanadas y recibidas de la empresa,…, a cuyas instalaciones acudía diariamente a entregar… las crónicas que confeccionaba… Además,…, la jurisprudencia (s. 31.03.97), en supuesto con antecedentes de hecho similares al actual, declara

que la verificación de si existe o no ajenidad en una relación de servicios de autor (concretamente, de fotógrafo) depende de que los derechos cedidos incluyan los principales derechos de explotación dentro del giro o tráfico económico de la profesión y sector de la actividad o, por el contrario, tengan una importancia económica accesoria dentro de ellas, y afirma la presencia efectiva de ese requisito cuando, como ahora acontece, la empresa adquiere los derechos de explotación y publicación de las fotografías".

Esta doctrina es de plena y actual aplicación, y lleva a desestimar la incompetencia del orden social de la jurisdicción que alega la recurrente, si tenemos en cuenta, con independencia del proceso de despido entre las partes, declaraciones fácticas actuales e inalterables tales como: a) La insuficiente dotación de medios (una enciclopedia, un vídeo, una radio) con que la actora contaba para la adecuada y efectiva prestación de servicios objeto de contrato. b) La elección y distribución de noticias por "T.V.E., S.A." a los distintos redactores, incluída la demandante, con designación del personal de cámaras. c) La ejecución del trabajo en las instalaciones de la demandada, que al respecto no adoptó decisión uniforme en contra, normalmente con arreglo a horario predeterminado. d) La titularidad exclusiva de "T.V.E., S.A." sobre los derechos de explotación de noticias.

QUINTO.- Tampoco prospera la segunda infracción normativa, porque: a) La no concurrencia de los requisitos de acceso a categoría profesional determinada, legal o convencionalmente exigidos, no impide (art. 25 Estatuto de los Trabajadores) percibir la retribución propia de categoría superior a quien, ostentando otra inferior, realiza la actividad y funciones de aquélla. b) Cuantitativamente, no presenta base fáctica en que pudiera sustentarse, ya por la remuneración de la actora, idéntica a la fijada en sentencia previa y firme sobre despido entre las partes, como por su tiempo de trabajo, ordinario o extraordinario; en tal sentido, la jurisprudencia (ss. 15.07.96, 18.11.98, 16.07.99, 24.07.01) vincula el derecho al denominado complemento de disponibilidad no sólo a que el puesto de trabajo haya sido calificado de forma expresa como puesto con disponibilidad, sino también, de forma tácita, a que se deduzca la aplicación de ese régimen en atención a la dedicación efectiva. c) Además, a los fines pretendidos es insuficiencia la remisión genérica e incompleta a los acuerdos económicos anexos al convenio aplicable.

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 actora impugnante del recurso por importe de trescientos cincuenta euros (350 €).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de "T.V.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de 1 de marzo de 2002 en autos nº 747/2001, que confirmamos.

3960 Recurso nº 3.478/04

S.S. EXISTENCIA DE GRAVE CRISE EMPRESARIAL, DILIXENTEMENTE XESTIONADA POLO EMPRESARIO, QUE DESLEXITIMA A PRETENSIÓN DE EXTINCIÓN INDEMNIZADA DO CONTRATO POR FALLA DE OCUPACIÓN EFECTIVA DO TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don J. Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a ocho de octubre de dos mil cuatro

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. 3.478/04, interpuesto por don R.P.L. 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 don R.P.L. en reclamación de resolucion de contrato, siendo demandado don D.R.C., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 331/04 sentencia con fecha 10 de mayo de 2004, por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante don R.P.L., nacido el día … y con D.N.I. número …, viene prestando servicios para el demandado don D.R.C., dedicado a la actividad de venta y reparación de bicicletas y accesorios, desde el día 27 de marzo de 1967, con la categoría profesional de oficial de 2ª dedicado a montaje y reparación de bicicletas y percibiendo un salario mensual de 1.169 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- Solicita el actor la rescisión de su contrato en base a retrasos en el pago de los salarios y falta de ocupación efectiva desde mediados del año 2003.- TERCERO.- El demandado abonó al actor la paga extra de verano de 2003 el 29 de julio, la nómina de julio el 7 de agosto, la de agosto el 2 de septiembre, la extra de septiembre el día 16 de septiembre, la de septiembre el día 6 de octubre, la de noviembre el día 5 de diciembre, la paga extra de diciembre el 22 de diciembre, el mes de diciembre el 8 de enero de este año, la de enero de este año el 6 de febrero, la de febrero el 3 de marzo, la extra de marzo el 18 de marzo y la mensualidad de marzo el 2 de abril.- CUARTO.- El empresario atraviesa una grave crisis económica desde el año 200 por descenso de ventas, habiendo despedido a 3 de los trabajadores del centro de trabajo de Vigo el día 4 de agosto por causas económicas motivadas por el descenso de ventas y las pérdidas económicas: 30.514,86 euros en el año 2000, 12.882,53 en el 2001 y 154.520,77 en el 2002, habiendo aportado el demandado de su patrocinio particular la cantidad de 884.708,08 euros. Los despedidos fueron dos dependientes y una auxiliar administrativa, despido objetivo confirmado por el Juzgado de lo Social número 4 de Vigo mediante sentencia fecha 10 de octubre de 2003, quedando en la empresa el empresario, su hijo que, sin figurar en nómina colabora en la administración, el actor, una administrativa que es delegada de personal, el encargado del establecimiento y dos dependientes.- QUINTO.- El empresario apenas tiene trabajo para el demandante desde mediados del año 2003, lo que constató la Inspección de Trabajo en fechas 22 de agosto, 9 de septiembre y 9 de diciembre de 2003, habiéndole impuesto al demandado una sanción de 300,52 euros, acta de infracción recurrida por el empresario sin que conste resolución sobre su recurso. A fecha 9 de diciembre el demandado sólo tenía a la venta dos bicicletas para niños.- SEXTO.- El empresa elaboró antes de agosto de 2003 un plan de viabilidad en el que se preveía reducir la plantilla del centro de Vigo a 4 personas, dejar de comercializar las bicicletas de niños y potenciar la venta de las de montaña, carreras y paseo de gran calidad, así como motocicletas, ciclomotores y scooter, especialmente accesorios de motos.- SEPTIMO.- El 18 de diciembre de 2003, tras haber intentado, sin conseguirlo, llegar a un acuerdo con el actor y la administrativa para reducir sus jornadas laborales a 4 horas diarias de lunes a viernes durante 6 meses, el demandado presentó a tal fin expediente de regulación de empleo que le fue denegado por la Dirección Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, mediante resolución del 23 de enero de este año.- OCTAVO.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 5 de febrero, la misma tuvo lugar el día 18 con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don R.P.L. contra don D.R.C., debo absolver y absuelvo a éste de las pretensiones contra él 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

ÚNICO.- 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 la infracción del artículo 4.2.a) del Estatuto de los Trabajadores, donde se establece que, *"en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho… a la ocupación efectiva"*, en relación con el 50.1.c), donde se establece que *"serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo… cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor"*. Opuesto a la expuesta denuncia jurídica, la demandada, ahora recurrida, solicita la desestimación total de la suplicación y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

Efectivamente, el incumplimiento empresarial justificativo de la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador al amparo del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, comprende –como no podía ser de otro modo- los incumplimientos empresariales del derecho del trabajador a su ocupación efectiva ex artículo 4.2.a) del referido Estatuto, y, siendo éste un derecho esencial del trabajador, su incumplimiento, por esa misma esencialidad, deberá ser valorado en términos rigurosos, so riesgo de dejar ese derecho al puro arbitrio del empresario, lo que chocaría con el artículo 1.256 del Código Civil. Por ello, la simple alegación de una crisis empresarial –sustentada en factores económicos, técnicos, organizativos o de producción- no excluye la gravedad que, para la concurrencia del efecto resolutorio del contrato de trabajo a instancia del trabajador, se establece en el artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, lo anterior no impide –aunque la sitúa como regla excepcional frente a la regla general de irrelevancia de la crisis económica- una reiterada doctrina judicial –de la cual es un ejemplo la sentencia de este Tribunal citada en la de instancia, aunque se pudo extender a citas de otros Tribunales, y que, en todo caso, sigue acogiendo esta Sala de este Tribunal- donde la diligencia del empresario en la gestión de la crisis de la empresa, atendiendo a criterios de buena fe contractual y de ausencia de arbitrariedad, se valora a los efectos de excluir la gravedad que, de conformidad con el artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, es exigida para otorgar eficacia resolutoria al incumplimiento empresarial, y esto es, justamente, lo que, en el caso de autos, entiende acaecido la sentencia de instancia, que, frente a lo que es la regla general, aplica la regla excepcional, desestimando en consecuencia la demanda rectora de actuaciones.

Desde esta perspectiva, la discusión litigiosa queda reducida a verificar si, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de autos, el incumplimiento empresarial del deber de ocupación efectiva del trabajador se puede considerar lo suficientemente grave como para justificar la extinción indemnizada del contrato de trabajo, lo que sostiene el trabajador demandante e insiste en ello en su recurso de suplicación, o si, al contrario, la actuación diligente del empresario tendente a no perjudicar los derechos del trabajador ante la situación de crisis económica se puede considerar excluyente de la gravedad de su incumplimiento en términos relevantes a los efectos de no justificar la extinción indemnizada del contrato de trabajo, como sostiene el empresario demandado e insiste en ello en su impugnación del recurso, sin perjuicio de que, naturalmente, pueda existir –o no- un incumplimiento no tan grave que pueda tener otros efectos jurídicos.

Conviene recordar, antes de continuar, los hechos declarados probados más trascendentales a los efectos de solucionar la cuestión litigiosa:

a) Que *"el empresario atraviesa una grave crisis económica desde el año 2000 por descenso de ventas, habiendo despedido a 3 de los trabajadores del centro de trabajo de Vigo el día 04.08 por causas económicas motivadas por el descenso de ventas y las pérdidas económicas: 30.514,53 euros en el año 2000, 12.882,53 en el 2001 y 154.520,77 en el 2002, habiendo aportado el demandado de su patrimonio particular la cantidad de 884.708,08 euros … (el) despido objetivo (fue) confirmado por el Juzgado de lo Social 4 de Vigo mediante Sentencia en fecha 10.10.03"* –Hecho Probado Cuarto-.

b) Que, después del despido de esos tres trabajadores, quedaron *"en la empresa el empresario, su hijo que, sin figurar en nómina, colabora con la administración, el actor, una administrativa que es delegada de personal, el encargado del establecimiento y dos dependientes"* –Hecho Probado Cuarto-.

c) Que *"el empresario apenas tiene trabajo para el demandante desde mediados del año 2003, lo que constató la Inspección de Trabajo en fechas 22.08, 9.9 y 09.12.03, habiéndole impuesto al demandado una sanción de 300,52 euros, acta de infracción recurrida por el empresario sin que conste resolución sobre su recurso (y que) a fecha 09.12 el demandado sólo tenía a la venta dos bicicletas para niños"* –Hecho Probado Quinto-.

d) Que *"el empresario elaboró antes de 08.03 un plan de viabilidad en el que se preveía reducir la plantilla del centro de Vigo a 4 personas, dejar de comercializar las bicicletas de niños y potenciar la venta de las de montaña, carreras y paseo de gran calidad, así como motocicletas, ciclomotores y scooter, especialmente accesorios de motos"* –Hecho Probado Sexto-.

e) Que "*el 18.12.03, tras haber intentado, sin conseguirlo, llegar a un acuerdo con el actor y la administrativa para reducir sus jornadas laborales a 4 horas diarias de lunes a viernes durante 6 meses, el demandado presentó a tal fin expediente de regulación de empleo que le fue denegado por la delegación provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, mediante resolución del (23.01.03)*" –Hecho Probado Séptimo-

Pues bien, a la vista de estos hechos probados, la Sala considera que, en el caso de autos, estamos en el supuesto de gestión empresarial diligente de la situación de crisis económica porque el empresario ha intentado paliar dicha crisis económica a través de medidas financieras –invirtiendo en la empresa de su patrimonio particular la cantidad de 884.708,08 euros-, comerciales –reorientando el ámbito de la actividad hacia determinadas bicicletas y hacia el mercado de la motocicleta-, y laborales –adecuando la plantilla a las nuevas exigencias derivadas del mercado a través de despidos objetivos y de intentos de reducción de la jornada de trabajo-, medidas financieras, comerciales y laborales que, demostrativas de la clara existencia de una activa buena fe empresarial, excluyen, como adecuadamente concluye el juzgador de instancia, la ausencia de gravedad del incumplimiento empresarial del deber de ocupación efectiva, de donde en suma, al amparo del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, no es admisible la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don R.P.L. contra la Sentencia de 10 de mayo de 2004 del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra don D.R.C., la Sala la confirma íntegramente.

3961 **Recurso nº 3.498/04**

S.S. INEXISTENCIA DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA, POR ACTO «INTER VIVOS», AO NON SE CEDER OS ELEMENTOS PATRIMONIAIS IMPRESCINDIBLES PARA A CONTINUIDADE DA ACTIVIDADE EMPRESARIAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a ocho de octubre de dos mil cuatro

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. 3.498-2004 interpuesto por don J.R.B. 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.R.B. en reclamación de despido siendo demandado "B.R., S.L.", "L.P.G., S.L." y COLUTRAVI en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 129-2004 sentencia con fecha 30 de abril de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

"1º.- El actor, don J.R.B., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, vino prestando servicios para la empresa "B.R., S.L.", dedicada a la actividad de restaurante-hostelería con las siguientes circunstancias laborales: Antigüedad: 01.05.02. Categoría profesional: Cocinero. Salario mensual: 780 euros, incluida prorrata de pagas extras. El actor no ostentó la representación de los trabajadores. 2º.- En fecha 14.01.04 la empresa "B.R., S.L." dirigó escrito al actor del siguiente tenor literal: "Por medio de la presente le comunico, que ha sido extinguida la relación que unía a "B.R., S.L." con COLUTRAVI. En su consecuencia, y en ejecución del auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Lugo de fecha 28 de noviembre de 2003, deben dejarse libres las instalaciones el día 15 de enero de 2004, por lo que, "B.R., S.L.", cesa en el desarrollo de la actividad de hostelería. Hemos intentado llegar a un acuerdo que nos permitiera continuar, pero, éste, no ha sido posible, ante la intransigencia de COLUTRAVI. Lo que le comunicamos, sin perjuicio de la plena vigencia de su relación contractual con COLUTRAVI o con la entidad que nos suceda, al amaro del articulo 44 del Estatuto de los Trabajadores. A estos efectos y

dado que no se nos ha comunicado la nueva adjudicataria del restaurante y cafería, procederemos a transmitir sus datos y elementos fundamentales de su relación laboral a COLUTRAVI, a los efectos que sean procedentes. En esta fecha quedan liquidados de sus salarios, hasta el día 14 del presente mes, procediéndose ala liquidación de las artes proporcionales tomando la citada fecha". 3º.- Colutravi, en contrato de 01.09.94 cede a la empresa "B.R., S.L." y hasta el 5 de agosto de 2003 los locales destinados a restaurante y cafetería situados en la Estación de Autobuses de Lugo. Dicho contrato consta en autos dándose aquí por reproducido. 4º.- Mediante auto de fecha 28.11.03 del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Lugo, en procedimiento verbal sobre desahucio, se homologa la transacción acordada entre el demandante Colutravi y el demandado "B.R., S.L." aceptó abandonar el local el 15.01.04, con las costas a su cargo y las rentas hasta dicha fecha. 5º.- En fecha 19.01.04 se procede a la entrega de llaves. 6º.- Colutravi es la entidad concesionaria de las instalaciones de la Estación de Autobuses de Lugo. 7º.- En fecha 10.11.95 Colutravi cede por el plazo de 5 años el local ubicado en la planta baja, edificio estación de autobuses de Lugo, a la empresa "L.P.G., S.L." para dedicarlo a la actividad de venta de productos de alimentación, frutas, verduras, congelados y bombonería. 8º.- Con fecha 1.3.04 Colutravi cede hasta el 30.04.24, para su explotación como cafetería y restaurante, así como para dedicarle a la actividad de venta de productos de alimentación, frutas, verduras, congelados y bombonería, a la entidad "L.P.G., S.L." los locales destinados a tal efecto en la Estación de Autobuses de Lugo. 9º.- Según consta en la cláusula decimotercera del precitado contrato "L.P.G., S.L.", era conocedora de las reclamaciones y pretensiones del personal contratado por el anterior cesionario. 10º.- Los locales están siendo objeto de reformas y no se ha iniciado la actividad de cafetería y restaurante. 11º.- En fecha 14.01.04 la empresa "B.R., S.L." procedió a dar de baja al actor en la Seguridad Social. 12º.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia."

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

"FALLO: Que, estimando parcialmente la demanda presentada por don J.R.B. contra la empresa "B.R., S.L.", "L.P.G., S.L." y COLUTRAVI, debo declarar y declaro que el cese del actor producido el 14.01.04 constituye un despido improcedente y en consecuencia condeno a la empresa "B.R., S.L.", a optar, en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación de esta sentencia, entre la readmisión del actor, en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían con anterioridad al despido o al abono de una indemnización de mil novecientos noventa y ocho euros y setenta y cinco céntimos (1.998,75 €), condenando asimismo a dicha empresa demandada al pago de los salarios dejados de percibir por el actor, desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, cuya suma, computada hasta la fecha de la misma alcanza dos mil ochocientos ocho euros (2.808 €), devengándose, diariamente, 26 €. Absolviendo a las codemandadas COLUTRAVI y "L.P.G., S.L.", de todas las peticiones formuladas 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 estima en parte la demanda y declara la "improcedencia del despido", condenando a la empresa "B.R., S.L.", a que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del actor en su puesto de trabajo o le indemnice en la cantidad que detalla en la sentencia, con absolución de los codemandados "L.P.G., S.L." y COLUTRAVI, recurre en suplicación el trabajador demandante, solicitando en primer término y con amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL revisión de hechos probados, en concreto del ordinal quinto de prueba a fin de que se le añada al mismo el tenor literal que propone en su escrito de recurso, consistente en "En fecha 16 de enero de 2004, la Entidad COLUTRAVI, recibe de parte de "B.R., S.L.", de lo manifestado en el Acta de presencia y requerimiento otorgada por el notario don J.B.A., bajo el protocolo 59, en la cual además de las llaves del establecimiento, hace entrega de la documentación laboral, existencia de bienes y elementos del inmovilizado propios del negocio de restaurante cafetería". Y que asimismo se añada a los hechos probados octavo y noveno la estipulación 13 del contrato de fecha 14 de enero de 2004, por el que la "L.P.G., S.L." se asume la cesión hasta el día 30 de abril del 2024 de los locales destinados en la Estación de Autobuses de Lugo", y en la

que se dice que "L.P.G., S.L." es conocedora de la situación, reclamaciones y pretensiones del personal contratado por el anterior cesionario del servicio de cafetería y restaurante de la estación de autobuses de Lugo, al haber sido informado de las mismas por COLUTRAVI, asumiendo las consecuencias que de dichas reclamaciones puedan derivarse."

La revisión se acepta por cuanto que las adicciones que se solicitan resultan de los documentos que el demandante recurrente cita en apoyo de su pretensión en el escrito de recurso y que figuran como prueba documental unida a las actuaciones a los folios 83 a 138 y de los folios 56, 57, 58 y 59.

SEGUNDO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción del art. 44 del ET y el art. 6.3 y 1.255 del CC. Sostiene dicho recurrente que en el caso de autos ha quedado debidamente acreditado la transmisión de los elementos productivos necesarios para continuar con el desempeño de la actividad industrial; así, la nueva actividad se va a desempeñar en el mismo local, se desarrolla en el mismo negocio, le ha sido entregada con bienes suficientes para que el nuevo adjudicatario o cesionario de las instalaciones pueda empezar a desarrollar su trabajo y la nueva adjudicataria conserva la clientela de la anterior, produciéndose en consecuencia un cambio de titularidad y la sustitución del anterior empresario por el nuevo subrogado, como consecuencia de la extinción de la relación contractual con "B.R., S.L." y como consecuencia de la nueva contratación establecida con "L.P.G., S.L."; añadiendo además el demandante recurrente, al denunciar la infracción que se denuncia del art. 44 del ET, en relación con el art. 3 del CC, que el juzgador de instancia da prevalencia y relevancia a las relaciones contractuales entre los empresarios, en detrimento de las relaciones laborales.

TERCERO.- La censura jurídica que se denuncia no se admite por cuanto que a tenor del art. 44 del ET, existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, disponiendo dicho precepto legal que "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma no extingue por si mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior .....", y dicho precepto legal ha sido interpretado por el Tribunal supremo, en virtud de reiterada jurisprudencia, por todas y en las en ella recogidas, por citar la más reciente de fecha 16.07.03, en el sentido de que "ha de existir una entrega efectiva del total conjunto de elementos esenciales que permite la continuidad de la actividad empresarial" y considera que por ello, no puede apreciarse la sucesión empresarial cuando lo que se transmite "no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados"

Y en el supuesto que nos ocupa, a la vista de los hechos probados de la sentencia impugnada que se resumen en 1º) que por contrato de fecha 01.09.94, COLUTRAVI cedió a "B.R., S.L." los locales destinados a locales y cafetería, sitos en la Estación de Autobuses de Lugo; que al surgir discrepancias ente ellos, al finalizar el contrato, en el curso del procedimiento verbal sobre desahucio, seguido ante el juzgado de primera instancia número Cinco de Lugo, por auto de 28.11.03, se homologó la transacción acordada, aceptando "B.R., S.L.", abandonar el local, el 15 de enero siguiente, con las costas a su cargo y rentas hasta la fecha, procediendo el día 19 de mismo mes y año a la entrega de las llaves. 2º) en fecha 01.03.04, COLUTRAVI, cedió hasta el 30 de abril de 2024, para su explotación como cafetería y restaurante, y para dedicárselo a la venta de productos de alimentación, frutas, verduras, congelados y bombonería, a "L.P.G., S.L.", los locales destinados al efecto en la citada Estación, constando en la cláusula 13 del correspondiente contrato que esta era conocedora de las reclamaciones y pretensiones del personal contratado por el anterior cesionario. Y 3º) que, en la fecha de la sentencia de instancia (30 de abril de 2004), los locales mencionados estaban siendo objeto de reformas, no habiéndose iniciado, todavía, la actividad de cafetería y restaurante; y que "B.R., S.L.", dejó voluntariamente, parte del mobiliario y aparatos en los locales, la sala llega a la conclusión de que no se cumplen los requisitos para determinar la existencia de una sucesión empresarial, pues ni consta que haya habido un cambio directo en la titularidad de la empresa porque no existió una sucesión por actos intervivos entre "B.R., S.L." y "L.P.G., S.L.", de la explotación de los locales en las actividades de restaurante y cafetería, sino que fue COLUTRAVI, quien como concesionaria de la Xunta de Galicia, de las instalaciones de la

Estación de Autobuses de Lugo, para tales fines, cedió su uso, primero a "B.R., S.L." y, después cuando terminó la cesión a ésta, a "L.P.G., S.L.", ni existió materialmente, una continuidad sin solución del negocio, por parte de aquellas empresas, pues "B.R., S.L." abandonó el local, el 19.01.04, y en la fecha de la sentencia de instancia, 30.04.04, "L.P.G., S.L.", aún no había iniciado la actividad, al continuar con reformas; ni tuvo lugar por parte de "B.R., S.L.", una transmisión de los elementos patrimoniales, configurativos de la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues carece de trascendencia al efecto, la circunstancia de que "B.R., S.L.", dejase parte del mobiliario y aparatos en los locales, dado que no quedó acreditado que dichos elementos constituyeran el soporte de la explotación, careciendo asimismo de relevancia, el que se hiciese constar en una cláusula del contrato celebrado entre COLUTRAVI y "L.P.G., S.L.", que esta era conocedora de las reclamaciones y pretensiones laborales del personal contratado por el anterior cesionario, pues la misma se refiere a un conocimiento de la situación, pero no a una aceptación de la misma.

En consecuencia se impone, previa desestimación del recurso la confirmación de la sentencia de instancia.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por don J.R.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Tres de Lugo de fecha 30 de abril de 2004, debemos confirmar Ìntegramente la resolución recurrida.

3962 **Recurso nº 3.641/04**

S.S. EXISTENCIA DE DESISTENCIA DO EMPRESARIO, PERO NON DESPEDIMENTO, AO SE PRODUCIR A EXTINCIÓN A INICIATIVA DO EMPRESARIO DUNHA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN.

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

A Coruña, a ocho de octubre de dos mil cuatro

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. 3.641/04 interpuesto por don J.G.F. 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.G.F. en reclamación de despido siendo demandado "S.D.C., S.A.D." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 71/04 sentencia con fecha catorce de mayo de dos mil cuatro 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 demandada "S.D.C., S.A.D.", dedicada a la actividad de Fútbol Profesional y con domicilio en Santiago de Compostela, en virtud de contrato de trabajo, denominado de relación laboral de carácter especial para el personal de alta dirección, suscrito en fecha uno de septiembre de mil novecientos noventa y dos, para la prestación de servicios como Gerente, Secretario General Técnico y Delegado de equipo, con duración desde el uno de septiembre de mil novecientos noventa y dos hasta treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y seis, recibiendo una retribución mensual de trescientas cincuenta mil pesetas (350.000 pesetas), dos mil ciento tres euros y cincuenta y cuatro céntimos (2.103,54), en doce pagas, figurando en nómina como salario ciento cincuenta mil pesetas 150.000), novecientos un euros y cincuenta y dos céntimos (901,52), líquidos y el resto, doscientas mil pesetas (200.000), mil doscientos dos euros y dos céntimos (1.202,02), como dietas y kilometraje y dos pagas extras por importe de doscientas mil pesetas (200.000), mil doscientos dos euros y dos céntimos (1.202,02) líquidos. SEGUNDO.- que en fecha uno de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo, denominado igualmente de relación

laboral de carácter especial para el personal de alta dirección, para la prestación de servicios como Gerente Deportivo y Delegado de equipo, con duración indefinida, recibiendo una retribución mensual de trescientos ochenta y dos mil doscientos ochenta y tres euros y ochenta y cinco céntimos (382.283,85 euros), líquidos, en catorce pagas anuales, actualizables anualmente en función del incremento o disminución del IPC. En el citado contrato se reconoció la antigüedad de uno de septiembre de mil novecientos noventa y dos, se prohibía al actor celebrar contratos con otras empresas, salvo autorización escrita de la demandada, se fijaba un plazo de preaviso por parte del actor, para extinguir el contrato de tres meses y se fijó una indemnización de cinco millones de pesetas (5.000.000 pesetas), treinta mil cincuenta euros y sesenta y un céntimos (30.050,61 euros), a favor del actor, caso de rescisión del contrato. TERCERO.- Que el actor suscribió diversos contratos con trabajadores de la demandada, no jugadores, en representación de la demandada; suscribió conjuntamente con el anterior Presidente de la demandada Sr. C. diversos contratos con jugadores profesionales; suscribió en representación de la demandada con "P.E., S.A.", contrato de explotación de determinados derechos de marca e imagen de la demandada; notificaba decisiones de la demandada a la Federación Gallega de Fútbol y a TVG S.A.; comparecía, como Delegado del Club y en compañía del anterior Presidente de la demandada Sr. C., a las reuniones de la Federación Española de Fútbol; notificaba a los entrenadores el cese, etc. CUARTO.- Que el actor recibía un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, de cinco mil ciento veintiséis euros y treinta y tres céntimos (5.126,33 euros), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. QUINTO.- Que en fecha veintiuno de octubre de dos mil tres la demandada notificó el actor por escrito que desde el veintisiete de octubre de dos mil tres hasta el veintiuno de enero de dos mil cuatro disfrutaría de vacaciones, mostrando el actor disconformidad. SEXTO.- Que en fecha veintiuno de octubre de dos mil tres la demandada notificó al actor que al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 1.382/85 se había decidido extinguir su contrato de trabajo por desistimiento del empresario desde el día veintiuno de enero de dos mil cuatro, mostrando el actor su disconformidad. SÉPTIMO.- Que el actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha de su cese. OCTAVO.- Que en fecha tres de febrero de dos mil cuatro tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, en reclamación por despido, con el resultado de celebrado sin avenencia".

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

"FALLO: Que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento, formulada por la representación de la "S.D.C., S.A.D.", estimando la excepción de indebida acumulación de acciones formulada por la misma representación, con respecto a la reclamación de la indemnización prevista en contrato, teniéndose por no formulada dicha acción, sin perjuicio de su posible reclamación a través del procedimiento ordinario y desestimando la demanda formulada por don J.G.F. contra la "S.D.C., S.A.D.", debía 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 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.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda, basado en que no ha existido despido alguno, sino sólo un desistimiento por parte del empleador, al tratarse de una relación laboral especial de alta dirección, y no la laboral común u ordinaria que pretende la parte recurrente.

Se alza en suplicación la representación procesal del actor que interpone 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, recurso que interpone el actor, tendente a acreditar que su relación era de las comprendidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y que por tanto, su cese ha de estimarse como despido improcedente.

SEGUNDO.- Que la parte recurrente en el premier motivo de recurso, correctamente amparado en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar pretende la Modificación /adición en el HDP tercero, consistente en incluir un nuevo párrafo del siguiente tenor literal: "todas esas gestiones las hacía siempre con instrucciones previas del Presidente o de la Junta Directiva, no teniendo en si mismo autonomía plena, ni capacidad de decisión ni de negociación en ninguna de ellas, careciendo además de poderes de ninguna clase tales como mercantiles, para actuar ante bancos, para disponer de dinero".

2.- En segundo lugar pretende la adición en el HDP 6 de un nuevo párrafo con el siguiente texto: "en ese escrito el club está procediendo al despido del trabajador que tenía una relación laboral que debe ser calificada como común y no de alta dirección".

En cuanto a la modificación interesada en primer lugar, y que tiene su apoyatura en la confesión del representante del club demandado, la misma estima la sala que no puede prosperar al apoyarse en confesión, inhábil a los pretendidos efectos fácticos, y en cuanto a la adición interesada en segundo lugar, la misma ha de correr igual suerte desestimatoria, al no apoyarse en documento o pericia alguna, y por cuanto que por su contenido conclusivo-valorativo, no puede tener acceso al relato fáctico.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente en el segundo motivo del recurso, denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción por no aplicación, interpretación errónea y violación de los siguientes artículos: artículo 1 del Real Decreto 1.382/1985 y varias sentencias del TS, censura jurídica que no merece favorable acogida, partiendo de la inalterada relación fáctica de la sentencia recurrida, en la que se recoge que el demandante suscribió con la entidad demandada un contrato de trabajo de alta dirección, con fecha 1 de septiembre de 1992, para la prestación de servicios a la empresa como gerente, secretario general técnico y delegado del equipo con duración de 01.09.92 a 31.08.96; en fecha de 01.09.94 las partes suscribieron nuevamente contrato de trabajo, denominado también de alta dirección, para la prestación de servicios como gerente deportivo y delegado de equipo, con duración indefinida, en dicho contrato se reconoció la antigüedad de 01.09.92, se prohibía al actor celebrar contratos con otras empresas, salvo autorización escrita de la demandada, se fijaba un plazo de preaviso al actor para extinguir el contrato de tres meses y se fijo una indemnización de cinco millones de pesetas, a favor del actor caso de rescisión de contrato; del contenido de los hechos probados de la sentencia resulta que el actor suscribió diversos contratos con trabajadores de la demandada, no jugadores, en representación de la demandada, suscribió conjuntamente con el anterior presidente de la demandada Sr. C. diversos contratos con jugadores profesionales, suscribió en representación de la demandada con "P.E., S.A." contratos de explotación de determinados derechos de marca e imagen de la demandada, notificaba decisiones de la demandada a la Federación Gallega de Fútbol y a TVG S.A., comparecía, como delegado del club, y en compañía del anterior presidente de la demandada a las reuniones de la Federación Española de Fútbol, notificaba a los entrenadores el cese etc., de todo ello se desprende claramente la existencia de la relación laboral especial de alta dirección, recogida en el RD 1.382/1985, y no la laboral común del Estatuto de los Trabajadores, ya que conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial establecida en la materia, para que los trabajos realizados merezcan la consideración establecida en el artículo 1.2 del mencionado RD, son necesarios los siguientes requisitos: 1º ejercitar poderes inherentes a la titularidad de la empresa, que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, según dice la sentencia del TS de 6 de marzo de 1990 (RJ 1990\1.767); con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, según señaló ya la sentencia del mismo Tribunal de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991\5.152); 2º los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos; y 3º, actuación con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que han de excluirse quienes reciben instrucciones de otros órganos de la entidad empleadora; según señalan las sentencias del TS de 13 de mayo y 12 de septiembre de 1990 (RJ 1990\6.998); llevado este análisis al caso de autos, se evidencia la concurrencia en el

demandante de las expresadas notas y en consecuencia, al haber quedado probado que el actor, con amplios poderes reales (aun cuando no estuvieren documentados en escritura publica), actuaba con total independencia y autonomía, con dependencia única del presidente de la entidad o del consejo de administración de la entidad demandada y a través de aquél realizaba con plena responsabilidad, la suscripción de contratos con trabajadores no futbolistas en representación de la demandada, realizando conjuntamente con el presidente la contratación de futbolistas, dirigiéndose en representación de la demandada, a distintas entidades, con las que incluso firmaba contratos de explotación de marcas, en nombre de la demandada etc., por ello ha de llegarse a la conclusión, al igual que acertadamente hizo la sentencia recurrida, de que el contrato objeto de la litis reúne todas las características legales, reglamentarias, doctrinales y jurisprudenciales del contrato de alta dirección; por lo que es claro, en definitiva, que la comunicación de fecha 21 de octubre de 2003, realizada por la demandada al demandante, en el sentido de extinguir su contrato de trabajo por desistimiento del empresario desde el 21 de enero de 2004, constituye un verdadero desistimiento de la relación laboral especial de alta dirección mantenida y recogida en el RD 1.382/1985 y nunca el despido por el que se acciona, en base a una supuesta e inexistente, al no haberse acreditado la misma relación laboral común u ordinaria, recogida en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores; lo que conduce a la desestimación del recurso formulado por el actor con la consiguiente confirmación en todos sus extremos de la sentencia de instancia recurrida.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don J.G.F., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago de Compostela, de fecha catorce de mayo de dos mil cuatro, dictada en autos núm. 71/04 seguidos a instancia del recurrente contra "S.D.C., S.A.D." sobre despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3963 **Recurso nº 3.575/04**

S.S. NECESIDADE OBXECTIVAMENTE ACREDITADA DE AMORTIZACIÓN INDIVIDUAL DE POSTO DE TRABALLO, QUE DETERMINA A DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO, A NON ACREDITAR A TRABALLADORA INDICIOS RACIONAIS DE REPRESALIA OU VULNERACIÓN DA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a once de octubre de dos mil cuatro

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 3.575/04, interpuesto por la letrada doña M.P.L.C., en nombre y representación de doña L.L.D., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 187/04 se presentó demanda por doña L.L.D., sobre despido, frente a la Asociación "N." y al Ministerio Fiscal. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de mayo último 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 prestó servicios para la demandada desde el 8 de agosto de 1996 con la categoría profesional actual de Directora y percibiendo un salario mensual prorrateado de 1.959,90 euros. Segundo.- La empresa demandada es una asociación sin ánimo de lucro, en la que participan como socios institucionales la Diputación Provincial y cinco Ayuntamientos. En ella también se integran representantes de otras instituciones y asociados a título individual. Entre sus objetivos y actividades los estatutos de la Asociación recogen el participar en la iniciativa del pro-

grama Leader de la Comunidad Económica Europea; servir de centro receptor y distribuidor de toda la información relativa al desarrollo local y regional; luchar por el bienestar de los habitantes de la comarca que constituye su ámbito de actuación, etc. Tercero.- La Asociación ase nutre (sic) de los fondos de los programas en los que participa, cuyo destino único es el programa de referencia, teniendo incluso asignado personal exclusivo para cada uno y de las subvenciones y cuotas de los socios. Cuarto.- En el año 2003 las pérdidas de la Asociación ascendieron a 29.372,16 € de los cuales 18.678,61 € derivan de la realización de los cinco programas en los que participa y los restantes de la actividad independiente de Neira. En el ejercicio 2002 existió un resultado negativo de 69.075,25 €. Para el ejercicio 2003 la diferencia negativa entre ingresos y gastos se prevé ascienda a 36.246,46 €. La deuda acumulada de los Ayuntamientos partícipes con la Asociación es de 214.561,86 €. La Asociación como tal tiene tres empleados, la actora, como directora técnica, una administrativa y una limpiadora. Quinto.- La actora estuvo de baja desde el 02.12.02 hasta el 28 de enero de 2004. En este tiempo no fue sustituida por nadie, asumiendo sus funciones la Comisión Permanente de la Asociación. Al incorporarse al trabajo pudo realizar las funciones de directora sin traba ni oposición alguna. Sexto.- El día 5 de febrero la actora anota en el Registro General de la Asociación comunicación de su ausencia el día 9 de febrero de 2004 para asistir a reconocimiento médico, acompañando cita para el departamento de Obstetricia y nota de interconsulta en la que consta se ha solicitado la 1ª analítica de gestación. Se remite para control de gestación. No consta que haya comunicado su situación de embarazo a ningún miembro de la Directiva o compañero de trabajo. Séptimo.- El 12 de febrero de 2004 y con efectos de dicha fecha se comunica a la actora su cese por causas económicas, mediante comunicación escrita al efecto, que obra en autos, en la que como causas del cese se señalan las recogidas en el hecho cuarto de la presente resolución. Se pone a su disposición la indemnización reglamentaria y el mes de preaviso. Octavo.- En el mes de octubre de 2003 la actora formuló demanda contra la Asociación reclamando la diferencia de paga extra de verano de 2003, con la cantidad percibida en incapacidad temporal, habiéndose señalado acto de juicio en el Juzgado de lo Social 2 de esta ciudad para el día 18 de mayo de 2003. Noveno.- Se celebró acto conciliatorio previo sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña L.L.D., declaro procedente su cese por causas objetivas, absolviendo a la empresa de la reclamación por despido improcedente, convalidando el cese acordado por la empresa "Asociación N." y la indemnización puesta a disposición de la trabajadora. 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.- 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 2º), 4º) y 5º) proponiendo para el SEGUNDO, sustituir el dato de "...cinco Ayuntamientos...", por el de "…diez Ayuntamientos…"; cita en apoyo de la propuesta los f. 324 al 352. Se admite la adición pues así resulta de la propia contestación a la demanda pro la demandada y de la documental invocada. Para el ordinal CUARTO, propone la redacción de: "En el ejercicio 2002 existió un resultado negativo de 69.075,25 €. El resultado negativo de 69.075,25 € es imputable fundamentalmente a los gastos derivados del Leader II que se produjeron en el 2002, siendo muy probable que esta pérdida derivada del Leader II (no de la actividad ordinaria de la Asociación) no sea tal, sino que se derive de criterios de contabilización erróneos en ejercicios anteriores. El balance de situación de la entidad, arroja desde su fundación hasta el 31/12/2002 un beneficio acumulado de 76.323,77 €. En el año 2003, las pérdidas de la asociación ascendieron a 29.372,16 €... la pérdida del ejercicio 2003, que alcanza 29.372,16€..., se explica por: - 22504,05€., de aportación de N. al programa Equal. – 5.374,96 €., de dotación a amortizaciones; es decir, es un dinero que no fue gastado, aunque hay que darlo como gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias, con el objetivo de crearse un fondo de reserva cuando haya que renovar el Inmovilizado. Es decir, si no se financiase el Equal y se creara ese fondo de reservas (amortización acumulada), la pérdida ascendería

solamente a 1.793,15 €. Los fondos propios de la entidad a 31.12.03 ascienden a 46.951,62 €. Para el ejercicio 2004, se han aprobado los presupuestos en la Asamblea General de socios donde se cuadran ingresos y gastos y aparece presupuestado el sueldo de doña L.L.D. La deuda acumulad de los Ayuntamientos partícipes con la Asociación es de 214.561,86 €. La asociación contó con 17 trabajadores en el año 2002, 25 trabajadores en el año 2003 y 23 trabajadores en el año 2004" Cita en apoyo de tal propuesta la prueba pericial rendida, así como dos documentos de los f. 21 a 40, 224, 370. No se admite la modificación que se propone por cuanto, de una parte, la propuesta que se efectúa es reiterativa de lo que contiene el propio ordinal, de otra, las proposiciones que se efectúan consisten en meras valoraciones particulares de la recurrente, la interpretación que la misma efectúa de la pericial rendida, por último no resulta la propuesta de la documental que se cita en toda su extensión, siendo así que la revisión del relato histórico exige que el error del juzgador resulte con claridad manifiesta de los documentos o pericias que se invoquen, sin necesidad de conjeturas o razonamientos mas o menos lógicos, esto no concurre con la documental que se señala en consecuencia se rechaza la propuesta.

Para el ordinal QUINTO, se propone: "La actora estuvo de baja desde el 02.12.02 hasta el 28 de enero del 2004. Para sustituirla se contrató al trabajador don J.J.L.C., cuyo contrato finalizó el 30.06.03. Al incorporarse al trabajo se le impidió desempeñar con normalidad su actividad, impidiéndosele el acceso al libro registro". Cita en poyo de tal propuesta el f. 42, 10, 129.

No se admite la modificación que se invoca por cuanto la situación de baja ya la reconoce el propio ordinal, en cuanto a la contratación de un sustituto no resulta de la documentación que se cita y que al incorporarse al trabajo se le haya impedido desempeñar su actividad tampoco resulta de la documental que se cita por ello se rechaza la propuesta.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. 14 y 24 CE en relación con el art. 55.3 LET y con la doctrina contenida, entre otras en STCo 41/2002, de 25 de febrero y STS de 26.02.04 y las que cita argumentando que el despido de la actora es nulo por cuanto constituye una represalia frente al ejercicio de la acción de reclamación de cantidades por parte de la demandante, y en todo caso por cuanto hallándose embarazada y no existiendo causa suficiente para la extinción de la relación laboral la calificación de tal decisión es la de nulidad. En cuanto a la falta de justificación de la decisión patronal la sostiene en una valoración distinta de los datos contables de la empresa estimando que no existen pérdidas reales en la misma, sino una contabilidad inadecuada, antes del 2002, y pérdidas contables pero no reales y en su caso mínimas durante el año 2003.

La demanda de despido pretende la nulidad de la decisión patronal sustentándola en dos posibilidades, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones en defensa de sus derechos, y por producirse el despido hallándose la actora embarazada. En cuanto a la primera alegación su análisis exige partir de los siguientes extremos: 1.- Que la actora estuvo en incapacidad temporal desde el 02.12.02 hasta el 28.01.04; 2.- que la actora formulo demanda en octubre del 2003 en reclamación de diferencias de la paga extra de verano de 2003 con la cantidad percibida por incapacidad temporal; 3.- que el despido de la demandante se produce el 12.02.04. 4.- que el Juicio por cantidades se fijo para el 18 de mayo del corriente.

El motivo no puede prosperar, por cuanto, no basta la mera alegación de vulneración de derechos fundamentales para producir el efecto de imponer la carga de probar por parte del empresario que "no vulnera los derechos de la actora", estableciendo una probatio diabólica de hechos negativos, sino que se impone a la parte actora la carga de acreditar unos indicios mínimos y racionales de vulneración de tales derechos, así, 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 cole-

gir, en forma alguna, que el despido de la actora obedezca a un intento de represalia por la previa demanda en reclamación de diferencias salariales y ello al margen de que tal reclamación pudiera serle atendida o rechazada, existe un lapso de tiempo entre aquel acto y la decisión patronal que aleja la sospecha, al tiempo que, la actuación patronal se aproxima en el tiempo ala cierre de ejercicio que demuestra la existencia de las pérdidas en el año anterior así como la previsión de falta de ingresos suficientes para el corriente año para hacer frente a los salarios de la actora, en consecuencia, no cabe deducir ninguna intención represaliadora en el empleador.

TERCERO.- La siguiente cuestión es la relativa a la nulidad del despido de la actora por hallarse embarazada y el artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, establece una prohibición de discriminación que impide a los Tribunales valorar la actuación de las partes y, sin tener en cuenta las cuestiones subjetivas existentes en el desarrollo de la relación laboral, obliga de forma absoluta a declarar la nulidad de todo acto extintivo producido una vez iniciado el embarazo, precepto interpretado por la STS de 26.02.04, en el sentido de que, de la letra y del espíritu de la norma misma, y del contexto en el que se ha promulgado, sin olvidar la Directiva comunitaria que ha traspuesto a nuestro ordenamiento interno (la Directiva 92/85/CEE, del Consejo) el precepto lo que en realidad se protege no es la igualdad de sexos, sin más, sino la maternidad, poniendo a la mujer a salvo de decisiones empresariales motivadas, directa o indirectamente, por su embarazo, evitando con ello la finalización de su relación laboral en conexión con su estado de gravidez, por ello, cuando la mujer se halla embarazada y tal estado lo conoce el empleador o la extinción contractual solo puede ser calificada de procedente o nula. La anterior doctrina aplicada al presente supuesto exige examinar la procedencia de aquella decisión.

La doctrina contenida en STS de 6 de abril de 2000, (RJ 2000\3.285), que recoge los precedentes contenidos en las STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5.162) y 18.11.98 (RJ 1998\10.003), establece como criterio que, "para que la extinción […del contrato de trabajo...] por razones económicas esté justificada se requiere, que la medida adoptada, contribuya a superar la crisis económica y es indudable que esta doctrina se acentúa ante las reformas introducidas en el despido objetivo, por tanto, se pueden concretar las causas económicas, en el resultado de la explotación, sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios, y que conforme al texto legal siempre ha de ser negativa", doctrina que aplicada al presente supuesto litigioso conlleva la consideración de la decisión patronal como ajustada a derecho, por cuanto, si durante el ejercicio del año 2002 existieron perdidas económicas, si durante el ejercicio del 2003- durante el cual la actora estuvo en incapacidad temporal, por tanto, generando costes minimos a su patronal al percibir el correspondiente subsidio sustitutorio del salario-, tambien se generaron perdidas, y durante el presente ejercicio la previsión es de que se produzcan perdidas, no cabe duda que la situación económica de la empleadora es deficitaria y que la amortizaciÛn del puesto de trabajo de la demandante es adecuado a los fines propuestos, pues, tal medida implica por si misma una reducción de los costes de explotación y ello de manera inmediata y directa, si a ello se adiciona, que tal puesto de trabajo no resulta imprescindible para la generación de ingresos o para la buena marcha de la empresa, como resulta de que las funciones de la actora fueran desempeñadas en su ausencia por incapacidad temporal, por la Comisión Permanente de la asociación, ha de considerarse la decisión patronal es ajustada a los canones de una correcta administración y por tanto justificada la causa económica para amortizar su puesto de trabajo, conclusión que implica la declaración de procedencia de la extinción de la relación laboral e impide la declaración de nulidad de la misma, por lo que se desestima el recurso y se confirma la resolución recurrida.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por doña L.L.D. contra la sentencia dictada el 24.05.04 por el Juzgado de lo Social Nº 3 de A Coruña en autos Nº 187-2004 sobre despido, seguidos a su instancia contra la Asociación N. resolución que se mantiene en su integridad.

3964 Recurso nº 3.609/04

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS CONCLUÍDO EN FRAUDE DE LEI, QUE DEBE SER CUALIFICADA COMO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a once de octubre de dos mil cuatro

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. 3.609/04 interpuesto por don C.F.D. 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 C.F.D. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado la empresa Fundación, Formación e Emprego (FOREM Galicia), en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 321/04 sentencia con fecha ocho de junio de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

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

1º. Don C.F.D., mayor de edad, con D.N.I. núm. …, viene prestando servicios por cuenta de la Fundación, Formación e Emprego –Forem Galicia-, dedicada a la actividad de enseñanza, desde el día 01.04.03, con la categoría profesional de técnico de información y orientación y con un salario mensual de 1.475,54 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. No ostenta ni ostentó en el último año la condición de Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical. 2º. Por Orden de fecha 27.04.98 –DOGA 30.04.98-, de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo de la Xunta de Galicia, fueron publicadas las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de actividades de orientación profesional para el empleo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido (ramo de prueba de la parte demandada), estableciéndose un plazo de ejecución de las acciones hasta el 31 de marzo del año natural siguiente o de su concesión –artículo 14-. Ante dicha convocatoria, la Fundación FOREM decidió presentar su solicitud que fue estimada, en resolución de 05.09.98, por el Director General de Formación y Colocación en virtud de la que se dispuso, en el expediente nº FM331A 98/1-0, *"Conceder á entidade FOREM GALICIA a subvención solicitada ó abeiro da Orde do 27 de abril de 1998, pola que se establecen as bases reguladoras para la concesión de subvencións para a realización de actividades de orientación profesional para el emprego, por un importe de 7.700.000 ptas…"*, subvención destinada a la contratación de cuatro técnicos de orientación laboral. 3º. La fundación demandada suscribió en fecha 22.09.98 con el trabajador demandante, un contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Técnico de Colaboración, para una jornada semanal de 37 horas, con el objeto de *"a realización de actividades de orientación profesional para o emprego. O abeiro da orde de 27/04/98/N-exp. FM 331ª 98/1"*. Dicha contratación finalizó el día 31.03.99 por fin de contrato. 4º. Por Orden de fecha 18.02.99 –DOGA 02.03.99-, de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo de la Xunta de Galicia, fueron publicadas las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de actividades de orientación profesional para el empleo y asesoramiento para el autoempleo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido (ramo de prueba de la parte demandada), estableciéndose un plazo de ejecución de las acciones hasta el 31 de marzo del año natural siguiente o de su concesión –artículo 16-. Ante dicha convocatoria, la Fundación FOREM decidió presentar su solicitud que fue estimada, en resolución de 22.03.99, por el Director General de Formación y Colocación en virtud de lo que se dispuso, en el expediente nº FM331A 99/3-0, *"Conceder á entidade FOREM GALICIA a subvención solicitada ó abeiro da Orde do 18 de febreiro de 1999, pola que se establecen as bases reguladoras para a concesión de subvencións parala realización de actividades de orientación profesional para o emprego e asesoramento para o autoemprego, por un importe de 60.940.000*

ptas…", subvención destinada á contratación de diez técnicos de orientación laboral, cuatro técnicos de apoyo y dos personal auxiliar. 5º. La Fundación demandada suscribió en fecha 05.04.99 con el trabajador demandante, un contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Técnico IOBE, para una jornada semanal de 37 horas, con objeto de *"a realización de accións de orientación profesional para o emprego e asesoramento, para o autoemprego ó abeiro da orde de 18 de febreiro de 1999 (Resolución do 22 de marzo de 1999-EXPDTE FM331A 99/3-0)"*. 6º. Por Orden de fecha 18.02.00 –DOGA 03.03.00-, de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo de la Xunta de Galicia, fueron publicadas las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de actividades de orientación profesional APRA el empleo y asesoramiento para el autoempleo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido (ramo de prueba de la parte demandada), estableciéndose un plazo de ejecución de las acciones hasta el 31 de marzo del año natural siguiente o de su concesión –artículo 17-. Ante dicha convocatoria, la Fundación FOREM decidió presentar su solicitud que fue estimada, en resolución de 28.03.00, por el Director General de Formación y Colocación en virtud de le la cual se dispuso, en el expediente nº FM331A 2000/48-0, *"Conceder á entidade FOREM GALICIA a subvención solicitada ó abeiro da Orde do 18 de febreiro de 2000, pola que se establecen as bases reguladoras para a concesión de subvencións para a realización de actividades de orientación profesional para o emprego e asesoramento para o aautoemprego, por un importe de 69.147.647 ptas para a realización de actividades de orientación profesional para o emprego"*, subvención destinada a la contratación de quince técnicos de orientación laboral y tres personal auxiliar. 7º. La Fundación demandada suscribió en fecha 31.03.00 con el trabajador demandante, un contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de técnico IOBE, para una jornada semanal de 37 horas, con objeto de *"a realización de accións de orientación profesional para o emprego e asesoramento e para o autoemprego ó amparo da orde de 18/02/00 (Resolución do 28 de marzo de 2000 –EXPDTE FM331A 2000/48-0)"*. Dicha contratación finalizó el día 31.03.01 por fin de contrato, firmando el trabajador, la conformidad, el correspondiente documento de liquidación y finiquito. 8º. Por Orden de fecha 08.03.01 –DOGA 16.03.01-, de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo de la Xunta de Galicia, fueron publicadas las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de actividades de orientación profesional para el empleo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido (ramo de prueba de la parte demandada), estableciéndose un plazo de ejecución de las acciones hasta el 31 de marzo del año natural siguiente al de su concesión –artículo 15-. Ante dicha convocatoria, la Fundación FOREM decidió presentar su solicitud que fue estimada, en Resolución de 11.04.01, por el Director Xeral de Formación y colocación en virtud de la que dispuso, en el expediente nº FM331A 2001/19-0, *"Conceder á entidades FOREM GALICIA a subvención solicitada ó abeiro da Orde do 8 de marzo de 2001, pola que se establecen as bases reguladoras para a concesión de subvencións para a realización de actividades de orientación profesional para o emprego, por un importe de 70.820.640 ptas para a realización de actividades de orientación profesional para o emprego",* subvención destinada a la contratación de quince técnicos de orientación laboral y tres personal auxiliar. 9º. La Fundación demandada suscribió en fecha 11.04.01 con el trabajador demandante, un contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de técnico IOBE, para una jornada semanal de 37 horas, con objeto de *"a realización de accións de orientación profesional para o emprego e asesoramento e para o autoemprego ó amparo da orde de 08 de marzo de 2001 (DOG 16/03/01)"*. Dicha contratación finalizó el día 31.03.02 por fin de contrato, firmando el trabajador, la conformidad, el correspondiente documento de liquidación y finiquito. 10º. Por Orden de fecha 21.03.02 –DOGA 27.03.02-, modificada por la Orden de 06.06.02 –DOGA 19.06.02-, ambas de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo de la Xunta de Galicia, fueron publicadas las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de actividades de información, orientación y busca de empleo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido (ramo de prueba de la parte demandada), estableciéndose un plazo de ejecución de las acciones hasta el 31 de marzo del año natural siguiente o de su concesión –artículo 16-. Ante dicha convocatoria, la Fundación FOREM decidió presentar su solicitud que fue estimada, en Resolución de 22.04.02, por el Dirección General de Formación y Colocación en virtud de la que interpuso, en el expediente nº FM331A 2002/36-0,

"Conceder á entidade FOREM GALICIA unha subvención para a realización de actividades de información, orientación e busca de emprego, por un importe de 406.416,61 euros para a realización de actividades de orientación profesional para o emprego ó abeiro do disposto na Orde de 21 de marzo de 2002, informando á entidade beneficiaria de que as presentes subvencións están financiadas a través dos fondos estructurais do Fondo Social Europeo", subvención destinada a la contratación de quince técnicos de orientación laboral y tres personal auxiliar. 11º.- La Fundación demandada suscribió en fecha 01.04.02 con el trabajador demandante, un contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Formador, para una jornada semanal de 37 horas, con objeto de *"impartición do módulo de orientación, búsquea, información e localización de emprego (mobile) dos cursos de F.O. da programación 2002, que se indican no Anexo"*. Dicha contratación finalizó el día 23.04.02 por fin de contrato, firmando el trabajador, firmando el trabajador, la conformidad, al correspondiente documento de liquidación y finiquito. 12º. La Fundación demandada suscribió en fecha 24.04.02 con el trabajador demandante, un contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Formador, para una jornada semanal de 37 horas, con objeto de *"a realización de accións de orientación profesional para o emprego e asesoramento para o autoemprego ó amparo da orde de 21 de marzo de 2002, pola que se establecen as bases reguladoras e a convocatoria pública para a concesión de subvencións para a realización de actividades de información, orientación e busca de emprego (DOG 27/03/02)"*. Dicha contratación finalizó el día 31.03.03 por fin de contrato./ 13º.- Por orden de fecha 05.03.03 –DOGA 17.03.03-, de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo de la Xunta de Galicia, fueron publicadas las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de actividades de información, orientación y busca de empleo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido (ramo de prueba de la parte demandada), estableciéndose un plazo de ejecución de las acciones hasta el 31 de marzo del año natural siguiente al de su concesión –artículo 16-. Ante dicha convocatoria, la Fundación FOREM decidió presentar su solicitud que fue estimada, en Resolución de 28.03.03, por el Director General de Formación y Colección en virtud de la que se dispuso, en el expediente nº AS331A 2003/8-0, *"Conceder á entidade FOREM Galicia unha subvención para a realización de actividades de información, orientación e busca de emprego, por un importe de 354.052,31 euros para o ano 2003 e 118.017,44 para o ano 2004 ó abeiro do disposto na orde de 5 de marzo de 2003, informando á entidade beneficiaria de que as presentes subvencións están financiadas a través dos fondos estructurais do Fondo Social Europeo"*, subvención destinada a la contratación de dieciséis técnicos de orientación laboral y tres personal auxiliar./ 14º. La fundación demandada suscribió en fecha 01.04.03 con el trabajador demandante, un contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Formador, para una jornada semanal de 37 *horas, con objeto de "para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asesoramiento para el autoempleo, al amparo de la Orden de 5 de marzo de 2003 por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria pública para la concesión de subvenciones de actividades de información, orientación y búsqueda de empleo (DOG 17 de marzo de 2003)"*. Dicha contratación finalizó el día 31.03.04 pro fin de contrato. 15º. Las labores prestadas por el demandante, durante la vigencia de las contrataciones laborales señaladas, eran fijadas por la Administración a través del Servicio Galego de Colocación que es el que, a su vez, dirige los Centros de Orientación de las entidades colaboradoras, como la demandada, los demandantes de empleo que deben ser orientados e informados en su búsqueda de empleo. 16º. Se intentó sin avenencia 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: Rechazando íntegramente la demanda interpuesta por don C.F.D., contra la empresa Fundación, Formación e Emprego (FOREM Galicia), absuelvo a esta demandada de todos los pedimentos de la demanda.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de despido absolviendo libremente de la misma a la empresa demandada "Fundación Formación e Emprego" (FOREM Galicia). Decisión esta contra la que recurre la parte actora, articulando dos motivos de suplicación, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en los que denuncia: en el primero, violación por interpretación errónea de los artículos 15.1.a) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores de 24.03.95, en relación con la doctrina jurisprudencial que cita, y ello sobre la base de sostener, en síntesis, que el trabajador prestó servicios mediante una sucesión de contratos para obra o servicio determinado, sin solución de continuidad y mediando entre uno y otro una interrupción breve inferior al plazo de caducidad de la acción de despido, habiéndose prolongado tales servicios durante cinco años y seis meses para desempeñar las mismas funciones, la misma actividad y la misma categoría profesional, lo que comporta un fraude de ley que conduce en realidad a una contratación indefinida.

Y en el segundo, denuncia violación por no aplicación de los artículos 55.3, 55.4 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque, calificada la relación laboral mantenida entre el trabajador y la empresa como de carácter indefinido, la comunicación remitida por la Patronal al actor dando por extinguida la relación laboral por "terminación de contrato", con efectos de 31 de marzo del año 2004, constituye un despido que debe ser calificado como improcedente, con condena a la empresa a optar entre la readmisión del trabajador en el mismo puesto y condiciones de trabajo o abonarle una indemnización de 45 días por año de servicio, con abono, en ambos casos, de los salarios de tramitación correspondientes, tal como preceptúan los artículos del Estatuto de los Trabajadores que se citan como infringidos.

SEGUNDO.- La cuestión central del presente recurso, a la vista de la sucesión de contratos temporales suscritos por ambas partes, se concreta a resolver si el cese notificado al actor, en 31.03.04, debe calificarse como despido o, por el contrario, ha de reputarse, tal como ha hecho la sentencia recurrida, como finalización de contrato. Y la respuesta que ha de darse debe ser en el sentido que se postula en el recurso con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- Consta acreditado y así se desprende del relato fáctico y de las actuaciones, que el trabajador demandante prestó servicios para la empresa demandada, mediante contratos para obra o servicio determinado celebrados en los siguientes períodos: desde el 22.09.98 al 31.03.99 (hecho probado tercero); desde el 05.04.99 al 31.03.00 (hecho probado quinto); desde el 31.03.00 al 31.03.01 (hecho probado séptimo); desde el 11.04.01 al 31.03.02 (hecho probado noveno); desde el 01.04.02 al 23.04.02 (hecho probado undécimo); desde el 24.04.02 al 31.03.03 (hecho probado duodécimo) y desde el 01.04.03 al 31.03.04 (hecho probado décimocatorce), en que fue cesado por fin de contrato. El objeto de dichos contratos fue siempre *la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asesoramiento para el autoempleo*, al amparo de las respectivas Órdenes de la Consellería de Familia, por las que, sucesivamente, se establecían las bases reguladoras y las convocatorias públicas para la concesión de subvenciones de actividades de información, orientación y búsqueda de empleo. La actividad de la empresa consiste, básicamente, en dedicarse a impartir cursos de formación, desarrollando el actor la misma actividad, sin solución de continuidad, como técnico de información y orientación.

2.- Conforme tiene declarado reiterada doctrina unificada de la Sala IV del TS, (Sentencias, entre otras, de 15 de febrero de 2000, Ar. 2.040; 31 de marzo de 2000, Ar. 5.138; 15 de noviembre de 2000, Ar. 10.291; 18 de septiembre de 2001, Ar. 8.446; 19 de marzo de 2002, Ar. 5.989 y 21 de marzo de 2002, Ar. 5.990), el contrato para obra o servicio determinado, tiene como requisitos 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".

En consonancia con la exigencia de los anteriores requisitos, la STS/IV de 22 de marzo de 2002 (recurso 1.701/2001) aclara que esta Sala *«no ha elevado, 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», precisando que «del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian». Y en el mismo sentido se pronuncia el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, (introducido por la ley 12/2001, de 9 de julio) que, al reconocer como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación.

Por ello, la doctrina jurisprudencial ha reiterado que *para aceptar el límite temporal debe acreditarse que hay un elemento objetivo y externo que limite la prestación de la actividad* (STS/IV de 2 de junio de 2000 (RJ 2000\6.890) y 30 de abril de 2001 (RJ 2001\4.613), esto es, la singularidad de la obra o servicio que debe quedar suficientemente determinada y concreta, pues estamos ante una contratación laboral que ha de regirse por normas laborales y ampararse en alguna de las causas que establece el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y, desde esta perspectiva, es evidente que en el presente caso la justificación de la limitación temporal de los contratos sucesivos no puede acogerse a ninguna de estas causas. Es obvio que no se trata de interinidad en ninguna de sus modalidades; no hay tampoco una necesidad extraordinaria de trabajo temporalmente limitada como consecuencia de alguno de los factores que menciona el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (acumulación de tareas, circunstancias de mercado...) y, por último, *no existe, una obra o servicio determinado, pues la actividad de la Fundación demandada es en sí mismo permanente al dedicarse a impartir cursos de formación, y la única restricción temporal deriva, en este caso, de la interrupción de su prestación en atención a la subvención de los nuevos programas de acción y orientación profesional por la Consellería de Familia, Promoción y Empleo de la Xunta de Galicia*. Por otro lado, desarrollando el actor la misma actividad, sin solución de continuidad y con interrupciones inferiores a 20 días, en calidad de técnico de información y orientación, es claro que su relación laboral debe reputarse como indefinida al no existir causa para la temporalidad y concurrir una unidad esencial del vínculo laboral (STS/IV de 29 de mayo de 1997 (EDE nº 97/4.368). En consecuencia, procede acoger el recurso y declarar su cese como constitutivo de despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes al mismo (arts. 55.4 y 56.1 ET)

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don C.F.D., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra con fecha 8 de junio de 2004, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con estimación de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada "Fundación Formación e Emprego" (FOREM Galicia), a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a satisfacerle la cantidad de 12.241 euros en concepto de indemnización, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 49,18 euros.

3965 **Recurso nº 3.886/04**

S.S. CARÁCTER INHÁBIL DOS SÁBADOS, PARA OS EFECTOS DE EFECTUAR O CÓMPUTO DO PRAZO DE CADUCIDADE PARA ACCIONAR POR DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a once de octubre de dos mil cuatro

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. 3.886/04 interpuesto por "A.T., S.A." 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 don G.G.P. en reclamación de despido, siendo demandado "A.T., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 332/04 sentencia con fecha veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

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

"I.- Don G.G.P., mayor de edad, con D.N.I. núm. …, vino prestando servicios por cuenta de "A.T., S.A." desde el 19.03.01, como dependiente, y con un salario de 903,83 euros mensuales, con prorrata de pagas extras. II.- Con fecha 28.02.04, recibió el actor carta que decía: "La Dirección de la Empresa, ha tenido conocimiento que Vd., en los meses de diciembre de 2003, enero de 2004 y hasta el 28 de febrero del presente año, ha tenido una clara disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal de su trabajo, sin causa alguna justificativa del mismo, así como una desobediencia manifiesta de las órdenes dadas por parte de sus superiores, y un abuso de confianza en el desempeño normal de su trabajo, y todo ello en base a los siguientes hechos: 1º.- En los pedidos de mercancía que Vd. habitualmente realiza, dado que es su responsabilidad, se ha observado, en varias ocasiones, que se están haciendo con una mala gestión por parte suya, dado que en el Lineal de P.G.C. durante varios días, se observó la falta de productos tales como azúcar Blanquilla 1 kg y aceite de Oliva Carbonell 1º. Estos hechos le fueron comunicados a Vd. por el Director del centro de trabajo, para que solucionase la falta de estos productos, ya que los clientes habían reclamado la falta de los mismos, a lo cual Vd. contestó que: "Ya lo haré, ahora estoy muy ocupado". Dicha advertencia, fue desatendida pro su parte, ya que el día siguiente de dichos hechos, seguían sin estar en los expositores los productos antes relacionados. 2º.- El pasado día 2 de febrero de 2004, una clienta habitual del establecimiento, se dirigió a la línea de caja, pues quería papel Higiénico Sccotex y no lo había en el lineal, entonces la cajera le llamó y usted, de una manera desairada, le contestó a la cliente: "Si no lo hay en el lineal es porque no me los mandan del almacén central, pero creo que hay otras marcas, no creo que sea tan imprescindible comprar esa marca de papel Higiénico". 3º.- Se ha comprobado, en varias ocasiones, por los vigilantes de seguridad del hipermercado, que ha consumido en el establecimiento productos procedentes del centro, tales como: zumos y chocolatinas sin haber pasado por caja y por lo tanto no teniendo en su poder el ticket correspondiente de caja. Aunque, reiteradas veces, por parte de sus superiores, se le ha llamado la atención por su comportamiento y dejadez, ha hecho caso omiso de dichas llamadas. Todo esto ha llevado consigo que en el establecimiento productos procedentes del centro, tales como: zumos y chocolatinas sin haber pasado por caja y por lo tanto no teniendo en su poder el ticket correspondiente de caja. Aunque, reiteradas veces, por parte de sus superiores, se le ha llamado la atención por su comportamiento y dejadez, ha hecho caso omiso de dichas llamadas. Todo esto ha llevado consigo que en el establecimiento, tanto las visitas de clientes, como las ventas, han tenido un descenso notorio y perjudicial, en lo que a su departamento se refiere. Estos hechos, claramente tipificados en el art. 54.1 y 2 apartado b), d) y e) del Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, son considerados por la Dirección de la Empresa como faltas muy graves, no teniendo más remedio que sancionarle con el despido, con efectos del día de hoy. En caja tiene a su disposición la liquidación de sus haberes correspondientes". III.- Este mismo día el actor firmó nómina, que incluía el salario de los días trabajados y plus locomoción, así como "finiquito Vacaciones", "finiquito Extra Verano", "finiquito Extra Navidad" y "finiquito Extra Beneficios", por un total neto de 2.033,93 euros; al tiempo firmó recibo que decía: "Recibí de la Empresa "A.T., S.A." la cantidad de dos mil treinta y tres euros con noventa y tres céntimos (2.033,93 euros), cobrando por transferencia la cantidad de seiscientos cincuenta y cinco euros con cinco céntimos (655,05 euros) y en metálico la cantidad de mil trescientos setenta y ocho euros con ochenta y ocho céntimos (1.378,88 euros). Reconociendo que, con la percepción de dicha cantidad, me considero totalmente saldado y finiquitado en mi relación laboral para con esta empresa, sin tener nada más que pedir, ni reclamar, por concepto alguno". IV.- Presentada papeleta de conciliación el 26.03.04, se celebró el acto sin efecto el 12.04.04, presentándose la demanda ante el Juzgado el 13.04.04".

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

"FALLO: Que desestimando la excepción de caducidad de la acción y estimando la demanda de don G.G.P., declaro improcedente el despido de que fue objeto el 28.02.04, condenando a "A.T., S.A.", a que en el plazo de cinco días, desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión del actor a su puesto de trabajo, o el abono de una indemnización de tres mil novecientos setenta y siete euros con dieciséis céntimos (3.977,16 €), con pago, en todo caso, de los salarios dejados de percibir, a razón de 30,13 euros diarios".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte demandada la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, admitiendo el relato fáctico que contiene, con amparo en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción del art. 59.1 LET así como la doctrina jurisprudencial que cita, argumentando que el plazo de caducidad de la acción de despido es un plazo preprocesal y, consecuentemente y de igual modo que acontece para el mes de agosto, no son inhábiles a efectos del computo de los veinte días los sábados, por lo que la acción ejercitada se halla caducada.

Si bien es cierta la doctrina jurisprudencia que señala el recurrente acerca de que el plazo de veinte días de la acción de despido es un plazo preprocesal y que por lo tanto el mes de agosto no lo suspende, sin embargo tal doctrina no se ha aplicado a los domingos y festivos por lo que al ampliarse por la Ley 19/2003 de 23 de diciembre la inhabilidad a efectos procesales para los sábados, y ello dentro del art. 182.1 LOPJ equiparando dichos días con los preexistentes, domingos y festivos nacionales, de comunidad autónoma y locales, han de correr todos igual suerte y recibir idéntica calificación y efectos, por lo que los sábados deviene inhábiles para accionar por despido y por tanto no se computan para dentro de aquel plazo, por ello al haberlo apreciado así el juzgador de instancia no vulnera la resolución recurrida aquellos preceptos sino que ejecuta recta interpretación de los mismos, en consecuencia, se desestima el motivo.

SEGUNDO.- Con igual amparo procesal que el precedente motivo, el art. 191.c) LPL, denuncia como infringido el art. 1.254, 1.255 y 1.256 Código civil argumentando, en esencia, que de no acogerse el motivo anterior, existe un finiquito firmado entre las partes que puso fin a la relación laboral por mutuo acuerdo.

Con el presente motivo la parte recurrente pretende dar validez al recibo de finiquito firmado entre las partes el mismo día en que se produjo el acto de despido y sobre tal cuestión esta Sala en S. de 21.05.99, que sigue el criterio de STS de 30.09.92, ya estableció que el carácter liberatorio que tiene el llamado recibo de saldo y finiquito para las partes que lo firman, en cuanto que contiene una manifestación de voluntad, -aunque sometida en su interpretación a las reglas de interpretación de los contratos que establecen los arts. 1.281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados-, solo puede ser desvirtuado por quien la emite, acreditando que se halla viciada en su origen por la concurrencia de alguno de los vicios del consentimiento (prueba que incumbe a quien los alegue), y ello en aras de la seguridad jurídica y en aplicación de la doctrina de los propios actos. Dicho lo anterior, nada impide que el documento de finiquito sea analizado e interpretado al objeto de determinar cual sea su exacto contenido y es aquí donde la STS de 24/6/98 distingue entre: el valor liberatorio que todo finiquito conlleva en relación a las cantidades y conceptos que en el mismo se contienen, y la conformidad con el despido o extinción de la relación laboral producida coetáneamente con la firma de dicho documento, distinción que se plasma exigiendo que, cuando el finiquito firmado es coetáneo o posterior a una decisión patronal de poner fin a la relación laboral, conste en el mismo bien la voluntad unilateral del trabajador de poner fin al contrato, o bien la transacción o acuerdo de las partes sobre tal finalización, de modo que cuando aquella voluntad o este pacto no aparecen reflejados en tal documento solo le otorga valor liberador por las cantidades y conceptos que en él se reflejan.

La aplicación de la doctrina expuesta al presente supuesto, teniendo a la vista lo establecido en los arts. 1.281, 1.289 del Código Civil y concordantes, implica que, de una parte y aceptando parcialmente la argumentación de instancia, dicho finiquito libera a la recurrente por los importes que en el se reco-

gen como abonados al actor pero, a mayores y discrepando en este aspecto de la argumentación de la resolución recurrida, implica que deba considerarse como extintivo de la relación laboral lo que deducimos del propio contenido literal de dicho finiquito al señalar que "...con la percepción de dicha cantidad, me considero totalmente saldado y finiquitado en mi relación laboral para con esta empresa, sin tener nada mas que pedir ni reclamar por concepto alguno", pues tal manifestación vincula el percibo de la liquidación con la extinción de la relación laboral de un modo claro y palmario, la parte firmante de dicho documento, con su firma - acto que se ha de considerar, reflexivo y consciente -, está aceptando la extinción de la relación laboral por acuerdo con su empleador, acompañado de liquidación y finiquito, es decir, se está vertiendo una manifestación de voluntad firmada, que no ofrece duda en cuanto a su propósito de poner fin a la relación laboral después de que la empresa le hubiese comunicado previamente su decisión extintiva, y así la relación laboral finalizó por mutuo acuerdo de las partes [art. 49.1 a) del ET], no otra cosa cabe deducir de aquella literalidad, y de que el demandante percibió, sin protesta ni reserva alguna, la liquidación final que le correspondía de salario del mes, locomoción y partes proporcionales de gratificaciones extraordinarias (verano, navidad y beneficios), así como finiquito por vacaciones, lo que conlleva la transacción o pacto sobre la extinción de la relación laboral entre ambas partes, en consecuencia, del hecho de que la actora ejercite la acción de despido (habiendo esperado dieciocho días para plantear la demanda conciliatoria), no puede extraerse la conclusión contraria a tal transacción pues no se ha acreditado que el consentimiento de la parte actora se hallara viciado por error, violencia, intimidación o dolo (extremos ni siquiera planteados en su demanda), por todo ello, al no haberlo estimado así el juzgador de instancia, procede acoger el recurso, revocar la resolución recurrida y desestimar la demanda rectora de los autos declarando extinguida la relación laboral que unía a las partes por mutuo acuerdo.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 201.2 y 3 LPL, la estimación del recurso implica la devolución del depósito constituido para recurrir, así como la devolución de la consignación efectuada, y una vez firme esta resolución procédase a su devolución.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por "A.T., S.A." contra la sentencia dictada el 24.05.04 por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Vigo en autos Nº 332-2004 sobre despido seguidos a instancias de don G.G.P., contra la recurrente y con revocación de dicha resolución desestimamos la demanda rectora de los autos y en consecuencia absolvemos a la demandada recurrente de las pretensiones en su contra deducidas, declarando extinguida la relación laboral que unìa a las partes por mutuo acuerdo.

3966 **Recurso nº 3.951/04**

S.S. REQUISITOS PARA A ESIXENCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDARIA A EMPRESAS AGRUPADAS, PARA OS EFECTOS DE DEMANDA POR DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a once de octubre de dos mil cuatro

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. 3.951/04 interpuesto por las empresas "N.X., S.A." e "I.X., 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 D.O.A. en reclamación de despido, siendo demandado las empresas "N.X., S.A." e "N.X., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 471/01 sentencia con fecha dieciocho de junio de dos mil cuatro, 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 D.O.A., mayor de edad, con D.N.I. núm. …, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada "N.X., S.A.", dedicada a la actividad de mantenimiento industrial, desde el 20 de agosto de 1999, con categoría profesional de peón, y salario mensual de 947,62 euros, con prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- El trabajador y la empresa suscribieron en fecha 20 de agosto de 1999 un contrato de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado, que consignaba como objeto "Trabajos Mto. Digestión". En fecha 15 de enero de 2002 la empresa comunicó al actor que el 31 de enero de 2002 concluiría el contrato "por baja fin de obra". En fecha 4 de febrero de 2002 suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado, que consignaba como objeto "Mantenimiento mecánico planta Alúmina contrato A77CEA2149". TERCERO.- El 1 de abril de 2004 la demandada "N.X., S.A." comunicó al actor que el 16 de abril de 2004 finalizaría el contrato que tenía suscrito con la empresa. El contenido de la comunicación es el siguiente: *"Por la presente le comunicamos que debido a la finalización de la obra para la que fue contratado, el próximo día 16 de abril de 2004 finalizará el contrato laboral que tenemos con Usted, por lo que ese mismo día será dado de baja en la empresa"*. CUARTO.- El actor no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores. QUINTO.- Las dos empresas demandadas tienen como administrado único a don F.N.M., comparten el mismo teléfono y domicilio social en … (Lugo); "I.X., S.A.", fue constituida por don F.N.M., don J.B.M., don M.T.A., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M. y don A.N.M., siendo inscrita en el Registro Mercantil el 03.11.89; "N.X., S.A.", fue constituida por don F.N.M., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M., don A.N.M., don J.B.M. y don M.T.A., siendo inscrita en el Registro Mercantil el día 28.03.87. Ambas se dedican a la actividad económica de mantenimiento de instalaciones industriales como parte integrante de su objeto social. SEXTO.- Durante su relación laboral con "N.X., S.A.", tiene concertadas a lo largo del tiempo distintas contratas de trabajos de mantenimiento y montaje mecánico. SÉPTIMO.- El 30 de abril de 2004 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraxe e Conciliación de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, que concluyó como intentado sin avenencia respecto de "I.X., S.A.", y sin efecto respecto de "N.X., S.A.".

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

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por don D.O.A., debo declarar y declaro improcedente el despido del actor con efectos de fecha 16 de abril de 2004, y condeno de forma solidaria a las empresas demandadas "N.X., S.A." e "I.X., S.A." a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opten entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad de 6.616 euros y, en todo caso, a abonar al trabajador los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, en cuantía de 31,58 euros diarios, debiendo poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antes dicho, si optan o no por la readmisión. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad que al Fondo de Garantía Salarial le corresponda asumir dentro de los límites legales".

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 interpuesta por el actor, declara improcedente su despido y condena de forma solidaria a las empresas demandadas "N.X., S.A." e "I.X., S.A.", a que opten en el plazo de cinco días bien por readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían al producirse el despido, o bien a que extingan la relación laboral con abono de una indemnización de 6.616 €, y con abono en ambos casos de los salarios de tramitación, a razón de un salario diario de 31,58 €. Frente a dicha resolución, interponen recurso la representación procesal de ambas empresas condenadas, al objeto de que se revoque la sentencia de instancia, se desestime la demanda y, en definitiva, para que se absuelva a las citadas demandadas, articulando a tal objeto dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de hechos 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, solicitan las empresas recurrentes, en primer lugar, que se modifique el hecho probado primero y que se sustituya por otro, con el texto siguiente: "1º.- *El demandante, don D.O.A., mayor de edad, con D.N.I. …, prestó servicios para la empresa "N.X., S.A.", dedicada a la actividad de mantenimiento industrial, desde el 20 de agosto de 1999 a 31 de enero del 2002. Prestó servicios para "N.X., S.A." de 4 de febrero de 2002 a 16 de abril del 2004. La categoría profesional es la de peón y el salario mensual de 947,62 euros, con prorrata de pagas extras"*..

La Sala no acoge dicha modificación propuesta, cuyo texto alternativo contiene un resumen de los hechos probados 1º y 2º de los declarados probados en la sentencia, sin aportar ningún otro dato fáctico relevante, sino al contrario, de aceptarse la revisión del relato de hechos se eliminaría el objeto del contrato suscrito por los litigantes, dato relevante para la decisión del litigio.

En segundo lugar, las empresas recurrentes interesan la modificación del hecho probado quinto, proponiendo su sustitución por otro del tenor literal siguiente: *"5º.- Las dos empresas demandadas tienen como administrador único a don F.N.M., comparten el mismo teléfono y domicilio socia en … (Lugo); "I.X., S.A.", fue constituida por don F.N.M., don J.B.M., don M.T.A., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M. y don A.N.M., siendo inscrita en el registro mercantil el 02.11.89; "N.X., S.A.", fue constituida por don F.N.M., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M., don A.N.M., don J.B.M. y don M.T.A., siendo inscrita en el registro mercantil el día 28.03.87. "N.X., S.A." se dedica a la actividad de Contratación de obras y servicios de mantenimiento y obra nueva e instalaciones industriales. "I.X., S.A." se dedica a la actividad de "Trabajos de limpieza, pintura y mantenimiento de obras civiles. Trabajos de carga y descarga y reparación de mercancías"*. Y esta modificación sí se acoge, porque como se señalaba en la sentencia de esta misma Sala de fecha 14.09.02, resolviendo recurso de Suplicación interpuesto por la empresa codemanda "N.X., S.A.", en caso de despido de trabajador de la misma empresa, es correcta la sustitución fáctica, ya que con la misma, se hace constar, con mayor precisión y detalle, extremos relativos a cual es la actividad a que se dedican "I.X., S.A." y "N.X., S.A." y a cual es el epígrafe, con que figuran una y otra en el I.A.E., y resulta la certeza de dichos extremos, a partir del contenido de la prueba documental, que se cita al respecto.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, las recurrentes plantean dos cuestiones distintas: a).- Una primera, sobre la no existencia de un grupo de empresas; y b).- la no existencia de despido improcedente. En relación con la primera de las cuestiones, la representación letrada de las empresas recurrentes, denuncia infracción, por aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por responsabilidad solidaria del grupo empresarial, a efectos laborales, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 17 de mayo de 1990 y 30 de junio de 1993, así como de las sentencias de esta Sala de 31 de octubre de 1996 y 14 de septiembre de 2002, y tras recoger los requisitos de creación jurisprudencial sobre el grupo de empresas, concluye afirmando que no existe responsabilidad solidaria del grupo empresarial porque falta uno de los requisitos para ello, cual es la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada, dado que el actor prestó servicios únicamente para la demandada "N.X., S.A.".

La censura jurídica que se denuncia, en relación con el primer apartado sobre la existencia de un "grupo de de empresas", no puede prosperar, siendo de resaltar que la sentencia de esta Sala, que cita el recurrente, de 14 de septiembre de 2002, anteriormente aludida, en la que se resuelve un recurso de Suplicación interpuesto por una de las empresas aquí recurrentes, en el supuesto de despido de un trabajador de la citada empresa, ya apreció la concurrencia de grupo de empresas entre las dos recurrentes, como bien se afirma en la sentencia recurrida. Para estar en presencia de un grupo de empresas, deben darse los requisitos, a efectos laborales, de creación jurisprudencial, en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS, requisitos que pueden resumirse así: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. 06.05.81, Ar. 2.103 y 08.10.87, Ar. 6.973). 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 04.03.85, Ar. 1.270 y 07.12.87, Ar. 8.851). 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 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). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SSTS de 24.07.89 (Ar. 5.908), 22.01.90 (Ar. 180), 30.01.90 (Ar. 233), S. 03.05.90 (Ar. 3.946), 19.11.90 (Ar. 8.583), 26.11.90 (Ar. 8.605) y 30.06.93 (Ar. 4.939), añadiendo, incluso, la citada sentencia de 30.01.90, el requisito *de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores.*

En el presente caso, y tal como se declaró en la Sentencia de este mismo Tribunal de fecha 14.09.02, resultó acreditado que las empresas "I.X., S.A." y "N.X., S.A." tienen los mismos socios y el mismo Administrador Único, comparten teléfono y domicilio social, tiene alguna actividad común, como es la de mantenimiento de obras, tuvieron ambas, a lo largo del tiempo, contratas de mantenimiento con "Aluminio Español, S.A. –Alúmina Española, S.A.", en cuyas instalaciones prestó siempre servicios el actor, (hecho probado sexto) etc.; de todo ello se llega a la misma conclusión a la que llegó el Magistrado de instancia, relativa a que, no sólo existía, entre "I.X., S.A." y "N.X., S.A." un grupo empresarial, en cuanto tenían una dirección unitaria; sino también que había en su relación el plus necesario para llegar a la conclusión de que la responsabilidad, por las obligaciones de cada una de ellas, era común, pues, según se desprende de los datos fácticos expuestos, existía entre ellas confusión de plantillas, confusión de patrimonios –los socios eran los mismos-, apariencia externa de unidad empresarial –incluso, compartían local social y teléfono-, y unidad de dirección –el Administrador Único era el mismo, en ambas-. Y como se desprende de la fotografía de un obrero que obra al folio 63 de los autos, –quizás sea del demandante-, hasta el uniforme de trabajo lleva grabado el nombre de las dos empresas.

CUARTO.- En relación con la segunda de las cuestiones, la parte recurrente denuncia infracción de los artículos 55.4 y 56.1.a) y b) del ET, así como infracción por no aplicación del artículo 49.3 del mismo texto estatutario, argumentando, en síntesis, que en ambos contratos de trabajo se identificó suficientemente el servicio determinado, por lo que no existió despido alguno, sino finalización de las obras para las que fue contratado.

Según resulta del inalterado relato fáctico, el actor fue contratado inicialmente con fecha 20 de agosto de 1999 por la empresa "N.X., S.A." en virtud de un contrato de trabajo de duración determinada para prestar servicios a jornada completa, con la categoría profesional de peón, estipulándose en la cláusula séptima del contrato que el mismo se celebraba para "trabajos Mto. Digestión", causando baja por fin de obra el 31 de enero de 2002. Con fecha 4 de febrero de 2002, las mismas partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de análoga naturaleza, y en esta ocasión se estipuló como objeto "Mantenimiento mecánico planta Alúmina contrato A77CEA2149.", contrato que según comunicación de la empresa finalizó el 16 de abril de 2004 también por fin de obra. Y tal como se afirma en el Tercero de los Fundamentos de Derecho, -con evidente valor fáctico- el actor ha realizado diversos trabajos dentro de la actividad de la empresa, sin que los mismos hayan respondido al genérico objeto fijado en el contrato.

Y partiendo de estos datos fácticos, la cuestión litigiosa consiste en determinar si el cese del trabajador es constitutivo de despido improcedente, tal como entendió el juzgador de instancia; o si, por el contrario, el cese obedeció a la expiración del plazo convenido en el contrato –finalización de la obra-, por lo el cese no es constitutivo de despido, tal como sostienen las empresas recurrentes.

Los requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece regulado en los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2.720/1998 de 18 de diciembre, según reiterada doctrina jurisprudencial 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.

La Sala IV del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre 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 y, ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, ya que ésta no se supone nunca. Así en la Sentencia

de 19 de marzo de 2002 señala que los artículos arts. 8.2 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2.720/1998 de 18 de diciembre que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida. De ahí la trascendencia de que se cumpla la previsión del apartado 2.a) del Real Decreto citado que impone la obligación de identificar en el contrato, con toda claridad y precisión, cuál es la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican.

Añade el Alto Tribunal que el válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores no sólo requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración incierta, y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino además que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio (sentencia de 21 de septiembre de 1999 [RJ 1999\7.534].

En el presente supuesto, no ha quedado justificada la causa de la temporalidad que se invoca en el contrato suscrito por las empresas recurrentes y el trabajador demandante, por las siguientes razones: a).- En primer lugar, y por lo que se refiere a la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye el objeto del contrato, este requisito no se cumple, dado que resulta evidente que no puede entenderse cumplido con la alusión que la cláusula séptima del contrato de trabajo contiene sobre "trabajos Mto. Digestión", este enunciado no alude a la concreción de los servicios propios de una obra, siendo materialmente imposible poder determinar en que consiste el trabajo encomendado al actor, tratándose de un enunciado genérico y abstracto, dentro del cual cabe incluir cualquiera actividad de mantenimiento; y, b).- en segundo lugar, otro de los requisitos de esta modalidad contractual, es que el trabajador debe realizar los trabajos referidos a la obra para la que fue contratado. Y en el presente caso, el Magistrado de instancia señala en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia impugnada que *"…tal como se ha probado en el juicio, el trabajador ha realizado diversos trabajos dentro de su actividad en la empresa, sin que se pueda determinar que los mismos hayan respondido al genérico objeto fijado en el contrato"*. De esto se desprende que el actor desempeñó funciones ajenas a la obra o servicio para el que fue contratado, por todo ello cabe concluir que el primer contrato suscrito por el actor debe considerarse celebrado, por tiempo indefinido, al no reunir los requisitos propios de la temporalidad, en los términos que se dejan expuestos. Por tanto, cuando se celebra la segunda contratación, la relación laboral entre las partes ya era indefinida, por los vicios de los que adolecía la primera, por lo que se hace innecesario examinar los requisitos del segundo de los contratos celebrados entre los litigantes.

Por todo lo indicado, se rechaza la censura jurídica dirigida frente a la sentencia recurrida, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, con las consecuencias previstas en el artículo 202.1.3.4 de la Ley de Procedimiento Laboral. Sin costas por no haber sido impugnado el recurso por la parte recurrida; y en función de todo ello:

Fallamos

Que con desestimación del recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de las empresas demandadas "N.X., S.A." e "I.X., S.A.", confirmamos la sentencia que con fecha 18 de junio de 2004 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Lugo, a instancia del trabajador don D.O.A. y por la que se acogió la demanda formulada contra las recurrentes, sobre reclamación por despido.

3967 **Recurso nº 4.007/04**

S.S. DESPEDIMENTO REPRESALIA POR EXERCITAR O TRABALLADOR ACCIÓNS XUDICIAIS CONTRA O EMPRESARIO, QUE LEVA APARELLADA A CORRESPONDENTE INDEMNIZACIÓN DOS DANOS E PERDAS ACREDITADOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a quince de octubre de dos mil cuatro

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. 4.007/04 interpuesto por "I.C., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.L.F.F. en reclamación de despido siendo demandado "I.C., S.L.", siendo parte el Ministerio Fiscal; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 172/04 sentencia con fecha doce de abril de dos mil cuatro 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.L.F.F. vino prestando servicios para la empresa "I.C., S.L." desde el 5 de enero de 2004, con la categoría profesional de Dependienta de pescadería y con un salario de 700 euros incluida prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- En fecha 22 de enero de 2004 la actora sufrió un accidente de trabajo cuando estaba picando y colocando hielo en el mostrador. El día 23 de enero de 2004 fue a FREMAP al médico, enterándose que estaba asegurada con fecha 23 de enero de 2004, y que no se hacían cargo del accidente, siendo diagnosticada de "tendinitis" en muñeca derecha, estando de baja desde esa fecha. TERCERO.- En fecha 27 de enero de 2004 la actora formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo, siendo requerida en fecha 5 de febrero de 2004 la empresa demandada para que presentase determinada documentación, el día 11 a las 10,50 horas, entre ellas la carta de despido. CUARTO.- En fecha 27 de enero de 2004 la actora presentó papeleta de conciliación contra la citada empresa, solicitando el que se cotizase el periodo en que no estuvo de alta y que se le abonasen las prestaciones de Incapacidad Temporal, habiéndose celebrado acto de conciliación en fecha 5 de febrero de 2004 con resultado "Sin Efecto". QUINTO.- En fecha 5 de febrero de 2004 a la actora le fue remitida Carta del siguiente tenor literal: "…Estimada Sra.: Por medio de la presente carta, la empresa "I.C., S.L.", con domicilio en Av. Santiago nº 24-bajo de Ourense, le comunica que desde el 3 de febrero de 2004, ha dejado de prestar servicios para nuestra empresa, siendo la causa de la baja no haber superado el periodo de prueba.- Igualmente se le comunica que podrá pasar a recoger el recibo de finiquito y liquidación el día 11 de febrero de 2004, a las 17:30 horas…". SEXTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores. SÉPTIMO.- En fecha 26 de enero de 2004 se celebró Acto de Conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "Sin Efecto", presentando demanda la actora ante el Decanato el 27 de febrero de 2004".

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

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña M.L.F.F. contra la empresa "I.C., S.L." debo declarar y declaro como un despido nulo el cese efectuado por la demandada a la actora, condenando a esta empresa a que la readmita inmediatamente en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido, con abono de los salarios de tramitación, sólo en el caso de que sea dada de alta antes de la notificación de esta Sentencia y por el periodo comprendido entre dicha alta y la efectiva readmisión, así como al abono de una Indemnización por importe de 2.000 Euros".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada "I.C., 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 formulada por la actora, declara la nulidad de su despido realizado por la demandada "I.C., S.L.", el día 3 de febrero de 2.004, y condena a dicha demandada a que de forma inmediata le readmita en las mismas condiciones laborales que tenía en la fecha del despido, con abono de los salarios de tramitación, sólo en el caso de que sea dada de alta antes de la notificación de la sentencia y por el periodo comprendido entre el alta y la efectiva readmisión, así como al abono de una indemnización adicional en concepto de daños y perjuicios por importe de 2.000 €.

Y contra esta decisión recurre la empresa "I.C., S.L.", articulando sendos motivos de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en los que interesa la modificación de los hechos probados primero, segundo y tercero de la resolución recurrida, así como la

adición de un hecho nuevo, todo ello del siguiente modo:

A).- En relación con la modificación del hecho probado primero, se interesa su sustitución por otro del tenor literal siguiente: *"PRIMERO.- La actora doña M.L.F.F. vino prestando servicios para la empresa "I.C., S.L.", encuadrada en el sector del comercio de la alimentación, desde el 23.01.04, mediante contrato de duración determinada, que señala un periodo de prueba de quince días, con la categoría profesional de Dependienta de Pescadería y con un salario, a efectos indemnizatorios, de 537,25 € mensuales".*

B).- Respecto del hecho probado segundo, se solicita nueva redacción del mismo del tenor literal siguiente: *"SEGUNDO.- La actora fue dada de baja médica el 23.01.04 por la contingencia de accidente no laboral, con el siguiente diagnóstico: "Tendinitis muñeca derecha", siendo dada de alta médica el 23.02.04".*

C).- En cuanto a la modificación del hecho probado tercero, se insta la adición al mismo del siguiente texto: *"…la Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita a la empresa el 05.02.04 y constata que la Patronal había cursado la baja de la trabajadora con fecha 03.02.04".*

D).- Finalmente, se interesa la adición de un nuevo hecho al relato fáctico de la sentencia, del siguiente tenor literal: *"La trabajadora doña M.L.F.F. con posterioridad a su cese en la Patronal, prestó servicios para la empresa "C.S.D." en los siguientes periodos: el 13.03 04 y desde el 19.03.04 al 22.03.04".*

Con relación a las anteriores revisiones fácticas, por la Sala se acuerda lo siguiente:

A).- Que no se acoge la modificación interesada, que pretende modificar la antigüedad –o fecha de inicio de la relación laboral de la actora- apoyándose en el contrato de trabajo, por cuanto el Magistrado de instancia declara acreditado que la prestación de servicios para la empresa demandada no se inició el 23 de enero de 2.004 que es la fecha de la firma del contrato de trabajo, sino el día 5 de dicho mes, alcanzando esta conclusión valorando prueba testifical y de confesión. Y respecto del salario, tampoco cabe la revisión solicitada dado que la empresa se halla encuadrada en el comercio de la alimentación, por lo que será de aplicación el Salario del Convenio y no el Salario Mínimo Interprofesional como pretende la parte recurrente.

B).- Por lo que respecta a modificación pretendida en este apartado, la Sala no la acoge íntegramente, porque resulta más completo el hecho que se pretende revisar, únicamente cabe adicionar que, en efecto, en el parte médico en que se apoya la revisión (folio 45 de los autos), consta como fecha de baja y de alta la del 23 de febrero de 2.004.

C).- También se acuerda adicionar lo interesado en este apartado, porque así consta en el Informe de la Inspección de Trabajo que obra al folio 15 de los autos.

D).- Finalmente, también se acoge la adición pretendida de incorporar al relato fáctico un nuevo hecho, referido a la prestación de servicios de la actora para la empresa "C.S.D." los días 13 de marzo y del 19 al 22 del mismo mes, porque así consta en el informe de vida laboral, que obra incorporado al folio 26 de las actuaciones.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL articula la empresa recurrente el segundo de los motivos de suplicación, en el que denuncia infracción por interpretación errónea del art. 55.5 del E.T. en relación con el artículo 24 de la Constitución y de los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, argumentando, en esencia, que la empresa no actuó en represalia a la actuaciones hincadas por la trabajadora, porque no tenía conocimiento de las mismas, y el rechazo de la nulidad del despido implica, en consecuencia, también el rechazo de la petición indemnizatoria adicional por daños morales. En otro apartado del motivo, la empresa recurrente denuncia la infracción de los artículos 14. 1 y 3 y 49.1.b) del ET, alegando que la causa del cese obedeció a "la no superación del periodo de prueba", que figuraba estipulado en el contrato de trabajo, y que habiéndose iniciado la relación laboral el 23.01.04, y cursando la empresa la baja por no superación del periodo de prueba el 03.02.04, entre una y otra fecha no había transcurrido el plazo de quince días pactado en el contrato.

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

1.- Es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, -seguida entre otras por la Sentencia de esta Sala de 23.12.03 Rec. 5.554/03- la que viene señalando 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 17/2003, de 30 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 66/2002, de 21 de marzo; 90/1997, de 6 de mayo; 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).

2.- Y en el caso presente la decisión extintiva aparece adoptada respecto de la actora obedeciendo a lesión de un derecho fundamental tal como correctamente ha apreciado el Magistrado de instancia. Así, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se desprende que la demandante, antes de su despido, con fecha 27 de enero de 2004 formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo, girando visita a la empresa demandada el día 05.02.04. En la misma fecha del 27.01.04, la trabajadora demandante presentó papeleta de conciliación contra la citada empresa, solicitando que se cotizase el periodo en que no estuvo de alta y que se le abonasen las prestaciones de Incapacidad Temporal derivadas del accidente laboral sufrido el 22 de enero de 2.004, habiéndose celebrado el acto de conciliación el día 5 de febrero de 2004 con resultado de "Sin efecto". Y la carta de despido, lleva fecha del mismo día 5 de febrero de 2004.

No ofrece duda que la decisión extintiva empresarial, viene a coincidir temporalmente con las reclamaciones efectuadas por la trabajadora, comporta un evidente indicio de que dicha decisión pudo responder a una represalia frente al legítimo ejercicio de una acción judicial por parte de la actora, con desplazamiento a la empleadora de la carga de probar las causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión por ella adoptada. La empresa sostiene en la carta de despido que el cese obedeció al hecho de que la trabajadora no superó el periodo de prueba, fijado en el contrato de trabajo por un periodo de quince días. Sin embargo, tal circunstancia no resultó acreditada, sino todo lo contrario, el Magistrado de instancia declara probado que la relación laboral se inició el día 5 de enero de 2004, y no el día 23 del mismo mes como pretende la empresa –apoyándose en la fecha que figura en el contrato de trabajo-, consecuentemente, si los quince días se computan desde el día 5 de enero de 2004, el periodo de prueba había finalizado mucho antes de la fecha de cese de la trabajadora, producida el día 5 de febrero siguiente, aunque la empresa la quiera desplazar para el día 3 del mismo mes, lo cual resulta intranscendente dado que en una u otra fecha, el periodo de prueba estaría ampliamente superado. En consecuencia, dada la proximidad temporal entre las reclamaciones de la trabajadora y el despido del que ha sido objeto, se evidencia que la extinción de su contrato respondió a una indebida reacción del empresario frente al ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial que consagra el art. 24 de la C.E. y que, como básico, proclama también el art. 4.2.g) del E.T. (STC 14/1993, de 18 de enero), con vulneración por parte de la empleadora de la denominada garantía de indemnidad, por lo que procede desestimar su recurso.

TERCERO.- El rechazo de la anterior censura jurídica, hace innecesario el examen del III apartado del motivo del recurso de la

empresa, planteado con carácter subsidiario, sobre la declaración del despido de la actora como improcedente.

Por último, en el IV de los apartados del recurso, la empresa denuncia infracción de los artículos del código Civil –antes referidos-, 1.101 y 1.106, argumentando que, para el caso de que la Sala mantenga la nulidad del cese de la trabajadora, no procede conceder indemnización adicional alguna, porque no quedaron probados daños materiales ocasionados a la trabajadora, salvo la asistencia de la actora al acto de juicio con un letrado, cuya asistencia no resulta preceptiva, señalando que la cantidad justa y equitativa que le correspondería sería de 200 €.

Según las Sentencias del TS (22.07.96 RJ 1996/6.381) abundando en otras anteriores como las de 09.06.93 (RJ 1993/4.553), y 8-5-1995 (RJ 1995/3.752), 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 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.

En el presente caso, la pretensión de la trabajadora no se limita simplemente a reclamar el abono de una determinada cantidad en concepto de indemnización adicional por daños y perjuicios, sino que la misma la fundamenta (hecho octavo de la demanda) en causas serias y reales como son: -la pérdida de empleo, -el impago de las prestaciones de Incapacidad Temporal por no estar en alta en la Seguridad social, así como en los gastos derivados de las actuaciones profesionales ante la Inspección de Trabajo, el SMAC y el Juzgado de lo Social en reclamación de sus derechos, solicitando por todos los conceptos la cuantía de 3.000 €, habiéndole reconocido la sentencia recurrida 2.000 €.

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]).

En este caso, procede la corrección, dada la desproporción evidente entre el daño inferido a la trabajadora por la empresa con su conducta de represalia, y la indemnización de 2.000 € concedida por la Sentencia de instancia, por lo que ésta debe ser revocada en este concreto extremo, concretándose la indemnización en la cantidad de 500 €, que se considera, por esta Sala, ajustada al resarcimiento por esa conducta de represalia que resultó acreditada, y ello en función de la escasa antigüedad en la empresa, menos de un mes de prestación de servicios y en no ser preceptiva la actuación de un profesional en las actuaciones ni ante el SMAC, ni ante el Juzgado de lo Social. En consecuencia, este apartado IV del motivo del recurso de la empresa, debe ser parcialmente acogido.

CUARTO.- La estimación parcial del recurso de la empresa, comporta la devolución del depÛsito constituido para recurrir segun dispone el artÌculo 201.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. Sin costas.

Fallamos

Que estimando en parte el recursos de Suplicación interpuestos por la representación procesal de la empresa recurrente "I.C., S.L."contra la sentencia de fecha 12 de abril de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social n˙mero Uno de Ourense, en los presentes autos 172/04 seguidos por despido, en proceso promovido por doña M.L.F.F., frente a la citada empresa recurrente, revocamos la misma en el particular relativo a la indemnizaación adicional por daños y perjuicios, y declaramos que la citada empresa debe indemnizar a la actora por tal concepto en la cantidad de quinientos euros (500 €), manteniéndose el resto de los pronunciamientos sobre calificación del despido como nulo y su_ción adicional por daños y perjuicios, y declaramos que la citada empresa debe indemnizar a la actora por tal concepto en la cantidad de quinientos euros (500 €), manteniéndose el resto de los pronunciamientos sobre calificación del despido como nulo y suss consecuencias. Devuelvase a la empresa el depósito constituido para recurrir una vez firme la presente resolución, manteniendose el aseguramiento prestado en proporción a la condena en concepto de daños y perjuicios.

3968 Recurso nº 4.128/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. AFECTACIÓN A UN COLECTIVO DE TRABALLADORES. NON PROCEDE PERCEPCIÓN DE KILOMETRAXE E AXUDAS DE CUSTO. DIFERENCIA ENTRE MOBILIDADE XEOGRÁFICA E IUS VARIANDI.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a quince de octubre de dos mil cuatro

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. 4.128/04, interpuesto por "G.I., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.C.L., don J.A.R.P., don A.C.H. y don A.F.A. en reclamación de conflicto colectivo, siendo demandado "G.I., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 193/04 sentencia con fecha 27.04.04, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- (1) Don A.C.L., con DNI número …, (2) don J.A.R.P., con DNI número …, (3) don A.C.H., con DNI número … y (4) don A.F.A., con DNI número …, como miembros del Comité de Empresa de "G.I., S.A.", presentaron demanda de Conflicto Colectivo contra dicha empresa. 2º.- El centro de trabajo que la empresa tiene en "Peinador" (Mos), va a ser cerrado, con lo que los trabajadores (unos 50, incluidos los de la Oficina) han sido trasladados al centro de P., también propiedad de la empresa, quedando en la actualidad sólo dos trabajadores; asimismo se ha trasladado la maquinaria. El Comité de Empresa puso en conocimiento de la Consellería de Relacións Laborais, este hecho con fecha 26.11.03 (folios 59 y 60). 3º.- Los demandantes pretenden la aplicación del artículo 84 del Convenio Colectivo, de dietas y kilometraje, porque el Centro A Granxa está situado a 15 Km. del originario. 4º.- Entre el 15.01.03 al 24.11.03, la empresa notificó al Comité el acuerdo de traslado y fecha de efectos de 27 trabajadores. De éstos, J.M.A.B. causó baja el 26.09.03 por despido (la comunicación fue el 09.09.03 con efectos de 15.09.03) y J.A.I. baja por fin de contrato el 02.04.04. 5º.- Entre el 22.05.03 al 2.04.04, se han producido 16 bajas por distintos motivos, de trabajadores que en principio estaban en Peinador (folios 63 a 75). 6º.- Cinco trabajadores de Peinador han sido destinados a O Carballal, el 29.12.03. Distancia 1.5 Instituto Social de la Marina. (folios 80 a 85). 7º.- Seis trabajadores de Peinador-Carballal han pasado a A Granxa (folios 86 a 101). 8º.- Cuatro trabajadores se han beneficiado por cercanía (folios 102 a 115). 9º.- Nueve trabajadores (oficina y talleres) solicitan ir a A Granxa (folios 116 a 125). 10º.- Tres trabajadores cambian antes de las elecciones (folios 126 a 146). 11º.- Siete trabajadores fueron originariamente contratados para A Granxa, si bien realizaron su aprendizaje en Peinador (folios 147 a 154). 12º.- Con fecha 29 de abril de 2003, se comunica a la empresa por la Inspección de Trabajo, la denuncia del Comité, requiriendo a la empresa comunique haberse cumplido el procedimiento, conforme al artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. 13º.- La empresa, con fecha 1011.03, comunica al Comité de Empresa de Carballal-Peinador: el objetivo del plan Peinador (folio 162). El 17.11.03 se vuelve a informar a dicho Comité (folio 164). 14º.- Con fecha 14 de marzo de 2003, el Departamento de Personal comunica al Comité de Empresa el traslado del personal a oficina A Granxa (folio 165). 15º.- El 29.08.03 la empresa responde por escrito al Comité "2) Cambios de Centro de Trabajo… de producirse, serán comunicados con antelación y cauce adecuados, a los trabajadores afectados y al Comité de Empresa… Queremos aclararles también que por proximidad de los centros de trabajo de nuestra empresa cualquier movilidad de trabajadores es un cambio de centro de trabajo y no un traslado como Vds. de forma errónea califican". 16º.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación, que resultó sin efecto."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando las excepciones alegadas por la parte demandada y esti-

mando la demanda planteada por (1) don A.C.L., (2) don J.A.R.P., (3) don A.C.H., y (4) don A.F.A., y el Comité de Empresa representado por los actores, contra la empresa "G.I., S.A.", debo declarar y declaro el derecho de los trabajadores al percibo de kilometraje y dietas del artículo 84 del vigente Convenio Colectivo, condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el 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 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 del artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, (2) la prescripción de la demanda, aunque sin citar norma alguna, y (3) la infracción del artículo 84 del III Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. La parte demandante, ahora recurrida, no impugna ninguna de las denuncias.

SEGUNDO.- En cuanto a la infracción del artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, donde se establece, en su apartado 1, que *"se tramitarán a través del presente proceso (de conflicto colectivo) 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 practica de empresa"*, se argumenta sobre la excepción procesal de inadecuación de procedimiento –se trata, más que una denuncia jurídica, de una impugnación procesal a canalizar a través de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral-, denuncia jurídica que, a juicio de la Sala, resulta inacogible, ya que, de un lado, la cuestión litigiosa afecta a un grupo genérico de trabajadores –elemento subjetivo del conflicto colectivo-, los sometidos al cambio de centro de trabajo, no resultando decisivo que, por las circunstancias de la norma establecidas en el convenio colectivo, esa norma le sea aplicable a un número menor de trabajadores respecto a los que sean integrantes de dicho grupo, en cuanto, como correctamente afirma el juzgador de instancia, ello será relevante cuando se produzcan las reclamaciones individuales, pero no en la definición del grupo genérico de trabajadores, y, de otro lado, la cuestión litigiosa se refiere a la aplicación de una norma contenida en un convenio colectivo –elemento objetivo del conflicto colectivo-, debiéndose aclarar que, como se deriva de la propia letra del artículo 151, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral, el conflicto colectivo tanto puede ser de interpretación como puede ser de aplicación, siempre que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia –atinadamente citada en la sentencia de instancia-, el interés colectivo sea abstracto, genérico e indivisible, sin perjuicio de la divisibilidad llamada refleja y derivada de la posterior aplicación individualizada de la sentencia dictada en el conflicto colectivo.

TERCERO.- En cuanto a la prescripción de la demanda, aunque sin citar norma alguna, debemos entender se alude, no a la prescripción de la demanda, sino a la caducidad de la acción –se argumenta sobre un plazo de 20 días- establecida, para la impugnación de las decisiones de movilidad geográfica, en el artículo 59, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, es asimismo denuncia jurídica inacogible, ya que, en el caso de autos, en modo alguno se impugna una decisión de movilidad geográfica, ni de las contempladas en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, ni de las no contempladas en dicho artículo al no suponer cambio de residencia del trabajador y sometidas al poder organizativo empresarial de carácter genérico establecido en el artículo 20 de dicho Estatuto, sino que, atendiendo al suplico de la demanda, lo reclamado es una cuestión estrictamente retributiva, a saber la percepción del kilometraje y dietas establecidas en el artículo 84.2 del III Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, la cual está sometida a un régimen diferente de decaimiento temporal –el de prescripción anual del artículo 59.1 y 2 del dicho Estatuto-.

Además, la acción colectiva dirigida a obtener la interpretación de un convenio colectivo no comienza a prescribir en tanto el convenio colectivo esté vigente –Sentencia de 25.11.97, Recurso 877/1997, del Tribunal Supremo-.

CUARTO.- En cuanto a la infracción del artículo 84 del III Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, conviene, ante todo, el recordar su literalidad en

relación con los extremos de interés a la cuestión litigiosa:

"1. Las empresas podrán desplazar a su personal a otros centros de trabajo distintos de aquél en que presten sus servicios durante cualquier plazo de tiempo, fundamentando dicho desplazamiento en razones económicas, técnicas, organizativas, de producción o de contratación".

"Esta facultad deriva, por una parte, del carácter móvil del trabajo en las empresas del sector, como consecuencia de la inevitable temporalidad de la realización de su actividad, y a tenor de la excepción prevista en el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y, por otra, de la competencia atribuida al empresario en materia de ordenación del trabajo en el artículo 33 de este Convenio".

"2. Cuando el desplazamiento se produzca a un centro de trabajo situado en distinto término municipal y que, además, diste 15 kilómetros o más del centro de trabajo de partida y de la residencia habitual del trabajador, dará lugar a los siguientes conceptos compensatorios:

a) Si el desplazamiento es de duración que no exceda de un año, se devengarán dietas, si no puede pernoctar en su residencia habitual, y medias dietas, si puede pernoctar en ella ...".

Pues bien, a la vista de la declaración de hechos probados, nos encontramos ante un traslado de instalaciones de la empresa sin cambio de residencia para los trabajadores –Hecho Probado Segundo-, y ese, en modo alguno, es un supuesto de movilidad geográfica de los contemplados en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, referido a traslados definitivos y a desplazamientos temporales con cambio de residencia para los trabajadores, de modo que, atendiendo a la normativa estatutaria, el traslado de instalaciones de la empresa sin cambio de residencia para los trabajadores entra dentro del ius variandi fuerte, esto es, dentro de los poderes organizativos empresariales no sometidos a las especiales exigencias del artículo 40 del referido Estatuto.

Motivos semejantes nos llevan a excluir el traslado de instalaciones de la empresa sin cambio de residencia del artículo 84 del III Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, referido a desplazamientos de trabajadores, esto es, a supuestos de movilidad geográfica de carácter temporal, y que, en modo alguno, se equipara a un traslado definitivo de las instalaciones.

No desconoce la Sala que, por la justicia intrínseca del sinalagma contractual, un traslado de instalaciones de la empresa sin cambio de residencia merezca, con relación a algunos trabajadores y atendiendo a sus circunstancias particulares, determinadas compensaciones económicas, pero, en modo alguno, esas compensaciones deben ser, como se pretende en el presente proceso de conflicto colectivo, unas dietas que, en el artículo 84 del referido Convenio Colectivo, se vinculan al desplazamiento temporal inferior a un año de duración.

Como en consecuencia la denuncia jurídica deberá ser desestimada, se revocará la sentencia de instancia y se absolverá al demandado de la demanda.

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la entidad mercantil "G.I., S.A." contra la sentencia de 27 de abril de 2004 del juzgado de lo social número 5 de vigo, dictada en juicio seguido a instancia de don A.C.L., don J.A.R.P., don A.C.H. y don A.F.A. contra la recurrente, la sala la revoca íntegramente, con absolución de la demandada de todos los pedimentos de la demanda rectora de estas actuaciones, y, en legal consecuencia, se acuerda la devolución total a la recurrente del depósito para recurrir en suplicación.

3969 **Recurso nº 3.651/04**

S.S. FALLA DE ACREDITACIÓN DE REPRESALIA, PARA OS EFECTOS DA CUALIFICACIÓN DO DESPEDIMENTO COMO NULO, AO DESISTIR O TRABALLADOR DA DEMANDA CONTRA A PRESENTACIÓN DA CAL SUPOSTAMENTE LLE TIÑAN REPRESALIADO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Mª Antonia Rey Eibe

A Coruña, a dieciocho de octubre de dos mil cuatro

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. 3.651/04, interpuesto por "A.T.E., S.A." 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 doña P.V.L. en reclamación de despido, siendo demandado "A.T.E., S.A." y el Ministerio Fiscal, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 73/04 sentencia con fecha 22 de abril de 2004, 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 demandante doña P.V.L. vino prestando sus servicios para la demandada "A.T.E., S.A.", con la categoría profesional de coordinadora, percibiendo un salario mensual de 1.049,32 euros con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.- La actora suscribió con la demandada los siguientes contratos de trabajo: Con fecha 01.03.00, suscribió contrato de trabajo de duración determinada el cual se extinguió por baja voluntaria en fecha 03.03.00. Y contrato de trabajo de duración determinada celebrado al amparo del art.. 15 del estatuto de los trabajadores, por obra o servicio determinado, de fecha 13 de marzo de 2000. Que posteriormente fue convertido en indefinido.- SEGUNDO.- En septiembre de 2003, y como consecuencia de una reestructuración del servicio, es necesario cambiar los turnos de los coordinadores. El colectivo de los coordinadores decide que la adjudicación de turnos se efectúe por sorteo, como ya se hizo en el mes de febrero de 2003. Se celebra el sorteo y a la demandante, le corresponde el turno de tarde, mostrando su disconformidad con el resultado. La empresa decide entonces, entregarle a la trabajadora una carta de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, al amparo del art.. 41 del Estatuto de los Trabajadores, poniendo tal comunicación en conocimiento del Comité de Empresa. La carta de Modificación Sustancial de las Condiciones de trabajo es de fecha 26.09.03, y la fecha de efectos es de 27.10.03. No conforme con la modificación, la trabajadora plantea Papeleta de Conciliación celebrándose el Acto de Conciliación el día 24.10.03. Con fecha 29.10.03, interpone demanda, conociendo de la misma, el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, con nº de autos 874/2003. La demandante presenta escrito ante dicho Juzgado el día 27 de noviembre, solicitando la suspensión del Juicio señalado para el día 1 de diciembre, para ampliar la demanda.- TERCERO.- La demandante causó baja por incapacidad temporal, en fecha 15.10.03, siendo el diagnóstico crisis de ansiedad, y el alta de fecha 09.12.03.- CUARTO.- La actora a mediados del mes de diciembre de 2003 (entre el día 9 y el 15) mantuvo una conversación personal con el Jefe de Operaciones de la demandada, Sr. don A.T. relativa al cambio de turnos y de horario experimentado, que había dado lugar a la presentación de la demanda de modificación sustancial promovida por la trabajadora, el Sr. A.T. se ofreció para intentar solucionarlo, y manifestándole asimismo que esperase, dado que en enero o febrero podía arreglarse al haber posibilidades por razón del tráfico. La demandante en el transcurso de dicha conversación comunicó al Sr. A.T. que desistiría de la demanda de modificación sustancial ya referida. El desistimiento se produjo el día 16.12.03 y se notificó a la empresa en fecha 30.12.03.- QUINTO.- En fecha 22 de diciembre de 2003, la empresa demandada comunica a la actora la decisión empresaria de poner fin a la relación laboral por despido, con base en que *"durante los últimos meses se le ha venido comunicando, por parte de la dirección de la empresa, que no tiene usted el rendimiento deseado. Confirmado que, a pesar de los requerimientos efectuados, ha continuado usted con su rendimiento habitual, sin haber mejorado sus resultados, se ha decidido prescindir de sus servicios"*. Decisión que fue adoptada por el Sr. A.T. dos días antes de firmar la carta de despido, habiendo pedido autorización a Madrid por e-mail. Siendo el motivo que le llevó a ello, lo que le contaron los jefes de equipo. Por carta de la misma fecha se reconoció la improcedencia del despido, y se efectuaron las consignaciones correspondientes.- SEXTO.- El 5 de enero de 2004 se produce la convocatoria del Proceso electoral, fijándose para la presentación de las candidaturas el período comprendido entre el día 17 y el 25 de febrero de 2004. Doña P.V.L. figura como candidata en las listas de CGT, en el puesto nº 8, última página de la candidatura.- SEPTIMO.- En fecha 30.01.04 se celebró acto de conciliación ante el SMAC con resultado de sin avenencia."

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

promovida por doña P.V.L. contra la empresa "A.T.E., S.A." debo declarar y declaro nulo el despido efectuado a la actora en fecha 22.12.03 condenando a la demandada a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la readmisión, que al día de hoy ascienden a la suma de 4.267,23 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.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda y declara la nulidad del despido de la actora, recurre en suplicación la empresa demandada, solicitando en primer término, con correcto amparo procesal en el art.. 191.b) de la LPL revisión de hechos probados, a fin de que se añadan tres nuevos hechos que con los números octavo y noveno y décimo detalla en su escrito de recurso, los cuales tienen por objeto hacer constar la carta de despido remitida a cinco trabajadoras de la empresa por hechos similares a la actora y que fueron reconocidos improcedentes por la empresa; así como que la empresa remitió a otro trabajador carta de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al no aceptar éste voluntariamente el acuerdo alcanzado para ajustar el régimen de libranzas de los coordinadores del servicio de LAP, sin que este trabajador haya sido despedido, y finalmente que contra la empresa demandada se han seguido distintos procedimientos judiciales, ante los juzgados de La Coruña, sin ser despedidos los trabajadores demandantes en distintos procedimientos; revisión fáctica que no se admite por cuanto que las adicciones solicitadas son totalmente irrelevantes y carecen de trascendencia para el fallo, pues no se trata a través de la presente litis juzgar la generalidad de la actitud de la empresa con sus trabajadores y el nivel de litigiosidad que la misma ha ostentado en los últimos años, sino única y exclusivamente si se ha vulnerado el derecho a la indemnidad de la actora y si en consecuencia procede la ratificación de la nulidad del despido acordada por la juzgadora de instancia, acogiendo la tesis de la demandante, o por el contrario, si como sostiene la demandada, la decisión empresarial sólo puede ser constitutiva de un "despido improcedente".

SEGUNDO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción por aplicación indebida del art. 14 de la CE, arts. 17, 55.3, 5 y 6 del ET y art. 108.2 de la LPL, todo ello en relación con la jurisprudencia que cita en su escrito de recurso.

La sentencia de instancia declaró la nulidad del despido por entender que la empresa, con el acto extintivo operado, lesionó la garantía de la indemnidad del trabajador. Estima la juzgadora de instancia que existen indicios suficientes y razonables para invertir la carga de la prueba y una vez operada ésta, la empresa no ha acreditado que su actuación es extraña a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, existiendo por tantos motivos ocultos en el acto sancionador, concretamente una represalia empresarial al ejercicio legítimo por parte de la demandante, de una acción judicial contra una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de la que posteriormente desistió, sin que la empresa haya conseguido acreditar que existiese una causa grave y real para proceder al despido de la trabajadora.

Así las cosas, el derecho fundamental que se considera infringido por el recurrente, por aplicación indebida, tal y como refleja en el escrito de recurso, no es otro sino que el art. 24 de la CE, dada la garantía de la indemnidad que en el se tutela. Sobre dicho extremo es reiterada la doctrina del TC (S 7/93, 14/93, 140/95, 197/98, 101/2001, 196/2000 y 199/2000), según la cual "una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe de ser calificada como discriminatoria y nula contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 49.2.g) ET), de tal manera que en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia en el ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos ". Por su parte, la sentencia 199/2000, expone que " el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se establece mediante la

actuación de los jueces y tribunales, sino a través de 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 jurídicas o privadas...En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de la 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", reiterando la STC 10.04.00 (RTC 2000/101) que "invocada por el recurrente la que denomina garantía de la indemnidad insita en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el enjuiciamiento de este Tribunal debe partir de su propia doctrina conforme a la cual la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar el legítimo ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales encuentra una aplicación específica en los supuestos en los que la extinción del contrato o despido se configura como una represalia previa al ejercicio por parte del trabajador de acciones judiciales dirigidas a la reclamación de derechos laborales".

En definitiva, la garantía de la indemnidad se traduce en el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables por el ejercicio de acciones judiciales o previas al proceso en defensa de sus derechos laborales.

TERCERO.- Ahora bien, lo anteriormente expuesto, no puede implicar automáticamente la doctrina por la que se declara la nulidad de los despidos por atentatorios de derechos fundamentales (en este caso del derecho a la indemnidad), en los casos en los que haya existido, previo al despido, cualquier actuación judicial entablada por el trabajador, entendiéndose que la finalización del contrato se debe a un represalia del empresario, ya que de ser así cualquier trabajador que interpusiera demanda o reclamación antes de la finalización del contrato estaría protegido ante la improcedencia del despido, ya que este sería nulo, lo que conlleva a continuación al examinar el caso de autos, y determinar si a tenor de la declaración de hechos probados se desprende que la actuación llevada por la empresa de despedir al trabajador tiene por motivo la conducta laboral de la propia trabajadora recurrida, o por el contrario, como sostiene la sentencia de instancia se debe al ejercicio de la acción judicial por dicha trabajadora entablado, al interponer la demanda sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Del relato de hechos probados de la sentencia de instancia se desprende que: 1º) Que la demandante doña P.V.L. vino prestando sus servicios para la demandada "A.T.E., S.A.", con la categoría profesional de coordinadora, percibiendo un salario mensual de 1.049,32 euros con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.- La actora suscribió con la demandada los siguientes contratos de trabajo: Con fecha 01.03.00, suscribió contrato de trabajo de duración determinada el cual se extinguió por baja voluntaria en fecha 03.03.00. Y contrato de trabajo de duración determinada celebrado al amparo del art. 15 del estatuto de los trabajadores, por obra o servicio determinado, de fecha 13 de marzo de 2000. Que posteriormente fue convertido en indefinido. 2º) En septiembre de 2003, y como consecuencia de una reestructuración del servicio, es necesario cambiar los turnos de los coordinadores. El colectivo de los coordinadores decide que la adjudicación de turnos se efectúe por sorteo, como ya se hizo en el mes de febrero de 2003. Se celebra el sorteo y a la demandante, le corresponde el turno de tarde, mostrando su disconformidad con el resultado. La empresa decide entonces, entregarle a la trabajadora una carta de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, al amparo del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, poniendo tal comunicación en conocimiento del Comité de Empresa. La carta de Modificación Sustancial de las Condiciones de trabajo es de fecha 26.09.03, y la fecha de efectos es de 27.10.03. No conforme con la modificación, la trabajadora plantea Papeleta de Conciliación celebrándose el Acto de Conciliación el día 24.10.03. Con fecha 29.10.03, interpone demanda, conociendo de la misma, el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, con nº de autos 874/2003. La demandante presenta escrito ante dicho Juzgado el día 27 de noviembre, solicitando la suspensión del Juicio se3ñalado para el día 1 de diciembre, para ampliar la demanda.- 3º) La actora a mediados del mes de diciembre de 2003 (entre el día 9 y el 15) mantuvo una conversación personal con el Jefe de Operaciones de la demandada, Sr. don A.T. relativa al cambio de turnos y de horario experimentado, que había dado lugar a la presentación de la demanda de modificación sustancial promovida por la trabajadora, el Sr. A.T. se ofreció para intentar solucionarlo, y manifestándole asimismo que esperase, dado que en enero o febrero podía arreglarse al haber posibilidades por razón del tráfico. La demandante en el transcurso de dicha conversación comunicó al Sr. A.T. que desistiría de la demanda de modificación sustancial ya referida. El desistimiento se produjo el día 16.12.03 y se notificó a la empresa en fecha 30.12.03".

A la vista de lo que antecede esta Sala no encuentra que la demanda interpuesta por la actora sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de la que después desistió pueda llevar aparejada la declaración de nulidad del despido efectuado, y ello porque si bien de la redacción fáctica se la sentencia y de la fundamentación jurídica que contiene datos con indudable valor probatorio detalla una serie de hechos relativos al comportamiento de la trabajadora determinantes de un cambio de actitud que incurre en dejadez de funciones, y que corroboran los testigos deponentes en el acto del juicio, que la propia juzgadora de instancia relata en el fundamento de derecho tercero de la resolución recurrida, y en la que manifiesta que aunque pudieran darse por probado ciertos aserto, como se desprende del relato fáctico no se hizo, al considerar las manifestaciones de dichos testigos formuladas en el acto del juicio de "inconcretas y vagas", ello no puede conllevar sin más como ya ha quedado expuesto a declarar la nulidad del despido, pues la declaración de improcedencia puede venir dada no solo por la ausencia de gravedad, sino también como acontece en el supuesto que nos ocupa por la falta de acreditación de los hechos que le han sido imputados (art. 55.4 ET), pues el hecho de que la actora interpusiese demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de la que después desistió y sin que el hecho de que tal desistimiento se produjese después de la conversación de la trabajadora con el responsable del centro de trabajo, implique, dado que en modo alguno resultó acreditado la existencia de una actitud de éste encaminada a que efectuase el desistimiento, por lo que al ser este el único indicio que existe a favor de la trabajadora de la existencia de una reclamación judicial previa al despido, no puede implicar a la vista de lo expuesto que ello conlleve una represalia empresarial, y ello sin que esta sala pueda entrar en el otro motivo de nulidad al que se refiere la demanda, y que fundamenta la nulidad del despido en base a la condición de la pertenencia y condición de la trabajadora afiliada a la CGT, toda vez que dicho motivo si bien aparece reflejado en la redacción de hechos probados, no se hace referencia alguna en la sentencia como posible causa de nulidad, al haberse admitido la anterior que en la misma se recoge, y sin que la propia trabajadora recurrida hiciese alguna consideración al efecto en el escrito de impugnación del recurso, o cualquiera de las partes que permitiese entrar en dicho motivo indicado.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "A.T.E., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de A Coruña, de fecha 22.04.01, y con revocación de su fallo debemos declarar la improcedencia del despido de la actora condenando a dicha demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte por la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 6.139,50 Euros, más los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la presente resolución.

3970 Recurso nº 3.899/04

S.S. IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO DECRETADO, DADA A FALLA DE GRAVIDADE DA TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL IMPUTADA NA CARTA DE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a dieciocho de octubre de dos mil cuatro

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. 3.899/04, interpuesto por don A.M.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.M.P. en reclamación de despido, siendo demandado "H.T., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 391/04 sentencia con fecha 14 de junio de 2004, 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 A.M.P., con D.N.I. número … C, viene pres-

tando servicios para la mercantil "H.T., S.A.", con la categoría profesional de coger, desde el 09.04.01, con un salario mensual de 1.091,05 euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- Con fecha 31 de marzo de 2004 el trabajador recibió por parte de la dirección de la empresa la siguiente carta de despido: *Como trabajador de la empresa "H.T., S.A." y habiéndole pedido explicaciones de la detención que por más de 30 minutos realizó usted el día 26 de marzo de 2004 con el camión matrícula PO-8416-BK en la gasolinera SERTUY de Tuy a las 9:30 horas y habiendo comunicado a la empresa que había aprovechado que se encontraba reponiendo gasoil para comprar bocadillos, y toda vez que la empresa ha comprobado la falsedad de dicha comunicación, dado que Ud. no repuso gasoil, la empresa entiende que ha incumplido las siguientes normas: * Al mentir se infringe por parte de Ud. el deber de buena fe contractual.- * Dejar el camión encendido en la gasolinera más de 30 minutos, creando una situación de peligro muy grave para dichas instalaciones.- * Dejar abandonado el camión propiedad de la empresa, sin la debida custodia, siendo muy fácil proceder al robo del mismo.- Entendiendo por todo ello su conducta como muy grave, por medio de la presente le comunicamos el despido con efectos del día de hoy.*- TERCERO.- De los hechos reflejados en la carta de despido, ha quedado acreditado que don A.M.P. el 26 de marzo de 2004 acudió a la gasolinera de Tuy SERTUY sobre las 9:30 horas, dejando el camión de la empresa matrícula PO-8416-BK estacionado en la misma y en funcionamiento, sin que repostara gasolina; acto seguido, y abandonando el camión que continuaba encendido, acudió a una cafetería distante de la gasolinera, para comprar un bocadillo. Todas estas actuaciones fueron observadas por el representante de la empresa "H.T., S.A." que acudió a la gasolinera para hacer gestiones. Cuando llegó a la sede de la empresa, el gerente de la misma le requirió para que le presentara el albarán de haber repostado gasolina, indicando el trabajador que no lo encontraba.- CUARTO.- Don A.M.P. había repostado combustible en este camión los días 24 y 25 de marzo, en concreto, 79'39 y 90'57 litros de gasoil.- QUINTO.- Presentada papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el día 21 de abril de 2004, la misma tuvo lugar el día 3 de mayo de 2004, con el resultado de sin avenencia.- SEXTO.- El demandante no es ni ha sido 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 desestimando la demanda interpuesta por don A.M.P., debo declarar y declaro procedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 31 de marzo de 2004 por parte de la entidad "H.T., S.A.", convalidando la extinción del contrato en tal fecha y absolviendo a la mercantil demandada 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.- Disconforme el actor con que, en la sentencia de instancia, se desestime la demanda –dirigida a que se declare la improcedencia del despido, a que fue sometido por la empresa demandada-, formulada recurso de suplicación, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, en el hecho probado tercero, se sustituya el apartado –que dice: "… acto seguido, y abandonando el camión que continuaba encendido, acudió a una cafetería distante de la gasolinera, para comprar un bocadillo. Todas estas actuaciones fueron observadas por el representante de la empresa "H.T., S.A." que acudió a la gasolinera para hacer gestiones…"-, por: "… y estuvo tomando un bocadillo a unos 25 metros y veía el camión; el vehículo estaba vacío…"; y, en segundo, por la del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por interpretación errónea, del artículo 54.2.d) del ET, en relación con los 5.2, 20.2 y 56 del mismo Texto, y con los 64 al 70 del Convenio Colectivo de aplicación (General de Derivados del Cemento).

SEGUNDO.- No ha lugar a efectuar la revisión fáctica, que se interesa en el primer motivo del recurso, pues se utiliza para fundamentarla un medio probatorio, cual es el de interrogatorio de parte, que no es apto al efecto, dado lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 del TRLPL –se dice, en el escrito de recurso, que se apoya en el documento, obrante en los folios 79 y 80, de los autos, que, en definitiva, se corresponden con el acta del juicio; pero, realmente no es ésta la que tiene interés para basar el motivo, sino las declaraciones, que contiene del actor y del representante legal de la empresa, las que constituyen el medio probatorio de interrogatorio de parte, que no está comprendido entre los señalados en el citado apartado b) del artí-

culo 191 del TRLPL, como aptos para la revisión (documental y pericial)-.

TERCERO.- Sostiene el actor, en el segundo motivo del recurso, que, a la vista de los hechos, cometidos por el actor, estos no justifican la decisión extintiva del contrato de trabajo; que nunca fue sancionado por la empresa; que la decisión resulta desproporcionada; que los conceptos de transgresión de la buena fe contractual y de abuso de confianza en el desempeño del trabajo, a que se refiere el artículo 54.2.d) del ET, como casos de incumplimiento contractual, grave y culpable, que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo, por decisión del empresario, mediante despido, constituyen expresiones de tan gran amplitud, que, en ellas, se subsumen todas aquellas actividades que supongan un incumplimiento contractual grave y culpable; y que, en definitiva, no es posible llegar a esa conclusión sin existir, en la actuación, un ánimo premeditado y consciente de perjudicar a la empresa, que fuere merecedora de la sanción máxima, que representa el despido acordado, y, entendiendo la Sala que dichas alegaciones son dignas de tener en cuenta, pues, aparte de lo que en ellas se indica, no puede pasar desapercibido, si se tiene en cuenta, por una parte, que, en la resolución impugnada, solamente se considera acreditado, con relación a la carta de despido, que, sobre las 9'30 horas del 26 de marzo de 2004, el demandante, que prestaba sus servicios para la empresa demandada, con la categoría profesional de chófer, acudió a la gasolinera de Tuy "Sertuy", dejando el camión de la empresa, matrícula PO-8416-BK, estacionado en ella, en funcionamiento y sin repostar; y, acto seguido, lo abandonó, continuando encendido, y acudió a una cafetería, distante de la gasolinera, para comprar un bocadillo; y que, habiendo sido observada su actuación por el representante de la empresa, que había acudido a la gasolinera para efectuar gestiones, cuando llegó a la sede de aquélla, el gerente le requirió para que presentare el albarán de haber repostado combustible, indicándole el actor, que no lo encontraba; y, por otra, que, en el artículo 68.14 del Convenio Colectivo General de Derivados del Cemento –que era el aplicable a la relación laboral, existente entre las partes-, se señala, entre las faltas muy graves, y como más parecida a la que, en su caso, pudiere ser encajada la conducta del recurrente –que también, en su caso, podría dar lugar al despido-, el abandono del trabajo sin justificación cuando ocasione evidente perjuicio para la empresa o sea causa de accidente para otros trabajadores; resulta que la conducta del actor, no encaja en dicha falta muy grave, pues, aunque pudiere haber existido un abandono del trabajo, sin justificación, por su parte, por el hecho de haber dejado abandonado el camión, encendido, para dirigirse a una cafetería, distante de la gasolinera, a comprar un bocadillo; lo que, en ningún caso, resultó acreditado es que ello hubiere ocasionado un evidente perjuicio para la empresa –en todo caso, ésta no lo demostró-, o que fuere causa de accidente para otros trabajadores –es cierto que la conducta del demandante es merecedora de reproche, y que pudiere ser incardinada en la falta leve, definida en el artículo 66.3 del citado Convenio Colectivo, al señalar que se considera falta leve el abandono del trabajo sin causa justificada, aunque sea por breve tiempo, siempre cuando no afecte al buen funcionamiento de la empresa ni perturbe el trabajo de los demás trabajadores….; pero también lo es que esta falta no llevaría consigo la sanción de despido, sino, simplemente, la de amonestación verbal o por escrito(artículo 70 del Convenio Colectivo); procede acoger este concreto motivo del recurso, con el consiguiente efecto de declarar improcedente el despido del actor.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por don A.M.P., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Vigo, en fecha 14 de junio de 2004, con revocación de su fallo; y con estimación de la demanda, formulada por el citado don A.M.P.; debemos declarar y declaramos improcedente su despido, por parte de la empresa "H.T., S.A."; condenando a ésta a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, previstos en el artículo 56.1 b) del ET, o el abono de las percepciones económicas, señaladas en el artículo 56.1 a) y b) de dicho Texto.

3971 **Recurso nº 4.041/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. CÓMPUTO DA PAUSA DO BOCADILLO COMO TEMPO DE TRABALLO. CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA ABSORBIBLE.

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

A Coruña, a dieciocho de octubre de dos mil cuatro

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 4.041/04 interpuesto por "T.G., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 359/04 se presentó demanda por don R.V.L. (Delegado de Personal) en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado el "T.G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de junio de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- "T.G., S.L.", al menos desde 1982, vino considerando los 15 minutos diarios de tiempo de bocadillo, como tiempo efectivo de trabajo, hasta que en 1999, pretendió dejar de hacerlo, planteándose por don R.V.L., como delegado de personal, conflicto colectivo que fue estimado en parte, declarándose el tiempo del bocadillo como "jornada efectiva" como condición más beneficiosa, y en consecuencia a disfrutar en aquel año de 1999 la plantilla un día y medio de descanso compensatorio por exceso de jornada anual; sentencia que fue confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18.03.00. 2.- La empresa no computó al personal que ingresó después de 1999, los 15 minutos del bocadillo, como de trabajo efectivo; planteado nuevo conflicto colectivo, fue estimado por sentencia de este Juzgado de 10.04.02, en tanto que tal condición beneficiosa, sólo afectaba al personal que prestaba servicios antes de octubre de 1999, al haber manifestado la demandada a partir de tal fecha, su voluntad de no reconocer tal condición. 3.- El Convenio Provincial del Sector de I. de Metal de Pontevedra (2003-05), dispone en su artículo 28 que la jornada laboral sería de 1.776 horas efectivas en cómputo anual, teniendo la consideración de no laborables los días 24 y 31 de diciembre, compensados por exceso de días de cómputo de jornada y añadiendo que "durante a vixencia do Convenio, os días que excedan da xornada anual, as empresas deberán acordar, antes do día 15 de xuño de cada ano o seu disfrute nas datas que pacten cos representantes dos traballadores". 4.- En el Convenio del Metal de 1999 se fijaban un total de 1.788 horas efectivas en cómputo anual. 5.- Para el año 2004 la empresa fijó un Calendario, partiendo de una jornada anual de 1.776 horas de 222 días de trabajo, con un horario en tres turnos, de 8 horas diarias que incluían un cuarto de hora de bocadillo; fija 14 días festivos, más los festivos de Convenio. Ello con reconocimiento de día y medio de des-canso, por exceso de jornada".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda de Conflicto Colectivo planteada por don R.V.L., contra "T.G., S.L.", declaro el derecho de los trabajadores que estuvieran en plantilla antes de Noviembre de 1999, a disfrutar en el año 2004 de cuatro días de descanso, por exceso de jornada, condenando a "T.G., S.L." a que pacte con el actor, en su condición de delegado de personal, las condiciones de su disfrute".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia decidió: "Que estimando en parte la demanda de Conflicto Colectivo planteada por don R.V.L., contra "T.G., S.L.", declaro el derecho de los trabajadores que estuvieran en plantilla antes de noviembre de 1999, a disfrutar en el año 2004 de cuatro días de descanso, por exceso de jornada, condenando a "T.G., S.L." a que pacte con el actor, en su condición de delegado de personal, las condiciones de su disfrute".

La empresa demandada recurre la sentencia; a tal fin, solicita revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- La pretensión fáctica consiste en añadir los siguientes nuevos apartados:

a) "VI.- La Sentencia del Ilmo. Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a que se refiere el hecho declarado probado I, de 18 de marzo de 2000, seguida entre las mismas partes y por la que se concedió el derecho a descanso por bocadillo, estableció en su Fundamento de Derecho Tercero, párrafo segundo "in fine", lo siguiente: "...aún sin desconocer

que está sometido a las condiciones necesarias para su pervivencia en el tiempo y que pueda ser absorbido y compensado cuando proceda; debiendo, en definitiva, mantenerse, al menos por el momento, ya que la pretensión litigiosa va dirigida a la efectividad del mismo en el año mil novecientos noventa y nueve"; se basa en los folios 60 a 66.

La pretensión no se acepta, porque está implícitamente admitida en el hecho probado 1º al citar la resolución judicial de que se trata; además, la cuestión litigiosa actual consiste en determinar si procede o no la absorción y compensación que la sentencia referida se limita a enunciar.

b) "VII.- El Convenio Colectivo del Metal del año 2003, para la provincia de Pontevedra, en sus artículos cuarto y quinto, establece una vinculación a la totalidad del mismo y un respeto a las garantías personales en su conjunto y cómputo anual"; se basa en los folios 69 a 71.

La pretensión no se admite porque, según la jurisprudencia (s. 28.04.90), el convenio colectivo no es hábil a los presentes efectos.

c) "VIII.- Por Sentencia del Juzgado de lo Social nº Cuatro de Vigo, se desestimó la demanda en un asunto de idéntica materia, formulado contra la empresa "T.G., S.L.", en autos nº 362/04, declarándose válida la absorción y compensación efectuada"; se basa en los folios 41 a 43.

La pretensión se acepta, porque consta en los documentos invocados, si bien relativa a "C.I.G., S.L.".

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con las sentencias que cita, pues legalmente se reconoce la posibilidad de absorber y compensar una condición más beneficiosa con mejoras posteriores que, en el caso, versan sobre conceptos homogéneos y de idéntica naturaleza al proyectarse a horas de descanso y a jornada anual de trabajo efectivo.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son:

I) La sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, de 25.11.99 en autos nº 642/99 sobre conflicto colectivo, declaró el derecho de los trabajadores de la empresa demandada a considerar el tiempo de bocadillo como jornada efectiva de trabajo y a disfrutar en 1.999 un día y medio de descanso compensatorio por exceso de jornada anual.

La sentencia de esta Sala de 18.03.00 en recurso de suplicación nº 622/2000, confirmó la de instancia.

II) La sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de 10.04.02 en autos nº 216/2002 sobre conflicto colectivo, desestimó el derecho de los trabajadores incorporados a la empresa demandada desde octubre de 1999 a considerar el tiempo de bocadillo como jornada efectiva de trabajo.

III) La sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de 12-5-2.004 en autos nº 362/2.004 sobre conflicto colectivo a instancia de Construcciones Industriales Ganomagoga SL, rechazó demanda similar a la actual.

IV) El Convenio Colectivo del Metal para 1999 fijó la jornada laboral de 1.788 horas efectivas en cómputo anual.

El Convenio Colectivo del Metal, provincia de Pontevedra, para el período 2003/2005, fijó la jornada efectiva de trabajo en 1.776 horas al año.

La empresa fijó el calendario laboral de 2004 con 1.776 horas en 222 días de trabajo, horario de 3 turnos de 8 horas/día con inclusión de un cuarto de hora de bocadillo, 14 días festivos aparte los de convenio, reconoció día y medio de descanso por exceso de jornada.

QUINTO.- La cuestión discutida consiste en decidir si la reducción de la jornada anual (de 1.788 horas a 1.776 horas) en virtud del nuevo convenio colectivo aplicable autoriza o no a reducir los descansos compensatorios de los trabajadores con arreglo al convenio colectivo anterior y derivados de considerar como jornada efectiva los quince minutos diarios de bocadillo.

Los datos expuestos en el fundamento anterior llevan a estimar la infracción normativa de la recurrente, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- La jurisprudencia (ss. 16.09.92, 20.05.02) y la doctrina de suplicación (TTSSJJ ss. Navarra 28.02.94, Cataluña 11.12.00, Murcia 14.01.02) afirman que las condiciones más beneficiosas pueden ser absorbidas, compensadas o neutralizadas en virtud de normativa posterior, legal o pactada colectivamente, que sea más favorable y que modifique la situación anterior en materia homogénea.

2ª.- En el caso, concurre la exigible homogeneidad entre los términos objeto de compensación y absorción, si tenemos en cuenta: a) Los tiempos de trabajo y de bocadillo hacen referencia y se proyectan al mismo concepto, el de jornada laboral: el primero, por definición; el segundo, al calificarse como de trabajo efectivo, que no de descanso, y por estar fijado diariamente, de modo que día a día se consume y agota. b) La causa de pedir del actor ratifica considerar el tiempo de bocadillo como de trabajo efectivo, al fundamentar su derecho en un exceso de jornada. c) Sin perjuicio del acuerdo de las partes, la razón de ser del tiempo de bocadillo no deviene compatible con su cómputo anual a efectos de obtener un descanso genérico. d) En consecuencia, para evitar un incremento de la condición más beneficiosa o mejora contractual previa, la reducción convencional de la jornada de trabajo implica necesaria y proporcionalmente la del tiempo de bocadillo.

3ª.- La sentencia de esta sala de 01.10.04 (r. 3.797/2004) confirmó la ya citada del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de 12.05.04 en autos nº 362/2004, sobre caso idéntico al actual.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 201 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de "T.G., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de 1 de junio de 2004 en autos nº 359/2004, que revocamos, y desestimamos la demanda de don R.V.L. contra la empresa recurrente, a la que absolvemos.

3972 **Recurso nº 3.684/04**

S.S. TRAMITACIÓN PROCESUAL ACUMULADA DE ACCIÓNS POR DESPEDIMENTO E DE RESCISIÓN POR INCUMPRIMENTO EMPRESARIAL DO CONTRATO DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veinte de octubre de dos mil cuatro

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 3.684/04, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por los Letrados don F.P.V., en nombre y representación de don F.J.A., don J.A.G., don J.F.S., don P.L.M., don J.R.G. y don J.R.V.C., y don R.G.B., en nombre y representación de la empresa "M.A., S.A.", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 294 y 435/03 (acumulados), se presentó demanda por don F.J.A., don J.A.G., don J.F.S., don P.L.M., don J.R.G. y don J.R.V.C., sobre despido y rescisión de contrato, frente a la empresa "M.A., S.A." En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de diciembre 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: "PRIMERO.- Los actores prestan servicios para la demandada con las siguientes antigüedades categorías y salarios: don F.J.A., 09.05.88, Oficial de 3ª, 848,04 €. don J.A.G., 18.05.87, Oficial de 3ª, 815,57 €. Don J.F.S., 01.11.82, Oficial de 2ª, 946,65 €. Don P.L.M., 14.04.99, Peón, 721 €. don J.R.G., 01.01.99, Peón, 721,80 €. Don J.R.V.C., 01.09.89, Oficial de 3ª, 848,04 €. SEGUNDO.- Desde el día 20 de enero los trabajadores de la empresa demandada se encuentran en huelga, habiendo comunicado a la Delegación competente la convocatoria de la misma mediante escrito de fecha 13 de enero de 2003, en el que se recogía que las causas eran el comportamiento inapropiado y autoritario de la empresa, la negativa a la negociación del calendario laboral, el despido disciplinario de tres trabajadores. La empresa amplió la jornada de los trabajadores no huelguistas en una hora más y destinó trabajadores con tareas de gestión a labores de producción que igualmente eran desempeñadas por los hijos de uno de los socios, contratando empresas externas ("G.G., S.L.") para realizar trabajos de limpieza. Por la Inspección de Trabajo de Pontevedra se procedió a exten-

der acta de infracción en materia laboral a la empresa por la comisión de dos infracciones de carácter grave y muy grave al derecho de huelga. Por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra se dictó sentencia el día 28 de abril por la que se declaraba que la práctica de la empresa citada vulnera el derecho de huelga de los demandantes, condenando a la misma a cesar en tales conductas y a abonar a cada uno de los demandantes la suma de 333 € en concepto de indemnización, sentencia confirmada por la dictada el día 27 de septiembre de 2003 por el T.S.J. de Galicia. La resolución de la Inspección y sentencia del T.S.J. han sido recurridas por la parte demandada. Por el mismo Juzgado se declaró en sentencia de 7 de junio de 2003 la rescisión del contrato de trabajo que unía al trabajador don J.F.S. con la empresa demandada, confirmando el T.S.J. la sentencia citada. Por escrito de fecha 25 de junio de 2003 se comunicó a la Delegación que se dejaba sin efecto la convocatoria de la huelga y la reincorporación de la plantilla a sus puestos de trabajo el día 1 de julio, lo que también se puso en conocimiento de la empresa. Los demandantes recibieron mediante carta de fecha 30 de junio comunicación de que disfrutarían sus vacaciones entre el 1 de julio de 2003 hasta el 15 de julio de 2003. La demandada no ha abonado a los trabajadores el salario de los primeros 19 días de enero, ni la paga extra de marzo de 2002 (beneficios de 2002) ni los atrasos del convenio de 2002, habiéndose dictado por este Juzgado sentencia firme de fecha 16 de junio de 2003 por la que se condena a la demandada al pago de la primera de las cantidades citadas, discutiéndose por la empresa la existencia del sobresueldo reclamado por los actores. TERCERO.- don J.A.G. recibió carta de despido de fecha 27 de junio de 2003. Don J.R.G. recibió carta de despido con fecha 14 de julio de 2003. Don J.R.V.C. y don J.F.S. recibieron igualmente cartas de despido de fecha 16 de julio de 2003, que se dan todas por reproducidas al constar en las actuaciones, y con efectos del día de su recepción, ocurridas, respectivamente, el 11, 4 y 16 de julio. Don J.A.G. permaneció fuera de España entre los días 14 y 24 de febrero de 2003. Durante los días que duró la huelga la actitud de los trabajadores despedidos fue amenazante e insultante con los trabajadores que no secundaban la huelga, don F.C.L. y don C.D. y los integrantes de la empresa, provocando altercados e impidiendo el funcionamiento normal de la misma, negando el paso a camiones de mercancías. El día 13 de junio permanecieron en el recinto de la empresa hostigando, insultando y amenazando a los trabajadores que permanecían en la misma desarrollando sus tareas. El día 23 de junio, sobre las 19:00 horas, cuando don C.G.C. abandonaba la empresa en su vehículo, se le cruzaron dos vehículos delante, insultándole hijo de puta los trabajadores despedidos, y drogata y borracho don J.R., dirigiéndose en tono amenazante al mismo y diciéndole don J.F.S. que le iban a matar. El día 22 de enero don J.R. se dirigió a don J.G.C. manifestándole: "tú vas a aprender rápido, hijo de puta", diciéndole en días sucesivos que "ahí sale la puta basura esa y tú no mueres de enfermedad, cabrón". Don J.F.S., el día 20 de enero se puso delante de don F.C.L. y le dijo:"a ti te vamos a matar", amenazándole en los días siguientes, diciéndole el día 22 del mes citado: "Chociñas, hijo de puta, como te vea te vamos a matar". El día 11 de abril acorraló, junto al resto de los despedidos y otros trabajadores, a los que no secundaban la huelga don C.D. y don F.C.L., así como a la directiva de la empresa, impidiéndoles con amenazas de muerte la salida de los mismos de la fábrica. En el desarrollo de la huelga se han producido una serie de accidentes, como la negativa de los trabajadores a dejar descargar los camiones, pintadas o cerraduras obstruidas y roturas de cristales. En algunos momentos, normalmente coincidentes con la apertura y cierre, había una dotación policial en las inmediaciones de la empresa. Por parte de los encargados de seguridad se confeccionaban informes diarios cuando ocurrían sucesos graves. Por este Juzgado se dictó en fecha 18 de julio de 2003 sentencia desestimando la demanda por despido interpuesta por dos trabajadores de la empresa demandada, confirmada por sentencia del T.S.J. de Galicia de fecha 7 de noviembre de 2003. Por los trabajadores despedidos e integrantes de la empresa demandada y empleados que no secundaron la huelga se han interpuesto diversas denuncias que han dado lugar a los correspondientes juicios de faltas, dictándose el 15 de septiembre de 2003 sentencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Vilagarcía de Arousa, absolviendo a los demandantes de responsabilidad criminal por los hechos ocurridos en los días 7, 12 y 13 y 14 de febrero de 2003, objeto del procedimiento. Por el mismo Juzgado se dictó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2003, condenando, entre otros, a los despedidos don J.F.S. y don J.R.G. por los hechos ocurridos el día 13 de junio de 2003, como autores de una falta de amenazas leves, siendo recurrida la citada resolución. CUARTO.- Se

celebró entre las partes el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando parcialmente las demandas interpuestas por don F.J.A., don J.A.G., don J.F.S., don P.L.M., don J.R.G. y don J.R.V.C., frente a la empresa "M.A., S.A.", declaro rescindida la relación laboral que une a los demandantes con la empresa demandada, condenando a la misma a que abone a los actores la indemnización señalada para los despidos improcedentes, concretándolas en las siguientes cuantías: Don F.J.A.: 19.885,96 €. Don J.A.G.: 20.321,01 €. Don J.F.S.: 30.041,22 €. Don P.L.M.: 5.084,24 €. Don J.R.G.: 5.389,77 €. Don J.R.V.C.: 18.213,11 €. Que debo de absolver y absuelvo a la empresa demandada del resto de pretensiones ejercitadas en su contra".

Por Auto de 16 de marzo siguiente se aclaró la precedente sentencia en el sentido de que la antigüedad del demandante don P.L.M. es de 14.04.94 y la categoría es de Oficial de 3ª, correspondiéndole como indemnización la cantidad de 10.500´71 €.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron respectivos recursos de Suplicación por las partes demandante y demandada, impugnándose de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren ambas partes, actores y demandada, la sentencia de instancia, que estimó en parte las demandas acumuladas, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus respectivas pretensiones, y en primer lugar debe resolverse la cuestión de nulidad de actuaciones planteada por la empresa demandada recurrente al amparo del art. 191.a) LPL, por vulneración de los arts. 24 CE y 267.1, 2 y 3; y art. 238.3; art. 241 y 242 todos de la LOPJ, para cuya resolución se ha de partir de los siguientes extremos: a) que en los autos acumulados 294 y 435/2003 del Juzgado Nº 3 de Pontevedra, en los que se ejercitan las acciones de rescisión de contrato de trabajo a instancias de los trabajadores e impugnación de la decisión patronal de despedirlos, por causa de demandas formuladas el 10 de junio y 12 de agosto del 2003, respectivamente, se celebró juicio el 10.12.03 recayendo sentencia el 22.12.03; b) La anterior sentencia fue notificada a las partes anunciándose recurso de suplicación por actores y demandada y admitidos ambos recursos, se dio traslado a los actores para la formalización del mismo lo que realizaron en tiempo y forma el 28.01.04; igualmente la demandada formalizó su recurso, previa subsanación de defectos, en tiempo y forma el 08.03.04; c) Se dio traslado reciproco de los recursos para su impugnación presentando los actores la impugnación del recurso de la empresa el 15.03.04 y la empresa formalizó la impugnación el 05.04.04; d) La representación de los actores, el 15.03.04 solicitó la aclaración de la sentencia de instancia en relación con la antigüedad y categoría de don P.L.M. para que se diga que es de 14.04.94 y la categoría de oficial 3ª, así como que se cuantifique la indemnización del mismo en 10.500,71€., recayendo auto el 16.03.04 admitiendo dichas aclaraciones y fijando la indemnización solicitada; e) el mismo día 15/3/2004 la representación de los actores presentó escrito de ampliación del recurso de suplicación ya formalizado en su día al objeto de que el motivo primero de aquel recurso "se complete modificando la categoría y antigüedad de don P.L.M., fijándose la antigüedad en 14.04.94 y la categoría de oficial 3ª"; se remite a los documentos citados en su momento. Insta en el motivo tercero de su recurso que se complete fijando la indemnización de este trabajador en 14.147,50 €., lo que traslada al suplico del recurso y subsidiariamente la suma de 10.497 €., de este escrito se dio traslado a la empresa para su impugnación; f) Por la empresa se anunció recurso de suplicación el 16.04.04 al recibo de la notificación del auto de aclaración, se tuvo por anunciado dicho recurso en tiempo y no en forma "contra la sentencia y auto de aclaración", por no hallarse avalada la cantidad incrementada por el auto de aclaración, requiriendo para subsanación de tal defecto y una vez hecho se formalizó el 02.07.04 nuevamente recurso de suplicación por dicha recurrente, cuyo primer motivo se refiere a la nulidad de lo actuado a partir del 15.03.04 y los restantes motivos reproducen el anterior recurso; g) Se dio traslado a los actores para impugnación del recurso lo que llevaron a cabo el 12.07.04, elevándose las actuaciones a este Tribunal.

El motivo debe prosperar siguiendo doctrina reiterada del TCO, cuya Sala 1ª en S., de 11 de octubre de 1999, señalaba que "el principio de invariabilidad de las Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial

efectiva, reconociendo al propio tiempo excepcionalmente la licitud de la figura de la aclaración de Sentencias, que desde luego ha de operar con muy limitada virtualidad reparadora (SSTC 19/1995, 57/1995, 82/1995, 106/1995, 170/1995, 23/1996, 122/1996, 208/1996, 103/1998 y 48/1999, entre las más recientes), pues la figura de la aclaración está sometida a una rigurosa interpretación restrictiva dado su carácter de excepción frente al citado principio (por todas, STC 23/1996). El excepcional cauce arbitrado en el art. 267 LOPJ, permite a los órganos judiciales aclarar algún concepto oscuro, suplir cualquier omisión o corregir algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, siendo la operación interpretativa más ardua delimitar el alcance objetivo de la aclaración, concretamente, el concepto del error material habiendo declarado TCO que "la vía de aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación de la resolución aclarada (SSTC 138/1985 119/1988, 203/1989, 101/1992 y 27/1994), ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica (SSTC 119/1988 y 16/1991), o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas (STC 231/1991)" lo que impide modificar el fallo de una resolución, salvo que el error material consista en "mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial" (SSTC 23/1994, 19/1995 y 82/1995), doctrina que aplicada al presente supuesto implica declarar que el auto de aclaración excede los limites legalmente permitidos, por cuanto, se dicta a instancias de parte fuera del plazo fijado para solicitar la aclaración, no salva o corrige ningún error material ni busca la concordancia del fallo con lo razonado en la fundamentación jurídica de la sentencia aclarada, sino que, alterando el relato fáctico previamente fijado, - sin fundamentar dicha alteración en el propio contenido de la resolución, por lo que ha de suponerse que se ha realizado una nueva valoración de la prueba por el juzgador de instancia en tiempo inoportuno y por cauce inadecuado, (STC, Sala 2ª, de 27 de enero de 1994), y ello es tan así que en la fundamentación jurídica de la sentencia inicial efectúa una remisión a la sentencia de 16.06.03 del mismo Juzgado de cuyo contenido se aparta con el auto aclaratorio -, llega a la subsiguiente modificación del fallo, por lo que, reiterando el criterio sostenido por esta Sala de lo Social en S., de 3 de noviembre de 2000, dicha resolución constituye una clara y manifiesta infracción de lo normado en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto el contenido del Auto mencionado no aclara concepto oscuro alguno de la sentencia, ni suple omisión, ni tampoco rectifica error material o aritmético manifiesto, como exige el citado precepto para la procedencia de la aclaración, sino que, modifica el relato fáctico y el fallo lo que ya no puede llevarse a cabo mas que a través del correspondiente recurso de suplicación, siendo determinante todo ello, de la nulidad de lo actuado a partir del 15.03.04, esto es, del escrito que insta la aclaración por hallarse fuera de plazo y ser inadmisible, del auto que lo resuelve así como del escrito de ampliación del recurso, inaceptable por extemporáneo, por lo que los efectos de la nulidad postulada, en aplicación de lo establecido en el art. 241 LOPJ se limitan a dejar sin efecto dicho auto de aclaración y las actuaciones posteriores al mismo que de él traen causa incluida la cancelación del aval prestado para recurrir como consecuencia de la modificación del fallo, quedando el trámite de dicho recurso finalizado con el escrito de impugnación presentado el 05.04.04 por la empresa y mandado unir a los autos por el Juzgador de instancia, con lo que, se evitan mayores dilaciones en la resolución del presente recurso.

SEGUNDO.- En cuanto al recurso de los actores estos, con amparo en el art. 191.b) LPL, instan la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 1º) y 2º), proponiendo que el ordinal primero diga: "Don F.J.A., (1.038,72€); Don J.A.G.: 1.023,35; don J.F.S. 1.132,07; don P.L.M. 972,78; don J.R.G.; 846, 40; don J.R.V.C. 988,97"; cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrantes a los f. 296 a 313 y 398 a 400. Para el ordinal segundo se propone: "El horario de los trabajadores antes de iniciarse la huelga era de 7 a 15 horas. Desde que comenzó la huelga los trabajadores que continúan en su puesto de trabajo realizan una jornada continuada de las 7 h., a las 19 h., con un descanso para comer, lo que hacen dentro de la empresa con alimentos facilitados por la Dirección".

En cuanto a la propuesta que se efectúa para el ordinal segundo no cabe aceptarla por cuanto la parte recurrente no cumple con la exigencia establecida en el art. 194.3 LPL de identificar de forma suficiente los documentos o pericias de los que resulte el error de juzgador de instancia y que justifican la modificación postulada, en consecuencia, ante la falta de señalamiento de elementos probatorios que acrediten la proposición efectuada, se desestima.

En cuanto a la primera propuesta de revisión en lo relativo al salario de los actores se admite la misma en parte por cuanto el salario prorrateado ordinario resulta reflejado en las nóminas que aportan, no siendo admisible adicionarle a tal salario las cantidades que aparecen en los documentos que adjuntan a tales nóminas por cuanto son antiguos, un año por regla general, tales documentos no gozan de fehaciencia suficiente a efectos revisorios pues ni siquiera llevan un sello o firma de la empresa, por último – de ser cierto el contenido de dichas hojas -, no consta en estos autos que tales importes se reciban con habitualidad formando parte de la retribución ordinaria de los actores, sino que incluso parece tratarse de una gratificación especifica concreta y determinada sin vocación de permanencia, al tiempo que los hechos probados de una resolución judicial no son vinculantes para otro procedimiento, máxime cuando, como ocurre en el presente, lo pretendido es el resultado de una valoración de los hechos probados y razonamientos jurídicos de aquella previa sentencia por lo que no evidencia el error del juzgador en los términos que se proponen, por lo que dicho ordinal quedará redactado en los siguientes términos: "Don F.J.A., acredita 949,34 € mensuales con prorrata de extras. Don J.A.G.: acredita 933,46 €, mes con prorrata. Don J.F.S.: acredita 983,81 €, mes, con prorrata. Don P.L.M. acredita 912,21 €, mes, con prorrata. Don J.R.G.; acredita 812,61 €, me, con prorrata; y don J.R.V.C. acredita 897,94 € mes con prorrata.

TERCERO.- En sede jurídica los actores, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncian diversas infracciones normativa, así: A) En primer lugar, infracción por inaplicación de art. 50.2 en relación con el art. 56.1.a) y 26.1 y 31, todos de LET, argumentando que el salario de los actores, según la modificación fáctica propuesta, y que parcialmente les fue admitida, conlleva la modificación de las indemnizaciones fijadas en la resolución recurrida debiendo establecerse estas en los importes que señala según se acoja su pretensión rescisoria o la de despido para los actores despedidos. B) Infracción por interpretación errónea del art. 60.2 LET, estimando que a los actores solo se les pueden imputar las faltas cometidas los días 13 y 23 de junio del 2003 debiendo declararse prescritas todas las anteriores. C) Por interpretación errónea del art. 54.2.c) LET, por estimar que las hechos imputados a los actores, aun no siendo ciertos, carecen de la gravedad precisa para declarar procedente su despido pues han de ser enmarcados tales hechos en la situación en que acontecen de deterioro de las relaciones laborales, así como de que las cartas de despido se remiten cuando la empresa tiene conocimiento de las demandas rescisorias de los contratos, pretendiendo que se acojan las demandas de despido formuladas, declarando improcedente la decisión patronal se condene a esta a abonar los salarios de tramitación correspondientes y las indemnizaciones que fijan a fecha del despido.

CUARTO.- La parte demandada, también formuló recurso, admitiendo el relato fáctico de la resolución recurrida y en sede jurídica al amparo del art. 191.c) LPL, denuncia varias infracciones normativas: 1.- Indebida aplicación del art. 50 LET así como inaplicación del art. 49.1.k) LET y jurisprudencia que cita, argumentando que para que pueda prosperar la acción rescisoria del contrato de trabajo a instancias del trabajador es indispensable que el vínculo se mantenga vivo hasta que sea dictada la sentencia, por ser esta constitutiva, no pudiendo extinguirse un contrato que se encuentre ya extinguido por otras causas, es decir que el trabajador debe hallarse en su puesto de trabajo y como el vinculo contractual fue extinguido por despido no cabe analizar la acción extintiva a instancias de los trabajadores, o en todo caso tal análisis procederá para el supuesto de acogimiento de la acción de despido. 2.- Infracción por inaplicación del art. 400, en relación con el art. 222, ambos de la NLEC argumentando que habiendo recaído el 28.04.03 sentencia entre las mismas partes, en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, por entender los actores que se había vulnerado su derecho de huelga por la empresa y condenada esta a cesar en su conducta y a indemnizar daños y perjuicios, tales hechos ya fueron enjuiciados y sancionada la demandada por lo que no habiendo acumulado en aquellos autos la acción rescisoria de sus contratos, aquellos hechos no pueden sustentarla ahora por constituir cosa juzgada, y en todo caso el ejercicio ahora de la acción con tal sustento constituye un claro abuso de derecho proscrito por el art. 7 del Código Civil. 3.- Por indebida aplicación de los arts. 50.1.c) y 4.1.e) LET en relación con el art. 28 CE argumentando que la tutela de derechos fundamentales tiene un procedimiento y un cauce de ejercicio especifico, por ello estima que solo pueden constituir vulneraciones justificativas de la extinción contractual a instancias del trabajador, las que se refieran a las obligacio-

nes que emanan directamente del contrato de trabajo, por lo que la vulneración del derecho de huelga no puede sustentar la rescisión del contrato.

QUINTO.- Ambos recurrentes inciden, desde sus respectivas ópticas, sobre las mismas cuestiones lo que obliga a la solución conjunta de ambos recursos por el siguiente orden, en primer lugar, se ha de resolver sobre que acción debe ser analizada primeramente o si se han de analizar ambas de manera conjunta (primer motivo de recurso de la demandada); en segundo lugar, se deberá dar solución coherente con al anterior cuestión, de una parte, a la excepción de prescripción que plantean los actores en relación a las faltas imputadas en el despido, así como a la excepción de cosa juzgada y adecuación de procedimiento que plantea la empresa demandada en sus dos motivos restantes; por último se resolverá la cuestión inherente a las cuantías indemnizatorias en atención al resultado de las anteriores respuestas. Centrado así el debate, la primera cuestión relativa a la acumulación de las acciones de despido y rescisión de contrato (acumulación que solo afecta a cuatro actores), la Sala tomando en consideración los siguientes extremos: 1.- que los actores se hallaban en huelga en la empresa demandada desde el 20 enero de 2003 y que tal situación de conflicto finalizo el 1 de julio 2003; 2.- que durante la situación de conflicto se produjeron altercados de diverso orden que dieron lugar a que: a) por los actores se planteara frente a la empresa demanda por vulneración de su derecho de huelga, obteniendo sentencia a su favor en instancia el 28.04.03 que condenó a dicha mercantil por vulneración de su derecho a indemnizarles en la suma de 330 €, a cada uno; b) que se formularon denuncias penales frente a los actores y otros trabajadores; c) que los actores plantearon demanda de rescisión de sus contratos a medio de conciliación el 22.05.03 celebrada sin avenencia el 02.06.03 y presentadas las demandas el 09.06.03; d) que la empresa les concedió vacaciones desde el día primero de julio hasta el 15 de Julio; e) que la empresa remitió a los cuatro actores, objeto de despido, las cartas que obran unidas a autos los días 11, 14 y 16 de julio imputándoles hechos relacionados con su comportamiento durante la huelga en días de los meses de enero hasta abril y las dos últimas imputaciones relativas a los días 13 y 23 de junio, cartas que se tienen por reproducidas; f) que dos de los actores despedidos fueron condenados en juicio de faltas por los hechos ocurridos el día 13 de junio, concretamente, don J.R.G. y don J.F.S.; y, en aplicación del criterio jurisprudencial sostenido por STS de 22 mayo 2000, según el cual "el éxito de la acción basada en el artículo 50 LET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, criterio sostenido con anterioridad por STS, entre otras, de 22 y 26 de noviembre de 1986, 12 de julio de 1989, 18 de julio de 1990 o el auto de 11 de marzo de 1998, y ello con fundamento en el carácter constitutivo que la sentencia tiene en éstos supuestos en los que, de prosperar la acción, se declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta, este principio no se ve alterado por el hecho de que el trabajador haya sido despedido después de presentada la papeleta de conciliación y antes de celebrarse el juicio, como ha ocurrido en el presente supuesto, pues, durante el periodo que media entre la presentación de la demanda de extinción y la fecha del juicio el trabajador puede ser despedido si ha realizado actos que merezcan tan grave sanción, ya que, de otro modo, el trabajador quedaría facultado para cualquier tipo de infracción sin que el empresario tuviera la paralela posibilidad de sancionarlo por ello y para evitar tales situaciones abusivas, a partir de la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, se estableció la necesidad de ejercicio conjunto de las acciones de despido y extinción del contrato, cuando cronológicamente coincidieran ambas situaciones, habiendo establecido la STS 23 de diciembre de 1996 que "la finalidad perseguida por el artículo 32 de la LPL, no es otra que la voluntad legal de que sean contempladas al propio tiempo conductas entrecruzadas que se hubieran producido en una misma situación de conflicto, es decir, se trata de evitar actuaciones torticeras que persigan, a través de ejercer la acción resolutoria, eludir las consecuencias de un despido que se prevé inminente o a buscar la enervación de tal acción resolutoria mediante la imposición del despido", doctrina que aplicada al presente litigio implica que habrán de analizarse conjuntamente las causas de una y otra acción ya que las mismas se hallan interrelacionadas pues, a la vista de los datos expuestos, se deduce una clara vinculación de los motivos de despido – conducta de los actores durante la vigencia de la huelga -, con la causa de rescisión de contrato en los cuatro trabajadores que ejercitan ambas acciones – conducta de la empresa en igual tiempo-.

SEXTO.- Determinado el análisis conjunto de ambas acciones, es preciso, resolver previamente sobre la excepción de prescripción de las faltas imputadas a los actores,

salvo las imputaciones del mes de junio, lo que denuncian con amparo procesal adecuado en el motivo cuarto de su escrito de recurso, y efectivamente a la vista de la fecha en que se emitieron las cartas de despido para los actores, resulta que el plazo de prescripción para las infracciones graves fijado en el art. 60.2 LET de sesenta días implica que toda imputación anterior al 12 de mayo del 2003 se haya prescrita por cuanto los hechos que se atribuyen fueron conocidos en todo momento por parte de la empleadora, sin que puedan considerarse que la reiteración de los mismos es esencial para constituir la infracción o que es preciso el transcurso del tiempo para valorar el alcance o la gravedad de los mismos, sino que cada una de las imputaciones que se les efectúa, en días concretos y determinados, constituye por sí sola un hecho plenamente identificado y concretado, sancionable que pudo y debió serlo en tiempo oportuno; a todo ello, se debe adicionar que entre las imputaciones de finales de abril y las de junio ha transcurrido en todo caso tiempo suficiente para romper cualquier nexo de causalidad o continuidad en la conducta de los actores que pudiera permitir considerar el conjunto de imputaciones como una única actuación, por ello, tal y como se denuncia por los demandantes recurrentes se hallan prescritas las infracciones imputadas con fecha de comisión anterior al 12.05.03, por ello, solo valorables a efectos del despido los hechos imputados ocurridos los días 13 y 23 de junio. Dicho lo cual, la valoración de dichos actos en los que participaron los cuatro actores despedidos, ha de calificarse como infracción muy grave sancionable con el despido, pues el derecho de huelga de los actores no puede amparar conductas como las imputadas a los mismos mediante las cuales hostigan, insultan y amenazan a los trabajadores que ejercitan su legitimo derecho de trabajar y no sumarse a una huelga, con insultos al jefe de la empresa, obligando a los trabajadores que prestaban servicios a cerrar el portalón de la nave por su propia seguridad; igualmente el día 23 al Jefe de la empresa se le cruzan vehículos delante obligándole a detenerse e insultándole, conductas encuadrables dentro del art. 54.2.c) LET y que justifican la declaración de procedencia del despido de los actores, por su gravedad, no siendo admisible acudir a una teórica compensación de culpas para reducir la responsabilidad de los actores en base a la situación de enfrentamiento existente en la empresa y a la conducta adoptada por esta, por cuanto a tal situación ya había sido atacada por los actores con éxito con su demanda de tutela de derechos fundamentales en la que había obtenido un pronunciamiento favorable y el derecho a ser indemnizados, por ello carecen de justificación alguna los hechos mentados y no puede quedar privado el empleador de sus facultades disciplinarias por haber anticipado los actores el ejercicio de la acción rescisoria del contrato, en consecuencia, se estima el motivo de recurso planteado por la demandada y con revocación de la resolución recurrida en relación con los actores don J.A.G., don J.F.S., don J.R.G. y don J.R.V.C., declaramos procedentes los despidos de dichos actores y extinguida su relación laboral con la mercantil recurrente sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, en las fechas de recepción de las cartas de despido, respectivamente, los días 11, 14 y 16 de julio los dos últimos citados.

SÉPTIMO.- En cuanto a la acción rescisoria planteada, exclusivamente, por los dos actores, don F.J.A. y don P.L.M., se han de analizar, de una parte, el recurso de los mismos en relación con el importe de sus indemnizaciones y de otra el recurso de la empleadora que sostiene, de una parte, la excepción de cosa juzgada e inadecuación del procedimiento seguido y en cuanto al fondo que no cabe la rescisión del contrato por incumplimientos no recogidos en el art.4 LET. Evidentemente la cuestión planteada por los actores es subsidiaria de la resolución desfavorable de las cuestiones planteadas por la empleadora por lo que estas han de ser resueltas de forma preferente, y tal resolución conlleva la desestimación de dichas excepciones por cuanto la aplicación de la excepción de cosa juzgada, según reiterada doctrina contenida entre otras en las STS 4ª, S 29.09.94, 12.02.94 y 30.04.94 recaídas en interpretación del art. 1.252 del Código civil, exige la concurrencia de tres identidades, la real u objetiva ("eadem res"), la causal ("eadem causa petendi"), y la subjetiva referida a las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, debiendo de distinguirse entre cosa juzgada material, que tiene una fuerza vinculante en el sentido de no poder decidirse en otro proceso lo resuelto anteriormente de una forma contraria o distinta, y cosa juzgada formal, que tiene un efecto preclusivo, es decir, impedir que pueda abrirse una nueva acción jurisdiccional. La cosa juzgada material, tiene distinto tratamiento, según se considere positiva o negativamente, desde el punto de vista negativo se entiende como la prohibición de seguir dos pleitos sobre idéntico objeto entre las mismas partes y goza de un

carácter muy estricto que exige «la más perfecta identidad» entre cosas, causas y personas, expresión que pretende preservar el principio de «non bis in idem»; la cosa juzgada positiva, se entiende como la vinculación que en un proceso tiene, lo ya resuelto en otro precedente, alcanzando, en consecuencia, en el segundo proceso, un efecto prejudicial, el sentido preclusivo de la cosa juzgada negativa, y el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso, y, en consecuencia, no existe cuando no se dé esta posibilidad y el proceso posterior, que completa el anterior, no vulnera el principio "non bis in idem", doctrina sostenida por STS de14 de febrero de 1995, 29 de mayo de 1995 y TCO de 15 de abril de 1996, entre otras, doctrina que aplicada al presente supuesto implica la desestimación de la excepción por cuanto la acción que se ejercita en esta litis es distinta de la ejercitada en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, tiene cauces procedimentales distintos y atiende a distintas fines, por lo que no concurre la precitada triple identidad desestimándose el motivo. En cuanto a la excepción de inadecuación de procedimiento tampoco es admisible por cuanto los actores al ejercitar la acción resolutoria del contrato de trabajo han acudido al procedimiento legalmente previsto sin que quepa sustituirlo por ningún otro ni imponerle a la parte el cauce procesal por el cual debe ejercitar sus derechos, ni cuando ni como los ejercite, en consecuencia se rechaza este motivo.

En cuanto al fondo de la cuestión, evidentemente se produce el efecto de cosa juzgada en cuanto a la declaración de que la empresa vulneró el derecho de huelga de los actores y tal declaración vincula al Juzgador de instancia y al Tribunal, mas el efecto de la misma y la condena a dicha mercantil vino delimitado por la propia acción y por el procedimiento en su día seguido, esto es, la declaración de la vulneración, la orden de cese de tal comportamiento y la indemnización de perjuicios ocasionados, y del hecho de que tal acción pudiera haberse ejercitado conjuntamente con la de rescisión del contrato no lleva aparejado que ejercitada de forma separada no pueda ejercitarse la resolutoria invocando dicho incumplimiento, pues los cauces procesales son distintos y los ámbitos de enjuiciamiento dispares, por ello, el ejercicio de aquella acción lo único que proscribiría en relación con este procedimiento sería la pretensión de una indemnización complementaria a la establecida para la indemnización por la extinción contractual, por cuanto esta indemnización sería la ya reconocida en el procedimiento de tutela. Dicho lo anterior, no cabe duda que el derecho de huelga, reconocido a los trabajadores no solo en nuestro texto constitucional sino también en el art. 4.1.e) LET, ha de ser respetado por la parte empleadora en todo momento y su vulneración cae de lleno dentro del art. 50.c) LET y justifica la extinción del contrato de trabajo a instancias de los trabajadores, consecuentemente, declarada la vulneración de dicho derecho por la parte demandada y reclamado el efecto extintivo por parte de los actores, cumplidos los demás requisitos de pervivencia del contrato etc., por indiscutidos, el acogimiento de sus pretensiones no vulnera el citado precepto, procediendo en tal aspecto desestimar el recurso de la parte demandada.

En cuanto al recurso de los actores, al haber prosperado la modificación fáctica relativa al salario que venían percibiendo se ha de acoger el recurso en el aspecto postulado, esto es, en la fijación de la cuantía indemnizatoria como si de un despido improcedente se tratara, por lo que las indemnizaciones a reconocer serán, a favor de don F.J.A. la suma de veintidós mil ciento ochenta y siete euros con ochenta y cinco céntimos de euro (22.187,85 €), y a favor de don P.L.M. la de seis mil trescientos ochenta y seis euros con diez céntimos de euro (6.386,10 €), tomando para tal cuantificación los siguientes elementos, antigüedad del primero de 09.05.88 y salario de 949,34 € mes; y para don P.L.M., antigüedad de 14.04.99 y salario de 912,21 €, mensuales, por cuanto la revisión de las retribuciones se ha admitido en parte, no habiéndose planteado para don P.L.M., la cuestión relativa a la antiguedad, en la forma adecuada, esto es, mediante la oportuna revisión factica, todo ello una vez tomada la decisión argumentada en el primero de estos fundamentos, y con fecha final de la relación laboral la de la resolución de instancia que declaró la extinción contractual, acogiendose en parte la denuncia formulada.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 201.1 y 3 LPL la estimación parcial del recurso implica, en primer lugar la reducción de las garantias prestadas para recurrir a las cuantias objeto de condena, en segundo lugar, la devolución del depósito constituido para recurrir; todo ello sin expresa imposición de las costas de este recurso.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y dem·s de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que estimamos en parte los recursos de suplicación formulados por los actores don F.J.A. y don P.L.M., asi como por la empresa "M.A., S.A.", contra la sentencia dictada el 22.12.03 por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Pontevedra en autos Nº 294 y 435/2003, acumulados, sobre rescisión de contratos y despido, declaramos, en primer lugar la nulidad de las actuaciones iniciadas con el escrito de 15.03.04 y el auto de aclaración y subsiguientes actuaciones que de aquellos traen causa, tal como se expuso en el fundamento primero de esta resolución; en segundo lugar, con revocación parcial de dicha resolución acogemos en parte el recurso de suplicación formulado por "M.A., S.A." y en consecuencia desestimamos la demanda de despido planteada por don J.A.G., don J.F.S., don J.R.G. y don J.R.V.C. y en consecuencia declaramos extinguida la relación laboral que les unia con la demandada "M.A., S.A." sin derecho a indemnización alguna ni a salarios de tramitación; en tercer lugar, acogiendo en parte el recurso de suplicación formulado por don F.J.A. y don P.L.M., confirmando el pronunciamiento de la resolución de instancia en relación con la resolución de sus contratos de trabajo, acordamos fijar la indemnización por la extinción de dichos contratos en las sumas de veintidós mil ciento ochenta y siete euros con ochenta y cinco céntimos de euro (22.187,85 €), para don F.J.A. y la de seis mil trescientos ochenta y seis euros con diez céntimos de euro (6.386,10 €), para don P.L.M.,desestimado en el resto los recursos de dichos actores.

3973 **Recurso nº 3.996/04**

S.S. INEXISTENCIA DE NULIDADE DO DESPEDIMENTO, A PROBAR O EMPRESARIO CAUSAS RAZOABLEMENTE ALLEAS A TODO PROPÓSITO ATENTATORIO OU VIOLADOR DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALLADOR, SEN PREXUÍZO DO CAL PROCEDE A DECLARACIÓN DE IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO DECRETADO.

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

A Coruña, a veinte de octubre de dos mil cuatro

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. 3.996/04 interpuesto por don J.A.C. 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 J.A.C. en reclamación de despido siendo demandado Consorcio de Santiago en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos 111/04 sentencia con fecha 4 de junio de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

PRIMERO.- El Auditorio de Galicia hizo pública en el año 1998, una convocatoria de audiciones para cubrir 21 plazas de músicos para la orquesta Real Filarmonía de Galicia. En esta convocatoria se fija como régimen laboral que regirá a los músicos que lo superen el siguiente: los contratos que se suscribirán tendrán carácter anual, con un periodo de prueba en el primer año de tres meses, renovables, y estarán sujetos al régimen de contratos artísticos, según el Real Decreto 1.435/85 de 1 de agosto. SEGUNDO.- Don J.A.C. superó el proceso de selección anunciado en la referida convocatoria, y comenzó a prestar servicios para la demandada el 31 de mayo de 1999 como fagot. TERCERO.- Don J.A.C. suscribió el 15 de junio de 2000 un contrato de trabajo con el Presidente del Consello directivo del Auditorio de Galicia para prestar servicios con la categoría profesional de fagot principal de la Real Filharmonía de Galicia. El contrato era de duración determinada y formalizado al amparo del Real Decreto 1.435/85, de 1 de agosto, por lo que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. En la cláusula segunda del contrato se indica que su duración será hasta el 31 de diciembre de 2003, renovable, y estará sujeto al régimen de contratos artísticos. En la cláusula novena se estipula que el contrato entrará en vigor el 1 de julio de 2000 y finalizará el 31 de diciembre de 2003. CUARTO.- El salario del actor es de

2.414,08 euros mensuales, con inclusión de la prorrata de las pagas extras. QUINTO.-El Reglamento de régimen interno de la Real Filharmonía de Galicia prevé en su articulo 44 la regulación del control de calidad artística, consistente en una audición y que se desenvuelve en los términos expresados en el referido artículo y cuyo contenido damos por reproducido. El actor nunca fue sometido a un control de calidad artística en los términos expresados en la referida norma. El referido reglamento perdió su vigencia con la publicación del convenio colectivo del Consorcio de la Ciudad de Santiago el 24 de junio de 2003. SEXTO.- El 14.11.03 el Gerente y la Jefa de Administración del consorcio de Santiago se reunieron con el Comité de empresa y el Abogado de UGT, para tratar de la reivindicación del comité de empresa del reconocimiento de la condición de indefinidos de los Músicos de la Orquesta con más de tres años de antigüedad. En esa reunión el Gerente manifestó "que sobre esta cuestión ya fue consultado el asesor Jurídico, y así se hará, quedando pendiente de consultar al Sr. R.M. respecto de los criterios musicales, lo que se nos informará en la próxima reunión, en la que se concretará la fecha de firma de los nuevos contratos". SÉPTIMO.- El 24.11.03 vuelven a reunirse las mismas partes, y en su discurso el Gerente informa que se renovará como indefinido a todos los músicos de la Orquesta salvo a tres de ellos a los que el maestro R.M. pone objeciones. Los músicos y el Abogado de UGT manifiestan que no tienen conocimiento de que existan músicos sancionados y por tanto debe renovarse a todo el mundo. El gerente manifestó su voluntad de renovar como indefinido a todo el mundo y negociar hasta el último momento con el Sr. R.M. OCTAVO.- El 28.11.03, el actor recibió una comunicación del gerente del Consorcio en la que se le indicaba que de conformidad con los dispuesto en el artículo 49.c) del vigente ET, se pone en su conocimiento que con fecha 31 de diciembre de 2003 vence su contrato de trabajo, por lo que a partir de dicha fecha queda extinguida la relación laboral con el consorcio. NOVENO.- De todo el cuadro de personal de la empresa solo el actor fue baja definitiva en la empresa el 31 de diciembre de 2003. La trabajadora S.E.G. fue baja el 21 de diciembre de 2003. Otros tres trabajadores finalizaron su contrato de artistas el 21 de diciembre de 2003, y a partir de dicha fecha suscribieron un contrato de trabajo ordinario. Don M.J.L. suscribió el 1 de enero de 2004 un contrato de trabajo de duración determinada con una duración de 8 meses. Actualmente su contrato es indefinido. También don C.G.I. fue contratado en la misma fecha con una duración de ocho meses y actualmente tiene un contrato indefinido. Estos dos últimos trabajadores tenían una antigüedad de 1997. DECIMO.- El 1 de enero de 2004 la demandada suscribió (salvo error u omisión) los siguientes contratos:

1) Indefinidos:

a) con trabajadores con una antigüedad de 1997: 16

b) antigüedad 1998: 2

c) antigüedad de 1999: 9

d) antigüedad 2000: 4

e) antigüedad 2001: 3

2) de obra o servicio determinado.

a) antigüedad 97: 2

b) antigüedad 01: 6

c) antigüedad 2003: 1

d) sin antigüedad previa: 1

UNDÉCIMO.- En los contratos celebrados el día 1 de enero de 2004, consta una cláusula tercera del siguiente tenor: "Que es voluntad de las partes suscribir un nuevo contrato de trabajo de relación laboral ordinaria, al amparo de la legislación laboral común, y con efectos desde la fecha de comienzo de la inicial prestación de servicios, a cuyo efecto de pleno y mutuo acuerdo suscriben el presente contrato, que se regirá de conformidad con los siguientes:" DUODÉCIMO.- El 9 de diciembre de 2003 los profesores de la Real Filarmonía de Galicia remitieron al Gerente del Consorcio de Santiago y al director titular de la Real Filharmonía de Galicia un escrito cuyo contenido demos por reproducido (folio 131). DECIMOTERCERO.- El consorcio de la ciudad de Santiago publicitó un proceso de provisión de tres plazas de violín tutti, fijando las fechas de las audiciones los días 13, 14 y 15 de diciembre de 2003, siendo la fecha límite de presentación de las solicitudes de participación el 5 de diciembre de 2003. DECIMOCUARTO.- El consorcio de la Ciudad de Santiago es una entidad pública constituida por RD 260/1991, creada el 28 de abril de 1992 para resolver la coordinación institucional derivada de las atribuciones del Real patronato, y que entre sus funciones tiene la de la gestión de los servicios que las Administracio-

nes miembros acuerden encomendarle. En concreto, el consorcio tiene atribuida la gestión de la orquesta Real Filharmonía de Galicia, en virtud del Convenio suscrito el 15 e enero de 2001 entre el Consorcio de la ciudad de Santiago y la Consellería de Cultura, Comunicación Social y Turismo de la Xunta de Galicia, titular de la Real Filharmonía de Galicia. DECIMOQUINTO.- El 15 de enero de 2004 el actor interpuso reclamación previa. DECIMOSEXTO.- Don J.A.C. no ejerció durante el año anterior a la fecha de despido la condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa.

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

Que debo estimar la demanda interpuesta por don J.A.C. contra el Consorcio de Santiago, y en consecuencia, declaro el despido del actor improcedente, y condeno a la empresa a optar en el plazo de cinco días por la readmisión del actor en las mismas condiciones que regían antes del despido, o bien a que extinga la relación laboral con abono en este caso de una indemnización de dieciséis mil seiscientos quince euros con cincuenta y cuatro céntimos (16.615.54), y además cualquiera que sea el sentido de la opción, que abone al trabajador la suma de doce mil quinientos cincuenta y un euros con setenta y seis céntimos (12.551,76) 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 ochenta euros con cuarenta y seis céntimos (80,46).

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el demandante la sentencia de instancia que declara su despido improcedente con sus correspondientes efectos en solicitud de que sea revocada para declarar nulo referido despido, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HP 7º y 14º y denuncia la infracción del art. 55.5 y 6 ET.

SEGUNDO.- Interesa el actor se añada al HP 7º lo literal siguiente: "El 26.11.03, el gerente informó al consejo de administración lo siguiente: Con fecha 1 de enero del próximo año 2004, se procederá, si así se acuerda, a hacer indefinidos a 31 de los 45 profesores de la plantilla de la RFG y a lo largo del 2004 a los 15 restantes. Con esta actuación, por parte del Consorcio de la Ciudad de Santiago, se pone fin a la situación de provisionalidad que la plantilla orquestal venía arrastrando desde su creación. La antigua situación de la orquesta planteaba grandes problemas y podía haber abocado al Consorcio a una situación de irregularidad, tanto en cuanto que los contratos eran en su gran mayoría del año 1997 y realizados al amparo del RD 1.435/1985. La situación laboral de la plantilla podría haber obligado a los músicos a plantear que su relación con el Consorcio no era la de una relación laboral especial, amparada en el RD 1.435/1985, sino ordinaria, ya que en la realidad se cubren necesidades permanentes de la empresa, en este caso el Consorcio, como empleador de artistas que prestan sus servicios con carácter permanente, a través de la RFG, realizando ensayos, conciertos, giras promovidas por la dirección y grabaciones, entre otras actividades. En este caso quedarían sin efecto las fórmulas de contratación temporal previstas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y la extinción de los contratos por expiración del plazo podría ser calificada como despido improcedente. Corregida esta situación, previo informe de la Abogacía del Estado, los contratos que se firmarán con los músicos son de carácter indefinido para todos aquellos que llevan más de tres años en la RFG, los otros serán de seis meses o de un año, para convertirse después de este periodo y si las circunstancias lo aconsejan en indefinidos. El modelo de contrato que se adjunta, informado por la Abogacía del Estado, trata de reconducir una situación laboral inadecuada por otra conforme a derecho. En ellos se reconoce la relación anterior y se varía el tipo de contratación especial, por otra laboral ordinaria. Se matizan una serie de obligaciones de los profesores como es la obligación de tocar los segundos instrumentos y se habla de la docencia en la Escuela de Altos Estudios Musicales. Las retribuciones son las mismas pero se cambia la estructura de la nómina. En los contratos anteriores todo el sueldo estaba considerado como sueldo base y solo se mencionaba un complemento el de desgaste de instrumento y el de docencia como entidades aparte. La nueva estructura de la nómina contempla sueldo base, complemento de puesto de trabajo y complemento de asistencia, reconociéndose

igualmente el complemento de desgaste de instrumento y el de docencia para que aquellos casos que son necesarios. Se adjunta copia de modelo de estructura de las nóminas. La filosofía seguida pro el Consorcio es la de no minorar las cantidades a percibir pero sí estructurarlas de manera coherente con las del resto del personal técnico y administrativo y aunar así las retribuciones de acuerdo a un solo modelo"

Se invoca al efecto el documento obrante a los folios 173 y 174, a los cuales obra precisamente informe del gerente del Consorcio de Santiago que fechado en Santiago el día 26.11.03 presenta el literal contenido que se transcribe en el texto revisor. Se justifica debidamente, por tanto, el referido informe del gerente y su contenido, tal como se interesa en el motivo revisor, y así procede incorporarlo al HP 7º al margen de su definitiva trascendencia en términos de examen del derecho, a valorar en su debido contexto. No se opone a ello la alegación que al efecto se formula en la impugnación del recurso. El informe de los F 173 y 174 (o Folios 156 y 157), si bien aportado tras el acto de juicio por el demandante (F.153 a 155), lo cierto es que motivó resolución del juzgador de instancia abriendo el cauce del mejor proveer (que le permite acordar la práctica de las pruebas que estime necesarios) dando el traslado del art. 88 LPL al respecto (F. 165 y siguientes), y finalmente lo mantuvo incorporado al proceso como prueba documental y así reflejándolo en la sentencia misma. En el Fto. jurídico de esta sentencia se dice: "Lo anterior explica el tenor del documento interno aportado para mejor proveer, sin cuya unión habríamos llegado a la misma conclusión, pues es claro que el proceso negociador iniciado por el Consorcio con el comité de empresa tenía como único fin regularizar la precaria situación laboral de los profesores instrumentistas…". En suma, aportado el documento al proceso en la instancia según se dijo, se trata de prueba admitida, con rechazo al efecto de las objeciones formuladas, sin que resulten viables a partir de ello las alegaciones que efectúa la parte recurrida sobre la misma, no impeditivas en esta fase de suplicación y tal como ésta se plantea en orden a considerar la prueba a los efectos postulados en el recurso.

Por otro lado, la sentencia dictada se hace eco del documento en sí mismo incluso ya con valor fáctico, dándolo por emitido en sus propios términos, recordándose que aun en lugar inadecuado, las declaraciones fácticas contenidas en los ftos. de derecho tienen valor de HP. Es más, si el juzgador a la postre dice considerar el informe inesencial en términos de resolución jurídica, la propia parte demandada lo afirma al alegar que la revisión es innecesaria "pues más allá de interpretaciones forzadas de la parte recurrente, nada innova o aporta respecto de la demás documental aportada a las actuaciones por el Consorcio"; razonamiento éste que también viene a neutralizar su alegación previa de prueba indebida por su origen… y que en cualquier caso el juzgador no consideró al mantener la aportación de la prueba al proceso y así venía en este como prueba practicada.

TERCERO.- Interesa también el actor que se adicionen al HP 14 los tres párrafos siguientes, invocando al efecto los estatutos del Consorcio obrantes a los folios 69 y 70:1) "Es competencia del consejo de administración, entre otras, la aprobación de la relación de puestos de trabajo y de las formas de provisión". 2) "Son competencias propias de la comisión ejecutiva, entre otras, "Elaborar el reglamento orgánico y de funcionamiento interno del Consorcio, la programación plurianual de su actividad y la relación de puestos de trabajo y de sus formas de provisión, que serán aprobados por el consejo de administración" y 3) "Corresponde al gerente, entre otras cuestiones, "La ejecución y desarrollo de los acuerdos del consejo de administración; la jefatura del personal y de todos los servicios".

Al margen de su definitiva trascendencia en términos de derecho, lo cierto es que a los folios indicados obran los estatutos del Consorcio que, entre otras, contienen las previsiones transcritas, que así procede incorporarlas al HP 14, sin perjuicio de insertarlas en el contexto general de los referidos estatutos.

CUARTO.- El demandante denuncia la infracción del art. 55.5 y 6 ET alegando, en esencia, que concurre "la arbitraria disparidad de trato. Estamos en presencia de un trato desigual y desprovisto de toda razón objetiva y razonable. Se infringe el principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos".

La infracción que se denuncia ha de examinarse a partir de que son HDP los fundamentales siguientes: 1º) El Auditorio de Galicia hizo pública en el año 1998, una convocatoria de audiciones para cubrir 21 plazas de músicos para la orquesta Real Filarmonía

de Galicia. En esta convocatoria se fija como régimen laboral que regirá a los músicos que lo superen el siguiente: los contratos que se suscribirán tendrán carácter anual, con un periodo de prueba en el primer año de tres meses, renovables, y estarán sujetos al régimen de contratos artísticos, según el Real Decreto 1.435/85 de 1 de agosto. 2º) El actor superó el proceso de selección anunciado en referida convocatoria y comenzó a prestar servicios el 31.05.99 como fagot, suscribiendo el 15.06.00 el contrato del HP3º: de duración determinada al amparo del RD 1.435/85, en cuya cláusula 2ª se preveía duración hasta el 31.12.03, renovable, y en la 9º que el contrato entraría en vigor el 01.07.00 y finalizaría el 31.12.03. 3º) El Reglamento de régimen interno de la Real Filarmonía de Galicia prevé en su articulo 44 la regulación del control de calidad artística, consistente en una audición y que se desenvuelve en los términos expresados en el referido artículo. El actor nunca fue sometido a un control de calidad artística en los términos expresados en la referida norma. El referido reglamento perdió su vigencia con la publicación del convenio colectivo del Consorcio de la Ciudad de Santiago el 24 de junio de 2003. 4º) El 14.11.03 el Gerente y la Jefa de Administración del Consorcio de Santiago se reunieron con el Comité de empresa y el Abogado de UGT, para tratar de la reivindicación del comité de empresa del reconocimiento de la condición de indefinidos de los músicos de la Orquesta con más de tres años de antigüedad. En esa reunión el Gerente manifestó "que sobre esta cuestión ya fue consultado el asesor Jurídico, y así se hará, quedando pendiente de consultar al Sr. R.M. respecto de los criterios musicales, lo que se nos informará en la próxima reunión, en la que se concretará la fecha de firma de los nuevos contratos". El 24.11.03 vuelven a reunirse las mismas partes, y en su discurso el Gerente informa que se renovará como indefinido a todos los músicos de la Orquesta salvo a tres de ellos a los que el maestro R.M. pone objeciones. Los músicos y el abogado de UGT manifiestan que no tienen conocimiento de que existan músicos sancionados y por tanto debe renovarse a todo el mundo. El gerente manifestó su voluntad de renovar como indefinido a todo el mundo y negociar hasta el último momento con el Sr. R.M. Además, lo adicionado en el Fto. 2º precedente por revisión de los HP. 5º) El 28.11.03, el actor recibió una comunicación del gerente del Consorcio en la que se le indicaba que de conformidad con los dispuesto en el artículo 49.c) del vigente ET, se pone en su conocimiento que con fecha 31 de diciembre de 2003 vence su contrato de trabajo, por lo que a partir de dicha fecha queda extinguida la relación laboral con el Consorcio. 6º) De todo el cuadro de personal de la empresa solo el actor fue baja definitiva en la empresa el 31 de diciembre de 2003. La trabajadora S.E.G. fue baja el 21 de diciembre de 2003. Otros tres trabajadores finalizaron su contrato de artistas el 21 de diciembre de 2003, y a partir de dicha fecha suscribieron un contrato de trabajo ordinario. Don M.J.L. suscribió el 1 de enero de 2004 un contrato de trabajo de duración determinada con una duración de 8 meses. Actualmente su contrato es indefinido. También don C.G.I. fue contratado en la misma fecha con una duración de ocho meses y actualmente tiene un contrato indefinido. Estos dos últimos trabajadores tenían una antigüedad de 1997. 7º) El 01.01.04 la demandada suscribió los contratos que se dicen en el HP10º, en cuyos contratos se incluyó la cláusula que se transcribe en el HP 11. 8º) El Consorcio de la Ciudad de Santiago es una entidad publica constituida por RD 260/1991, creada el 28 de abril de 1992 para resolver la coordinación institucional derivada de las atribuciones del Real Patronato, y que entre sus funciones tiene la de la gestión de los servicios que las Administraciones miembros acuerden encomendarle. En concreto, el Consorcio tiene atribuida la gestión de la orquesta Real Filharmonía de Galicia, en virtud del Convenio suscrito el 15 de enero de 2001 entre el Consorcio de la ciudad de Santiago y la Consellería de Cultura, Comunicación Social y Turismo de la Xunta de Galicia, titular de la Real Filharmonía de Galicia. En cuanto a sus estatutos, lo adicionado a los HP que consta en el fto. 3º precedente. 9º) Finalmente, lo consignado en los HP 12 y 13. Aparte lo que con valor fáctico también se consigna en el Fto. Jurídico 1º de la sentencia recurrida y a lo que luego se aludirá, recordándose que aún efectuadas en la fundamentación jurídica, las declaraciones judiciales con indudable valor fáctico tienen este valor y han de ser tenidas como parte integrante de los HDP (SSTS de 09.12.89, 19.12.89, 30.01.90, 02.03.90, 27.07.92, 14.12.98, 23.02.99…)

QUINTO.- Se deducen de lo consignado las razones que ha llevado en la instancia a rechazar la declaración de nulidad del despido; en esencia (Fto. Jurídico de la sentencia recurrida) que "para desechar la existencia de discriminación no es exigible que la empresa realizase dicha auditoría de control, siendo suficiente con que lleguemos (como de hecho

sucede) a la convicción de que la dirección artística de la Orquesta manifestó realmente a la Gerencia del Consorcio sus objeciones a la contratación del actor por mor de su falta de cualidades artísticas para continuar en la misma, siendo este convencimiento suficiente para apartar las dudas sobre discriminación, y así apreciar que sí existió una causa objetiva y objetivada para que la empresa decidiese no regularizar al actor, y por lo tanto que no se trató de una persecución o discriminación…".

Efectivamente, se deduce de ello, de lo declarado probado, la inexistencia de causa, para decretar nulo el despido del actor por la causa invocada..Considerando también la doctrina aplicada en numerosas ocasiones por esta Sala acerca de que es básica afirmación 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».

Igualmente ha de tenerse en cuenta que los «indicios» de que habla el referido 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.

SEXTO.- Como deja establecido la sentencia de instancia, sin impugnación vía suplicación por parte de la demandada, no se está en presencia de la finalización de contrato temporal sino, como en el caso de los restantes profesores instrumentistas, de una relación laboral a medio de contratos temporales que

devino fraudulenta al hacerse uso de tales contratos para atender a una necesidad permanente de la empresa; de esta manera, la relación laboral era indefinida y "su fin de contrato por transcurso del plazo pactado –fto. Jurídico de la sentencia de instancia- no puede admitirse como causa de fin de contrato, por cuanto el demandado con su actuación en el proceso negociador y posterior contratación de los demás músicos, reconoce implícitamente que dichas contrataciones eran fraudulentas y por lo tanto las relaciones laborales existentes indefinidas", apelándose asimismo al incumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de régimen interno del Consorcio por cuanto superado un proceso de selección le correspondía la condición de titulares "reservándose el contrato temporal para supuestos concretos en que fuese necesario atender a necesidades puntuales".

A partir de ello, también la sentencia recurrida reconoce que constituye un indicio de actuación discriminatoria por parte del Consorcio el hecho de que solo el actor entre los profesores en situación semejante a la suya "no fue regularizado laboralmente, extinguiéndose su contrato al amparo de la cláusula formal del transcurso del plazo"; pero acto seguido –fundamento jurídico de la sentencia de instancia-, descarta la existencia de discriminación al constatarse la existencia de una causa objetiva y objetivada para que la empresa decidiese no regularizar la relación laboral del demandante: el que la dirección artística de la orquesta manifestó realmente a la Gerencia del Consorcio sus objeciones a la contratación del actor por consecuencia de su falta de cualidades artísticas para continuar en la misma.

La Sala, efectivamente, considera procedente la argumentación, no habiendo lugar, consecuentemente, a la declaración de nulidad del despido que se postula por infracción del principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos, por trato desigual desprovisto de toda razón objetiva y razonable. Se ha afirmado reiteradamente que la desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueda considerarse iguales, así como que las consecuencias jurídicas de la diferencia de trato han de ser adecuadas y proporcionadas al fin que se persiga.

Según está acreditado, el Consocio puso fin a la relación laboral con el actor debido a falta de cualidades artísticas para continuar con la orquesta Real Filharmonía de Galicia según consideración explicitada de la dirección artística de la misma. Hecho este que al tratarse de una relación en la que el actor prestaba servicios en la orquesta indicada como fagot y ponderando las demás circunstancias concurrentes, excluye la existencia en la decisión extintiva de una discriminación o persecución, de la invocada vulneración de un derecho constitucional, no habiendo, en suma, causa que conforme al art. 55.5 ET sea susceptible de provocar la nulidad del despido.

Efectivamente, ya en la reunión de 14 de noviembre de 2003 habida entre el gerente y jefe de administración del Consorcio y el comité de empresa y el abogado de UGT en orden a tratar el problema de la relación laboral de los músicos de la orquesta, el gerente puso de manifiesto que había de consultar al maestro R.M. respecto de los criterios musicales; y en la del día siguiente se hizo constar que la renovación como indefinidos a los músicos de la orquesta no tenía problemas salvo en casos concretos "a los que el maestro R.M. pone objeciones". Si de esto ya se dejó constancia en tales momentos temporales y de negociación, tratándose de cuestión distinta de la puramente jurídica que encerraba la relación laboral con los músicos y a la que exclusivamente se refería el informe del gerente del Consorcio de 26.11.03, resulta que como deja establecido la sentencia recurrida en su fto. Jurídico, el gerente del Consorcio reiteró en juicio, testimonio valorado por el juzgador de instancia en función de la inmediación y de sus facultades al efecto, no sustituible por el criterio interesado de la parte, que "en una orquesta el que define los músicos es la dirección artística, y si considera que algún músico no da las prestaciones no se renueva el contrato pero es motivo estrictamente técnico y musical. El profesor R.M. es el que dijo que el actor no encajaba en la orquesta… El director de orquesta en más de una ocasión, en 4 ocasiones de forma verbal reconvino al actor indicandosele al testigo…". De este modo, está debidamente fundada y se mantiene en sus propios términos en suplicación la conclusión que deja hecha la sentencia de instancia en el sentido de que habiendo manifestado la dirección artística a la gerencia del Consorcio las objeciones a la continuación del actor en la orquesta, la decisión de la demandada de no regularizar la relación laboral del actor, extinguiéndola, obedeció a esta causa; que en sí misma y de manera objetiva y objetivada hace desterrable cualquier discriminación o vulneración de derecho fundamental en la conducta

empresarial al considerar que se trata de criterios y exigencias musicales ciertos afectantes singularmente al demandante y de poner fin, por virtud de ello, a una prestación de servicios como músico en la orquesta filarmónica de autos, lo que además se vino explicitando ex ante la decisión extintiva en el marco de un proceso negociador que afectaba en general a los músicos de la orquesta.

No constituye objeción al efecto el hecho de que no se efectuase una auditoría de control al actor. Tratándose de desterrar una discriminación…, resulta oportuna la acreditación que se deriva de que la dirección artística de la orquesta hubiera expresado a la demandada sus objeciones a la continuación del actor por lo que estimaba falta de cualidades artísticas. Tampoco incide en forma valorable la alegación que se formula en el recurso acerca de que la decisión del gerente de excluir al demandante fue un "ataque a sus propios actos y un incumplimiento manifiesto de los estatutos del Consorcio…". El gerente del Consorcio aparece interviniendo y actuando, según lo que consta y se constata, en su condición de tal por y para el Consorcio demandado, quien como empresa decidió y ratificó todo lo oportuno ex ante proceso y en el proceso (en este oponiendose siempre a las pretensiones del actor). El informe de 26.11.03 del gerente no descalifica nada en concreto, tanto más cuando en su propio texto hace indicación de que a la actuación futura de hacer indefinidos los contratos se procederá "si así se acuerda…", lógicamente por la demandada, resultando un informe sobre los contratos de los músicos de la orquesta y su situación laboral y está en armonía con lo que fue objeto de las reuniones de noviembre de 2002 con el comité de empresa, no pudiendo sacarse de contexto y vincularlo a la causa concreta de índole diferencial que concurría en el demandante según explicitó en su momento la dirección musical y no el gerente; cuestión concreta que como tal dio cuenta de su existencia el gerente mismo en las reuniones de 14 y 24.11.03 con el comité.

En definitiva, por lo expuesto y en lo oportuno por las razones que también contiene la sentencia de instancia, no prospera la infracción que denuncia el demandante al amparo del art. 191.c) LPL y argumentaciones que la acompañan y con rechazo del recurso, se confirma la resolución impugnada; como interesa el Consorcio demandado en la impugnación del recurso. No proceden costas (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.A.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de fecha 04.06.04 en autos nº 111/04 seguidos a instancia del recurrente frente a la empresa Consorcio de la Ciudad de Santiago de Compostela, confirmamos la sentencia recurrida.

3974 Recurso nº 4.295/04

S.S. EXTINCIÓN LÍCITA DE CONTRATO INDEFINIDO NON FIXO DE TRABALLADOR AO SERVIZO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

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

A Coruña, a veintiuno de octubre de dos mil cuatro

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 4.295/04 interpuesto por doña J.R.H. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 435/04 se presentó demanda por doña J.R.H. en reclamación de despido siendo demandado el Universidad de A Coruña en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de julio de 2004 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 inició su prestación de servicios para la demandada Universidad de La Coruña, mediante contrato de trabajo temporal de fomento de empleo al amparo del Rdto. 1989/84, suscrito en fecha 24 de octubre de 1991, con la categoría de Auxiliar Técnico de Biblioteca grupo IV para prestar servicios en la Facultad de Derecho de la citada Universidad. Su jornada era de 37,5 horas semanales

en jornada de tarde. Este contrato tuvo sucesivas prórrogas finalizando la última el 23 de abril de 1996. 2.- El 26 de abril de 1996 suscribe nuevo contrato, este de interinidad, al amparo del R.D. 2.546/94, como Auxiliar Técnico de Biblioteca grupo IV, en la Facultad de Derecho, para cubrir temporalmente el puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. En el contrato figura como objeto ocupar con carácter interino el puesto previsto en la cláusula 1ª hasta que sea cubierto con carácter definitivo por el procedimiento ordinario o sea amortizado. 3.- Por resolución de 10 de agosto de 1995 se aprueba la oferta de empleo público para el citado año, en la que constan 5 Auxiliares de biblioteca. El 2 de julio de 2002 se convocan pruebas selectivas para el ingreso en la escala de Auxiliares de Archivos, Bibliotecas y Museos, nombrándose en fecha 16 de marzo de 2004, funcionarios del citado cuerpo como consecuencia de las pruebas señaladas, y destinando con fecha 7 de abril de 2004 a don B.F.L. para la plaza de Auxiliar de Biblioteca en turno de tarde en la Facultad de Derecho. 4.- Por resolución de 11 de mayo de 1995 se actualiza la relación de puestos de trabajo del personal de la universidad de La Coruña, figurando dos Auxiliares de Biblioteca en la Facultad de Derecho, concretándose en resolución de 25 de agosto de 2003, que hace pública la relación de puestos de trabajo la existencia de una vacante de esta categoría en turno de tarde en la Facultad de Derecho, puesto de trabajo reservado a funcionarios, puesto que venía ocupando la actora. 5.- El mismo día 7 de abril de 2004 se le comunica a la actora su cese por finalización el contrato por cubrirse la plaza que venía desempeñando por funcionarios en propiedad. 6.- Percibía un salario de 1469,75 € mensuales con prorrateo. 7.- Se agotó la vía previa en la forma reglamentaria".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por doña J.R.H. absuelvo de la misma a la demandada Universidad de A Coruña, declarando que en el cese de la actora no ha habido despido sino extinción de contrato por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba".

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.- 1.- Al amparo del art. 191.b) LPL, la trabajadora recurrente propone las siguientes revisiones de los HDP:

(a).- Completar el ordinal tercero con la indicación –en su primer inciso– de que las plazas ofertadas lo eran «como personal laboral del Grupo IV». De esta forma, la redacción definitiva sería la de que «Por resolución de 10 de agosto de 1995 se aprueba la oferta de empleo público para el citado año en la que constan 5 Auxiliares de Biblioteca, como personal laboral del Grupo IV».

(b).- Añadir al cuarto ordinal la referencia a que los puestos de trabajo de Auxiliares de Biblioteca estaban cubiertos, de manera que el texto final exprese que «Por resolución de 11 de mayo de 1995 se actualiza la relación de puestos de trabajo del personal de la Universidad de A Coruña, figurando dos Auxiliares de Biblioteca en la Facultad de Derecho, estando cubiertos ambos puestos de trabajo, concretándose en resolución de 25 de agosto de 2003 que hace pública la relación de puestos de trabajo la existencia de una vacante de esta categoría en turno de tarde en la Facultad de Derecho, puesto de trabajo reservados a funcionario, puesto que venia ocupando la actora».

2.- Es innegable que la primera de las adiciones tiene pleno apoyo en la resolución que en su apoyo se cita (folio 11), y por tal motivo se acepta. Y la misma razón justifica –en causa a los folios 57 y 61– que se admita también el segundo de los añadidos; pero sería incompleta sin añadir que tales plazas –cubiertas– son de personal laboral y que tienen atribuidos los números 263 y 264, tal como el mismo folio 57 indica. Revisiones que se aceptan sin perjuicio –lo adelantamos– de que resulten intrascendentes para variar el signo del fallo, aunque den lugar a una más completa versión de los hechos y faciliten la argumentación.

SEGUNDO.- 1.- Por el cauce del art. 191.c) LPL y en el apartado de examen del Derecho aplicado, el recurso denuncia (a) la infracción de los arts. 3.5, 15, 54, 55 y 56 ET, en relación con doctrina jurisprudencial interpretativa; y (b) la interpretación errónea del Capítulo XIII del Acuerdo suscrito entre la Administración y los Sindicatos (BOE de 18.11.02).

2.- Conforme al relato de hechos y a inevitables concreciones obtenibles de incontestable documental que obra en el expediente

administrativo, resulta: (a) que la actora viene prestando servicios para demandada desde el 24.10.91, como Auxiliar Técnico de Biblioteca, a virtud de contrato para fomento de empleo que se prorrogó hasta el 23.04.96; (b) que en 26.04.96 suscribe contrato de interinidad, al amparo formal del RD 2.546/99, como personal del Grupo IV –laboral– para la misma categoría profesional y hasta la cobertura definitiva de la plaza; (c) que las dos plazas de Auxiliar de Biblioteca en la Facultad de Derecho –números 263 y 264– eran laborales en la RTP de 1995 y figuran como funcionariales –números F408 y F409– en la nueva RPT de 2003; (d) que por resolución de 02.07.02 –éste es un dato que silencia la decisión recurrida, pero que consta en el expediente administrativo en sus folios 12 y 13 y ha de añadirse para la mejor intelección del relato– se convocaron pruebas selectivas para cubrir el 11 plazas de funcionarios de la escala de Auxiliares de Biblioteca de la Universidad de A Coruña, grupo C; (e) que el proceso concluyó por Resolución Rectoral de 16.03.04 y con efectos de 07.04.04 a don BFL se la destina al puesto NRPT F409, en el turno de tarde la Biblioteca de la Facultad de Derecho, plaza y turno atendidos por la actora; y (f) en la misma fecha –07.04.04– se le comunica a la actora su cese, por haberse cubierto la plaza por funcionario.

3.- La conclusión a que la Sala llega en el examen de los precedentes hechos es del todo coincidente con la sentencia recurrida, siquiera que discrepemos en el análisis del contrato de interinidad. Para nosotros es innegable que la relación de la actora con la demandada Universidad tenía carácter indefinido, pero de todas formas también entendemos que su cese es ajustado a Derecho, tal como a continuación justificaremos.

TERCERO.- 1.- Ha de destacarse la decisiva irregularidad de que el contrato inicial, para el fomento del empleo, hubiese superado –con sus prórrogas– el plazo máximo de tres años establecido en el art. 3 RD 1.989/84, de 17 de octubre; e incluso el previsto excepcionalmente en el art. 17 RD-Ley 3/93, de 26 de febrero, admitiendo la ampliación de un año –en todo caso superada en autos– para los que hubiesen de expirar por el transcurso de los tres años entre el 01.01 y el 31.12.93, supuesto que no se daba en el caso de la actora, cuya contratación se había producido en 24.10.91 y los tres años de duración máxima conforme al RD 1.989/84 se cumplían –por ello– en 24.10.94, por lo que no se daba el presupuesto ampliatorio previsto en el RD-Ley 3/93, de manera que la relación laboral de la accionante debiera haber concluido inexorablemente en la referida fecha de 24.10.91.

2.- Y al respecto es de recordar –son palabras de la STC 205/1987, de 21 de diciembre– que «en cuanto parte de relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores». Y en la misma línea se manifiesta la doctrina unificada, al decir que cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios –en el sentido a que se refiere el art. 1.2 del ET– y celebran contratos temporales, el principio de legalidad establecido por el art. 9.1 CE les lleva a sujetarse la normativa general, coyuntural o sectorial, debiendo someterse –con el mayor rigor posible– a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo (SSTS 13.10.99 Ar. 7.493, 17.03.98 Ar. 2.682...), porque «la mención que, sin mayores precisiones, hace el art. 19 de la Ley para la reforma de la Función Pública al personal laboral, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios [art. 1.2 ET] celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del art. 9.1. de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La repercusión del citado art. 19 de la ley para la reforma de la Función Pública en la relación individual de trabajo se limita, por tanto, al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración» (SSTS 18.03.91 Ar. 1.875, con cita de las 07.03.88 Ar. 1.864, 18.07.89 Ar. 5.873 y 11.02.91 Ar. 822; reitera la doctrina, la 07.10.92 Ar. 7.621).

3.- Pues bien, la reseñada anomalía contractual determinó ya en su momento que la relación *inter partes* deviniera indefinida, siendo así que las irregularidades graves en las contrataciones laborales cometidas por las Administraciones Públicas determinan la conversión del vínculo en indefinido, sin que a ello se oponga el art. 103.3 CE (SSTS 11.03.91

Ar. 822; 18.03.91 Ar. 1.875; 31.01.92 Ar. 142; 06.05.92 Ar. 3.516; 18.05.92 Ar. 3.564; 20.06.92 Ar. 4.602; 27.07.92 Ar. 5.663; 23.10.92 Ar. 7.676; 26.10.92 Ar. 7.842; 30.03.93 Ar. 1.653; 22.09.93 Ar. 7.026; 03.11.93 Ar. 8.539; 24.01.94 Ar. 865). Y de esta forma, si la actora había pasado a ostentar relación laboral indefinida desde la continuidad en la prestación de servicios a partir de la fecha de duración legal máxima –24.10.94– su posterior contratación en régimen de interinidad, al amparo del art. 4.2.b RD 2.546/94, deviene fraudulenta y resulta absolutamente ineficaz a los efectos de limitar la naturaleza indefinida del vínculo, porque cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad –se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato temporal es inferior a 20 días hábiles–, carece de eficacia; como no la tiene tampoco un recibo de finiquito cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado (así, STS 21.03.02 Ar. 3.818).

CUARTO.- 1.- En lo que se refiere al contrato de interinidad, ha de recordarse la admisibilidad de tal figura contractual en el ámbito de las Administraciones Públicas y la flexibilidad con que la doctrina unificada ha tratado –sobre todo en los últimos tiempos– la utilización de esta modalidad contractual por parte de aquéllas.

En esta sentido se ha indicado que el art. 15.1.c) ET y el art. 4.1 RD 2.104/84, de 21 de noviembre, permiten que las AAPP celebren contratos de interinidad a fin de ocupar sus puestos vacantes provisionalmente y hasta su cobertura por el cauce correspondiente, porque –STS 09.10.84 Ar. 5.260– «la interinidad es figura reconocida para sustituir la transitoria ausencia de un trabajador de la plantilla» y que «su finalidad no es otra que la de aportar a la empresa fuerza de trabajo frente a la pérdida tanto la del que ulteriormente retorne, como la del que no podrá acceder de nuevo, si ésta ha de cubrirse reglamentariamente» (SSTS 27.03.92 Ar. 1.880; 19.05.92 Ar. 3.577). Y se ha destacado que «[...] la jurisprudencia [...] la ha aceptado en relación con las Administraciones públicas, con enorme flexibilidad, pero condicionando en todo caso su validez a la constancia de que se había efectuado para cubrir una plaza vacante [...] se comenzó diciendo que sólo era admisible para los supuestos en que «la vacante esté identificada y vinculada a una oferta pública de empleo» –SSTS 19.05.92 Ar. 3.577, 21.06.93 Ar. 5.136– pero más adelante se aceptó que la plaza no estuviera identificada «ab initio» al admitir como válidos contratos formalmente celebrados para obra o servicio determinado cuya finalidad era la cobertura de una plaza vacante –SSTS 02.11.94 Ar. 10.336, 07.11.95 Ar. 8.673, 23.04.96 Ar. 3.401–, habiéndose aceptado incluso que la identificación de la vacante se haga sin ninguna formalidad especial como sería su vinculación a un número de la relación de puestos de trabajo, catálogo, plantilla o cuadro numérico de personal existente, bastando que la identificación se haga de modo suficiente y en condiciones de objetividad –SSTS 26.12.95 Ar. 3184, que a su vez cita las de 02.11.94 Ar. 10.336 y 26.06.95 Ar. 5.224, 14.01.98 Ar. 1 y 01.06.98 Ar. 4.938–. [...]. Pero en lo que no se ha cedido es en la necesidad de que la contratación se produzca para cubrir una plaza que se halle vacante –SSTS 07.05.96 Ar. 4.382, 03.02.98 Ar. 1.429 o 04.05.98 Ar. 4.089– en tanto en cuanto constituye el requisito condicionante de la aceptación de esta modalidad de contratación, dado que en el propio concepto de la palabra interinaje se halla inserta la necesidad de una sustitución, como situación vicaria de una titularidad reservada respecto de una plaza vacante preexistente, y todavía no cubierta por los procedimientos reglamentarios» (STS 20.06.00 Ar. 5.961).

Insistiendo en ese requisito esencial, la doctrina unificada ha manifestado que la correcta utilización de la modalidad contractual de interinidad requiere que esté perfectamente identificada la vacante que ocupa el interino, identificación que ha de ser suficiente y en condiciones de objetividad de modo que no se produzca indefensión al interesado (SSTS 18.06.94 Ar. 5.454; 31.10.94 Ar. 8.259; 02.11.94 Ar. 10.336; 02.12.94; 17.03.95; 26.06.95 Ar. 5.224; 06.07.95 Ar. 5.479; 14.07.95 Ar. 6.258; 15.07.95 Ar. 6.262; 17.07.95 Ar. 6.268; 24.07.95 Ar. 6.269; 24.07.95 Ar. 6.334; 27.07.95 Ar. 6.335; 31.07.95 Ar. 6.725; 06.10.95 Ar. 7.200; 10.10.95 Ar. 7.678; 25.10.95 Ar. 7.873; 14.12.95 Ar. 1996\3.184; 26.12.95 Ar. 3.185; 02.02.96 Ar. 1.004; 23.02.96 Ar. 1.501; 18.03.96 Ar. 2.299; 29.03.96 Ar. 2.502; 21.05.96 Ar. 4.605; 12.06.96 Ar 5.065; 04.11.96 Ar. 8.402; 03.03.97 Ar. 2.202; 29.04.97 Ar. 3.555; 14.01.98 Ar. 1; 01.06.98 Ar. 4.938). Pero lo esencial –se añade– es que haya una identificación objetiva y suficiente que no genere indefensión al inte-

resado (SSTS 03.01.97 Ar. 904; 19.02.97 Ar. 1.453; 20.03.97 Ar. 2.602; 30.04.97 Ar. 3.560; 14.01.98 Ar. 1), pues «no se precisa una formalidad particular, bastando con que se haga de modo suficiente y en condiciones de objetividad, siendo la propia pretensión de fijeza sobre las mismas un elemento fáctico indicativo de tal condición de vacante (SSTS 26.12.95 Ar. 3.184; 14.01.98 Ar. 1; 01.06.98 Ar. 4.938).

2.- Y en supuesto de autos se cumple ese requisito de identificación objetiva y suficiente, pues se le contrata como Auxiliar de Biblioteca de la Facultad de Derecho para el turno de tarde, y siendo dos las plazas que figuran en la RPT –una para el turno de mañana y otra para el de tarde–, no cabe duda del puesto de trabajo al que se refería la interinidad, aunque no se hubiese precisado su número (NRPT F409), y de esta forma no se produce indefensión alguna a la trabajadora. Es de observar que en la RTP aprobada por Resolución de 26.08.03, en la Facultad de Derecho figuran dos puestos de Auxiliar de Biblioteca, ambos del Grupo C y atribuyendo al número F409 el turno de tarde (folio 66).

QUINTO.- 1.- Pero la afirmación que hicimos más arriba, la de que la relación laboral de la trabajadora había adquirido carácter indefinido por vicio sustancial en el primero de los contratos –superación, con creces, de la duración legal máxima– no lleva de todas formas a estimar la pretensión actora, porque si bien la irregular celebración de contratos temporales por las Administraciones Públicas se salda con su conversión en contratos indefinidos, éstos tan sólo perviven hasta la cobertura del puesto por los trámites reglamentarios, pues aquella naturaleza indefinida no equivale a adquisición por el trabajador de fijeza en plantilla con adscripción definitiva de puesto de trabajo (SSTS 20.01.98 –Sala General– Ar. 1.000; 21.01.98 –Sala General– Ar. 1.138; 27.03.98 Ar. 3.159; 12.06.98 Ar. 5.203; 22.09.98 Ar. 7.423; 05.10.98 Ar. 8.659; 13.10.98 Ar. 7.809; 26.10.98 Ar. 7.875; 10.11.98 Art. 9.542; 10.11.98 Ar. 9.543; 18.11.98 Ar. 9.994; 21.12.98 Ar. 1999\313; 28.12.98 Ar. 1999\386; 19.01.99 Ar. 810; 26.01.99 Ar. 1.105; 13.10.99 Ar. 7.493; 18.10.99 Ar. 8.147; 06.05.03 Ar. 5.765), siendo así que el concepto de trabajador fijo no es exactamente coincidente con el de trabajador vinculado por una relación indefinida, en cuanto que aquella cualidad –a partir de la Ley 30/1984– se adquiere únicamente en las Administraciones Públicas mediante la acreditación de mérito y capacidad en el correspondiente concurso público exigido por la normativa específica de dichas Administraciones, mientras que la calificación de una relación de trabajo como indefinida, con lo que ello comporta a los efectos del régimen jurídico de su duración y de su extinción, depende exclusivamente de lo establecido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones complementarias (SSTS 07.10.96 Ar. 7.492; 10.12.96 Ar. 9.139; 30.12.96 Ar. 9.864; 14.03.97 Ar. 2.471; 24.04.97 Ar. 3.498; 20.01.98 Ar. 1.000; 17.01.00 Ar. 921).

3.- En el caso de autos, a la vista del final relato de los HDP resulta que la trabajadora fue contratada para cubrir plaza vacante –de las dos contempladas en la RPT de 1.995, con los números 263 y 264– como Auxiliar de Biblioteca en la Facultad de Derecho y en turno de tarde. Plaza que se califica como laboral en la RTP citada y –coherentemente– en el contrato de interinidad suscrito en 26.04.96, pero que en fecha que no consta pasó a ser funcionarial, tal como demuestra la ya citada RTP de 26.08.03, pues en ella consta que en la Facultad de Derecho las dos plaza de Auxiliar de Biblioteca (antes plazas 263 y 264) pertenecen ya al Grupo C –que no al laboral– y a ellas se les atribuyen los número F408 y F409, correspondiendo ésta última al turno de tarde, el de la demandante.

Pero con independencia de esta innegable transformación de la plaza –ha de presumirse ajustada a Derecho– o incluso de posibles imprecisiones en el contrato o en la RPT de 1995 –algo poco factible–, lo cierto es que tal puesto resulta ser funcionarial a la fecha de la convocatoria en 02.07.02 y se identifica como F409; puesto que resulta adjudicado a quien obtuvo plaza como funcionario titular en la oposición y es destinada a ella en 07.04.04, fecha de cese de la actora. Con lo que rechazamos se hubiesen infringido los preceptos estatutarios que censura el recurso.

SEXTO.- Igualmente rechazamos la denunciada infracción del Capítulo XIII del Acuerdo Administración y Sindicatos, sin necesidad de hacer consideración alguna sobre las argumentaciones de la resolución de instancia –inexistencia de declaración judicial de firmeza e inconstitucionalidad del acuerdo–, siendo así que el Capítulo XIII del mismo pacto refiere su ámbito de aplicación al personal civil de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, así como al personal de los Servicios Comunes y Entidades Gestoras de la

Seguridad Social y al de la Administración de Justicia, pero no al de las restantes Administraciones, señalándose específicamente como excepción que el capítulo XVIII –incremento general de retribuciones– y la letra d) del capítulo XIX –modificación de las gratificaciones extraordinarias– «serán también de aplicación [...] a los empleados públicos en servicio activo de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, así como de los organismos públicos de ellas dependientes».

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña J.R.H., confirmamos la sentencia que con fecha 07.07.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de A Coruña, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la Universidad de A Coruña.

3975 **Recurso nº 2.096/02**

S.S. INCAPACIDADE TEMPORAL. IMPUGNACIÓN DE ALTA MÉDICA. NON PROCEDE. CAPACIDADE PARA O TRABALLO INCOMPATIBLE CO MANTEMENTO DA BAIXA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintidós de octubre de dos mil cuatro

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. 2.096/02 interpuesto por Servizo Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad Social y don J.B.S.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentaron demandas por don J.B.S.S. y por la Mutua Gallega en reclamación de accidente siendo demandados Mutua Gallega, "C., S.A.", Servizo Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, y en la demanda presentada por la Mutua Gallega, son demandados don J.B.S.S., "C., S.A.", Servizo Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 515 y 793/01 sentencia con fecha cuatro de febrero de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda interpuesta por la Mutua y desestimó la interpuesta por don J.B.S.S.

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

1º. Don J.B.S.S., mayor de edad, con D.N.I. ..., nacido el día 11.07.71, afiliado con el nº ... al Régimen General de la Seguridad Social, viene prestando sus servicios por cuenta de la Entidad Mercantil "C., S.A.", desde el día 10.08.99 hasta el día 31.01.01, fecha de finalización del contrato por fin de obra, con la categoría profesional de peón, y teniendo una base reguladora diaria a efectos de accidentes de trabajo de 4.600 pesetas. 2º. En fecha 27.06.00 el actor sufrió un accidente laboral "resbaló y se cayó golpeándose la rodilla", mientras prestaba sus servicios para la entidad demandada, los riesgos profesionales los asegura la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 201 Mutua Gallega, iniciando incapacidad temporal el día 07.07.00 con diagnóstico de "Gonalgia derecha postraumática con posible meniscopatía", situación en la que permaneció hasta el día 01.09.00 en que fue dado de alta por "curación", expedida por facultativo de la Mutua Patronal. 3º. Durante su Incapacidad Temporal derivada de accidente laboral, el actor fue sometido a una Resonancia Magnética Nuclear (RMN) el día 11.07.00 con el fin de confirmar el inicial diagnóstico cuyo resultado puso de relieve la existencia de "pequeña línea de ruptura del asta anterior del menisco externo. El resto de la estructura meniscal es normal. El menisco interno está conservado, los ligamentos cruzados son normales y no apreciamos otros hallazgos de interés", lo que determinó que fuese sometido a una intervención quirúrgica, en concreto una artroscopia por "meniscopatía interna" que tuvo lugar el día 19.07.00. Durante el postoperatorio el trabajador continuó controles ambulatorios por los facultativos de la Mutua Patronal efectuando ejercicios

domiciliarios hasta el día del alta, 01.09.00 por curación y sin secuelas, incorporándose a su puesto de trabajo. El alta médica se basó en los siguientes razonamientos "Es explorado… después de comprobar que desde el puerto interno se estabilizó la exudación y después también de comprobar mediante el cultivo practicado la negatividad del mismo. Insistirá en los movimientos de flexo extensión a fin de recuperar la movilidad completa". 4º. El día 22.11.00, el trabajador acudió nuevamente a los Servicios Médicos de la Mutua refiriendo "persistencia de gonalgia derecha", ante tal manifestación fue remitido a la Clínica Povisa de Vigo con el fin de ser sometido a una nueva Resonancia Magnética Nuclear que tuvo lugar el día 27.11.00 diagnosticándose "Cambos post-meniscectomía externa. Irregularidades en el cartílago rotuliano, a descartar condromalacia o lesión cartilaginosa postraumática". 5º. En fecha 16.01.01, sin impugnar el alta expedida por la Mutua Gallega, acudió el trabajador a los Servicios Médicos de la Seguridad Social, siendo diagnosticado de "gonalgia derecha", iniciando situación de Incapacidad Temporal por contingencia común. 6º Iniciado a instancia del Servizo Galego de Saúde expediente de determinación de contingencia de la Incapacidad Temporal iniciada por el trabajador el 16.01.01, en el que se dio intervención a la Mutua Gallega, y previo informe emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades el día 30.03.01 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social resolvió el día 30.05.01 declarar el carácter profesional (accidente de trabajo) de la contingencia de la Incapacidad Temporal padecida por el trabajador e iniciada el día 16.01.01, declarando responsable de la misma a la Mutua Gallega. Presentada por la Mutua Gallega reclamación previa el día 18.07.01 ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, fue desestimada mediante Resolución del referido Instituto, cuya fecha resulta ilegible. 7º. El Médico Evaluador del Instituto Nacional de la Seguridad Social, emitió, en su informe de fecha 30.03.01, entre otras, las siguientes manifestaciones: "Aparato Locomotor: Marcha con leve cojera dcha. Sin apoyos. Rodilla estable, sin derrame y con movilidad completa. Hipotrofia de cuadriceps no valorable (0,5 cm. respecto al izdo.). Dolor en la interlínea interna en la varo-rotación… Tratamiento efectuado… Actualmente toma un Aine para el dolor…". 8º. La Mutua Gallega expidió alta médica en fecha 21.06.01 sobre la base de los siguientes motivos: "…en el momento actual el trabajador presenta una rodilla sin menoscabo funcional alguno y con una movilidad articular completa, sin signos de derrame o inestabilidad y con maniobras meniscales claramente negativas, presentando un balance muscular óptimo de 5/5. Igualmente el paciente no presente clínica compatible con lesión cartilaginosa rotuliana siendo los únicos datos objetivables de carácter extraarticular y consistentes en dolor selectivo a nivel del platillo tibial interno y en menor medida a nivel de la pata de ganso… se ha extendido el correspondiente parte de alta precisando que el trabajador es susceptible de tratamiento sintomático por su cuadro de tendinitis que, en cualquier caso, no le impediría el normal desarrollo de las funciones propias de su puesto de trabajo habitual". 8º. El trabajador interpuso en fecha 02.07.01 reclamación previa ante la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 201 Mutua Gallega, impugnando el alta médica de fecha 21.06.01, siendo desestimada por silencio administrativo. 9º. Con fecha 21.06.01 la Inspección Médica Sanitaria expidió parte de baja laboral por enfermedad común al trabajador con diagnóstico de "lesión cartilaginosa postraumática vd condromalacia" acudiendo al Servizo de Traumatología en fecha 28.06.01, el cual informa que "Exploración. No derrame, Lachman (-), estabilidad normal, signos meniscales negativos, signos femoropatelares discretamente positivos, atrofia de cuádriceps con 2 cm. de disminución de perímetro respecto al colateral… se recomienda potenciación de cuádriceps". 10º El trabajador inició tratamiento rehabilitador en fecha 10.09.01.

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

FALLO: Desestimando la excepción de falta de legitimación activa alegada por el Servizo Galego de Saúde, y estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales nº 201 Mutua Gallega, contra don J.B.S.S., a la Entidad Mercantil "C., S.A.", el Servizo Galego de Saúde, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo anular y anulo la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se declara el carácter profesional (accidente de trabajo) de la contingencia de Incapacidad Temporal padecida por el trabajador e iniciada el 16 de enero de 2001, por considerar que el trabajador se encuentra curado de las lesiones derivadas del accidente laboral el 1 de septiembre de 2000 y condeno a dichos demandados a estar y pasar por esta

declaración. Asimismo, rechazo totalmente la demanda interpuesta por don J.B.S.S., contra la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 201 Mutua Gallega, a la Entidad Mercantil "C., S.A.", al Servizo Galego de Saúde, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, absuelvo a estos demandados de todos los pedimentos de la demanda.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por las partes demandadas 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 pretensión deducida en la demanda de la Mutua Gallega anulando la resolución del INSS por la que se declaraba el carácter profesional de la contingencia de incapacidad temporal padecida por el trabajador e iniciada el 16 de enero de 2001, y desestima totalmente la demanda interpuesta por el trabajador, en la que postulaba ser repuesto en situación de I.T. derivada de accidente de trabajo. Contra este pronunciamiento recurren el INSS, el SERGAS y el trabajador.

SEGUNDO.- De los tres recursos interpuestos, procede analizar en primer lugar, por obvias razones procesales, el primer motivo del recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que se plantea una posible nulidad de actuaciones, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, alegando insuficiencia de hechos declarados probados e incongruencia, denunciando por el adecuado cauce del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, infracción del artículo 97.2 de la LPL y del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la Disposición Adicional 1ª de la LPL.

En relación con la posible insuficiencia de hechos declarados probados, solamente se formula tal enunciado en el encabezamiento del motivo de recurso, pero no se concreta en que consiste dicha insuficiencia. Y en cuanto a la incongruencia denunciada, aunque tampoco se explica con mucha precisión, parece referirse a una posible incongruencia interna por desajuste entre los Fundamentos de Derecho y el fallo. La Sala no aprecia ninguna incongruencia ni interna -lo razonado en los fundamentos de derecho- tiene fiel reflejo en el fallo-, ni tampoco incongruencia omisiva. La sentencia dictada en la instancia reúne los requisitos legales al efecto (art. 97.2 LPL), resolviendo suficientemente también la cuestión a que alude la parte, recordándose que la incongruencia omisiva determinante en su caso, y excepcionalmente, de la nulidad de la sentencia ha de llevar consigo un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, con sustracción del verdadero debate contradictorio y con la consiguiente denegación técnica de justicia, contrariando la efectiva tutela judicial en cuanto que comporta el derecho del litigante a obtener de los Tribunales una respuesta razonada a sus pretensiones correctamente planteadas y siempre que el silencio de este no puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita (SSTC de 08.02.93, 09.05.94, 23.10.95…).

Efectivamente, la sentencia dictada en la instancia en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero aborda la cuestión planteada por la Mutua en su recurso, y además lo hace analizando de forma concreta e individualizada cada uno de los informes médicos referidos al estado clínico del actor, y habiéndose impugnado por la Mutua el proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales, la sentencia recurrida examina tal pretensión, y no se pronuncia sobre la anulación del proceso de incapacidad temporal por enfermedad común. Por consiguiente, la sentencia dictada en la instancia no presenta vicio de nulidad que la lleve a estar incursa en la previsión del art. 191.a) LPL, rechazándose la infracción que al amparo de tal precepto denuncia el Instituto recurrente.

TERCERO.- Pasando a los motivos dedicados a la revisión de hechos declarados probados, procede examinar el primer motivo del recurso del trabajador y el segundo del recurso del INSS, ambos motivos formulados con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la LPL.

El trabajador recurrente solicita, en primer lugar, la revisión del hecho declarado probado sexto de la sentencia recurrida, con el objeto de que se adicione al mismo el texto siguiente: *"El informe emitido por el EVI concluye con el siguiente juicio diagnóstico: Rodilla derecha con irregularidades en el cartílago rotuliano debiendo hacerse diagnóstico diferencial entre condromalacia o lesión cartilaginosa postraumática (RMN 27.11.00 informe POVISA). Conclusiones: el antecedente traumático, la coincidencia anatómica y la conti-*

nuación de la clínica en el tiempo, hacen que nos decantemos por el diagnóstico de lesión cartilaginosa postraumática y, por tanto, contingencia laboral (171)". Adición que no se acoge, porque de una forma exhaustiva y pormenorizada, la Magistrado de instancia efectúa un relato de todo el historial clínico de la dolencia del actor, y de una forma muy precisa lo repite en el Fundamento de Derecho Tercero de la su sentencia -con evidente valor fáctico-, y no se puede sustituir la función valorativa que por imperativo legal (art. 97.2 de la LPL y 348 de la LEC) corresponde al juez de instancia, por la subjetiva versión del recurrente.

En segundo lugar, el trabajador recurrente interesa la supresión del hecho declarado probado séptimo, por no existir justificación de donde se obtiene el mismo. La Sala no acoge la supresión solicitada, porque la afirmación que se hace en el recurso no se corresponde con la realidad fáctica, por cuanto en el propio hecho probado séptimo se indica claramente que lo que en el se declara probado se extrae del informe médico evaluador emitido con fecha 30 de marzo de 2001, y el contenido del referido hecho coincide, en efecto, con el informe médico de síntesis (folios 132-136 de los autos, que aparece repetido en otros ramos de prueba, 271 a 275 del INSS).

Por lo que respecta a la revisión de hechos interesada por el INSS, se solicita que se adicione al relato fáctico de la sentencia un nuevo hecho probado decimoprimero con la siguiente redacción: *"Paciente de 29 años que sufre A.T. con baja el 07.07.00 y diagnosticado de gonalgia dcha. postraumática con posible meniscopatía. Artroscopia el 19.07.00 y posteriormente ejercicios domiciliarios hasta el alta por curación con fecha 01.09.00. El paciente refiere continuar con molestias en la rodilla. No obstante, se reincorpora a su trabajo. Ante la persistencia de dolor acude al médico de cabecera que extiende la baja con fecha 16.01.01. Se solicita determinación de contingencia de dicha baja (gonalgia dcha.). Se aportan dos RMN (POVISA) en las que se diagnostica ruptura del asta anterior del menisco externo sin otros hallazgos de interés (11..07.00) y en la segunda: Cambios postrmeniscectomía e irregularidades en el cartílago rotuliano. A descartar condromalacia o lesión cartilaginosa postraumática (27.11.00). Marcha con leve cojera dcha., sin apoyos. Rodilla estable, sin derrame y con movilidad completa. Hipotrofia de cuadriceps no valorable (0,5 cm. respecto al izdo.). Dolor en la interlínea interna en la varo-rotación. El paciente no refiere antecedente patológico alguno en la rodilla con anterioridad al acc. laboral. Rodilla dcha. con irregularidades en el cartílago rotuliano, debiendo hacerse diagnóstico diferencial entre condromalacia o lesión cartilaginosa postraumática (RMN 27.11.00 informe Povisa). Actualmente toma un Ain para el dolor y el traumatólogo del SERGAS solicita RX AP, lat y axial de rodilla dcha. con fecha 15.03.01. El antecedente traumático, la coincidencia anatómica y la continuación de la clínica en el tiempo, hacen que nos decantemos por el diagnóstico de lesión cartilaginosa postraumática y, por tanto, contingencia laboral".* No puede accederse a la revisión interesada, debiendo recordarse que corresponde al juzgador de instancia formar su convicción acerca de los hechos que estime probados, con extraordinaria amplitud de criterio, valorando todos los elementos de convicción aportados al proceso con arreglo a su sana crítica según dispone el artículo 97.2 de la citada Ley de Procedimiento Laboral. Y en el presente caso, la documental citada por la recurrente en sustento de la revisión (informe médico de síntesis de 30 de marzo de 2001) ya fue valorada por la Magistrada de instancia, haciendo expresa referencia al mismo, sin que se pueda sustituir su objetivo e imparcial criterio, por el más subjetivo y parcial y acorde con los intereses de la recurrente.

CUARTO.- En cuanto a la censura jurídica, las tres partes recurrentes: trabajador, INSS y SERGAS, plantean la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL.

A).- El trabajador recurrente denuncia, en primer lugar, infracción del artículo 97.2 de la LPL, realizando una particular alegación sobre la valoración de la prueba efectuada por la Magistrada de instancia, añadiendo en otro apartado del recurso que se ha producido una aplicación indebida del artículo 97.2 de la LPL, del artículo 348 de la LEC y 1243 del Código Civil, así como infracción del artículo 128 de la LGSS.

Ninguna de las infracciones resulta acogible, porque las consideraciones expuestas por la parte recurrente en relación con la infracción de los artículos 97.2 de la LPL, 348 de la LEC y 1.243 del Código Civil, están proyectadas sobre circunstancias fácticas, referidas a la valoración probatoria efectuada por la Magistrada de instancia, y las mismas tienen un cauce específico para su impugnación, cual es la revisión de hechos probados a través del

cauce procesal constituido por el apartado b) del artículo 191 de la LPL, y como más arriba se expuso, al examinar los motivos de revisión, la magistrada de instancia no ha incurrido en ningún error en la redacción de los hechos declarados probados, y como se desprende del Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia, ya tuvo en cuenta el informe pericial a que se refiere esta parte recurrente, por lo que no cabe apreciar vulneración de las reglas de la sana crítica en la apreciación y valoración de la prueba.

Y respecto de la denuncia del artículo 128 de la LGSS, como luego se analizará con mayor profundidad al examinar el recurso del SERGAS, dado que el recurso del actor cita el artículo 128 pero no precisa ni argumenta en que consistió la infracción, el actor a la vista de los informes médicos, y de pruebas objetivas y fiables convenientemente valoradas por la magistrada de instancia, no cumplían los requisitos legalmente exigidos por la citada norma para permanecer en situación de incapacidad laboral, porque la rodilla afectada se encontraba estable, sin derrame y con completa movilidad.

B).- Por lo que respecta al motivo destinado por el INSS al examen de la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, en él se denuncia infracción del artículo 1.d) del Decreto 1.300/95 que desarrolla la Ley 42/94 de 30 de diciembre, señalando que la magistrado de instancia deja, con su interpretación, vacías de contenido las competencias reconocidas al INSS por el referido Decreto en cuanto a la calificación de contingencia de la I.T., añadiendo que si el INSS tiene competencia para calificar la contingencia de la que procede la I.T., también la tiene para calificar la I.T. derivada inicialmente de baja del médico de cabecera.

El motivo no resulta acogible, como se afirma en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia impugnada, dos fueron las pretensiones objeto de litigio, de una parte la formulada por el trabajador que tenía por objeto la impugnación de alta médica, y consiguiente reposición en la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, lo que implica la necesidad de determinar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 128 de la LGSS para determinar la situación de Incapacidad Temporal. Y, de otra parte, la pretensión de la Mutua de dejar sin efecto el proceso de incapacidad iniciado el 16 de enero de 2001, como derivado de accidente de trabajo. Como bien se afirma en el hecho probado sexto de la sentencia impugnada, se tramitó expediente de determinación de contingencia de la baja de 16 de enero de 2001, y existió resolución del INSS declarando que dicha baja derivaba de contingencia profesional, y esta es otra de las pretensiones que constituye el objeto de litigio, no la de determinar si el INSS puede o no determinar la contingencia. Sino que, declarada ésta, obviamente la Mutua se halla directamente afectada, y por tanto legitimada, para discutir la contingencia de la incapacidad, caso contrario su indefensión sería manifiesta.

C).- Finalmente, en cuanto al recurso de Suplicación del SERGAS, este Organismo plantea tres motivos por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, destinados al examen de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

En el primero, denuncia infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución, alegando un defecto de incongruencia de la sentencia, sin embargo, no solicita la nulidad de la misma, ni cita tampoco el amparo procesal correcto para instar tal nulidad. En todo caso, al examinar el primer motivo del recurso del INSS, ya se argumentó la inexistencia del vicio denunciado, por lo que para evitar reiteraciones, cabe tener por reproducido aquí lo que allí se dijo sobre la perfecta congruencia de la sentencia.

En el segundo de los motivos del recurso, el SERGAS denuncia infracción de los artículos 24.1 de la Constitución y 17.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando la representación procesal del SERGAS sobre la posible falta de legitimación activa de la Mutua Gallega, señalando que la Mutua carece de acción para obtener una declaración de nulidad del proceso de I.T. por enfermedad común, al margen de que pueda instar un proceso de determinación de contingencias.

El motivo tampoco resulta acogible. Como más arriba se expuso, -al resolver el tercer motivo del recurso del INSS-, en el hecho probado sexto de la sentencia impugnada se constata que se tramitó expediente de determinación de contingencia de la baja de 16 de enero de 2001, y existió resolución del INSS declarando que dicha baja derivaba de contingencia profesional, y que esta era una de las pretensiones que constituye el objeto del presente litigio, y obviamente la Mutua se halla directamente afectada, y por tanto legitimada,

para discutir la contingencia de la incapacidad, caso contrario su indefensión sería evidente. El SERGAS sostiene que la Mutua impugna el proceso de incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, pero ello no es así, no tendría ningún sentido lógico y razonable impugnar dicha incapacidad porque no se derivaría ninguna responsabilidad para ella; lo que se impugna realmente es la baja como derivada de accidente de trabajo, así declarada por el INSS en su resolución de 30 de mayo de 2001 (hecho probado sexto).

Finalmente, en el tercero, y último, de los motivos del recurso del SERGAS, se denuncia infracción del artículo 128 de la LGSS, en relación con el artículo 1.214 del Código Civil, alegando, en esencia, que el trabajador precisaba asistencia sanitaria y se encontraba incapacitado para el trabajo.

La censura jurídica no puede tener favorable acogida, por cuanto las incapacidades de la Seguridad Social son "profesionales", y sólo procederá la baja laboral cuando el trabajador se halle realmente incapacitado para desempeñar las tareas de su profesión habitual, siendo insuficiente la necesidad de asistencia médica, o estar pendiente de reconocimiento o de la práctica de pruebas médicas, si no concurre simultáneamente la imposibilidad de trabajar, y la necesidad de tratamiento puede resultar perfectamente posible y compatible con la aptitud para el trabajo; por cuanto el artículo 128 de la LGSS exige, para que proceda el mantenimiento de la baja laboral, la concurrencia conjunta y simultánea de dos requisitos, a saber: a).- necesidad de asistencia sanitaria; y, b).- encontrarse imposibilitado para trabajar; y en el presente supuesto no se da la concurrencia de ninguno de los citados requisitos, por cuanto al trabajador recurrente tras un periodo de baja laboral por el golpe que recibió en su rodilla derecha, se le practicaron pruebas de alta objetividad y fiabilidad, como dos Resonancias Magnéticas Nucleares (RMN), una artroscopia de rodilla, y a través de las mismas se constata que la rodilla no presenta derrame, que tiene una estabilidad normal, que los signos meniscales son negativos, movilidad completa, un balance muscular óptimo de 5/5, y con estos datos ciertos e incontrovertidos, fácilmente se colige que la rodilla del trabajador no presenta ninguna secuela que le limite para el trabajo.

En resumen, teniendo en cuenta la patología que presentaba el demandante en el momento de la baja y su estado tras la exploración practicada y los resultados de las pruebas practicadas, la Sala considera que no concurren los requisitos legalmente exigidos para permanecer en situación de incapacidad temporal, por lo que procede rechazar la censura jurídica a que se contraen los tres recursos, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del impugnado. Por todo ello:

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por las representaciones procesales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Servizo Galego de Saúde (SERGAS), así como del trabajador don J.B.S.S., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Pontevedra, de fecha 4 de febrero de 2002, recaída en proceso sobre impugnación de alta médica, promovido por el referido trabajador recurrente y por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3976 **Recurso nº 7.191/2001**

S.CA. PRESUNCIÓN DO CARÁCTER SALARIAL DE TODA RETRIBUCIÓN SALVO QUE SE DEMOSTRE POLA EMPRESA A SÚA NATUREZA EXTRASALARIAL E NON COTIZABLE. OS ABONOS EXTRASALARIAIS OU SON AXUDAS DE CUSTO E ASIGNACIÓNS PARA GASTOS DE VIAXE E LOCOMOCIÓN OU SON PLUS DE TRANSPORTE URBANO E DE DISTANCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil cuatro

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 7.191/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por ENSA, con D.N.I. número ..., domiciliado en Vigo, representado por don J.M.R.S. y dirigido por el Letrado don A.L.I.A., contra Resolución

de 13.01.00 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de liquidación e infracción; Exptes. 396 a 401/99. Es parte la administración demandada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada por Abogado del Estado. Así mismo comparece como codemandado/coadyuvante don J.S.S., representante del Comité Empresa por deleg. UGT y don A.G.L. como Delegado Sindical CC.OO., representados por don J.A.C.B. y dirigidos por el Letrado don X.M.L. y don P.M.G.C. La cuantía del asunto es determinada en 336.254 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 coadyuvante.

IV.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 19 de Octubre de 2004, fecha en que tuvo lugar.

V.- 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 Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de 13 de enero de 2000, desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra resolución de fecha 2 de octubre de 1999, de la Unidad de Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra, anulando el acta de liquidación número 115/99, modificando las actas de liquidación números 117 y 120/99, elevando a definitivas las actas de liquidación números 116, 118 y 119/99 y confirmando el acta de infracción número 341/99, todas ellas consecuentes al hecho de no incluir la entidad recurrente en las bases de cotización el importe del denominado "plus de locomoción".

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa se contrae a determinar el carácter que debe atribuirse a ese denominado por la entidad recurrente "plus de locomoción", pues mientras para ella se trata de cantidades abonadas con carácter indemnizatorio y de naturaleza extrasalarial, la Administración demandada sostiene, por contra, su naturaleza salarial, por cuya razón debería formar parte de la base de cotización.

Sobre ello ha de comenzarse señalando que el apartado 1 del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computable como de trabajo, al tiempo que el apartado 2 del mismo precepto legal excluye las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral.

Por su parte el artículo 109 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, después de establecer en el apartado 1 que la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen general, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena, añade en el apartado 2.a), en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que no se computarán en la base de cotización las dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como los pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual, con la cuantía y alcance que reglamentariamente se establezcan.

Dicha normativa permite deducir, de una parte, que debe presumirse el carácter salarial de toda retribución que perciba el trabajador salvo que, de acuerdo con tal normativa, su naturaleza extrasalarial y no cotizable se demuestre por la empresa y, de otra parte, que los abonos que tienen carácter extrasalarial pueden responder a dos conceptos distintos: compensar los gastos que se originen al trabajador que deba desplazarse fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto (dietas y asignaciones para gastos de viaje y gastos de locomoción) y compensar los gastos y el tiempo empleado por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual (pluses de transporte urbano y de distancia).

TERCERO.- En el caso que se enjuicia, la entidad recurrente pretende que el que llama "plus de locomoción" no es otra cosa que el pago de una compensación por la mayor distancia para asistir los trabajadores al nuevo centro de trabajo con motivo del traslado del mismo desde la calle … de Vigo, donde se encontraba originariamente, al lugar de …, del mismo municipio. Y argumenta, en apoyo de esa afirmación:

a) que aquel concepto tiene su base en un pacto entre empresa y trabajadores, que puso fin a un conflicto colectivo, en virtud del cual se acordó el pago de una compensación por la mayor distancia para asistir al nuevo centro de trabajo, aportando en prueba de ello un acta extendida en la Delegación Provincial de Trabajo de Pontevedra en fecha 6 de julio de 1978.

Es lo cierto, sin embargo, que dicho documento viene a acreditar precisamente lo contrario de lo afirmado por la recurrente, o sea, que el llamado "plus de locomoción" no trata de compensar los gastos y el tiempo empleado por los trabajadores por la mayor distancia que habrían de recorrer los trabajadores para desplazarse desde su domicilio al centro de trabajo, pues recogiéndose en él que se abonará "Una indemnización a tanto alzado y por una sola vez de 25.000 pesetas a cada uno de los trabajadores que se encuentran afectados por necesidad de realizar un mayor recorrido para asistir al nuevo centro de trabajo, en compensación a la modificación de las condiciones laborales", bien claro resulta que se está limitando esa compensación al abono de una cantidad "por una sola vez", excluyendo una compensación periódica y para el futuro.

b) que posteriormente a aquel pacto, y por la vía de un acuerdo verbal y ante las presiones de los trabajadores, dicha compensación tuvo que abonarse en las nóminas mensuales de los mismos.

Tampoco esa alegación ha resultado acreditada, pues no se aporta el más mínimo elemento probatorio que confirme la existencia de ese supuesto acuerdo verbal.

CUARTO.- Así pues, ninguna prueba eficiente ha aportado la recurrente que acredite el carácter no salarial de aquellas cantidades que abonaba a sus trabajadores en concepto de "plus de locomoción". Si a ello se añade que, como observa la representación procesal de la Administración, ya existe una partida que indemniza los gastos derivados del desplazamiento al centro de trabajo, cual sería el "plus de transporte", que aquellas cantidades se abonaban incluso en época vacacional y que su cuantía es distinta según los diferentes grupos profesionales, es fácil concluir que el denominado "plus de locomoción" tiene naturaleza salarial y debe formar parte de la base de cotización, razón que nos lleva a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, sin que a ello se oponga el hecho, alegado por la entidad recurrente, de que la Inspección de Trabajo, en las visitas realizadas a la empresa en los años 1987, 1988, 1991 y 1993, no hubiese formulado reparo alguno sobre la no cotización de los "pluses de locomoción" y "de transporte", pues ni esa ausencia de formulación de reparos puede convertir en extrasalarial una retribución que no tiene ese carácter, ni puede servir de base para entender que al calificar la Administración como extrasalarial aquel concepto resulte vulnerada la doctrina de los actos propios, lo que sólo es predicable respecto de aquellos actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica y con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico, siendo evidente que aquella no formulación de reparos por parte de la Inspección no constituye una actuación realizada con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, ni es conducta expresiva de la "voluntad real" de la Administración, como tampoco lo es el informe que se contiene en la orden de servicio aportada después de declarado el procedimiento concluso para sentencia, del cual no se deduce siquiera que se refiera al llamado "plus de locomoción".

QUINTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don J.M.R.S., en representación de la entidad ENSA, contra resolución del Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de 13 de enero de 2000, desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra resolución de fecha 2 de octubre de 1999, de la Unidad de Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra, por ser conforme a Derecho; no hacemos especial imposición de costas.

3977 **Recurso nº 7.261/2001**

S.CA. INADMISIBILIDADE DO RECURSO DE APELACIÓN AO NON SE ALCANZAR EN NINGUNHA DAS ACTAS A SUMA DAS BASES DUN MESMO MES CORRESPONDENTES AOS DISTINTOS TRABALLADORES A CONTÍA DE 18.030,35 EUROS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ignacio Aranguren Pérez

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil cuatro

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el recurso de apelación que, con el número 3/7.261/2001 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "I.P.A., S.L.", contra Sentencia de 22.11.00 desestimatoria de recurso contra resolución de la Inspección Provincial de Trabajo y S. Social de Lugo sobre actas de liquidación; exptes. 177 a 181/99. Rec. 506/99 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo. Es parte apelada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el Juzgado de instancia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimo el recurso interpuesto por la Procuradora doña M.B.R., en nombre y representación de "I.P.A., S.L." contra la resolución de fecha 03.09.99 de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo, confirmatoria de la resolución que elevó a definitivas las actas de liquidación num. 333, 334, 335, 336 y 337/98; y confirmo la misma, por ser conforme a Derecho. Sin expresa condena en costas" y notificada en forma, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la practica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

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

Fundamentos de derecho

I.- Por la representación de "I.P.A., S.L." se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia num. 331/2000 de fecha 22 de noviembre de 200 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Lugo. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto en su día por el apelante contra la resolución de 3 de septiembre de 1999 dictada por el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña que desestimó el recurso de alzada deducido contra las Actas de liquidación 333/98, 334/98, 335/98, 336/98 y 337/98.

La parte apelante disiente de las conclusiones obtenidas por el órgano de instancia, argumentando que la sentencia impugnada ha atribuido erróneamente una presunción legal de certeza a las actas de liquidación de la que estas no gozan, toda vez que el subinspector actuante no comprobó los hechos de forma directa, a lo que se une que a la apelante no le es de aplicación el convenio colectivo de químicas. Discrepa asimismo de la valoración de la prueba realizada por el Juez de instancia que no tuvo en cuenta determinada pericial propuesta por la apelante.

Se opone la representación de la Administración demandada en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación.

II.- A tenor de lo establecido en el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), la competencia de las Salas de este orden jurisdiccional es improrrogable, presupuesto que por afectar al orden público procesal, puede y debe ser examinado por aquéllas, tanto a instancia de parte como incluso de oficio (como aquí acontece), con carácter previo al estudio de las cuestiones de forma y de fondo que ante las mismas se planteen.

La primera cuestión que debe ventilarse en el presente recurso de apelación consiste en determinar si el mismo ha sido debidamente admitido por razón de la cuantía y se han cumplido las previsiones establecidas en el artículo 33 de la Ley 29/1998. Las prevenciones legales en materia de cuantía, contenidas en el artículo 41 (que dispone que la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo) y en el artículo 42 de la LJCA, han de ser aplicadas en función de la real entidad material de la cuestión litigiosa, no siendo obstáculo al examinar y en su caso apreciar la inadmisión, por razón de la cuantía de un recurso como el que ahora nos ocupa, el que se haya admitido el recurso de apelación en la instancia, el que se haya tramitado el procedimiento como de cuantía indeterminada, o, en fin, que se haya hecho ofrecimiento del recurso de apelación al notificar la Sentencia correspondiente.

Examinadas las circunstancias que concurren en el presente caso debemos recordar que en los supuestos de liquidaciones de cotizaciones a los distintos regímenes de la Seguridad Social, el devengo de la cotización se produce con periodicidad mensual (art. 16 del R.D. 2.064/1995, Reglamento de Liquidación y cotización a la Seguridad Social), debiéndose asimismo tener en cuenta que de acuerdo con el art. 83 del R.D. 1.637/1995, de Recaudación de Recursos del sistema de la seguridad social, cada requerimiento de pago es un acto administrativo con individualidad, que determina la reclamación de los descubiertos en determinado periodo (de ordinario el mensual, conforme a las normas ya citadas) por lo que en caso de acumularse varias requerimientos de pago en una sola acta de liquidación, y en su caso en un sólo recurso administrativo, a efectos de resolver dicho recurso en vía administrativa, ello no priva en absoluto de individualidad a cada una de las liquidaciones mensuales, que son el acto administrativo originario.

El Tribunal Supremo tiene establecido que tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración, a los efectos que aquí interesan, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos, criterio éste sentado entre otras en las Sentencias de 11 de abril, 10 y 31 de mayo, 21 de junio, 11 y 21 de julio, 2 de octubre, 7 y 21 de noviembre de 2000 y 24 de abril de 2001 y 24 de junio de 2002 y 9 de Octubre de 2002 dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina así como en Autos de 8 y 22 de febrero de 1999, dictados en recursos de casación para la unificación de doctrina.

En el supuesto de autos, se observa que las actas de liquidación 333/98, 334/98, 335/98, 336/98, 337/98 y 454/2000 se extienden por todos los meses del año 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998 de forma acumulada en su cuantificación, si bien respecto a cada trabajador afectado se diferencia, como no podía ser de otra manera, las cuantías mensuales que determinan la base por la que se debió cotizar a juicio de la Administración. El importe de las cuotas resultantes de la suma de todas las bases de un mismo mes es lo que determina el importe mensual de cada liquidación, aun cuando la Inspección haya refundido en una sola acta de liquidación todas las liquidaciones mensuales en la forma señalada, resultando irrelevante (Autos del Tribunal Supremo de 8 de enero y 12 de febrero de 2001 entre otros) que lo impugnado en su día sean las liquidaciones por parte del inicial deudor o el requerimiento de pago efectuado al responsable solidario -con los correspondientes recargos-, “pues si así fuera se produciría injustificadamente un diferente trato procesal en función de un dato por completo ajeno al propósito perseguido por la normativa legal delimitadora del ámbito del recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa, como sería que el recurrente fuera el sujeto pasivo o deudor principal o un tercero responsable, solidaria o subsidiariamente, de la deuda reclamada”. La aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos conduce a declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto al no alcan-

zarse en ninguna de las actas la suma de las bases de un mismo mes correspondientes a los distintos trabajadores la cuantía de tres millones de pesetas (18.030,35 euros) exigida por el artículo 81 de la LJCA

III.- La decisión acordando inadmitir el recurso de apelación resulta plenamente respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva(art. 24 CE). En efecto, desde la Sentencia 37/1995, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando de manera reiterada que "el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el Art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*". Expresado en otros términos, "el sistema de recursos (...) se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales" (STC 119/1998, FJ 1), que en el caso que analizamos no es otra que la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998. Estas leyes pueden establecer distintos requisitos procesales para la admisión de los recursos, como el contemplado en el caso presente en el articulo 81.2 c) de la citada LJCA que limita por razón de la cuantía el acceso al recurso de apelación, y cuya interpretación tiene afirmado el Tribunal Constitucional es "competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que, como regla general, en el ejercicio de la misma el art. 24.1 CE les imponga más limitaciones que las derivadas del canon del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad" (STC 181/2001, FJ 3).

IV.- Si bien de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, procedería imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, dadas las circunstancias concurrentes, al haberse notificado la sentencia de instancia indicando que contra la misma se podía interponer recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas causadas en esta instancia.

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

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso de apelación número 7.261/01, interpuesto por la representación de "I.P.A., S.L." contra la Sentencia fecha 22 de noviembre de 2000 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Lugo, Sentencia que en consecuencia debemos declarar y declaramos firme; y todo ello sin efectuar declaración alguna en cuanto a costas.

3978 Recurso nº 7.335/2001

S.CA. INADMISIBILIDADE DO RECURSO DE APELACIÓN AO NON SE ALCANZAR EN NINGUNHA DAS ACTAS A SUMA DAS BASES DUN MESMO MES CORRESPONDENTES AOS DISTINTOS TRABALLADORES A CONTÍA DE 18.030,35 EUROS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ignacio Aranguren Pérez

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil cuatro

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el recurso de apelación que, con el número 3/7.335/2001 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "I.M.I., S.A.", representado doña A.M.L.P. y dirigido por el letrado don J.G.A. contra Sentencia de 24.01.01 desestimando el recurso interpuesto contra resolución de la Inspección de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre actas de liquidación num. 714, 715, 716, 717 y 718/98; expíes. Num. 439, 440, 441, 442 y 443/99. Rec. 62/00 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 3 de A Coruña. Es parte apelada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el Juzgado de instancia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimo o recurso contencioso-administrativo presentado polo procurador Sra. L.P., no

nome e representación de "I.M.I., S.A." fronte a resolución de 09.05.00 da Jefatura da Inspección Provincial de Traballo e Seguridade Social. No se fai declaración sobre as custas" y notificada en forma, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la practica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

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

Fundamentos de derecho

I.- Por la representación de "I.M.I., S.A." se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 24 de enero de 2001 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto en su día por el apelante contra la resolución dictada por la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social que declaró inadmisibible el recurso de alzada deducido contra la resolución que elevó a definitivas las Actas de liquidación 714/98, 715/98, 716/98, 717/98 y 718/98.

La parte apelante disiente de las conclusiones obtenidas por el órgano de instancia, argumentando que la sentencia impugnada no se pronuncia sobre las deficiencias advertidas en el expediente administrativo remitido al órgano de instancia, no existiendo en el citado expediente diligencia alguna que certifique que fue correctamente notificada la carta enviada a la apelante en fecha 18 de junio de 1999. Asimismo se denuncia la vulneración del principio pro actione así como el principio de carga de la prueba en cuanto que es a la Administración demandada a quien corresponde probar los hechos y por tanto el contenido de la carta antes referida.

Se opone la representación de la Administración demandada en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación.

II.- A tenor de lo establecido en el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), la competencia de las Salas de este orden jurisdiccional es improrrogable, presupuesto que por afectar al orden público procesal, puede y debe ser examinado por aquéllas, tanto a instancia de parte como incluso de oficio (como aquí acontece), con carácter previo al estudio de las cuestiones de forma y de fondo que ante las mismas se planteen.

La primera cuestión que debe ventilarse en el presente recurso de apelación consiste en determinar si el mismo ha sido debidamente admitido por razón de la cuantía y se han cumplido las previsiones establecidas en el artículo 33 de la Ley 29/1998. Las prevenciones legales en materia de cuantía, contenidas en el artículo 41 (que dispone que la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo) y en el artículo 42 de la LJCA, han de ser aplicadas en función de la real entidad material de la cuestión litigiosa, no siendo obstáculo al examinar y en su caso apreciar la inadmisión, por razón de la cuantía, de un recurso como el que ahora nos ocupa, el que se haya admitido el recurso de apelación en la instancia, el que se haya tramitado el procedimiento como de cuantía indeterminada, o, en fin, que se haya hecho ofrecimiento del recurso de apelación al notificar la Sentencia correspondiente.

Examinadas las circunstancias que concurren en el caso a examen resulta aconsejable traer primeramente aquella consolidada doctrina en cuya virtud el Tribunal Supremo viene entendiendo que tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración, a los efectos que aquí interesan, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos, criterio éste sentado entre otras en las Sentencias de 11 de abril, 10 y 31 de mayo, 21 de junio, 11 y 21 de julio, 2 de octubre, 7 y 21 de noviembre de 2000 y 24 de abril de 2001 y 24 de junio de 2002 y 9 de octubre de 2002 dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina así como en Autos de 8 y 22 de febrero de 1999, dictados en recursos de casación para la unificación de doctrina. La aplicación de la doctrina expuesta al caso a examen conduce a declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto, toda vez que del examen de cada una de las actas 714/98, 715/98, 716/98, 717/98 y 718/98, contra las que se recurrió en alzada previamente a acudir a la vía jurisdiccional, no resulta que en ninguna de ellas, ninguna de las cuotas men-

suales alcance la cuantía de tres millones de pesetas (18.030,35 euros) exigida por el artículo 81 de la LJCA, siendo de recordar que ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991 se estableció que en los casos de acumulación en vía administrativa, por la propia Administración o a instancia de los interesados de diversos actos administrativos que gocen de individualidad jurídica, en una sola resolución, ello no alteraría en ningún caso la competencia de los órganos judiciales.

III.- La decisión acordando inadmitir el recurso de apelación resulta plenamente respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En efecto, desde la Sentencia 37/1995, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando de manera reiterada que "el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el Art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione"*. Expresado en otros términos, "el sistema de recursos (...) se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales" (STC 119/1998, FJ 1), que en el caso que analizamos no es otra que la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998. Estas leyes pueden establecer distintos requisitos procesales para la admisión de los recursos, como el contemplado en el caso presente en el articulo 81.2 c) de la citada LJCA que limita por razón de la cuantía el acceso al recurso de apelación, y cuya interpretación tiene afirmado el Tribunal Constitucional es "competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que, como regla general, en el ejercicio de la misma el art. 24.1 CE les imponga más limitaciones que las derivadas del canon del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad" (STC 181/2001, FJ 3).

IV.- Si bien de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, procedería imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, dadas las circunstancias concurrentes, al haberse notificado la sentencia de instancia indicando que contra la misma se podía interponer recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas causadas en esta instancia.

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

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso de apelación número 7.335/01, interpuesto por la representación de "I.M.I., S.A." contra la Sentencia fecha 24 de enero de 2001 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña, Sentencia que en consecuencia debemos declarar y declaramos firme; y todo ello sin efectuar declaración alguna en cuanto a costas.

3979 **Recurso nº 7.737/2001**

S.CA. INTERESES COMÚNS OU CONIVENCIA ENTRE EMPRESA E TRABALLADORES, QUEN EN REALIDADE CESARON VOLUNTARIAMENTE E NON FORON DESPEDIDOS SEGUNDO FOI SIMULADO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Blanca Fernández Conde

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil cuatro

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 03/7.737/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don M.L.O., con DNI ..., domiciliado en Padrón, representado por el procurador don J.C.S.G. y dirigido por el letrado don J.I.L.R., contra Resolución de 15.03.01 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra otra de 31.10.00 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción 33/2000 por pérdida de prestaciones de desempleo. Es parte la administración demandada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada y dirigida por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, se señaló para votación y fallo el día ocho de octubre de 2004, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El recurso de dirige contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 15 de marzo de 2001, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el recurrente, contra la resolución de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, de fecha 31 de octubre de 2000, por la que se impuso sanción de extinción de la prestación o subsidio por desempleo y reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, así como exclusión del derecho a percibir prestaciones económicas hasta el máximo de un año y ello por considerar al recurrente autor de una infracción muy grave de las descritas en el artículo 18.3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, en la redacción dada al mismo por el artículo 35.8 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

La parte actora, como fundamento de su recurso, cuestiona la veracidad de los hechos alegando que no existe prueba de la infracción denunciada, y afirma que la presunción de certeza del Acta de Infracción no puede basarse en simples presunciones o calificaciones jurídicas del Inspector.

Los argumentos utilizados por la Administración en esta jurisdicción, al contestar la demanda el letrado del Estado, invocan no sólo la presunción de veracidad que acompaña las actas de la Inspección de Trabajo, artículo 52.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sino que, además sostiene que la acreditación de los hechos no ha sido en modo alguna desvirtuada por el recurrente.

II.- De conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, la Administración ha de probar los hechos que integran la infracción administrativa, de manera que si la sanción se impone sin base en suficientes elementos probatorios y es impugnada en vía judicial, esta impugnación debe prosperar si en la misma, la administración no logra acreditar los hechos sancionados. Pero en aquellos casos en los que la mencionada actividad probatoria de cargo se ha llevado en la vía administrativa con la aportación por la Administración de los suficiente elementos probatorios, en la posterior vía judicial será el administrado el que, con la consiguiente actividad probatoria tendrá que tratar de desvirtuar los elementos probatorios aportados por la Administración para destruir, así, la presunción de legalidad del acto administrativo sancionador impugnado.

Siendo de significar al respecto en relación al supuesto de autos que las Actas de la Inspección de Trabajo gozan de la presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en la misma que hayan sido constatados por el funcionario actuante, salvo prueba en contrario, siempre que se extiendan con arreglo a los requisitos procedimentales establecidos legalmente, según la dicción del artículo 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones de orden social, en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo, en el artículo 15 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, del Reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y artículo 53.2 de la Ley 5/2000, de 4 de agosto; esta "presunción de veracidad que se atribuye a las Actas de Inspección amparada en constante doctrina jurisprudencial, afecta a aquellas que determinen con precisión las circunstancias del caso y los datos que hayan servido para su redacción, lo que deriva subjetivamente de la imparcialidad y especialización que se reconoce a los funcionarios actuantes, en su calidad de empleados públicos al servicio de la Administración pública", STS de 12 de octubre de 1995; esta presunción de certeza que la ley otorga a las Actas de Inspección es bastante para desvirtuar la presunción de inocencia –artículo 24.2 de la CE- y para trasladar la carga de la prueba a la parte que niega los hechos, según tiene manifestado nuestro TS, al interpretar el alcance y los efectos de las Actas

de Infracción en sentencias de 5 de octubre de 1992, 17 de septiembre de 1992, 17 de julio de 1992, 1 de febrero de 1990, 14 de junio de 1993 y STC 14/1997, de 28 de enero, 372/1993.

Igualmente es reiterada la doctrina jurisprudencial en el sentido de que este tipo de infracciones tienen como característica común el poder ser instrumentadas de manera fraudulenta y en circunstancias frecuentemente de simulación y clandestinidad. Ello tiene como primera consecuencia la gran dificultad de obtener pruebas directas y concluyentes acerca de cualquier conducta sancionable, que presenta una impecable apariencia formal de respeto y cumplimiento de la legalidad. Precisamente este elemento esencial en la actuación ilícita es lo que se configura como fraude de ley. Por otro lado, la connivencia y confabulación entre dos partes para obtener indebidamente la prestación por desempleo puede percibirse razonablemente a partir de una serie de hechos que, relacionados o encadenados, permite, a través de ciertas presunciones, llegar a determinadas consecuencias (STC 13.09.96).

Es por ello que el Tribunal, atendiendo a las circunstancias del caso, debe tratar de superar la simple apariencia formal de la realidad jurídica, para llegar a ésta desde sus propios presupuestos fácticos; sin que sea exigible que para ello se haya obtenido una prueba plena y de pleno convencimiento, sino que habrá de estar a los indicios y datos que por conexión lógica y coherente nos permita llegar a la posible tesis sancionadora, mantenida por la Administración demandada, si es que los mismos existieses y sirvieran a este Tribunal; como ya se sostuvo por esta Sala en la Sentencia 81, de 26 de febrero de 1993, recaída en los Autos nº. 65/91; y el propio TS en Sentencia de 18 de octubre de 1988, al razonar: "La infracción tipificada como muy grave en el art. 28.3.c) de la Ley 31/84 –connivencia con el empresario para la obtención de las prestaciones señaladas en esta Ley- se caracteriza por la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario dirigido a que aquél pueda obtener ilícitamente prestaciones por desempleo.

Por otro lado, esta confabulación suele ir disfrazada de una cierta apariencia de legalidad bajo la cual se oculta la verdadera intención de quienes así actúan, con el evidente propósito de orillar los obstáculos legales que se opondrían a la obtención del resultado antijurídico perseguido.

Cuanto se acaba de decir tiene por objeto resaltar la dificultar, por no decir imposibilidad, en que se encuentra la Administración en la mayoría de los casos, para obtener una prueba directa y plena de la comisión de este tipo de infracciones, que se suelen producirse solapadamente, por lo que es razonable entender, si se quieren evitar situaciones de impunidad, que es suficiente una prueba indiciaria o de presunciones, siempre que el resultado a que llegue se obtenga conforme a las reglas del criterio humano y partiendo siempre de unos hechos demostrados (artículo 1.253 CC).

III.- Como se dijo ya en otras ocasiones, no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancias de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencias de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatoria, o por prueba en contrario presentada por el interesado enervante de dichos indicios. Valga como cita dos sentencias del TC 62/1994, de 28 de febrero y 133/1995, de 25 de noviembre y sentencia del TS de 26 de octubre de 1992.

IV.- Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto, la Sala considera que existen elementos suficientes para entender que se ha producido la infracción imputada. Así:

-Es un hecho incontestable que la empresa actora procedió al despido de dos trabajadores, lo que dedicaba a la reparación de la maquinaria que vendía; así como que, dado que se trataba del ejercicio de una actividad por cuenta ajena carecían del derecho a obtener prestaciones por desempleo en el caso de cesar voluntariamente de su puesto de trabajo; luego aprioricamente es concluible la existencia de interés en los trabajadores, que permite la connivencia entre éstos y la empresa, no sólo por las relaciones existentes, sino por las sobrevenidas a nivel profesional; y que pondrían de manifiesto un núcleo esencial y común de interese favorables y que hacen creíble la connivencia de que se habla.

-Uno de los trabajadores afectados, el recurrente, reconoce de forma espontánea y ante la autoridad laboral, que pidieron el pago único para crear una empresa, empresa que se

constituyó, dedicada a la instalación y reparación de maquinaria de hostelería, actividad que desarrolla la nueva empresa "S., S.A." en la parte del local en la que desarrollaba esta actividad la empresa que los despidió "C.C." y que según consta en la demanda, esta parcela de actividad era abandonada por parte de "C.C." –aquí se pondría en evidencia los intereses comunes que justificarían la realidad connivente constatada- y aceptaron conciliar los despidos por se el procedimiento más rápido para la consecución de sus objetivos.

Las alegaciones de la actora no desvirtúan en ningún momento esta presunción, y no debe olvidarse que corresponde al actor el aportar la prueba que acredite la inexactitud de los datos, en virtud de la presunción de certeza de que gozan los hechos consignados en las actas a tenor del artículo 52.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril. El acta contiene un explícito relato de las circunstancias que determinaron su extensión, exponiendo el procedimiento seguido por la empresa y el trabajador para la obtención por parte de éste de prestaciones por desempleo, por lo que la presunción de connivencia que da lugar a la sanción se apoya en datos reales.

Nadie niega que los trabajadores puedan desligarse de la empresa y establecer la propia, pero no resulta justificado ni razonable que ello se tenga que realizar a través de un despido, que per se es incongruente con una no ruptura ulterior con la empresa que motiva el despido, y que ambos resulten claramente beneficiados del mismo con claro perjuicio para el interés público, que es quién va a poner prácticamente los medios de manera no justificada y razonable con la realidad de los hechos, para satisfacer sus intereses.

V.- 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 don M.L.O., frente a la resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 15 de marzo de 2001, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por el recurrente, contra la resolución de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, de fecha 31 de octubre de 2000, por la que se impuso sanción de extinción de la prestación o subsidio por desempleo y reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, y en consecuencia se declara su conformidad a derecho; ello sin expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento.

3980 **Recurso nº 7.946/2001**

S.CA. AUSENCIA DA CONDICIÓN DE EMPRESARIA AO ACREDITARSE A EXISTENCIA DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE SERVIZOS POLO QUE A ACTIVIDADE DE SOCORRISMOS PARA OS SEUS SUBSCRITORES E POLA QUE SE LLE SANCIONOU LLE RESULTABA ALLEA E A TRES SEMANAS ANTES DA FOLGA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil cuatro

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 7.946/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "C.B., S.L.", con CIF …, domiciliada en Ourense, representada por la procuradora doña M.L.P.C. y dirigida por el letrado don J.R.G., contra resolución de 09.01.01 desestimatoria de recurso interpuesto contra otra de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta reinfracción número 245/99. Expediente 366/99. Es parte la administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada y dirigida por el Letrado da Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es mil quinientos tres euros (1.503 €).

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 deduje-

ra 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 ocho de octubre de 2004, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en este recurso la resolución de 09.01.01 de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais por la que se confirmó otra anterior del centro directivo competente por la que se le impuso a la empresa "C.L., S.L." una sanción por vulnerar el derecho de huelga; la resolución de primer grado, que había dejado sin efecto otra propuesta sancionadora por no haber quedado acreditada la cesión ilegal de trabajadores, sí había dado como probada la vulneración del derecho de huelga la haber contratado a un socorrista para la piscina en el día en que los diez trabajadores que tenía la empresa habían secundado la huelga convocada para esa fecha y no considerar que la actividad de socorrismo tuviera la condición de servicio mínimo fijado en atención a que la empresa se dedicaba a diferentes actividades de gimnasia y deportivas gratuitas para los usuarios, con excepción de la práctica de tenis y natación.

La demanda, que comienza por referir que es posible sustituir a los trabajadores en huelga por otros para atender los servicios mínimos, interesa que se deje sin efecto la sanción impuesta a la actora con fundamento en que esta tenía contratada en régimen de arrendamiento de servicios la actividad de socorrismo con la empresa "E.D.B., S.L." y que, por ello, era ajena a la relación que esta tuviera con el socorrista que prestaba sus servicios el día de la actuación inspectora.

A esta pretensión se opone el Letrado de la Xunta de Galicia, que sostiene que es indiferente que la contratación del trabajador se hubiera realizado directamente o por otra empresa interpuesta, pues la intención de la sancionada fue dejar sin efecto la huelga mediante la sustitución de los trabajadores que se acogieron a ella.

II.- Dados los términos en que está redactada la sobria demanda parece que no se discute ya el argumento de si podía contratarse, sin objeción u obstáculo alguna, al socorrista durante el día de la huelga; por otro lado, tampoco se discute si esa huelga era legal o no, no los servicios mínimos acordados y los trabajadores a ellos adscritos, ni, finalmente, se discute que la vulneración del derecho fundamental a la huelga constituya una infracción grave a tenor de lo dispuesto en el artículo 95.10 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, ya que los que se discute es si podía ser sancionada la empresa recurrente por un hecho que le era ajeno, ya que la actividad de socorrismo que realizaba el trabajador contratado (en realidad era autónomo) se prestaba en régimen de arrendamiento de servicios por la empresa "E.D.B., S.L."

Debe recordarse que no se le ha sancionado a la empresa recurrente por haber sustituido a los trabajadores en huelga, comportamiento muy grave, sino por haber observado una conducta contraria al derecho de huelga, conducta que no sólo se produce por acción, sino también por omisión, pero siempre que lo sea por el empresario. No cabe duda que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 del TRLET tiene la condición de empresario toda persona física o jurídica que recibe la prestación de servicios retribuidos de las personas físicas que voluntariamente lo hacen dentro de su ámbito de organización, concepto coherente con cualquier regulación jurídico-laboral y que es la misma que contempla el artículo 95.10 del TRLET aún en el supuesto de que se acuda a la contratación de servicios por empresas interpuestas bajo un régimen mercantil o de otro orden, ya que ese empresario es el que desarrolla su actividad con trabajadores por cuenta ajena, aunque durante los días de huelga acuda a la contratación de empresas interpuestas, de modo que el trabajador contratado no tendría relación laboral alguna con aquel empresario. Debe significarse que esta interpretación en modo alguna el extensiva o analógica de la norma tipificadota (artículos 4.2 del CC y 129.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), ya que la contravención que se sanciona es la del empresa-

rio afectado por la huelga de sus trabajadores (artículo 93 del TRLET), lo que es el caso de la recurrente.

Pues bien, es cierto que la actora no había probado en la vía administrativa que los servicios de socorrismo le fueran ajenos por haberlos arrendado a otra empresa, pues sólo se limitó a aportar la copia del convenio colectivo donde aparecían como empresa junto con "I.D.O., S.A." y "E.D.B., S.L.", siendo así que le resultaba de fácil probanza aquel arrendamiento con haber aportado el contrato correspondiente, de modo que en estas condiciones no se le podía reputar conducta irregular alguna a la Administración autonómica demandada; esa misma falta de diligencia en la probanza de lo que a la parte actora le conviene se puede apreciar tanto en la demanda como en la pieza probatoria, si bien es verdad que con el escrito de interposición del recurso ha adjuntado una copia de la jefatura de la Unidad de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Ourense de 29.03.00, que el Letrado de la Xunta de Galicia no ha impugnado, donde se hace constar que la empresa demandante había concertado el 01.05.99 con la mercantil "E.D.B., S.L." un contrato de arrendamiento de servicios de varias actividades, entre las que no se encontraba la de tenis, como afirma la actora, pero sí la de socorrista para sus abonados, de modo que ya por esa vía vicaria se ha acreditado la existencia de tal contrato, concertado tres semanas antes de la contravención imputada, debe concluirse que ya no tenía la condición de empresaria respecto de tal actividad, por lo que debe anularse la resolución sancionadora y la confirmatoria que aquí se impugna.

III.- Al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa, no se hace condena en costas a ninguno de los litigantes (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de la entidad "C.B., S.L." contra resolución de 09.01.01 desestimatoria de recurso interpuesto contra otra de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción número 25/99 y, en consecuencia, anulamos la resolución impugnada, por no ser conforme a derecho.

3981 **Recurso nº 8.257/2001**

S.CA. FALLA DE PROBA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL CON AUSENCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDARIA NO PAGAMENTO DE COTAS DEBIDAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil cuatro

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 8.257/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don M. L.L., con DNI ..., domiciliado en Vigo, representado por la procuradora doña D.M.M.M. y dirigido por el letrado don J.R.R.S.F., contra resolución d 08.03.01 estimando recurso de alzada contra otra de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra sobre actas de liquidación e infracción. Expedientes 217, 218, 219, 220 y 221/00. 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 entidad "B.D.L., S.A.L.", representada por el procurador don R.P.L. y dirigida por el letrado don J.P.P. La cuantía del asunto es treinta y cinco mil novecientos setenta y ocho (33.978 €).

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 ocho de octubre de 2004, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Los antecedentes de la resolución impugnada se originan como consecuencia del despido del trabajador don M.L.L por la empresa "C.I.C., S.A.L.", tras lo cual se llegó a una conciliación judicial en la que esta empresa reconoció la improcedencia del despido y se obligó a indemnizarle con una cantidad que aquel trabajador aceptó; no obstante, como quiera que la empresa no había cotizado por éste, la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social levantó un acta de liquidación de las cuotas adeudadas en la que se consignó que la empresa "B.D.L., S.A.L." era responsable solidaria porque en el acta de conciliación se expresó que respondía solidariamente de la indemnización pactada; contra esta resolución y la propuesta de sanción por infracción grave por el impago de las cuotas formuló recurso de alzada esta segunda empresa, que fue estimado a través de la resolución de 08.03.01 del director territorial de la Inspección de trabajo y Seguridad Social de Galicia que aquí se impugna.

La demanda formulada por la representación del trabajador solicita que se anule la resolución impugnada y que se declare acreditada la sucesión empresarial y la consiguiente responsabilidad solidaria entre ambas empresas y que la segunda abone las cuotas sociales exigidad y las complementarias giradas con posterioridad o, subsidiariamente que se levantes unas nuevas actas, todo ello con fundamento en que los socios de ambas empresas eran los mismos, que "B.D.L., S.A.L." se adjudicó en subasta las instalaciones de "C.I.C., S.A.L." y que el informe del inspector de Trabajo y Seguridad Social favorable a la anulación de la responsabilidad solidaria carece de motivación.

A esas pretensiones y motivos se oponen tanto el Abogado del Estado como el letrado de la empresa "B.D.L., S.A.L.", que aquí comparece como codemanda, con fundamento en que ni del expediente administrativo, ni de las manifestaciones de la parte actora, ni de la documentación que ésta une con el escrito de demanda se puede concluir que exista una solidaridad en el pago de las cuotas debidas por la primera por sucesión en la titularidad de esa empresa, al tiempo que la pretensión declarativa de sucesión entre las empresas y de indemnización al trabajador es ajena a la actuación administrativa y de la propia competencia de esta jurisdicción.

II.- Como se acaba de indicar, dos son las pretensiones que contiene el suplico de la demanda, una de anulación y otra declarativa, y frente a esta última oponen las codemandadas que no cabe en esta jurisdicción declarar que una empresa le debe abonar a otra o a un trabajador un determinado importe, como así es, en efecto.

Siendo ello así, sorprende que ninguna de las codemandadas haya solicitado que se declare la inadmisibilidad de esa segunda pretensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, quizás porque estén realmente convencidas de que esa inadmisión no procede, ya que en ningún momento ha pedido la parte actora que una empresa le abone a la otra o al propio recurrente una determinada cantidad, sino que se declare la responsabilidad solidaria y el abono de lo declarado en las actas de liquidación –que tendría lugar en las arcas de la Tesorería General de la Seguridad Social y no en las de un sujeto privado- lo que no es sino la consecuencia lógicas de la anulación de la resolución impugnada, puesto que si ésta queda sin efecto recobra su virtualidad la deuda exigida inicialmente a la empresa codemanda, "B.D.L., S.A.L."

En suma, quizás la excesiva densidad del "petitum" de la demanda ha confundido a los otros litigantes, pero la lectura reposada de lo que realmente pide y el contenido del no menos denso escrito de conclusiones está muy lejos del sentido que quieren ver las condemandadas a al pretensión declarativa.

III.- Si bien en el citado extremo no tienen razón las codemandadas, sí debe compartir esta Sala el primer motivo de oposición al recurso ya que, como bien afirman, de ninguna manera ha probado la parte actora que procediera la responsabilidad solidaria por una sucesión empresarial que de ninguna manera consta acreditada y que si se declaró al

comienzo fue por la conclusión apresurada e indebida obtenida por el inspector interviniente tras la lectura de un acta de conciliación donde sólo se expresó que del abono de las cantidades acordadas "se hace responsable solidario a la empresa codemandada "B.D.L., S.A.L."

En estas condiciones no puede otorgarse presunción de veracidad al acta de la inspección, ya que esta se produce respecto de los hechos que directamente hubiera observado el funcionario o de los que hubiera extraído de documentos o testimonios por él apreciados, presunción "iuris tantum", ya que admite la prueba en contrario (SsTS de 29.01.92, 11.03.92 ó 08.05.00) y en este caso no consta que se hubiera producido una sucesión empresarial, ya transparente o velada, en los términos de lo afirmado en la constante jurisprudencia (SsTS de 02.12.83, 18.06.89, 16.01.90, 18.07.95, 03.03.97, 28.11.97 ó 17.02.98, entre otras) por haberse mantenido el 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, de lo que se concluiría con la declaración de la solidaridad en las deudas sociales generadas por la primera empresa a tenor de lo dispuesto en los artículos 30.1.e) y 127 del TRLGSS, aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y por el procedimiento previsto en los artículo 10 y 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.

En efecto, ninguno de los extremos consta acreditado ni en el expediente administrativo, ni en los documentos unidos con la demanda, y si bien es verdad que en esta se ha pedido que el pleito se reciba a prueba, se ha limitado a mencionar los medios de prueba de que intentaría valerse y no a citar de forma ordenada los puntos de hecho sobre los que debería versar, como exige el artículo 60.1 de la LRJCA y la jurisprudencia que interpreta de forma rigurosa este precepto, singularmente la STS de 06.02.03, que en un asunto análogo al presente caso afirmó que la parte litigante había incurrido en dos errores, uno al haber confundido la proposición de la prueba con la petición de su recibimiento, y la otra, por haber omitido la cita de los puntos de hecho sobre los que debía versar.

IV.- No concurren méritos para hacer una expresa condena en costas (artículo 139.1 de la LRJCA).

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don M.L.L., contra resolución de 08.03.01 estimando el recurso de alzada contra otra de la Tesorería General de la Seguridad Social del Pontevedra sobre actas de liquidación e infracción. Expedientes 217, 218, 219, 220 y 221/00, dictada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y, en consecuencia, confirmamos la adecuación a derecho de la resolución impugnada.

3982 Autos nº 13/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. AFECTACIÓN A UN COLECTIVO DE TRABALLADORES. DIFERENCIA ENTRE MOBILIDADE FUNCIONAL ORDINARIA E DESCENDENTE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Mª Antonia Rey Eibe

A Coruña, a veinticinco de octubre de dos mil cuatro

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. 13/04, seguidos a instancia de Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT-Galicia) contra "R.T.G., S.A.", Sindicato Nacional de CC.OO. y Confederación Intersindical Galega, siendo el objeto del litigio conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 5 de agosto de 2004 tuvo entrada en esta Sala de lo Social demanda de Conflicto Colectivo, formulada por la Unión General de Trabajadores de Galicia (U.G.T.-Galicia) contra "R.T.G., S.A." Sindicato Nacional de CC.OO. y la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), la que fue admitida a trámite, citándose a las partes para comparecer al acto de juicio que tuvo lugar el día

30 de septiembre, asistiendo al mismo el Letrado Sr. B.L., en representación de UGT-Galicia y por la parte demandada, la Sra. S.P., Letrada en representación de "R.T.G., S.A.", no compareciendo las restantes interesadas. Abierto el acto, por la parte actora se ratifica en su demanda y por la representante de la demandada se opuso a la misma por los motivos que constan acreditados en autos; recibido el juicio a prueba, por la parte actora se propone documental y testifical y por la demandada documental, que fue declarada pertinente, acordándose su unión a los autos. Finalizado dicho acto quedó visto para sentencia.

Hechos probados

PRIMERO.- El presente conflicto colectivo se extiende a las Delegaciones de la Empresa demandada "R.T.G., S.A.", de A Coruña, Ferrol, Ourense y Vigo, y afecta a todos los locutores, redactores y ayudantes de redacción de dichas delegaciones.

SEGUNDO.- El origen del presente conflicto está en la decisión adoptada por la empresa de que, en las citadas delegaciones, los locutores, redactores y ayudantes de redacción hacen al mismo tiempo funciones que le corresponden a los "operadores de sonido", relativas a los aspectos técnicos para la emisión de las noticias.

TERCERO.- Esta práctica empresarial no afecta a los trabajadores de la empresa "R.T.G., S.A." que prestan servicios en la central de San Marcos, en Santiago de Compostela, en la que los operadores de sonido realizan las funciones que le son propias.

CUARTO.- Se ha celebrado "sin avenencia" acto de conciliación ante el SMAC.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La cuestión que se debate en el presente conflicto se centra en la pretensión formulada por el sindicato demandante de que se condene a la empresa "R.T.G., S.A." a cesar en la práctica adoptada por la Dirección de la empresa de que en las Delegaciones de la empresa los locutores, redactores y ayudantes de redacción hagan al mismo tiempo las funciones que le corresponderían a los operadores de sonido", cuya puesta en práctica data del inicio de la programación de invierno, en septiembre de 2003.

Frente a dicha pretensión se opone la empresa demandada, invocando en primer término la excepción de "inadecuación de procedimiento", al sostener que la demanda no afecta a un grupo homogéneo de trabajadores, excepción inacogible toda vez que, a tenor de lo dispuesto en el art. 151 de la LPL "a través del proceso del conflicto colectivo se tramitarán las demandas que afecten a los intereses de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que su eficacia y decisión o práctica de la empresa", y en el caso que nos ocupa el litigio planteado afecta a todos los locutores redactores o ayudantes de redacción de las Delegaciones de A Coruña, Ferrol, Ourense y Vigo y que tiene por objeto la aplicación de la práctica de empresa impuesta con motivo del inicio de la programación de invierno del 2003, de que en las Delegaciones citadas, los locutores, redactores y ayudantes de redacción hagan al mismo tiempo las funciones que corresponderían a los operadores de sonido. En consecuencia estando el supuesto litigioso dentro del citado precepto legal, procede desestimar la excepción planteada.

SEGUNDO.- Entrando el fondo del asunto, se opone la empresa demanda a la pretensión del sindicato demandante que considera que el origen del conflicto supone una movilidad funcional en sentido descendente, toda vez que las categorías afectadas pertenecen a niveles superiores, no contemplada en el art. 37 del Convenio Colectivo de empresa; al considerar dicha demandada que en el convenio colectivo de la empresa no hay grupos profesionales y que en consecuencia le es de aplicación el art. 39 del ET.

Así las cosas, el art. 39 del ET regula la movilidad funcional de los trabajadores distinguiendo. A) la que se considera normal en el ejercicio del ius variandi, apartado 1º, atribuido en el ejercicio de las facultades recogidas en los arts. 5.c) y 20.2 del ET, la cual se caracteriza porque se alteran las funciones del puesto de trabajo pero con respeto de la titulación académica y la pertenencia a l grupo profesional (esto es, se produce dentro del grupo profesional o en su defecto entre categorías profesionales equivalentes, supuesto de movilidad interna) y aquella movilidad que se produce cuando se realizan funciones que no se corresponden al grupo profesional o categorías equivalentes, si existen razones técnicas, organizativas y durante el tiempo imprescindible (movilidad externa).

En el supuesto que nos ocupa, a la vista de la prueba practicada en el acto del juicio la Sala considera que no estamos en presencia de un supuesto de los denominados

"movilidad funcional descendente", como sostiene a tal efecto el sindicato demandante, esto es la que se produce fuera del grupo profesional o categorías profesionales equivalentes encomendando al trabajador las funciones inferiores (arts 39.2 y 3 ET), en este caso la s de "operadores de sonido" cuando los actores ostentan las categorías de locutores, redactores y auxiliares de redacción ; y ello porque en primer término, no existe en el Convenio Colectivo de la empresa "grupos profesionales", y si únicamente una propuesta de clasificación de grupos profesionales, de conformidad con lo dispuesto en el Disposición Adicional 2ª del Convenio Colectivo, donde se recoge el compromiso de reunir una comisión que se preocupe de la creación y redefinición de las categoría profesionales, pero que por el momento es sólo una propuesta por lo que no puede ser tenida en cuenta a los efectos que se cuestionan en la presente litis, existiendo únicamente en el Anexo I al que se refiere el art. 12 del citado convenio un listado de categorías por niveles salariales; y en segundo lugar, porque si bien los locutores, redactores y auxiliares de redacción de las Delegaciones de A Coruña, Ferrol, Ourense y Vigo realizan funciones de operador de sonido además de las propias de su categoría, tales funciones hay que ponerlas en relación con las efectivamente realizadas y el tiempo en que se realizan a lo largo de la jornada laboral, y es por ello que a la vista de la prueba documental unida a las actuaciones y testifical practicada en el acto del juicio oral se llega a la conclusión de que tales tareas de operadores de sonido realizadas por los actores, no se realizan en su totalidad, ni de forma sustancial o incluso accesoria, sino únicamente con carácter instrumental para que la noticia salga al aire y que supone un mínimo espacio de tiempo en relación con las funciones propias de cada uno de los demandantes a lo largo de la jornada laboral, lo que conlleva a la desestimación de la demanda interpuesta por tal motivo, y sin que, por otra parte, pueda hablarse de discriminación con relación a los trabajadores que prestan servicios en la central de Santiago de Compostela, en la que existen operadores de sonido que realizan las funciones que como tales, le son propias, ya que en la central de la empresa demandada "R.T.G., S.A.", la carga de trabajo es mucho mayor, así como mayor es la complejidad en la programación, ya que además de la que le es propia, reciben la información que les remiten las delegaciones para su control y función de supervisión.

En consecuencia, se impone la desestimación de la demanda interpuesta por el Sindicato Unión General de Trabajadores, con absolución de la empresa demandada.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que Desestimando la demanda interpuesta por el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT-Galicia) contra la empresa "R.T.G., S.A.", debemos absolver a dicha demandada de los pedimentos contenidos en la demanda.

3983 Recurso nº 4.013/04

S.S. CONTIDO DO FALLO DA SENTENZA DECLARANDO IMPROCEDENTE O DESPEDIMENTO DO TRABALLADOR, CANDO ÉSTE FALECE ANTES DE DICTARSE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a veintiséis de octubre de dos mil cuatro

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 4.013/04, interpuesto por la Comunidad de propietarios del edificio L.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 156-2004 se presentó demanda por don F.J.A.P. en reclamación de Despido siendo demandada la Comunidad de propietarios del edificio L.V. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de mayo de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El trabajador don F.J.A.P., el cual falleció el 04.03.04, vino pres-

tando sus servicios parra la "Comunidad de Propietarios del Edificio L.V." desde el 01.02.97 con la categoría profesional de conserje y percibiendo un salario mensual de 1.011,30 euros con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- La empresa demandada comunicó al trabajador el 21.01.04 carta fechada el 19.01.04, que consta en autos y se tiene por íntegramente reproducida, en la que se acuerda no readmitirle en su puesto de trabajo de conserje mientras no presente parte médico de alta por curación o certificación médica que acredite realizar todos los trabajos establecidos por la comunidad.- TERCERO.- El 16.01.04 el trabajador hizo entrega a la empresa del parte médico de alta de 15.01.04.- CUARTO.- El trabajador estuvo en situación de IT por padecer epilepsia del 23.10.02 al 15.01.04, en que fue dado de alta por mejoría que permite realizar el trabajo habitual.- QUINTO.- No consta que el trabajador ostentara la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.- SEXTO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 11.02.04, previa papeleta presentada el 29-01-04, con el resultado de sin avenencia. Se presentó demanda el 23.02.04."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la demanda interpuesta por los herederos de don F.J.A.P. contra la comunidad de propietarios del edificio L.V., debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado al trabajador, condenando a la demandada a que abone a aquéllos una indemnización de 10.492,24 euros más el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta el fallecimiento que ascienden a 1.449,53 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En la Sentencia de Instancia que estimó la demanda de despido improcedente interesa la demandada las siguientes modificaciones fácticas:

1ª) Que en el ordinal segundo de los HDP se añada lo siguiente: "el trabajador, con fecha nueve de febrero, apenas quince días después de haber recibido la comunicación de fecha 19.01.04, se encontraba ingresado en el Hospital Clínico Universitario de Santiago de Compostela, y en el cual falleció días después", sin alegar folio alguno que ampare dicha modificación.

No podemos atender a la revisión pretendida, pues no se propone en su exigible forma revisión alguna. Tal como se desprende de los artículos 188 y siguientes LPL –entre las últimas, SSTSJ Galicia de 16.01.03 R. 5.384/02, 10.02.03 R. 2.191/02, 27.02.03 R. 2.402/02, 28.02.03 R. 551/00, 27.03.03 R. 2.886/00, 14.03.03 R. 2.984/02, 11.04.03 R. 3.947/02, 09.05.03 R. 4.233/02, 18.06.03 R. 3.205/03, 24.06.03 R. 4.682/02, 11.09.03 R. 3.568/00, 12.09.03 R. 5.029/00, 11.10.03 R. 277/03, 20.11.03 R. 1.458/03, 18.03.04 R. 4.138/03, 01.07.04 R. 365/02, 06.07.04 R. 696/02 y 28.07.04 R. 6.719/03–, la Suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, de manera que sólo permite –excepcionalmente– fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias (artículo 191 "El recurso de suplicación tendrá por objeto: [...] b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas"), citadas con la adecuada precisión (artículo 194.3: "También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión") y acompañadas de la oportuna argumentación (artículo 194.2: "En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos"). Y ello bajo el presupuesto de que el posible éxito de la revisión siempre está condicionado –además– a que por la parte recurrente haga precisa especificación de la modificación que se propone, con redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se propone, sin que en ningún caso la Sala pueda auxiliar en la construcción de recursos defectuosos en su formulación.

Prevenciones todas ellas que son desatendidas en el presente recurso, cuando se propone determinada revisión y no se hace precisión de los documentos en que se fundamenta (ni de los folios que los contienen). La Sala no va a revisar los 315 folios de que constan los autos para localizar la prueba documental o pericial que habilitaría para la revisión fáctica, ésta es una carga de la parte y como tal a ella incumbe.

2ª).- Que el ordinal cuarto de los HDP se sustituya por –a lo que entendemos- lo siguiente: "el trabajador se encontraba de baja por enfermedad común (diagnóstico de epilepsia) desde el 24/10/01 hasta el 15/01/04, con amparo en los folios 50, 51, 53 y 77 a 163.

No atenderemos a dicha modificación por las siguientes razones: Primera, el recurrente no razona la contradicción existente entre el HDP que pretende sustituir y los documentos que cita (SSTSJ Galicia 23.07.04 R. 2.552/04 y 17.06.04 R. 223/02). Segunda, porque la Sala no va a examinar 89 folios alegados sin una argumentación, ya que una de las básicas exigencias del Recurso de Suplicación es que se haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella (SSTSJ Galicia 26.01.02 R. 578/01 y 10.01.01 R. 1.791/98). Y tercera, porque la modificación es intrascendente, tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas las SSTSJ Galicia 21.09.04 R. 319/04, 23.07.04 R. 6.768/03, 23.07.04 R. 2.847/04, 23.07.04 R. 2.552/04, 16.07.04 R. 929/02, 16.07.04 R. 2.662/04, 15.07.04 R. 2.045/03 y 28.06.04 R. 2.660/04), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y 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 (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.). En definitiva, debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 191.b) LPL (los de "hechos") y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de "derecho"), pues si ello no se realizara de la manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un HDP sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia. Pues bien, el rechazo de la pretensión revisoria viene determinado, porque lo único trascendente a los fines del fallo es que el actor fue dado de alta el 15.01.04, precisamente el único punto que no se interesa modificar por la recurrente.

3ª).- Que se añada como HDP nuevo –creemos, pues nada dice la recurrente- que "en el parte médico de fecha 15.01.04 aportado por el trabajador para solicitar su reingreso en su puesto de trabajo, se hace constar que se trata de un "parte de baja", y no consta acreditado que el trabajador haya aportado otra documentación o informe médico al representante de la empresa cuando solicitó su reincorporación al puesto de trabajo", con amparo en el folio 44.

Tampoco admitimos esta adición, porque del documento citado no se deduce lo que se intenta añadir, antes al contrario, dicho documento es un "parte de alta" y no de baja (ha de tener en cuenta la recurrente que los volantes de parte de baja y de alta son comunes, y su calificación se hace por el contenido y por la marcación de la casilla correspondiente), se indica que la causa del alta es una "mejoría que permite realizar trabajo habitual" y su fecha de alta es "15.01.04". Además, se trata de hechos negativos y que como tal no tienen cabida en el relato fáctico, conforme al artículo 97.2 LPL y a doctrina jurisprudencial tan unánime como antigua (así, SSTS 24.06.49 Ar. 1.048, 15.06.63 Ar. 2.662, 05.10.64 Ar. 1.119, 20.10.70 Ar. 4.282...; y –entre otras– STSJ Galicia 19.07.03 R. 5.415/00, 14.05.04 R. 1.543/04, 04.06.04 R 1.972/04 y 28.06.04 R. 2.660/04).

SEGUNDO.- Antes de entrar en el campo jurídico, hemos de precisar con unas sucintas pinceladas en cuadro fáctico en el que se desenvolverá el análisis de los motivos alegados vía artículo 191.c): (a) el trabajador prestaba servicios como Conserje desde 1997 para la demandada, "Comunidad de Propieta-

rios del Edificio L.V." (HDP PRIMERO); (b) el actor permanece en situación de IT por padecer epilepsia del 23.10.02 al 15.01.04 en que fue dado de alta por mejoría que permite realizar el trabajo habitual (HDP CUARTO); (c) el 16.01.04 hace entrega del parte de alta a la empleadora (HDP TERCERO); (d) el 21.01.04 (con carta fechada el 19) la empleadora le comunica que no lo readmite (HDP SEGUNDO); (e) el trabajador fallece el 04.03.04 y el Juicio y la Sentencia son de mayo de 2004.

TERCERO.- 1.- En vía jurídica, la demandada alega la inexistencia del despido, y cita tres sentencias (SSTS 17.07.90 y 08.11.93 y STSJ Extremadura 12.02.96) referidas al despido tácito; y la infracción del artículo 49.1 ET.

2.- La primera de las denuncias se refiere a la propia existencia del despido que se ha tenido por concurrente por el Magistrado de la Instancia. El despido tácito (producido sin cubrir formalidad alguna o habiéndolo hecho de manera irregular) es una elaboración jurisprudencial, y ya la STS 04.12.89 Ar. 8.925 decía que "si bien la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito, que se pretende 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, su realidad y operatividad no debe excluirse, conforme también constante jurisprudencia, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual", y es que en "caso de no admisión del despido tácito, se llegaría a la paradoja que quien «de hecho» ha sido cesado y no recibe el salario estipulado jamás podría accionar por despido".

El tema reside, entonces, en determinar cuándo concurre ese despido tácito. Y sobre ello, las dos reglas generales son: 1) la de la interpretación restrictiva de la noción; y 2) la de la exigencia de actos empresariales, claros, inequívocos y no ambiguos, y concluyentes, reveladores de la voluntad extintiva de la relación.

3.- En este contexto, consideramos que hay base suficiente para afirmar que nos hallamos ante hechos concluyentes que inequívocamente son demostrativos de ánimo empresarial de dar por finalizada la relación de trabajo, expresado en forma tácita –tal y como ha apreciado el Magistrado de Instancia- . Porque si bien la figura del despido tácito –como recordábamos en nuestras Sentencias de 07.05.93 AS 2.390, 18.04.97 R. 1.232/97, 30.04.98 R. 755/98, 16.07.99 R. 2.792/99, 27.02.03 R. 278/03 y 28.07.04 R. 2.471/04– es tomada con precaución –STS 04.12.89 Ar. 8.925–, no por ello debe dejar de deducirse de conductas de la Empresa que revelen su inequívoca voluntad de poner fin a la relación contractual. En palabras de la STS 12.05.88 Ar. 3.614, ha de admitirse tal figura "cuando de modo efectivo y por voluntad empresarial dejan de realizarse sin causa jurídica que lo justifique las prestaciones esenciales del contrato de trabajo"; y en otras ocasiones (así, SSTS de 26.02.90 Ar. 1.232 y 03.10.90 Ar. 7.524) se la describe como conducta empresarial obstaculizadora del cumplimiento propio de las obligaciones inherentes a la condición profesional del trabajador, habiéndose calificado como tal hallar cerrada la empresa donde se trabaja (SSTCT 05.11.85 Ar. 5.974 y 25.11.86 Ar. 12.304), no dar ocupación efectiva al trabajador (SSTC 25.10.88 Ar. 6.395 y 16.05.89 Ar. 3.513), la falta de ocupación efectiva y débito salarial prolongados (SSTSJ Galicia 30.04.98 R. 755/98 y 18.04.97 R. 1232/97; STCT 27.01.87 Ar. 1.509). Y, en concreto, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo hay que distinguir entre el despido y negativa al reingreso, de manera que "cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición, o la rechaza pretextando falta de vacantes, o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la acción de reingreso, mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca, que implica el rechazo de la existencia de relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, y la acción que debe ser ejercitada, frente a ella es la de despido" (SSTS 19.10.94 Ar. 8.254 y 22.10.97 Ar. 7.548 y STSJ Galicia 16.07.99 R. 2.792/99).

En el concreto caso de autos creemos que hay datos suficientes como para entender que la respuesta de la Empresa es una clara manifestación de dar por extinguida la relación contractual. Efectivamente, no se trata tan sólo de una mera actitud pasiva frente a la comunicación del alta médica y denegación de IP, como tampoco de no dar respuesta expresa a la concreta solicitud de reincorporación, sino una negativa rotunda a readmitirlo, puesto que, en primer lugar, la Empresa alega que el trabajador no está en condiciones para trabajar y no ha justificado su curación, a pesar

de que el Médico de la SS indica a fecha 15.01.04 que está en condiciones de desarrollar su trabajo habitual de Conserje -y a tal fin se presenta en el centro de trabajo exhibiendo el parte de alta- (HDP TERCERO y CUARTO); en segundo, la Empresa le comunica que ya desde hace ocho meses (23.04.03) ha causado baja en la misma por "agotamiento del plazo reglamentario de 18 meses en situación de baja por IT" –sic-, que desde esa concreta fecha se contrató otro Conserje para su puesto y que se niega a readmitirlo, remitiéndolo a reclamar ante el INSS una IP (f. 49, carta de despido que se tiene por reproducida en el HDP SEGUNDO); y finalmente, la Empresa califica en el acto de conciliación ante el SMAC su postura como la de un despido (f. 5 de autos)

4.- Una vez que la situación de IT es meramente suspensiva del contrato de trabajo (artículo 45.1.c) ET) y que el alta en 15.01.04 atribuía al accionante el derecho a reincorporarse al puesto de trabajo (sin perjuicio de la facultad empresarial de proceder al despido, por ineptitud sobrevenida y por la vía artículo 52.a ET), el despido ha de ser calificado como improcedente (artículo 55.4 ET) y han de fijarse las consecuencias previstas en el artículo 56 ET. En consecuencia, desestimamos el motivo.

CUARTO.- 1.- Y finalmente, corresponde el análisis del segundo de los motivos jurídicos, denuncia la parte recurrente violación por aplicación indebida del apartado 1 del artículo 49 ET (que debe asentarse en la letra e) de dicho apartado, a pesar de no citarse por la demandada), argumentando, en esencia, que en el presente caso la relación laboral que unía al actor con la recurrente finalizó el 04.03.04 por fallecimiento del trabajador (HDP PRIMERO) y que tan solo puede condenarse al pago de los salarios dejados de percibir, excluyendo la condena del artículo 56 ET, y concluye citando una STS 04.02.91 y tres SSTSJ, de Murcia de 08.10.96 y de Galicia de 29.01.02 y de 11.03.98.

Frente a dicha argumentación y habida cuenta que no se discute la improcedencia del despido, desestimamos el motivo y confirmamos la línea ya elegida por la Sentencia de Instancia, puesto que éste es el criterio (que aunque referido a las extinciones de contratos temporales puede *mutatis mutandi* proyectarse sobre este particular asunto) plasmado tanto en las SSTS 29.01.97 Ar. 641, 28.04.97 Ar. 3.584, 14.04.97 Ar. 4.222 y 22.04.98 Ar. 3.730, como en las SSTSJ Galicia 20.07.98 AS 2.431, 08.02.99 AS 60, 15.03.99 AS 346 y la más reciente 14.07.00 AS 1.964.

2.- Cuando se ha extinguido el contrato laboral por el óbito del trabajador (abril de 2004) y la Sentencia que declara la improcedencia es posterior a aquél (mayo de 2004), lógicamente no pueden -por imposible- aplicarse las consecuencias jurídicas derivadas de aquella calificación, previstas en los artículos 56 ET y 111 LPL; en concreto, facultar a la empleadora para optar entre readmitir al trabajador o indemnizarlo en la cuantía legalmente prevista (con excepción hecha de que el trabajador fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, caso en el que la opción le correspondería a él). La disyuntiva a este problema es o bien considerar que al ser imposible la readmisión la exclusiva obligación de la patronal sería a pagar los salarios de tramitación hasta la fecha del fallecimiento –postulado por la recurrente-, o bien que la única alternativa es abonar dichos salarios y pagar la indemnización correspondiente al despido improcedente.

La Sala se inclina por esta última solución, puesto que entiende que el juego de los artículos 1.132 y 1.134 CC (en las obligaciones alternativas: prohibición de que el deudor elija una prestación imposible y pérdida de su derecho a elegir, cuando sólo una fuese realizable) fuerza en este caso a mantener la obligación del empresario de cumplir la única de dos prestaciones de la obligación alternativa que subsiste, esta es, la indemnizatoria; que debe devengarse en todo caso, ya que en nuestro ordenamiento jurídico laboral aquélla es consecuencia del daño producido, rigiendo un principio de indemnización tasada en los perjuicios causados por el despido improcedente, que no son sólo los materiales –pérdida de salario y puesto de trabajo–, sino otros de naturaleza inmaterial –pérdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajadores–, producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa y que deben ser resarcidos.

En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la empleadora "Comunidad de Propietarios del Edificio L.V.", confirmamos la sentencia que con fecha 07.05.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de A Coruña, a instancia de don F.J.A.P. y por la que se acogió la demanda formulada.

3984 **Recurso nº 2.625/02**

S.S. CONTRATO DE TRABALLO. CORRESPONSAL QUE PRESTA SERVIZOS EN EXCLUSIVA PARA A EMPRESA. TRABALLO DEPENDENTE E POR CONTA ALLEA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veintinueve de octubre de dos mil cuatro

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. 2.625/2002 interpuesto por doña M.V.R. y "T.V.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.V.R. en reclamación de salarios siendo demandado "T.V.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 745/01 sentencia con fecha 20.02.02 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 M.V.R. licenciada en Ciencias de la Información tuvo su primer relación profesional con "T.V.E., S.A." realizando prácticas en los veranos de 1995 y 1996 y durante el período de 3 al 26 de diciembre de 1997 fue contratada laboralmente como redactora. Segundo.- La actora por indicación de la empresa, formalizó escritura de constitución e sociedad limitada el 01.02.99 denominada "M.V.R.C., S.L.", escritura que se tiene por reproducida en su integridad, siendo de carácter unipersonal, siendo su capital social de 500.000 pta, aportándose 81.000 pta. en dinero y el resto en los siguientes bienes: ordenador, monitores Monit CTX 17 digital, impresora marca Epson Stylus 600c video marca Telefunken, televisor marca Sanyo, máquina de escribir eléctrica Nakajima All Co, mesa oficina, silla, mueble Bureau, y mueble estantería-librería. La administradora única es la propia actora y socia, estando dada de alta en el RETA desde el 01.02.99. Los estatutos de la referida sociedad que se tienen por reproducidos, establecen lo siguiente: "La sociedad tiene por objeto la redacción de notificas para medios audiovisuales y procesos técnicos necesarios para la difusión e notificas ejercido, en su caso, por los correspondientes profesionales con titulación suficiente. Las actividades integrantes del objeto social podrán ser realizadas por la sociedad, ya directamente, ya indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto idéntico o análogo o mediante cualesquiera otras formas admitidas en Derecho. El domicilio de la sociedad se establece en La Coruña. Por acuerdo del órgano de administración a, podrán ser creados, suprimidas o trasladadas las sucursales, agencias o delegaciones que el desarrollo de la actividad social haga necesarias o convenientes, tanto en territorio nacional como extranjero. La duración de la sociedad es indefinida y da comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura fundacional". Tercero.- La sociedad "M.V.R.C., S.L." y la empresa demandada suscribieron contrato de "arrendamiento de servicios" de 02.02.99, que se tienen por reproducidos, en el que se establece, entre otros apartados, los siguientes: "El presente contrato tiene por objeto el suministrado a "T.V.E., S.A." por parte del prestatario de los servicios de información literaria, noticias y reportajes, necesarios para la programación del Centro Territorial del "T.V.E., S.A." en Galicia, generados en la ciudad de La Coruña, y su zona de influencia. El servicio será prestado de acuerdo al o estipulado en el anexo I, donde se fijan asimismo las tarifas aplicables a los servicios. Todos los derechos de explotación sobre los materiales, noticias y reportajes, aceptados por "T.V.E., S.A." corresponden a esta en exclusiva". En el anexo I del contrato se establece: El precio unitario de cada uno de los servicios será el siguiente, notifica 5.000 pta, y el reportaje 7.000 ptas. ambos casos mas el IVA que legalmente corresponda. No supondrá ninguna carga adicional en el precio la grabación de noticias en sábado domingo o festivo, "M.V.R.C., S.L." realizará el servicio contratado con sus propios medios técnicos. "T.V.E., S.A." abonará al prestario del servicio, previa presentación de la factura, los gastos originados por desplazamientos externos, siempre que están debidamente justificados. A estos efectos se fija el precio del kilómetro en 29 pta. Cuarto.- Durante los ejercicios 1999, 2000 y 2001 la

sociedad "M.V.R.C., S.L." solo ha procedido a facturarle a "T.V.E., S.A." Quinto.- El 20.02.01 la empresa demandada y "M.V.R.C., S.L." suscribieron contrato de 20.02.01, el cual se tiene por íntegramente reproducido, previa instrucción de expediente 2000/283, que se reproduce en su integridad que tiene por objeto lo siguiente: "El presente contrato tiene por objeto el suministro al centro territorial de "T.V.E., S.A." de Galicia, de los servicios contemplados en la partida 8, item 1 (Coruña y provincia) del expediente 2000/283 Contratación servicios de información literaria, crónicas, notificas y reportajes, para la programación de los centros territoriales en "T.V.E., S.A." en Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla León, Extremadura, Galicia, Murcia y Navarra" cuyos precios se incluyen en el anexo 1 al presente documento. El servicio será prestado en su totalidad de acuerdo a la oferta adjudicada, el pliego de condiciones y las condiciones generales de contratación que obran en el expediente, condiciones que declaran conocer las partes firmantes ene este acto su conformidad con las mismas el representante del prestatario de los servicios. En el anexo 1 al presente contrato se incluyen los precios unitarios de cada uno de los servicios contemplados en el expediente. Todos los derechos de explotación sobre los materiales objeto del presente contrato aceptados por "T.V.E., S.A." corresponden en exclusiva a esta". Sexto.- La actora tenía acreditación de "R.T.V.E., S.A." como redactora. El Convenio Colectivo de la empresa define al redactor como el profesional que realiza literaria o gráficamente un trabajo de tipo intelectual y que, como responsable de sus fuentes y de la valoración y orientación de los contenidos, interviene en la elaboración de la información en sus diversas fases de preparación, búsqueda y reacción. Para acceder a esta categoría deberá reunirse alguna de los siguientes requisitos: 1. Ser Licenciado en Ciencias de la Información (Secciones Periodismo e Imagen). 2. Estar titulados por la Escuela Oficial de Periodismo. 3. Tener otra titulación universitaria superior y acreditado un mínimo de dos años de ejercicio de la profesión periodística. FE. Titulación superior en ciencias de la Información (Rama Periodismo y /o ciencias de la Imagen Visual y Auditiva) o Escuela Oficial de Periodismo. FO: Titulación superior Universitaria y experiencia de dos años. Séptimo.- La actora disfrutó de vacaciones anuales en la empresa demandada. Octavo.- El 03.09.01 la actora presenta denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de esta ciudad, citándose por fax a la empresa demandada el 05.09.01 y emitiéndose informe el 21.09.01, al igual que actas de liquidación de cuotas, las cuales se reproducen. Noveno.- La prestación de servicios de la actora se realizo en los locales de la empresa demandada, en el Edificio … en A Coruña, donde se ubica la sede del centro territorial de "T.V.E., S.A." disponiendo de llave de dicho local, utilizando el equipo y materiales propios de la empresa demandada y el medio de transporte para desplazamientos de trabajo es pagado por la empresa. Depende en el trabajo del jefe de informativos y las instrucciones directas las realiza el editor de informativos, que se pone en contacto con la actora todos los días por la mañana para realizar el plan de trabajo sobre las 9:00 horas y esto se realiza, desde, aproximadamente, 3 años. La actora, para prestar sus servicios, tenía acceso al ejercicio informático de informativos. La actora, habitualmente prestaba sus servicios en compañía del reportero gráfico don R.Q.S., realizándose el visionado dentro de los locales de la empresa. Décimo.- En el período septiembre de 2000 a agosto de 2001 ambos inclusive la actora percibió la cantidad de 3.119.080 ptas. Undécimo.- La retribución de un redactor establecida en convenio, nivel dos es de 246.335 ptas de salario base en el año 2000. En el 2001 dicha cantidad es de 251.253 ptas. Duodécimo.- El art. 64.2.f del Convenio define el Complemento por disponibilidad para el servicio como aquel que se aplica al trabajador adscrito a puesto de trabajo que, realizando la cuantía normal de horas semanales de actividad, por las especiales características de aquellos, requieren disponibilidad habitual y alteraciones constantes de horarios de trabajo. Décimotercero.- Formuló demanda de despido turnada al Juzgado de lo Social 2, dictándose sentencia en fecha uno de diciembre de 2001, declarando la nulidad de aquel. Esta sentencia no es firme.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción y litis pendencia alegadas, estimo en parte la demanda formulada por doña M.V.R. y condeno a la demandada "T.V.E., S.A." a abonar a la actora la cantidad de 5.799,25 euros.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandado 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, con desestimación de las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de listispendencia, y, con estimación en parte de la demanda, condenó a "T.V.E., S.A." a abonar a la actora la cantidad e 5.799,25 €, formulan recurso de suplicación; tanto esta empresa, por la vía, en primer lugar, del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, por una parte, se añada al hecho probado cuarto de aquélla –que dice: "durante los ejercicios 1999, 2000 y 2001 la sociedad "M.V.R.C., S.L." solo ha procedido a facturarle a "T.V.E., S.A.", "sin perjuicio de lo anterior, las partes acordaron que la prestación de los servicios, no sería en exclusiva "; por otra, se suprima el hecho probado séptimo –que afirma que "la actora disfrutó de vacaciones anuales en la empresa demandada"; y, por otra, se rectifique el hecho probado noveno –que se refiere a la forma de prestación de servicios por la actora-, pero sin proponer una redacción alternativa, a la que figura en la resolución impugnada; y, en segundo, por la del c) del mismo precepto, denunciando infracción del artículo 1.g) del ET, en relación con el 2 de la LPL, y con la doctrina jurisprudencial, que se cita; como la demandante, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se adicione al hecho probado décimo de la sentencia de instancia que dice: "en el periodo septiembre de 2000 a agosto de 2001, ambos inclusive, la actora percibió la cantidad de 3.119.080 pesetas", "de las que 2.688.000 ptas, corresponden a la retribución de su trabajo y 431.080 ptas, corresponden al IVA" y, por otra se sustituya el hecho probado undécimo, por otro, que afirme: "la retribución de un redactor establecida en el Convenio es por el nivel 3, para el año 2000 es salario base 268.753 ptas/mes, más dos pagas de julio y Navidad de igual cuantía y una paga de marzo de 181.474 pesetas, y para el año 2001, un salario de 274.128 pesetas"; y, en segundo, por el de c) del mismo precepto; denunciando, por una parte, infracción del artículo 161 del Convenio Colectivo de "R.T.V.E., S.A."; y, por otra, del 26.1 y 2 del ET.

SEGUNDO.- Procede hacer constar lo siguiente, acerca de las revisiones fácticas, interesadas en los respectivos motivos primeros de uno y otro recurso: a) que no es acogible la que solicita la empresa demandada, a fin de que se adicione al hecho probado cuarto, un apartado que diga que" sin perjuicio de lo anterior, las partes acordaron que la prestación de los servicios, no seria en exclusiva", pues se trata de una apreciación valorativa, a la que no cabe llegar, por la vía de un motivo (artículo 191.b) del TRLPL) que tiene como único objetivo revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; b) que no es aceptable la supresión, que pide la misma empresa, del hecho probado séptimo, porque de la prueba documental, que se cita en la apoyo (folios 180 a 184), no se estima demostrado que la demandante no disfrutare de vacaciones; c) no es viable la rectificación, que solicita, también dicha empresa, en el hecho probado noveno, toda vez que, entre otros extremos, no se aporta, en contra de lo que determina implícitamente el apartado b) del artículo 191 del TRLPL, una redacción alternativa a la que figura en la sentencia de instancia; d) que no es admisible la adición, que interesa la actora en el hecho probado décimo, porque la conclusión relativa a las cuantías que, respecto a la cantidad total, que percibió la demandante, en el periodo que se señala, corresponden a los conceptos de retribución por trabajo e IVA, es de matiz valorativo, y, por lo tanto, no susceptible de ser alcanzada, a través del motivo de recurso utilizado; y e) que no es acogible, por la misma causa, la modificación, que solicita la mencionada demandante, en el hecho probado undécimo, dado que no otra cosa representa sustituir la retribución, que corresponde a un redactor, por el nivel 2, por la que le pertenecería por el nivel 1, pues el hacerlo implica utilizar criterios valorativos, para determinar cual es el nivel, que debe tenerse en cuenta, incompatibles con el apartado b) del artículo 191 del TRLPL.

TERCERO.- Sostiene la empresa demandada, en el segundo motivo de su recurso, que, en los contratos de corresponsalía llevados a cabo entre las partes, no existe relación laboral, sino mercantil, por lo que la incompetencia del orden jurisdiccional social, para conocer de la causa, es evidente; pero, si se tienen en cuenta los datos objetivos, que se ofrecen en la resolución impugnada al respecto –referentes a que la actora, licenciada en Ciencias de la Información, sostuvo una primera relación profesión con "T.V.E., S.A.", realizando prácticas en los veranos de 1995 y 1996, y le siguió otra, del 2 al 26 de diciembre de 1999, en cuyo periodo fue contratada verbalmente como redactora; que, por indicación de la empresa, formalizó escritura de constitución de la sociedad "M.V.R.C., S.L." el 1 de febrero de 1999, de carácter unipersonal y

siendo su capital social de 500.000 pesetas; que "M.V.R.C., S.L." y "T.V.E., S.A.", suscribieron contrato " de arrendamiento de servicios", el 2 de febrero de 1999, que, entre otros extremos, tenia por objeto suministrar la primera a la segunda información literaria, noticias y reportajes, necesarios para la programación del Centro Territorial de "T.V.E., S.A." de Galicia, generadas en la ciudad de A Coruña y su zona de influencia..., fijándose las tarifas aplicables a los servicios, correspondiendo en exclusiva a "T.V.E., S.A." todos los derechos de explotación sobre los aceptados, fijándose el precio unitario de 5.000 ptas por notifica y del 7.000 por reportaje, más IVA, en ambos casos, realizando "M.V.R.C., S.L." el servicio contratado con sus propios medios técnicos, y abonando "T.V.E., S.A." a la prestataria del servicio, éste, previa presentación de factura y los gastos de desplazamientos, externos, a 29 ptas/km, siempre que estuvieren debidamente justificados; que, durante los ejercicios 1999, 2000 y 2001, "M.V.R.C., S.L.", solamente procedió a facturar a "T.V.E., S.A."; que, en fecha 20 de febrero de 2001, las empresas citadas, suscribieron otro contrato, reproducción del anterior; que la demandante tenía acreditación de "R.T.V.E., S.A."como redactora; que disfrutó de vacaciones anuales en la empresa demandada; que el 2 de septiembre de 2001 presentó denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social; que la prestación de servicios, por parte de la misma, se realizó, en los locales de la empresa demandada, sitos en el edificio … de A Coruña, donde se ubicaba el centro territorial del "T.V.E., S.A.", disponiendo de la llave del local, utilizando el equipo para desplazarse medios de transporte pagados por la empresa; que dependía en el trabajo del jefe de informativos y las instrucciones directas se las daba el editor de éstos, poniéndose en contacto con ella todos los días por la mañana, para realizar el trabajo, sobre las 9 horas; y que tenía acceso al servicio informático de informativos y prestaba habitualmente sus servicios en compañía del reportero gráfico don R.Q.S., llevándose a cabo el visionado dentro de los locales de la empresa; cabe calificar –como ya efectuó la Sala con relación a casos similares al presente, en sentencias anteriores-, de laboral, la relación existente entre la actora y la demandada, pues, por una parte, no es determinante para dicha calificación, el hecho de que los interesados no lo hicieran así, porque la naturaleza jurídica de un contrato no depende de las manifestaciones o de las intenciones de las partes, o de las denominaciones empleadas para describir una determinada actividad, sino que lo esencial es ésta en si misma y la forma en que se desarrolla la prestación de servicios-afirma la doctrina jurisprudencial que la línea divisoria entre la relación de carácter civil de arrendamiento de servicios, y la contractual laboral, está, de una parte, en la llamada "integración en el círculo rector y disciplinario del empresario " (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1992, etc.), o lo que es lo mismo, en que la prestación de servicios se produzca dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, el empleador (artículo 1.1 del ET), de forma "dependiente", sometiéndose una de las partes, el trabajador, a las órdenes y dirección del empleador, quien goza de poder disciplinario sobre aquél; y, de otra, en la concurrencia de ajeneidad (artículo 1.1 ET), consistente en que los frutos o los resultados del trabajo, pasan de forma directa o inmediata al empleador, que los hace suyos, redistribuyéndolos; y, por otra, se desprende, de las condiciones laborales ya expuestas, que regían entre las partes, que, además del carácter personal de los servicios prestados por la demandante, existían signos, como el encuadramiento o inserción dentro del sistema jerárquico de la empresa, el acatamiento de órdenes, mandatos y directrices de la misma, la subordinación a la persona o personas que en ella tenían facultades de información o mando (concretamente, los jefes de informativos del Centro Territorial de A Coruña), la realización del trabajo en las dependencias de "T.V.E., S.A.", y la sujeción a una determinada clase de jornada (-todas ellas, concurrentes en la demandante), etc, que demuestran su dependencia en la prestación de los servicios, pues es obvio que ella carecía de la independencia necesaria para desarrollarlos, y que ese fruto del trabajo repercutía en la empleadora, sin que la demandante percibiere lucro directo alguno; procede desestimar, igualmente el segundo motivo del recurso, planteado por "T.V.E., S.A."

CUARTO.- Afirma la actora, en el primer punto del segundo motivo de su recurso, que "corresponde, de acuerdo con las funciones, realizadas como redactora, el nivel retributivo 1, en lugar del 2, que se le reconoce en la resolución impugnada; pero no cabe aceptar la alegación, porque, en el artículo 61 del Convenio Colectivo de "T.V.E., S.A.", se requiere para acceder al nivel retributivo 1, la permanencia en la categoría de redactor, al menos seis años y la superación de al menos cuatro evaluaciones periódicas, anuales; y por-

que la demandante no reúne dichos requisitos, pues, según se afirma en la resolución impugnada –sin que ello hubiese sido desvirtuado-, su relación laboral duró "solamente tres años".

QUINTO.- Se sostiene, en el segundo punto del segundo motivo del recurso, formulado por la demandante, con relación a las cantidades, que se reclaman en la demanda, que deben descontarse, de las totales facturadas, las referidas al IVA, pues las mismas no formaban parte del salario; pero la alegación no es aceptable, porque, aparte de que se centra en un extremo, que plantea un cuestión, de materia contributiva, cuyo conocimiento no corresponde, en principio, a la jurisdicción social; no resultó acreditado lo que se señala, al no haberse aceptado la revisión fáctica, planteada al respecto.

SEXTO.- Todo lo anterior lleva a la desestimación de ambos recursos y a la confirmación del fallo de la resolución impugnada.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que con desestimación de los recursos de suplicación, planteados por "T.V.E., S.A." y por doña M.V.R., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de A Coruña, en fecha 20 de febrero de 2002,debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3985 **Recurso nº 4.703/04**

S.S. INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA, A PROPÓSITO DE SUCESIÓN DE CONTRATAS, POR NON CONCORRER OS REQUISITOS LEGAL E XURISPRUDENCIAL ESIXIDOS PARA QUE SE OPERE A TRANSMISIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a dos de noviembre de dos mil cuatro

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. 4.703/04 interpuesto por don F.J.A.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.J.A.B. en reclamación de despido, siendo demandado las empresas "S., S.L.", "A.G.E.D., S.L.", el Concello de V. y la Fundación Pública de Servicios Deportivos Municipales de V., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 262/04 sentencia con fecha cuatro de agosto 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.- Don F.J.A.B., con D.N.I. núm. ... prestó servicios para la empresa "A.G.E.D., S.L." en la piscina municipal de V. con una antigüedad de 30 de octubre de 1999 como responsable de administración recepción y con un salario mensual de 1.638 €. Firmó con la empresa citada contrato de trabajo para la realización de trabajos fijos discontinuos como responsable socorrismo dentro de la actividad cíclica intermitente de curso escolar y con una duración de 9 meses, con una jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes. El contrato se concertó por tiempo indefinido iniciándose la relación laboral el 3 de octubre de 2002. Se pactó salario según convenio aplicable de espectáculos y deportes. En las últimas nóminas aparecía como categoría la de responsable con un salario total incluida la prorrata de 1.433,55 € y una antigüedad de 3 de octubre de 2002 y en otras la categoría de responsable administración, con una antigüedad de 30 de octubre de 1999 y un salario prorrata de 1.638 €. El actor, en unión de dos hermanos constituyó la empresa mencionada otorgando la correspondiente escritura en enero de 1994, siendo titular de 800 participaciones por un valor de 800.000 pts. En febrero de 1995 el actor vendió sus participaciones a doña M.C.B.V., quedando la citada en unión de los hermanos del demandante como administradora solidaria de la empresa. SEGUNDO.- Mediante carta de fecha 20 de enero de 2004 se comunicó al actor que el próximo día 25 de febrero de 2004 finaliza la duración del

contrato de trabajo suscrito con la empresa, debido a que finaliza su contrato con el Ayuntamiento de V., siendo sustituida en ese servicio por otra empresa entrante nueva, dando por reproducida la misma al constar incorporada a las actuaciones. En la fecha fijada la empresa procedió a dar de baja al trabajador, mencionando como causa la de cese de la actividad en diciembre de 2003 se publicó el pliego de cláusulas del concurso para la adjudicación, mediante concesión de la gestión indirecta del servicio público de la piscina municipal cubierta y climatizada de F. En fecha 13 de febrero de 2004 se efectuó la apertura de plicas en acto público y el Ayuntamiento en sesión de 26 de febrero de 2004 acordó adjudicar el contrato a la empresa Servicio Cultura Deporte y Recreación S.L. firmándose el contrato con sus cláusulas el día 9 de marzo de 2004. La empresa citada contrató a los trabajadores oportunos y entre ellos a empleados de la anterior concesionaria, como doña M.J.R., 9 de marzo de 2004, doña S.F., 2 de abril de 2004, doña M.C.L., con una antigüedad en nómina de 15 de septiembre de 1994 y doña M.J.P., con una antigüedad en nómina de 3 de octubre de 2003, negociando con estas últimas las condiciones de trabajo. La piscina abrió en fecha 13 de marzo, reanudándose las clases el 1 de abril de 2004, permaneciendo entre tanto las instalaciones cerradas. TERCERO.- Por acuerdo del Ayuntamiento de V. de 28 de diciembre de 1993 se adjudicó la concesión del servicio público de la piscina a don F.J.A.B., presentando el demandante en el año 1994 la solicitud en nombre de la empresa "A.G.E.D., S.L.", firmándose el contrato el 26 de febrero de 1994. Por acuerdo de 18 de septiembre de 1998, se aprobó la prórroga del plazo de concesión del servicio por un periodo de cinco años más, hasta febrero de 2004. Entre las ofertas APRA la nueva licitación en el año citado, no aparecía la de "A.G.E.D., S.L." QUINTO.- Celebrado el preceptivo acto de conciliación, el mismo resultó sin efecto".

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

"FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por don F.J.A.B. frente a las empresas "S., S.L.", "A.G.E.D., S.L.", el Concello de V. y la Fundación Pública de Servicios Deportivos Municipales de V., absuelvo a las demandadas de las pretensiones ejercitadas 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.- La sentencia de instancia, desestimó la demanda en la que se pretendía se declare nulo o subsidiariamente improcedente el cese del actor, condenando a las demandadas, de forma solidaria, a que le readmitan en su puesto de trabajo, o, subsidiariamente, a abonarle la máxima indemnización legal, así como los salarios de tramitación. Decisión judicial, que es recurrida por aquél, pretendiendo como primer motivo de recurso y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto, se adicione un nuevo ordinal del siguiente tenor: *"en el apartado 1 del pliego de cláusulas por las que regiría el concurso para la gestión indirecta de la piscina municipal consta lo siguiente: "1.- objeto del contrato: el objeto del contrato es la explotación del servicio público de la piscina municipal cubierta y climatizada de F." "IV.- Instalaciones, locales y superficies.- 1.- la explotación del servicio indicado alcanza a la totalidad de las obras e instalaciones de la piscina municipal existentes en la actualidad…" "2.- La realización de los trabajos y servicios de limpieza…"*. Adición que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental (folio 95 de los autos), es irrelevante, de conformidad con lo que se razonará en la fundamentación jurídica de la sentencia.

SEGUNDO.- Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción de los arts. 44 del Estatuto de los Trabajadores, 55.4 y 56 del mismo cuerpo legal, en relación con el 108 y 110.1 de la L.P.L.; alegando en esencia, que se daban todos los requisitos para apreciar la figura de la subrogación a que se refiere el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, pues, lo que se transmitía era la totalidad de las instalaciones de la piscina municipal con sus elementos, de tal manera que el nuevo adjudicataria para explotar la piscina municipal no tiene que realizar inversión alguna o adquirir algún bien, y que la piscina en sí, constituía una unidad productiva lista para ser explotada; por lo que solicitaba como petición principal, que apreciando la existencia de subrogación, se declare el despido improcedente, conde-

nando a "S., S.L." a estar y pasar por tal declaración readmitiendo al trabajador en las mismas condiciones que regían antes del cese o le indemnice en legal forma, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación, y subsidiariamente, (de no aceptarse dicha pretensión) al estar unido con la empresa transmitente por un contrato indefinido, como trabajador fijo discontinuo, como responsable de socorrismo, se declare el despido improcedente, con relación a la empresa "A.G.E.D., S.L.", cuyo objeto es: "la gestión de las instalaciones deportivas, recreativas y de ocio".

El primer problema que se suscita en la presente "litis", consiste en determinar, si se ha producido subrogación empresarial, como consecuencia del cese de la relación laboral del actor que venía prestando servicios para la empresa "A.G.E.D., S.L.", al haberse adjudicado por el Ayuntamiento el servicio público de la piscina municipal de V., que se explotaba en régimen de concesión administrativa, a la empresa "S., S.L.", -entendiendo la parte recurrente-, que al haberse transmitido la totalidad de las instalaciones de la piscina municipal con sus elementos, sin que el nuevo adjudicatario tenga que realizar inversión alguna constituyendo una unidad productiva lista para ser explotada, se había producido sucesión de la nueva empresa, en tanto, -que por el Magistrado de instancia-, se entendía que no existía tal subrogación, habiéndose producido una sucesión de contratas con un nuevo empresario, en el sentido que son los mismos servicios los que se siguen prestando, al no estipularse otra cosa en el pliego de condiciones, que de ser aceptado vincularía al nuevo concesionario, ni se deriva de normas sectoriales, al no transmitirse los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación.

Para una más acertada resolución de esta litis ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 44, apartados 1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores, "el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la actividad laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior…". "A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una unidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria". En la interpretación de este precepto, la doctrina jurisprudencial ha señalado, que es preciso que en la transmisión de empresas concurran los siguientes requisitos: uno subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo cesionario, y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del conjunto total de los elementos esenciales de la empresa, que permita la continuidad de la actividad empresarial (sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo, de 23.01 y 09.02.95 –R.J. 403/95 y R.J. 789/95-). Como exponen las sentencias del Tribunal Supremo de 22.03.88 (Recurso 2.346) y 06.10.89 (Recurso 7.124), para construir la conclusión favorable a la existencia de subrogación empresarial por sustitución entre empresas concesionarias de servicios públicos, la expresión "cambio de titularidad de la empresa" implica un concepto de gran amplitud que comprende cualquier negocio jurídico de transmisión "inter vivos" y, en consecuencia, la continuación de hecho en la titularidad por otro demuestra el cambio de titularidad y opera la subrogación del nuevo titular, lo que se produce siempre que conste la "transmisión de una unidad patrimonial susceptible de inmediata explotación". En el especial supuesto de las concesiones administrativas, se ha venido a consolidar definitivamente el criterio jurisprudencial según el cual, la concesión administrativa, aisladamente considerada, no es una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que incluya la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para su explotación, lo determine la normativa sectorial o lo prescriba el pliego de condiciones de la concesión (sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en casación para la unificación de la doctrina, de 14.12.94 y 23.01 y 09.02.95), dando lugar en este caso a la figura de la sucesión cuando un nuevo empresario asume la realización del servicio objeto de la concesión, habiendo declarado el citado alto Tribunal, en sentencia de 09.07.87, que la concesión administrativa del servicio de mantenimiento y conservación del alumbrado público (en este caso se tratara del servicio de limpieza) tiene el carácter de unidad productiva empresarial a que se refiere el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, y al concederse aquel servicio a una nueva empresa, se produjo el cambio de titularidad de que habla el citado precepto legal. Son de destacar en igual sentido las sentencias del T.S. de 18.09 y 27.10.00, (rec. nº 2.281/99 y

693/99) dictadas en casación para unificación de la doctrina, que en interpretación del art. 44 en relación con la directiva comunitaria 187/1997, aclarada por directiva 98/50/CEE de 29 de junio de 1998, vienen a señalar que ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 del mencionado Estatuto, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de modo que en los supuestos de sucesión de contratas, la subrogación no opera –en virtud de este mandato estatutario-, si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales (por todas Sentencia de 22 de mayo de 2000) doctrina coincidente con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así en la sentencia del Pleno de 11 de marzo de 1997 (asunto Früzzen) referida a empresas de limpieza, el tribunal declaró que los mandatos de la directiva no son aplicables en sucesión de contratas "si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, aun cuando el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial en términos de número y competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata; señalando igualmente, que la única vía por la que hubiera podido operar la subrogación obligatoria será la establecida en la normativa sectorial contenida en el correspondiente Convenio Colectivo y en los términos y con los límites que en ella se establezcan, salvo que lo impusiera el pliego de condiciones que de ser aceptado vincularía al nuevo concesionario.

Por lo que estando acreditado y así se desprende del relato fáctico de hechos probados, que el actor prestó servicios para la empresa "A.G.E.D., S.L.", en la piscina municipal de V., con una antigüedad de 30 de octubre de 1999, como responsable de administración recepción, con un salario mensual de 1.638,00 €, habiendo suscrito con la referida empresa, un contrato de trabajo para la realización de trabajos fijos discontinuos, como responsable de socorrismo, dentro de la actividad cíclica intermitente del curso escolar y con una duración de 9 meses, con una jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes, y que dicho contrato se concertó por tiempo indefinido, iniciándose la relación laboral el 3 de octubre de 2002, habiéndose pactado el salario según el Convenio aplicable de Espectáculos y Deportes, apareciendo en las últimas nóminas con la categoría de responsable con un salario incluida la prorrata de pagas extras de 1.433,55 € y una antigüedad de 3 de octubre de 2002 y en otras la categoría de responsable de administración, con una antigüedad de 3 de octubre de 1999 y un salario prorrata de 1.638,00 €, empresa que había sido fundada por el actor, junto con sus hermanos, mediante la correspondiente escritura pública en enero de 1994, siendo titular de 800 participaciones por un valor de 800.000 pts, si bien en febrero de 1995 vendió sus participaciones a doña M.C.B.V., quedando la citada, en unión de sus hermanos, como administradora solidaria de la empresa, así como que, mediante carta de fecha 20 de enero de 2004 se comunicó al actor, que el próximo día 5 de febrero de 2004 finalizaba la duración del contrato de trabajo suscrito con la empresa, debido a que había finalizado su contrato con el Ayuntamiento de V., siendo sustituido en este servicio por otra empresa nueva, procediendo a darle de baja, por tal causa, (cese de actividad), así como que en diciembre de 2003 se publicó el pliego de cláusulas del concurso para la adjudicación, mediante concesión, de la gestión indirecta del servicio público de la piscina municipal cubierta y climatizada de F., lo que tuvo lugar en fecha 13 de febrero de 2004, y el Ayuntamiento en sesión de 26 de febrero de 2004 acordó adjudicar el contrato a la empresa "S., S.L.", habiéndose por dicha empresa contratado a los trabajadores que tuvo por conveniente y entre ellos algunos de la anterior concesionaria, negociando con ellos las condiciones de trabajo, abriéndose la piscina en fecha 13 de marzo, reanudándose las clases el 1 de abril de 2004, permaneciendo entre tanto las instalaciones cerradas; esta Sala, llega a la conclusión, de que con relación a la nueva empresa, no se ha producido subrogación alguna, y ello aun cuando la explotación del servicio alcance a la totalidad de las obras e instalaciones de la piscina municipal, por cuanto no hay transmisión de elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización básica de la explotación, por lo que en ningún caso cabe acoger la pretensión principal de que se condene a "S., S.L."; ahora bien, dado que el actor estaba ligado a la primera concesionaria "A.G.E.D., S.L.", con una antigüedad de 30 de octubre de 1999, como trabajador fijo discontinuo como responsable de socorrismo, dentro de la actividad cíclica intermitente del curso escolar, con una duración de 9 meses y con una jornada de 40 horas semanales (de lunes a viernes), cuyo contrato se concertó por tiempo indefinido, siendo el objeto de la referida empresa "la gestión de instalaciones deportivas recreativas y de

ocio", el hecho de que el Ayuntamiento le hubiere rescindido su contrato, no supone sin más que se extinga la relación laboral con el actor, al ser ésta indefinida como trabajador fijo discontinuo, por lo que la notificación de cese hecha al trabajador el 20 de enero, en la que se puso en su conocimiento, que cesaba en su actividad debido a que finalizaba su contrato con el Ayuntamiento de V., siendo sustituida en este servicio por otra empresa, en ningún caso, sería correcta, siendo constitutiva de un despido o cese improcedente, con las consecuencias que se señalan en los arts. 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 108 y 110 de la L.P.L. de readmisión o indemnización (teniendo en cuenta para el cálculo de ésta la duración del contrato y la condición de trabajador fijo discontinuo), con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar. En base a lo que, procede estimar en parte el recurso y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando la pretensión subsidiaria del recurso de Suplicación interpuesto por don F.J.A.B., contra la sentencia de fecha cuatro de agosto de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social numero TRES de Pontevedra, en proceso promovido por el recurrente frente a las empresas "S., S.L.", "A.G.E.D., S.L.", el Concello de V. y la Fundación Publica de Servicios Deportivos Municipales de V., debemos declarar y declaramos improcedente el cese del actor, condenando a la "A.G.E.D., S.L." a su readmisión o indemnización en la cantidad de 7.808,55€, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar a razón de 1.638,00€ al mes, con absolución de las demas demandadas.

3986 Autos nº 12/04

S.S. TUTELA DO DEREITO DE FOLGA DO PERSOAL ESTATUTARIO. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. DEMANDA DE DECLARACIÓN DE ILEGALIDADE DA FOLGA QUE NON IMPLICA LESIÓN DE DEREITO FUNDAMENTAL. ADVERTENCIA DA SÚA ILEGALIDADE: NON IMPLICA LIMITACIÓN IRRAZOABLE DA MESMA. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a cuatro de noviembre de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presente Autos sobre Tutela de Derechos Fundamentales seguidos ante esta Sala de lo Social con el nº 12/04, entre las partes, como demandante, la Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA), representada por el Letrado don M.H.G., y como demandados, el Servizo Galego de Saúde (SERGAS), representado por el Letrado don L.V.F. y el Ministerio Fiscal.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 30 de julio de 2004 tuvo entrada en esta Sala de lo Social la demanda presentada por la parte actora, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad con lo pedido en la misma.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para el acto de juicio el día 28 de octubre pasado, en el cual las partes demandadas se opusieron a la pretensión interpuesta y, tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

Hechos que se declaran probados:

PRIMERO.- Mediante preaviso de fecha 11 de febrero de 2004 dirigido al Servizo Galego de Saúde (Sergas) y presentado en la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, la demandante Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA), convocó huelga para todos los lunes y martes del mes de marzo de 2004, correspondientes a los días 1, 2, 8, 9, 15, 16, 22, 23, 29 y 30 de dicho mes, anunciando que la huelga se iniciaría el 1 de marzo y finalizaría el 30 de marzo siguiente si no hubiese acuerdo, manifestando en el aludido preaviso que se extendería al colectivo de médicos dependientes del Sergas en toda la Comunidad autónoma de Galicia, sin distinción en cuanto a la fórmula contractual de su dependencia, ya se tratase

de propietarios, interinos, eventuales o que realizasen su trabajo en el ámbito de la Atención Primaria, especializada o cualquier otra dependiente del Sergas, fijándose también en el repetido preaviso la tabla reivindicativa y el Comité de Huelga.

Posteriormente, la Organización Sindical demandante amplió dicha convocatoria de huelga a los lunes, martes y miércoles del mes de abril de dicho año.

SEGUNDO.- Dos días antes, en 9 de febrero de 2004, el Sindicato de Médicos de Galicia, Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CEMS), había presentado otro preaviso de huelga dirigido a la Dirección Xeral de Recursos Humanos del Sergas, para los días 1, 8, 15, 22 y 29 del mes de marzo de 2004, convocando a todos los facultativos de Instituciones Sanitarias en todos los Centros dependientes del Sergas, fijando también la tabla reivindicativa y los integrantes del Comité de huelga.

TERCERO.- A las 13 horas del día 25 de febrero de 2004 se procedió a fijar los servicios mínimos durante la huelga convocada por la organización O´MEGA, para todos los lunes y martes del mes de marzo de 2004, celebrándose a tal efecto una reunión en la División de Recursos Humanos del Sergas en Santiago de Compostela, a la que asistieron los representantes de la Administración y del comité de huelga. En dicha reunión, la representación del Sergas, a través de su subdirectora Xeral, hizo constar en el acta la manifestación de que dicho organismo se reservaba su derecho a demandar ante los Tribunales de Justicia la ilegalidad de la huelga, por entender que lo reclamado a través de ella afectaba al contenido del Acuerdo de mejora retributiva y profesional que se firmó con las organizaciones de la mesa sectorial, y que a través de dicha huelga se intentaba burlar la capacidad negociadora de la comisión de seguimiento del citado acuerdo y de la mesa sectorial. Asimismo, la Administración puso de manifiesto su postura sobre la tabla de reivindicaciones.

CUARTO.- En fecha 11 de marzo de 2004 el Servicio Galego de Saúde presentó sendas demandas de conflicto colectivo ante esta Sala de lo Social contra el Sindicato de Médicos de Galicia (CESM) y contra la ahora demandante Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA), interesando en ambas se declarase la ilegalidad de las huelgas convocadas, lo que dio lugar a la incoación de los procedimientos nº 4/2004 y 5/2004, respectivamente. En 22 de marzo de 2004, el Sergas presentó escrito de desistimiento de la demanda formulada contra el Sindicato de Médicos de Galicia (CESM), alegando haber anunciado dicha central sindical la desconvocatoria momentánea de la huelga, y dictándose por esta Sala auto de la misma fecha -en el procedimiento 4/04- por el que se le tuvo por desistido de la acción contra el referido demandado.

Correlativamente, en 27 de mayo de 2004 esta Sala de lo Social dictó sentencia en el procedimiento nº 5/2004, en la que tras rechazar las excepciones alegadas, desestimó la demanda formulada por el Sergas contra Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA) y otros, relativa a la pretensión de ilegalidad de la huelga convocada por dicho sindicato.

QUINTO.- Durante el desarrollo de la huelga, en fecha 25 de marzo de 2004, el Secretario General de la organización O´MEGA dirigió a la Dirección General de Recursos Humanos del Sergas el siguiente fax: "Ante la propuesta de iniciar las reuniones que pudieran tener como resultado la suspensión de las movilizaciones que se están realizando, así como su posible continuación en el mes de abril, esta organización sindical... solicita que esa reunión se concrete en la fecha del próximo 31 de marzo".

En respuesta al anterior fax la Subdirectora Xeral de Relacións Laborais del Sergas contestó en 28 de marzo siguiente que: "... el titular de este centro directivo recibirá el próximo día 31 de marzo de 2004, a los representantes de esa organización sindical en su exclusiva condición de sindicato representativo en las áreas sanitarias de Vigo, Pontevedra y O Barco, en orden de informarle de las cuestiones que precisen someter a la consideración de este órgano. Esta convocatoria no supone un llamamiento al comité de huelga promovida por esa organización a lo largo de presente mes de marzo, cuya impugnación, como Ud. conoce, fue propugnada por la Xunta de Galicia por no cumplir los requisitos legales para la misma. La reunión tendrá lugar en la fecha indicada a las 17:00 horas en la sede de la División de Recursos Humanos del Sergas...".

En 31 de marzo de 2004, el sindicato O´MEGA declinó la invitación a la reunión por considerar inaceptable la respuesta recibida, en concreto, en cuanto a la ilegalidad de la

huelga cuya declaración correspondía a los Tribunales y por entender que la reunión con dicho sindicato, tendría que hacerse en calidad de comité de huelga.

La desconvocatoria temporal de la huelga convocada por el Sindicato CEMS fue consecuencia de un preacuerdo firmado entre dicho sindicato y el Sergas.

SEXTO.- Durante la realización de la huelga y los días que duró el conflicto, ambas partes -SERGAS y O´MEGA- a través de sus respectivos representantes o afiliados, expusieron en numerosas ocasiones sus posturas sobre la legalidad o ilegalidad de la huelga, apoyos a la misma, seguimiento e incidencia en el sector, haciéndolo a través de los medios de comunicación social, en especial, la prensa escrita que se ocupó de informar sobre el conflicto, manteniendo ambas partes en los distintos diarios posturas diferentes.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El demandado Sergas invoca, en primer término, la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, con fundamento en los arts. 1 y 78 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en relación con el art. 3. 1 a) de la LPL y de la doctrina jurisprudencial y de suplicación que cita, todo ello por entender que los aludidos preceptos del nuevo Estatuto han venido a calificar, a su juicio, de manera contundente y definitiva, al personal estatutario de personal funcionario y a establecer las bases reguladoras de una relación funcionarial especial. Por ello, siendo el objeto del proceso de una demanda de tutela de libertad sindical que afecta a los funcionarios públicos, la competencia para conocer de la misma debe entenderse que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa.

La invocada excepción de incompetencia de jurisdicción no resulta acogible, pues como señala la STSJ de Castilla y León de 17 febrero de 2004 (AS 2004\621), "aunque el proyecto que dio origen a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el nuevo Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, parece que nació con la intención de derivar todas las cuestiones referidas a este personal al orden contencioso, sin embargo, y tras los pertinentes trámites de informe ante el propio Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, el proyecto que se presentó finalmente al Congreso, *y fue aprobado, carece de pronunciamiento abierto al respecto y de derogación expresa del art. 45 de la Ley General de seguridad Social de 1974*, con lo que la duda que pudiera originarse sobre una cuestión tan fundamental como es la del conocimiento jurisdiccional de estas relaciones, ha de resolverse a favor de la competencia del orden social.

De una parte, porque ya una reiterada jurisprudencia de unificación, se cita a modo de ejemplo la sentencia de 11 de junio de 2001 (RJ 2001\5.917), venía señalando la naturaleza jurídica similar que existe en el vínculo entre la administración y el personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social y el de los funcionarios públicos, que hace que el personal estatutario constituya un régimen jurídico especial dentro del marco del derecho común de la función pública, lo que conlleva que suplementariamente se aplique este último derecho, como se deduce del art. 1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Y no cabe sostener por ello que la explícita calificación que de las relaciones del personal estatutario hace como funcionariales especiales la Ley 55/03 (exposición de motivos ap. 3 y art. 1) modifique la naturaleza del vínculo de tal personal.

De otra, porque de la derogación que tal Ley dispone (disp. derogatoria única, apartados e, f y g) de los tres estatutos tradicionales que regían las relaciones de tal personal, no cabe derivar tácitamente la del art. 45 LGSS. del 74 *al no ser norma que complemente los estatutos derogados sino específica de atribución competencial al orden social* de cuantas cuestiones surjan en relación con el citado personal, que sigue vigente, al no ser objeto de derogación expresa".

En similar sentido, de la STS/III de 3 de octubre de 1997 (RJ 7.704), se desprende que el orden social de la jurisdicción es competente para el conocimiento de las acciones de tutela del derecho de huelga del personal estatutario, habiéndose eliminado en la actual redacción del art. 3.1.c) de la LPL, que regula las exclusiones de la jurisdicción laboral, toda mención a dicho derecho de huelga que se hacía en su primitiva redacción, así como la remisión al art. 1. 3.a) del ET. Por ello, teniendo en cuenta -además-, como señaló el Ministerio Fiscal en el acto de juicio, que dicha huelga se extendía a todo el personal facultativo dependiente del Sergas con independencia de la naturaleza de su vínculo e incluido, por

tanto, el personal laboral, la competencia para el conocimiento del asunto ha de residenciarse en este orden jurisdiccional social (art. 2.k) y p) de la LPL) por tratarse, en definitiva, de un proceso de tutela de un derecho fundamental.

SEGUNDO.- Entrando en el fondo del asunto, la Organización sindical actora, después de desistir en el acto de juicio del pedimento séptimo de su demanda, fundamenta sus pretensiones en tres alegaciones básicas: la primera, en que la actuación del demandado Sergas durante el desarrollo de la huelga ha sido contraria al ejercicio de este derecho fundamental, al haber sido coaccionado e intimidado por destacados representantes suyos, quienes sistemáticamente salían en la prensa proclamando su ilegalidad, pretendiendo así anular al Sindicato mediante el traslado de su mensaje al personal médico, lo que determinó que la huelga fuese seguida inicialmente de forma masiva y, posteriormente, hubiese ido decayendo.

La segunda, porque, a su juicio, la actuación del Sergas comportó también una vulneración del principio de igualdad al incurrir en discriminación y en trato de favor a otra organización sindical -el CEMS- en perjuicio de la demandante a la que se denigró.

Y la tercera, que el Sergas con su declaración unilateral de ilegalidad de la huelga, y su negativa a negociar, ha actuado de mala fe vulnerando el libre ejercicio del derecho de huelga.

En función de anterior planteamiento y partiendo de los hechos que se declaran probados, como expresión de la valoración de las pruebas practicadas en el acto del juicio (art. 97. 2 LPL), en concreto, la documental, este Tribunal llega a la convicción de que ninguna de las pretensiones de demanda resultan acogibles con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- El comportamiento observado por el demandado Sergas, una vez producido el preaviso de huelga del sindicato actor y durante la realización y seguimiento de la misma, no puede interpretarse como una actuación dirigida a impedir o menoscabar el ejercicio de ese derecho fundamental consagrado en el art. 28.2 de la CE. En efecto, su respuesta consistió en manifestar públicamente una opinión o un juicio de valor, al considerar la anunciada huelga como ilegal, a la par que decidía ejercitar su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) acudiendo a los Tribunales con la finalidad de obtener un pronunciamiento de declaración de ilegalidad de la huelga. Este proceder no constituye ningún acto lesivo del aludido derecho fundamental, máxime cuando esa respuesta al sindicato demandante no aparece acompañada de ninguna otra actuación del organismo demandado de la que resulte la finalidad de cercenar, vulnerar o limitar el aludido derecho de huelga, y mucho menos de una actuación que pueda calificarse de intimidatoria, coactiva o amenazante para el propio sindicato demandante o para los trabajadores que secundaron aquella, pues como se desprende de la doctrina sentada por la STS/IV de 22 de octubre de 2002 (RJ 2003\1.374), la advertencia de la posible existencia de irregularidades en la huelga y la falta de subsanación de las mismas, a fin de que en su caso se adopten las correspondientes medidas, no suponen limitaciones que hagan impracticable el derecho de huelga, o que lo dificulte más allá de lo razonable.

Siguiendo precisamente el criterio expuesto en la citada sentencia, ha de sostenerse que la calificación hecha por el Servizo Galego de Saúde de que la huelga anunciada era ilícita, y el mantenimiento de su postura en informaciones a los medios de comunicación, a la par que el sindicato demandante mantenía también la suya contraria e informaba a la opinión pública, en absoluto puede estimarse que hubiera impedido a dicho sindicato llevar a cabo la huelga en la forma anunciada, afrontando, en su caso, el riesgo de esa calificación, pues esa opinión en ningún momento supone coacción o amenaza, sino simplemente la consideración que hacía la empleadora sobre el carácter de la huelga, sin perjuicio de su ulterior apreciación por los Tribunales, lo que así sucedió en el presente caso al rechazar esta Sala la pretensión de ilegalidad.

La conclusión que pretende la organización demandante, implicaría negar la facultad de toda empleadora para hacer consideraciones sobre el acuerdo de convocatoria de huelga, tanto en el procedimiento de forma como en el contenido de fondo, al igual que la posibilidad de informar a través de los medios de comunicación sobre la calificación, desarrollo y seguimiento de una huelga que, por afectar a un servicio esencial de la comunidad, tenía una indudable repercusión social. Resulta, por tanto, inaceptable pretender extraer de informaciones periodísticas la invocada lesión del derecho de huelga cuando esta se desarrolló normalmente y cuando ambas partes ejercitaron -también con normalidad- la

facultad de informar y de expresar sus opiniones divergentes a través de los medios de comunicación social, debiendo tenerse en cuenta, además, que muchas de las noticias sobre el conflicto aparecen confeccionadas por profesionales de la información, respondiendo así a sus consideraciones subjetivas.

Por ello, resulta también inatendible la alegación de la parte actora relativa a que la conducta observada por el Sergas determinó que la huelga, seguida inicialmente de forma masiva, hubiese ido decayendo. Y es que no existe sobre este particular ni el más mínimo dato objetivo que permita establecer una relación de causa-efecto; ni siquiera aparece acreditado el apoyo real que la huelga haya podido tener, a la vista de las manifestaciones divergentes de las partes durante su desarrollo. En todo caso, y con independencia de las múltiples razones que puedan existir para la mayor o menor incidencia de un paro laboral, lo que si consta probado es que otro sindicato -el CEMS- desconvocó la huelga como consecuencia del preacuerdo alcanzado por Sergas.

2.- Por lo que respecta a la segunda alegación relativa a que la actuación del Sergas comportó una vulneración del principio de igualdad al incurrir en discriminación y en trato de favor a otra organización sindical -el CEMS-, la Sala entiende que tampoco puede tener favorable cogida. La demandante pretende extraer la supuesta discriminación del hecho de que el Sergas hubiese desistido de su demanda frente al sindicato CEMS, manteniéndola, en cambio, frente a ella. Aparte de que el desistimiento constituye la facultad de poner fin a un proceso por parte de quien ha acudido a los Tribunales en ejercicio de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE, en relación con el art. 19.1 LEC 1/2000), es lo cierto que el presente estuvo motivado por la desconvocatoria temporal de la huelga efectuada por la central sindical CEMS, lo que constituye una situación distinta de la mantenida por la actora que impide apreciar cualquier supuesta discriminación (art. 14 CE), ya que esa nueva situación permitía al Sergas valorar la posibilidad de desistir de su demanda, como así hizo.

En último término, aparece como inatendible la tercera de las alegaciones de demanda relativa a la negativa a negociar por parte del Sergas o a su posible actuación de mala fe. Al respecto, consta probado y así se desprende de la documental aportada por ambas partes, que la demandada, pese a sostener ese criterio de ilegalidad de la huelga acudió a las reuniones convocadas con ambos sindicatos para la designación de los servicios mínimos, respondió a la propuesta de reunión realizada en 25 de marzo de 2004 por el Secretario General de la organización O´MEGA, convocándola para el 31 de marzo siguiente, e intentó mantener -desde su postura inicial- dicha convocatoria que el sindicato actor rechazó por su disconformidad respecto al mantenimiento de esa posición de ilegalidad de la huelga y por entender que la reunión con dicho sindicato, tendría que hacerse en calidad de comité de huelga, lo cual -obviamente- tampoco resulta aceptable pues no cabe la confusión entre sindicato y comité de huelga, máxime cuando la propuesta de reunión no había sido realizada por el comité de huelga sino por Secretario General de la organización demandante. Además, consta acreditado que el Sergas llegó a un preacuerdo con el otro sindicato -CEMS- convocante de la huelga, por lo que difícilmente puede sostenerse que hubiese actuado de mala fe vulnerando el libre ejercicio del derecho de huelga, sobre todo cuando esta se desarrolló y celebró normalmente. La inexistencia de tal vulneración ha de comportar la desestimación íntegra de la demanda, pues al no haber existido la lesión del derecho fundamental que se invoca no cabe fijar cantidad alguna en concepto de indemnización. Por lo expuesto,

Fallamos

Que rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, y desestimando la demanda de tutela de derecho fundamental interpuesta por la parte actora Organización Sindical Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA), contra el demandado Servizo Galego de Saúde (SERGAS) y el Ministerio Fiscal, debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a dichos demandados.

3987 **Recurso nº 1.286/02**

S.S. ACCIÓNS DECLARATIVAS. DOUTRINA XERAL. NON SE CONSIDERA DECLARATIVA A PRETENSIÓN DE QUE OS DEMANDADOS NON DESENVOLVAN FUNCIÓNS QUE IMPLIQUEN A EMISIÓN DE RADIACIÓNS IONIZANTES.

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

A Coruña, a cinco de noviembre de dos mil cuatro

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 1.286/02, interpuesto por el Letrado don J.M.R., en nombre y representación del Servizo Galego de Saúde, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Cinco de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 564/01 se presentó demanda por la Asociación Española de Técnicos en Radiología, sobre Personal S.S., frente al Servizo Galego de Saúde, a don G.M.G. y a don J.F.F. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de diciembre de 2001 por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Don G.M.G., con D.N.I. número ..., con la categoría profesional de A.T.S./D.U.E., presta servicios en el Servicio de Radiología del Hospital "M." de Vigo. Don J.F.F., con D.N.I. número ..., con categoría de A.T.S./D.U.E., también presta sus servicios en Radiología del Hospital M. de Vigo. Las funciones de los mencionados trabajadores son las que constan en el certificado correspondiente de la Subdirección de Recursos Humanos, folio 150, que como documento consta en ramo de prueba del demandado Servizo Galego de Saúde y se da por reproducido. 2º.- Don G.M.G. tiene los siguientes títulos: - Diplomado en Enfermería.- Certificado de Curso de Capacitación para Operadores de Instalaciones de Radiodiagnóstico, según programa de 40 horas teóricas y de Seminarios y 4 horas prácticas.- Certificado de Curso de Especialización en Radiología para profesionales de Enfermería (250 horas teórico-prácticas).- Diploma de Curso de Perfeccionamiento sobre Radiología Torácica (200 horas).- Certificado Curso de Coordinación de actuación de Enfermería, Tema "Preparación del paciente para distintas pruebas radiológicas".- Certificado del Curso "Protección radiológica y garantía de calidad en radiodiagnóstico" (60 horas).- Participó como Congresista en el IV Congreso Nacional de Enfermería Radiológica. Seminario sobre Radiología y Enfermería celebrado durante el curso académico 1990/91 (3 horas).- Seminario sobre Radiología y Enfermería, celebrado durante el curso académico 1991/92 (3 horas).- Seminario sobre Radiología y Enfermería, curso académico 92/93 (4 horas).- Diploma 1er. Curso de Perfeccionamiento obstétrico.- Certificado Curso de Enfermero Generalista.- Certificado Curso de Negociación II (16 horas).- Certificado Curso "Gestión de Servicios de Enfermería" (40 horas). Certificado V Jornadas Técnicas de Gestión Hospitalaria "Gestión en el área de salud".- Certificado Jornadas de Enfermería con el Tema "Autocuidados" (16 horas).- Certificado Semana Oncológica "Atención Oncológica en un área de salud" (20 horas).- Certificado Curso "Coordinación de Actuación de Enfermería" (72 horas). Certificado Curso "Introducción a la gestión hospitalaria política de calidad" (60 horas). Certificado Seminario "La formación en servicio en las unidades de enfermería" (30 horas).- Diploma Curso de "Salud ocupacional" (40 horas).- Diploma Curso "Salud pública y atención primaria" (40 horas). Diploma de asistencia a III Jornadas de Enfermería sobre enfermería "Sensibilización técnica y humana".- Certificado Curso de Salud Pública y Atención Primaria (40 horas). 3º.- Don J.F.F. es supervisor de la Unidad del Centro Hospitalario desde el 15.12.92 y está en posesión de los siguientes títulos: - Certificado Curso de Especialización en Radiología para Profesionales de Enfermería (250 horas teórico-prácticas).- Certificado tutoría de prácticas alumnos de Radiodiagnóstico en el Hospital "M.", año escolar 1993/94.- Certificado Curso de Capacitación para Operadores de Instalaciones de Radiodiagnóstico (40 horas teóricas y de seminarios y 4 horas prácticas).-Certificado Seminario "El Servicio de Radiología).- Diploma Seminario sobre "Servicio de Radiodiagnóstico".- Certificado participación como ponente en la sesión de enfermería "Protección radiológica, principios elementales".- Participación en Seminario de "diagnóstico por imagen" (impartiendo 2 horas de clase).- Título de Diplomado en Enfermería. 4º.- El Ministerio de Sanidad y Consumo, por medio del Director de Programas, remite con fecha 25 de julio de 2001, contestación a requerimiento de la A.E.T.R., que obra como documento al folio 119 y 120, del ramo de prueba de la actora y que se da por reproducido. 5º.- Por Orden Ministerial de 14 de junio de 1984 (B.O.E. de 18 de junio), se regularon

las competencias y funciones de los Técnicos Especialistas de Formación Profesional deseando Grado de la Rama Sanitaria de Laboratorio, Radiodiagnóstico, Anatomía patológica, Medicina nuclear y Radioterapia. Y en sus artículos 3 y 4 se enumeran una serie de funciones que después de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988 (por la que se anuló la Disposición adicional de la citada orden), sólo pueden ser desempeñadas por Técnicos especialistas o por A.T.S./D.U.E. con la correspondiente especialidad, a saber: En su artículo 31 la función de los Técnicos Especialistas es: Contribuir a utilizar y aplicar las técnicas de diagnóstico y de tratamiento en el caso de los Técnicos de radioterapia, de tal forma que garanticen la máxima fiabilidad, idoneidad y calidad de las mismas, en virtud de su formación profesional. "Para el óptimo desarrollo de la función descrita en el artículo anterior, añade el artículo 4, los Técnicos Especialistas de Formación Profesional de Segundo Grado, Rama Sanitaria, relacionados en el artículo primero, serán habilitados para realizar, bajo la dirección y supervisión facultativa, las siguientes actividades: 1.- Inventario, manejo y control, comprobación del funcionamiento y calibración, limpieza y conservación, mantenimiento preventivo y control de las reparaciones del equipo y material a su cargo. 2.- Inventario y control de los suministros de piezas de repuesto y material necesario para el correcto funcionamiento y realización de las técnicas. 3.- Colaboración en la obtención de muestras, manipulación de las mismas, realización de los procedimientos técnicos y su control de calidad para los que estén capacitados en virtud de formación y especialidad (competencias atribuidas específicamente a los técnicos Especiositas de Laboratorio o bien a los A.T.S./D.U.E. con esta especialidad concreta; se adjunta al presente escrito informe del Ministerio de Sanidad y Consumo sobre las competencias de los Técnicos Especialistas de Laboratorio. 4.- Colaboración en la información y preparación de los pacientes para la correcta realización de los procedimientos técnicos. 5.- Almacenamiento, control y archivo de las muestras y preparaciones, resultados y registros. 6.- Colaboración en el montaje de nuevas técnicas. 7.- Colaboración y participación en los programas de formación en los que esté implicado el servicio o unidad asistencial, o en los de la institución de la que forma parte. 8.- Participar en las actividades de investigación relativas a la especialidad técnica a la que pertenezcan, colaborando con otros profesionales de la salud en las investigaciones que se realicen. 6º.- La Orden Ministerial de 11 de diciembre de 1984 (B.O.E. de 9 de enero de 1985) se ocupa de modificar el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario título y Auxiliar de Clínica incluyendo a los Técnicos Especialistas de Laboratorio, Radiodiagnóstico, Anatomía patológica, Medicina Nuclear y Radioterapia, de formación Profesional de Segundo Grado, rama Sanitaria; concretamente, el artículo 73 bis, del mismo Estatuto establece las funciones de los Técnicos Especialistas en términos idénticos a los del artículo 4º de la Orden de 11 de junio de 1.984. Ambas Órdenes Ministeriales fueron dictadas antes del ingreso de España en la Comunidad económica Europea (C.E.E. actualmente denominada Unión Europea). 7º.- La Asociación Española de Técnicos en Radiología, Radiodiagnóstico, Medicina Nuclear y Radioterapia (A.E.T.R.) se constituyó al amparo de la Ley 19/77, de 1 de abril, Real Decreto 873/77, de 22 de abril; siguiendo sus estatutos, entre sus fines está el de defender al colectivo profesional que representa, en cuantos problemas o conflictos de cualquier índole profesional que puedan suscitarse con cualquiera otros colectivos profesionales u organismos, tanto públicos como privados. 8º.- Se formuló reclamación previa, agotándose la vía administrativa y 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 estimando parcialmente la demanda formulada por la Asociación Española de Técnicos en Radiología, contra don G.M.G., don J.F.F. y el Servizo Galego de Saúde, debo declarar y declaro que los codemandados don G.M.G. y don J.F.F., no deben desempeñar funciones técnicas que impliquen la emisión de radicaciones ionizantes, las cuales deben ser desempeñadas por los Técnicos Especialistas en Radiodiagnóstico, o por A.T.S./D.U.E. que estén en posesión de la especialidad de Radiología y Electrología.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda formulada por la Asociación Española de Técnicos en Radiología, contra don G.M.G., don J.F.F. y el Servizo Galego de

Saúde, declaró que los codemandados don G.M.G. y don J.F.F., no deben desempeñar funciones técnicas que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes, las cuales deben ser desempeñadas por los técnicos especialistas en radiodiagnóstico, o por los ATS/DUE, que estén en posesión de la especialidad de Radiología y Electrología, se alza en suplicación la representación procesal del Servizo Galego de Saúde, interponiendo recurso en base a un único motivo en el que denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la LPL, la parte recurrente en el único motivo del recurso, denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción de los artículos 80.1 y 87.4 de la Ley de Procedimiento Laboral y de la jurisprudencia, alegando en esencia que es doctrina jurisprudencial (entre otras las SSTS 06.10.94, y 13.02.95 y SSTC 20/1993 y 194/1993) la que señala que las acciones meramente declarativas son admisibles en el ámbito laboral siempre que haya un interés digno de tutela, elemento éste que resulta apreciable cuando la parte actora –para evitar un perjuicio– precisa de un pronunciamiento judicial que ponga fin a una incertidumbre relativa a una situación jurídicas dudosa, debiendo rechazarse los planteamientos que se sustentes en "intereses preventivos" que persigan un pronunciamiento judicial en garantía de posibles litigios posteriores, pero que no se correspondan con situaciones de conflicto actuales, y en el presente caso, estima la recurrente que de los términos del suplico de la demanda, aplicando la doctrina anteriormente expuesta, debe de rechazarse la pretensión de que se declare la radical nulidad del ejercicio de funciones que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes, que realicen los dos codemandados -personas físicas-, puesto que en los términos en que se plantea constituye una declaración genérica e hipotética desprovista de efectividad en este momento, y mucho menos puede tener cabida la pretendida declaración en lo concerniente a que esos procedimientos deben ser realizados exclusivamente por técnicos especialistas en radiología o por ATS/DUE en posesión de la especialidad de radiología y electrología; por todo lo cual solicita la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y que se dicte otra por la cual se desestime la demanda y la absolución de la demandad.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 18 de julio de 2002 [RJ 2002\9.341]) declara, en efecto, que 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. De modo que sólo allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un correlativo derecho a obtenerla de los Jueces y Tribunales. Si concurre, habrá de admitirse la demanda y resolver el fondo de la correspondiente acción. En caso contrario, podrá estimarse la falta de acción o, como señala cualificada doctrina científica, la falta de jurisdicción entendida ésta como actividad dirigida a satisfacer pretensiones reales y no a emitir opiniones ni dictámenes.

Esta misma doctrina se contiene también en las Sentencias de 27 de marzo (RJ 1992\1.881), 6 de mayo (RJ 1992\3.516) y 20 de junio de 1992 (RJ 1992\4.602), 6 de octubre de 1994, 6 de mayo de 1986 (RJ 1986\4.375), 8 de octubre de 1987 (RJ 1987\8.611) y 31 de mayo de 1999 (RJ 1999\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 (RTC 1991\71) 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. Desde esta perspectiva lo relevante es determinar si la asociación accionante ostentaba o no un interés actual para plantear la demanda. Se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera «litis».

Pues bien, respecto de ello cabe decir que, lo que en realidad se solicita en la demanda y se reconoce en la sentencia, es que los codemandados ATS/DUE no deben desempeñar funciones técnica que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes, las cuales deben ser desempeñadas por los Técnicos Especialistas en Radiodiagnóstico o por los ATS /DUE que estén en posesión de la especialidad de Radiología y Electrología, y no puede decirse en modo alguno que sea una acción meramente declarativa sin contenido ni

interés concreto, efectivo y actual, simplemente preventivo o cautelar como alega el recurrente, sino que es una acción perfectamente ejercitable y que debe tener respuesta si se lleva ante los órganos jurisdiccionales, y en este caso por razón del materia, ante la Jurisdicción Social; que en efecto en los presentes autos, la asociación ejercita una acción declarativa y de condena de supuesta prestación irregular de servicios de los codemandados, en la que se advierte un interés real, actual y especifico, se concreta o justifica en la falta de titulación de los codemandados para prestar unos servicios, titulación de la que si están provistos los asociados, de ahí que exista un interés jurídicamente protegible por parte de la accionante, por ello se estima que no puede existir vulneración legal alguna de las denunciadas, toda vez que la demanda se ajusta a las formalidades del artículo 80 de la LPL, y el *petitum* se limita en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada, reiterada de forma concreta y precisa en el acto de juicio, al amparo del artículo 87.4 de la LPL, máxime además cuando la misma solicitud de autos ya ha sido planteada y resuelta por este Tribunal en su sentencia de 28 de septiembre de 1998. Por todo lo cual el motivo de denuncia jurídica ha de decaer, lo que conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por el Servizo Galego de Saúde contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2.001, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Cinco de los de Vigo en autos instados por la Asociación Española de Técnicos en Radiología frente al Servizo Galego de Saúde, a don G.M.G. y a don J.F.F., sobre Personal S.S., debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3988 Recurso nº 3.997/04

S.S. INEXISTENCIA DE EXTINCIÓN DO CONTRATO POR INCAPACIDADE PERMANENTE DO EMPRESARIO, AO SE PRODUCIR UNHA LOGO DA TRANSMISIÓN DA ACTIVIDADE EMPRESARIAL.

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

A Coruña, a cinco de noviembre de dos mil cuatro

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. 3.997/04 interpuesto por don R.A.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.A.G. en reclamación de despido siendo demandado don T.V.C. y "A.J., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 391/03 sentencia con fecha veintinueve de abril de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

1°.- El actor don R.A.G., con D.N.I. número …, prestó servicios para la empresa joyería A., de la que era propietario don T.V.C., sita en Vigo, desde el 25 de septiembre de 1974, con la categoría de dependiente y un salario mensual de 1.039,55 Euros, incluido prorrateo de pagas extras.

2°.- El pasado día 11 de diciembre de 2003, el empresario don T.V.C., comunicó al demandante el despido aduciendo causa económica (folio 56 que se da por reproducido), presentando demanda de despido ante este mismo Juzgado, que resolvió por sentencia número 103/03, procedimiento número 51/03, declarando el despido improcedente. La empresa había reconocido el despido como improcedente (Folios 37 a 39).

3°.- El 25 de abril del 2003, el empresario presentó escrito ante el Juzgado, optando por la readmisión del trabajador, notificándole el Juzgado que no era el modo correcto, debiendo notificarlo al trabajador, cosa que hizo por telegrama el 30.04.03, en el que se decía: "Readmitido. Hasta día 8 de mayo debe Ud. disfrutar vacaciones".

4º.- Con fecha de 8 de mayo de 2003, el trabajador recibe telegrama en el que se le comunica lo siguiente: "Por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se me concede

Invalidez absoluta. Queda rescindida la relación laboral por incapacidad del empresario. Pase por la liquidación e indemnización. Se envía por correo copia de la I.P. Absoluta".

5°.- El actor presentó demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación, por despido el 20.05.03, celebrándose acta el 2 de junio de 2003, que resultó sin efecto. Se señaló para conciliación y juicio, el día 8 de julio de 2003, que fue suspendido de mutuo acuerdo, por las partes en espera de que se dictase resolución en procedimiento de ejecución de sentencia, del anterior despido.

6°.- Con la misma fecha de la papeleta de conciliación el actor presentó escrito solicitando la ejecución del fallo, de la sentencia 103/03, pidiendo la extinción de la relación laboral, citándose para vista.

Este Juzgador, con fecha de 8 de julio de 2003, dicta auto, estimando la pretensión de la parte ejecutante y declarando la extinción de la relación laboral, con las indemnizaciones y salarios que constan en dicho auto, que se da por reproducido (folios 85 a 88).

7°.- Recurrido en suplicación el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 11.02.04, dicta sentencia, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la parte ejecutada, revocando el auto de este Juzgado, declarando como regular la readmisión.

8°.- El trabajador demanda también a la entidad "A.J., S.L.", dedicada al comercio al por mayor de relojes, joyería, platería, que se constituyó el 11.12.02, siendo Administrador único la esposa de don T.V.C., doña M.E.F.G., domiciliada en Vigo.

9°.- En el procedimiento de ejecución, también se amplió la misma contra esta empresa "A.J., S.L.", en el cual resultó absuelta, y también en el primer despido.

10°.- En la fecha de diciembre de 2002, en la Joyería A. se fijó el cartel que dice: Nos hemos trasladado a la calle ... Las mercancías las llevó la esposa, que montó la sociedad con los hijos y que tenía separación de bienes.

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

"FALLO: Que desestimamos la demanda interpuesta por don R.A.G., contra don T.V.C. y la empresa "A.J., S.L.", debo absolver y absuelvo a dichas demandadas de las pretensiones de la demanda, declarando la existencia de extinción de contrato por causa legal y no despido".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de despido absolviendo libremente a todos los demandados. Decisión esta contra la que recurre la parte actora articulando un primer motivo de suplicación, subdividido en cuatro apartados, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que interesa la revisión de los ordinales décimo, cuarto, octavo, y segundo de los hechos declarados probados, para que se modifiquen en el sentido siguiente:

* El hecho décimo, para que se añada al inciso inicial en el que se relata que en la fecha de diciembre de 2002, en la joyería A. se fijó un cartel que dice: "Nos hemos trasladado a la calle …", el siguiente: "Y se remitieron cartas a clientes, diciéndoles que «queremos comunicarle que la Joyería se ha trasladado a otra nueva dirección, ahora nos podrá encontrar en la calle... donde le seguiremos atendiendo como hasta ahora hemos hecho. Esperamos su visita»" (carta al folio 84).

* El hecho cuarto para que se le añada que: "la incapacidad permanente le fue reconocida a don T.V.C. por resolución de 07.05.03" (documentos foliados con los n° 82 y 83).

* El hecho octavo, que refiere la constitución de "A.J., S.L.", su actividad, su administradora única y su domicilio, para que se le añada el siguiente inciso: "y que comenzó sus operaciones en la misma fecha (11.12.02)". (Informes proporcionados por el Registro Mercantil, folios 49 y 61).

* El hecho segundo para que se le añada: "el local de negocio de la calle … (A.) fue cerrado la víspera de producirse este despido del actor, es decir, el 10.12.02.

La adición que se interesa del hecho décimo ha de ser acogida por resultar así de la documental que se cita (folio 64 de los autos), en concreto, la dirigida por "A.J., S.L." a los

clientes. Igualmente, procede acoger la incorporación al hecho cuarto del texto propuesto relativo a que "la incapacidad permanente le fue reconocida a don T.V.C. por resolución de 07.05.03", y ello por resultar así del texto de dicha resolución y de la propuesta de la misma obrantes a los folios 82 y 83 de las actuaciones.

Procede acoger también la adición que se propone del hecho octavo, en cuanto la misma resulta de la documental obrante a los folios 49 y 61, consistente en la información del Registro Mercantil. Finalmente, debe prosperar la modificación que se interesa del hecho segundo, por resultar así de la documental que se cita (folio 32), y del reconocimiento del hecho efectuado por el demandado compareciente al contestar a la demanda.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL, y con carácter principal, formula el recurrente el motivo tercero de suplicación, en el que denuncia infracción del art. 1.361 del C.C. en relación con los arts. 97.2 de la LPL y 24.1 de la CE, y ello sobre la base de sostener que no existe en autos el más mínimo vestigio de prueba sobre la circunstancia de que la esposa tenía separación de bienes. En consecuencia, ha de entenderse que su matrimonio con don T.V.C. se rige por el régimen de gananciales y, en todo caso, que su participación en la sociedad "A.J., S.L." es un bien de carácter ganancial. Al no entenderlo así se ha producido la infracción denunciada.

Con carácter subsidiario del anterior motivo, y al amparo del art. 191.a) de la LPL, el recurrente articula el motivo segundo, con cita de los arts. 97.2 de la LPL, 24.1 y 120.3 CE, así como de la doctrina que cita del TC, en el que interesa la nulidad de la sentencia de instancia y la retroacción de las actuaciones al momento de dictarla, por entender que en la sentencia impugnada se declara probado que la esposa de don T.V.C., doña M.E.F.G., montó la sociedad "A.J., S.L." con los hijos "y que tenía separación de bienes" (HP 10º, último inciso), cuando en ningún momento de la sentencia exterioriza el más mínimo razonamiento que le haya llevado a dicha conclusión, ni explícita ni implícitamente, ni indica ni en que prueba se ha basado ni la valoración que ha hecho de la misma. Se trata, a juicio del recurrente, de una conclusión arbitraria que vulnera lo dispuesto por el art. 97.2 de la L.P.L. y 24.1 CE, causándonos verdadera y real indefensión (poder contradecir una prueba y la valoración de la misma).

Ni el motivo principal ni el articulado de forma subsidiaria resultan acogibles. Ambos aparecen formulados por un cauce procesal defectuoso al no interesarse la supresión del inciso final del hecho décimo por la vía del art. 191.b) de la LPL, que al permanecer incólume impide apreciar la invocada infracción del art. 1.361 del C.c. en relación con los arts. 97.2 de la LPL y 24.1 de la CE. Y es que partiendo de la base de que la revisión de hechos declarados probados, si bien no es instrumento hábil para sustituir la valoración del juez de instancia por la de la parte recurrente, sí puede prosperar cuando se acredite error judicial en la apreciación de la realidad sometida a enjuiciamiento; error que puede consistir en que el juzgador incurra en la omisión de hechos que debían haber sido apreciados o en considerar acreditados otros hechos que no debieron considerarse probados o que debiéndolo ser, tuvieron una apreciación defectuosa. Consiguientemente, en tales casos la pretensión de revisión puede ser la adición de algún extremo que no consta en el relato fáctico, *la supresión* de alguno de los que ya figuran o la modificación de estos últimos, y la parte recurrente nada interesa sobre este particular, permaneciendo incólume, como ya se dijo, el inciso final del hecho décimo.

En similar sentido, tampoco resulta acogible la petición subsidiaria de nulidad de actuaciones, pues ésta constituye un remedio extraordinario y excepcional contrario al principio de economía procesal, propio del proceso laboral, que debe limitarse a aquellos supuestos en que se cause material indefensión (STC de 15 de noviembre de 1991, RTC 1991\218, y de 21 de noviembre de 1995, RTC 1995\172; Sentencias de esta Sala de 30 de junio de 1999, Recurso nº 3.922/96 y 25 de junio de 2003, Recurso nº 4.637/00 y STSJ del País Vasco de 10 octubre 2000, AS 2000\4.466), lo que no sucede en el presente caso, en que -se insiste- la parte recurrente ha podido interesar la corrección o supresión del hecho impugnado por la vía de la revisión del relato fáctico prevista en el art. 191.b) de la LPL, pues en último término, en virtud del denominado principio de conservación de los actos procesales, la nulidad ha de reputarse siempre como extraordinaria y admisible sólo como último recurso.

TERCERO.- Con cita procesal del art. 191.b) de la L.P.L. articula el recurrente los motivos cuarto y quinto de suplicación -que por su conexión han de ser examinados con-

juntamente-, en los que denuncia, en el cuarto, infracción del art. 49.1.g), del ET cuando señala que el contrato de trabajo se extinguirá: g) por (...) incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 (...); y en el quinto, infracción de los arts. 55. 4 y 56. 1 del ET, en relación con el art. 44 del mismo Estatuto. Y ello por entender que, sin discutir el hecho de que a don T.V.C., titular formal de la Joyería A. (c/ …) le fue reconocida la situación de Incapacidad Permanente en mayo de 2003, sin embargo la entidad "A.J., S.L." es continuación de aquel negocio, bajo titular distinto en la forma, pero igual o confundido con el anterior en el fondo; y que, por tanto, la incapacidad sobrevenida a don T.V.C. no constituye, en el caso, causa de extinción del contrato de trabajo del actor, por lo que estamos ante un despido improcedente, con responsabilidad solidaria de los codemandados.

A su juicio, son hechos destacables: 1.- El local donde se desenvolvía el negocio del que era titular formal don T.V.C. (A.), en calle …, se cerró el 10 de diciembre de 2002, tal como resulta de la carta de despido notificada al actor en 10.12.02, en el que se alegaba como causa del mismo el descenso de ventas, "así como el tener que desalojar el local donde se ubica el negocio tras varios años ocupándolo, con cierre total, (sin continuar actividad)", reconociendo la representación demandada en la propia acta de juicio de este pleito (folio 93), que "ya antes del primer despido, ya que no hay segundo sino extinción, ya estaba cerrado el local (y las mercancías las llevó la empresa...)". 2.- Al tiempo del cierre (por desalojo) coinciden otras circunstancias significativas y probadas:

- En diciembre de 2002 en el local cerrado se pone el aviso "Nos hemos trasladado a la calle ecuador nº 91" (HP 10). Se trata de una manifestación de los propios dueños o gestores del negocio.

- Se dirigen cartas a clientes comunicando que "la Joyería se ha trasladado a otra nueva dirección. De nuevo, se trata de manifestación propia y en primera persona del plural. Distingue claramente el negocio ("la joyería") del local donde se reubica (…). Y trasmite que se trata del mismo negocio ("la joyería") que da por conocido.

- Las mercancías (del negocio) las llevó la esposa, que montó la sociedad con los hijos en calle … ("A.J., S.L."). La titular del negocio, ya en la calle …, es la sociedad formada por los hijos y esposa de don T.V.C. En definitiva, se trata de un cambio de titular formal del mismo negocio que se produce simultáneamente al cambio forzoso del local ("por desalojo"), perfectamente encajable en las previsiones del art. 44 ET, recepcionado en el art. 49.1.g) del mismo cuerpo legal, por lo que al no poder operar como causa de extinción la incapacidad del empresario, se está en presencia de un despido que debe de ser declarado improcedente (art. 55.4 ET), con las consecuencias previstas en el art. 56.1, de las que deben responder ambos demandados en virtud de lo dispuesto en el art. 44.2 ET.

La cuestión fundamental que plantea el presente recurso, se concreta a resolver si la incapacidad sobrevenida al demandado don T.V.C., y notificada al actor en 8 de mayo de 2003, constituye causa de extinción de su contrato de trabajo, o, por el contrario, nos encontramos ante un despido improcedente al haberse producido una previa sucesión empresarial, con igual o distinta extensión de responsabilidad a los demandados. Y la respuesta que procede dar a la referida cuestión ha de comportar la estimación parcial del recurso en función de las siguientes consideraciones:

1.- El art. 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores en su actual redacción dada al mismo por la Ley 12/2001, de 9 de julio, y vigente en razón del momento en que se produjeron los hechos que sirvieron de base a la sentencia recurrida, dice lo siguiente en su apartado 1: «El cambio de la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma *no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior,* incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente». Añadiendo el apartado 2 que: «A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa *cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*».

Por otro lado, reiterada doctrina jurisprudencial (STS/IV de 29 de junio de 1994, Ar. 5.502; 3 de abril de 1996, Ar. 2.981; 23 de septiembre de 1997, Ar. 6.582, 6 de febrero de

1998, Ar. 1.642, 19 de marzo, 17, 19 y 25 de junio de 2002, Ar. 6.465, 7.492, 8.375 y 8.927) interpretando el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción anterior a la ley 12/2001 (interpretación válida en este caso), y disposiciones concordantes de la anterior Directiva Comunitaria 77/1987 de 14 de febrero (LCEur 1977\67), -hoy 2001/23 de 12 de marzo-, de viene declarando que el supuesto de hecho de la sucesión de empresas está integrado por dos requisitos esenciales y constitutivos: el primero de ellos referente al *cambio de titularidad de la empresa* o de un elemento significativo de la misma que al decir del art. 44 *sea un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma*. Este cambio de titularidad puede producirse en razón de un acto «inter vivos» de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario) o en virtud de una transmisión «mortis causa» de la empresa o de una parte significativa de la misma [arts. 44 y 49.1.g) del ET]. El segundo requisito esencial es que *los elementos cedidos patrimoniales, constituyan una unidad de producción susceptible de explotación* o gestión separada, así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos *han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial* precedente. El art. 51.11 ET habla, al respecto, de "elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial...", y que dichos factores se correspondan con la empresa en su conjunto o alguno de sus centros de trabajo o, incluso, una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente, *ya que lo esencial a estos efectos es la posibilidad de continuación de esa misma actividad por el nuevo empresario* en virtud de un nexo jurídico con el anterior, de manera que se acredite que se ha transmitido una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada (STS de 26 de marzo de 1984 Ar. 1.609; y STS de 5 de febrero de 1991, Ar. 800).

2.- La extinción del contrato de trabajo por causa de incapacidad permanente absoluta del empresario prevenida en el artículo 49.1.g) del ET, exige no sólo que haya tenido lugar esa declaración de incapacidad del empresario, *sino además que se haya producido como consecuencia de tal declaración el cierre o cese de la actividad de la empresa*. Si el negocio continua después de la incapacidad, bien sea por haber sido transmitido a otra persona o entidad, bien por nombrar el incapacitado a una persona encargada de su dirección o explotación, conservando él mismo la propiedad del negocio, bien por seguir él mismo llevando la dirección, no puede entrar en acción el citado precepto legal y, por lo tanto, no puede ser válidamente extinguido el contrato de trabajo del trabajador al servicio del declarado incapacitado. Esa conclusión se desprende del tenor literal del indicado artículo 49.1.g) al establecer la siguiente salvedad "...sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores", es decir, que en los supuestos de sucesión de empresa el contrato de trabajo no se extingue, ya que la razón de esa extinción legal no es la declaración de incapacidad de empresario sino el cierre de la empresa a consecuencia de esa declaración. No se requiere que la incapacidad y la extinción de la relación laboral sean coincidentes en el tiempo, admitiendo la jurisprudencia un plazo prudencial para proceder a la liquidación de la empresa o, incluso, para su transmisión (STSJ. Andalucía 31.10.02).

3.- Y en el presente caso, del relato fáctico se desprende la existencia de sucesión empresarial subsumible en el art. 44 del ET al concurrir los requisitos que el precepto exige, habiéndose producido tal sucesión con anterioridad a la declaración del demandado don T.V.C. en situación de incapacidad permanente absoluta. En efecto, en el supuesto enjuiciado consta acreditado que cuando dicho demandado despidió por primera vez al actor en 11.12.02, había cerrado la víspera -por necesidad de desalojo- el local de negocio de la calle …, llevándose su esposa las mercancías (del negocio) al local de la calle …, domicilio de la empresa codemandada "A.J., S.L." constituida por la citada esposa y los hijos de don T.V.C. en aquella misma fecha -11.12.02-, y que comenzó sus operaciones en ese día, continuando la misma actividad negocial, y fijándose un cartel en el anterior local en el que decía: "Nos hemos trasladado a la calle …". Paralelamente la entidad "A.J., S.L.", reemitió cartas a clientes, diciéndoles que «queremos comunicarle que la Joyería se ha trasladado a otra nueva dirección, ahora nos podrá encontrar en la calle ...

Pese a lo anterior, don T.V.C. continuó actuando como *empresario aparente* (art. 103.2 LPL), y tras declararse la improcedencia del despido del actor por sentencia de 10 de marzo de 2003 dictada por el mismo Juzgado (procedimiento nº 51/03), en el que resultó demandado y condenado únicamente dicho empresario individual (no la sociedad como

por error manifiesto de transcripción de expresa en el hecho 9º, folios 37 a 39), optó por la readmisión, comunicando al trabajador que se encontraba "readmitido y que hasta el 8 de mayo debía disfrutar vacaciones". En esta última fecha le remitió nuevo telegrama comunicándole la rescisión de su relación laboral por haber sido declarado en invalidez absoluta. Impugnada por el trabajador, en 20.05.03, la anterior readmisión por considerarla irregular, concluyó el incidente por auto de esta Sala, de fecha 11.02.04, dictado frente al empresario don T.V.C., por el que se revocó el del juzgado, y se desestimó la pretensión de readmisión irregular, restaurándose mediante esta resolución de la Sala la vigencia del vínculo laboral con todos sus efectos y, por tanto, con plena afectación de la situación a quien ya era el *empresario real,* en concreto, a la entidad "A.J., S.L.", pues la actuación de don T.V.C. *-como instrumento de la sociedad mercantil-* se produjo en virtud de su vinculación familiar y en connivencia con los socios de dicha entidad, como lo evidencia el hecho de que permitiese a su esposa trasvasar toda la mercancía al nuevo local, poniendo a disposición de la sociedad los "elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial...", dando lugar así a la figura de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 del ET.

Mantener lo contrario, como indebidamente sostiene la sentencia de instancia, implicaría permitir una clara lesión de los derechos del trabajador frente al que cedente y cesionaria *incumplieron todas las obligaciones de comunicación de las circunstancias de la cesión, manteniéndola inicialmente oculta* (art. 44.6 y 7 ET). No cabe, por consiguiente, apreciar la extinción del contrato de trabajo por causa de incapacidad permanente absoluta del empresario prevenida en el artículo 49.1.g) del ET, al haberse producido una previa sucesión empresarial con *continuación de la misma actividad por el nuevo empresario,* en este caso, la entidad "A.J., S.L.", quien como verdadera y real empleadora debe responder de las consecuencias del presente despido, que ha de ser calificado como improcedente al no existir causa para el mismo. Las consecuencias legales han de ser las previstas en los arts. 55.4 y 56 del ET, con efectos del 08.05.03 fecha de la extinción del contrato de trabajo del actor, ahora calificado de despido, en concreto, la opción entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien satisfacerle la cantidad de 43.680 euros en concepto de indemnización, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 34,65 euros; todo ello sin perjuicio del derecho que, en su caso, pueda asistir a la parte demandada condenada de hacer uso de la reclamación prevista en el art. 57 ET.

Dicha responsabilidad ha de extenderse únicamente a la referida sociedad mercantil, por cuanto no cabe establecer una responsabilidad solidaria del cedente don T.V.C., al quedar desvinculado de la relación de trabajo, no constar obligación laboral de clase alguna nacida con anterioridad a la transmisión y, mucho menos, respecto de las posteriores cuya responsabilidad de cedente y cesionario prevé la ley sólo para el caso de que la cesión fuera declarada delito lo que aquí, obviamente, no se da (art. 44.3 ET). Procede, por tanto, acoger en parte el recurso, revocar la sentencia de instancia y estimar parcialmente la demanda en el sentido indicado. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don R.A.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo con fecha 29 de abril de 2004, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con estimación parcial de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada "A.J., S.L.", a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a satisfacerle la cantidad de 43.680 euros en concepto de indemnización, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 34,65 euros. Y absolvemos libremente al también demandado don T.V.C.

3989 Recurso nº 4.645/04

S.S. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO. RELACIÓN SOCIETARIA E NON DE ALTO DIRECTIVO. NATUREZA DO VÍNCULO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a ocho de noviembre de dos mil cuatro

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. 4.645/04, interpuesto por Fondo de Garantía Salarial 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 doña R.C.D. en reclamación de Extinción de la Relación Laboral, siendo demandado Fondo de Garantía Salarial y la empresa "M.C.H., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 213/04 sentencia con fecha 27.05.04, 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 constituyó en fecha 24.03.81 juntamente con don M.C.R., doña M.C.C.D., don M.C.D. y doña R.M.C.D. la sociedad "M.C.H., S.A.", con una participación del 13% del capital social, ostentando el cargo del Secretaria del Consejo de Administración y Consejera Delegada. La escritura de constitución de 24.03.91, así como de elevación a públicos de acuerdos sociales de ampliación de capital de 01.06.92 y de reelección del Consejo de Administración de 08.01.03, figura incorporada a autos teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido. SEGUNDO.- La actora desde el 12.03.84, vino prestando servicios para la citada empresa como Gerente, percibiendo una retribución mensual 1.160,95 €, incluido el prorrateo de las pagas extras. Figuró afiliada al R. General de la Seguridad Social efectuando la empresa las correspondientes cotizaciones. Por Resolución de la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais Emprego e Relacións Laborais de 10.06.03, se concedió autorización a la empresa "M.C.H., S.A." para proceder a la extinción de las relaciones laborales con los 10 trabajadores que se recogen en el Anexo de la citada resolución entre los que se encuentra la actora. La empresa hizo uso de dicha autorización procediendo a la extinción de la relación con la actora el 18.06.03 por causas objetivas. TERCERO.- En fecha 25.02.04, interpuso papeleta de conciliación frente a la empresa solicitando el abono, de la cantidad de 14.171,40 €, en concepto de indemnización derivada de la extinción de la relación laboral, teniendo el acto por intentado sin efecto el 13.03.04. CUARTO.- La empresa demandada, cuenta con una plantilla inferior a 25 trabajadores."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña R.C.D. contra "M.C.H., S.A." y el Fondo de Garantía Salarial debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia condeno al Fondo de Garantía Salarial, a abonar a la actora la cantidad de 4.391,68 €, en concepto del 40% de la indemnización, y a la empresa "M.C.H., S.A." a abonar a la actora la cantidad de 9.779,72 € en concepto del 60% de la indemnización y de diferencias entre el 40% de la indemnización a cargo del FOGASA."

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

QUINTO.- Por providencia de fecha 21.10.04 la Sala acordó remitir las actuaciones al Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Superior a fin de emitir informe acerca de incompetencia de jurisdicción, lo que verificó en fecha 30.10.04.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña R.C.D. contra "M.C.H., S.A." y el Fondo de Garantía Salarial, declaró haber lugar a la misma y condenó a dicho Organismo a abonar a la actora la cantidad de 4.391,68 Euros en concepto del 40 % de la indemnización y a la empresa "M.C.H., S.A." a abonar la cantidad de 9.779,72 Euros en concepto del 60 % de la indemnización y de diferencias entre el 40 % de la indemnización a cargo del Fondo de Garantía Salarial, se alza el Fondo articulando su recurso en atención a tres 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 el segundo, con apoyo procesal correcto, denun-

cia la infracción del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y Jurisprudencia interpretativa y en el tercero, al amparo de la misma norma procesal, denuncia la infracción del artículo 97.k), en relación con la Disposición Adicional vigésimo séptima, apartado 1, de la Ley General de la Seguridad Social, solicitando que se desestime la demanda rectora del procedimiento y se le absuelva de la reclamación planteada en su contra.

SEGUNDO.- Sostiene, en esencia, el Organismo recurrente que no existe relación laboral entre la actora y la empresa codemandada, al faltar las notas esenciales que cualifican a la misma, en concreto la ajeneidad aseverando que "no puede decirse que exista dependencia (dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona) cuando, como Consejero Delegado ejerce todas las facultades de organización y dirección, impartiendo órdenes a los trabajadores de la empresa ni alieneidad económica puesto que la actora también hacía suyo el resultado de su trabajo, corría con los adversos y se beneficiaba de los favorables,..." a lo que no empece, añade el Fondo, que figurara dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social "por cuanto el régimen jurídico de la afiliación a la Seguridad Social es distinto al aplicable para determinar una relación laboral no especial,.".

TERCERO.- Conviene tener presente que la cuestión relativa a la competencia Jurisdiccional deviene susceptible de ser abordada de oficio, sin que la Sala tenga que sujetarse a los hechos probados de la resolución de instancia, sino que ostenta facultades para, en atención a los diversos elementos de prueba obrantes en autos, construir su propia base fáctica sobre la aplicar la normativa jurídica correspondiente y, en el caso que nos ocupa, este Tribunal hace suyos los ordinales que componen el relato histórico de la sentencia impugnada con el añadido, en atención a la documental de autos, de que la actora ostentaba las facultades contempladas en el artículo 23 de los Estatutos sociales y que fue nombrada liquidadora única de la mercantil codemandada en Junta General Extraordinaria y Universal de socios, de fecha 17.02.03, en la que, asimismo, se acordó cesar a los consejeros y proceder a la disolución de la sociedad.

CUARTO.- Así las cosas, cabe establecer que, como esta propia Sala ha considerado en ocasiones anteriores, por todas la sentencia de 12.02.03, de conformidad con la letra c) del apartado 3 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, no genera un vínculo jurídico laboral "la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de contenidos inherentes a tal cargo" y, por el contrario, es una relación laboral, aunque legalmente calificada de especial, "la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c)", regulada en el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto que, en el apartado 2 de su artículo 1, establece que "se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad", siendo así que, a los efectos de la exclusión de los meros consejeros, un criterio de delimitación con el personal de alta dirección sería la diferencia de funciones, criterio de difícil aplicación utilizado en antigua Jurisprudencia, tanto del orden social como del contencioso administrativo, aunque, desde finales de los años ochenta, se ha sustituido por el criterio de la naturaleza del vínculo, de modo que, admitida la esencial identidad de las funciones atribuidas a los llamados consejeros activos y al personal laboral de alta dirección, lo decisivo es el vínculo que a unos y a otros les une con la sociedad, en el primer caso de integración - naturaleza mercantil - y en el segundo de - ajeneidad - naturaleza laboral -. Tal criterio se ha plasmado en reiteradas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 29.09.88, 25.07.89, 12.03.90, 16.12.91 y de 27.01.92, sin olvidar que la sentencia del Tribunal Supremo de 22.12.94 señala que "el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza, o dicho de otra manera, para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial mencionada no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo... sino que la efectúe un trabajador... y no un consejero en ejercicio de su cargo", reseñando la sentencia de 04.06.96, del propio Alto Tribunal que "cuando el órgano de administración confiera... facultades representativas, mediante apoderamiento, a favor de persona ajena a aquél, la relación

entre el designado para el correspondiente cargo y la sociedad, sería la especial de alta dirección, siempre naturalmente que se cumplieran los restantes requisitos exigidos para ello, mientras que si el citado órgano de administración atribuyera, mediante delegación, determinadas facultades a favor de persona integrada en aquél, la relación mantendría su carácter mercantil o societario, sin que este plus de actividad desvirtuara lo anterior, dado que el designado seguiría desarrollando las funciones correspondientes a su función de administrador".

QUINTO.- Llegados a este punto, habida cuenta del sustrato fáctico concurrente en el presente supuesto y la doctrina Jurisprudencial "ut supra" reseñada, considera la Sala que la dedicación de la demandante al ejercicio de los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, relativos a sus objetivos generales y con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones emanados del consejo de administración, con las amplísimas facultades que le fueron conferidas, a la sazón contempladas en el artículo 23 de los Estatutos sociales, puede aseverarse que es la relativa a los objetivos generales de la empresa y sólo estaba limitada por los criterios e instrucciones - no órdenes estrictas - emanados del consejo de administración, de manera que no existe base alguna para calificar la relación como laboral común, pudiendo considerarse que la demandante ejercía funciones de alta dirección y, en cuanto estaba integrada en el consejo de administración desarrollando las funciones de consejera delegada esa integración orgánica califica su actividad de mercantil con independencia de que figurase como Gerente de la citada empresa y figurase afiliada al Régimen General de la Seguridad Social efectuando la mercantil las correspondientes cotizaciones, sin que pueda soslayarse, que a tenor de reiterada Jurisprudencia, de ociosa cita, cabe distinguir entre los criterios de calificación en los ámbito laboral y de la seguridad social, por lo que las cuestiones relativas al ámbito de la seguridad social devienen intrascendentes a los efectos de este litigio referido a la determinación de si concurre o no relación laboral.

SEXTO.- En consonancia con lo expuesto, compartiendo esta Sala los criterios del Ministerio Fiscal plasmados en el informe rendido en fecha 30.10.04, incorporado al recurso, deviene procedente declarar la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la materia a que se contrae el presente procedimiento, lo que conduce a la estimación del recurso articulado por el FOGASA y la revocación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de fecha 27 de mayo de 2004, en autos nº 213/04, instados por doña R.C.D. frente a la empresa "M.C.H., S.A." y el Fondo de Garantía Salarial, revocamos la Sentencia de instancia y estimando, en esencia, el recurso articulado por dicho Organismo declaramos la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la materia a que se contrae el presente procedimiento, sin perjuicio de las acciones que pudieran plantearse ante los Órganos mercantiles de la Jurisdicción si a las partes conviniere.

3990 **Recurso nº 4.958/04**

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO FRAUDULENTO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS, CONSTITUTIVA DUN DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a ocho de noviembre de dos mil cuatro

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. 4.958/04 interpuesto por doña R.M.B.M., doña M.J.M.O., doña M.D.P.G. y don J.S.R.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.M.B.M., doña M.J.M.O., doña M.D.P.G. y don J.S.R.M. en reclamación de despido siendo demandado Consellería de Sanidade - Xunta De Galicia en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 373-2004 sentencia con

fecha 9 de julio de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

"1.- Los demandantes vienen prestando servicios para la demandada Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade), con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias:

Trabajador	Categoría	Antigüedad	Salario prorrata
R.M.B.M.	Ayudante técnico de laboratorio	2 de abril de 2001	1.526,59 €/mes
M.J.M.O.	Ayudante técnico de laboratorio	2 de abril de 2001	1.526,59 €/mes
M.D.P.G.	Ayudante técnico de laboratorio	2 de abril de 2001	1.526,59 €/mes
J.S.R.M.	Ayudante técnico de laboratorio	2 de abril de 2001	1.526,59 €/mes

2.- Los demandantes suscribieron con la demandada contratos de trabajo por obra o servicio determinado, de fecha todos ellos 26 de marzo de 2001, para "apoio técnico en analíticas de laboratorio para reforza-las medidas de control sanitario da carne de vacún destinada ó consumo humano co obxectivo de impedi-la introducción na cadea alimentaria, directa ou indirectamente, de calquera axente das encefalopatías esponxiformes transmisibles" (cláusula séptima). La cláusula sexta de los contratos establecía que la duración de estos se extendería "por un período máximo de 3 anos". La primera señalaba que el trabajador pretaría sus servicios como ayudante técnico de laboratorio (especialidad anatomía patológica para la Sra. B.M. y rama química para los otros tres trabajadores), incluido en el grupo III del Convenio Colectivo, en el centro de trabajo ubicado en el Centro Integral de Control de Risco das ETT´S (CICRE), "F.L., S.A." (Lugo). 3.- La demandada notificó a los demandantes el Acuerdo de fecha 10 de marzo de 2004 de la División de Recursos humanos de la Consellería de Sanidade con el siguiente contenido: "Poño en coñecemento que de conformidade co previsto na cláusula sexta do contrato de duración determinada celebrado por vostede e a Consellería de Sanidade ó amparo do Real Decreto 2.720/1998, de 18 de decembro, polo que se desenvolve o artigo 15 do Estatuto dos Traballadores e polo que vén prestando servicios como Axudante Técnico de Laboratorio (Especialidade Anatomía Patológica) dende o 2 de abril de 2001, o devandito contrato chegará ó seu término o 01.04.04, data na que deberá deixar de prestar servicios. Polo exposto, e de conformidad eco artigo 49 do Estatuto dos Traballadores, e artigo 8 do Real Decreto 2.720/1998, de 18 de decembro, esta División de Recursos Humanos. Acorda Que por medio do presente escrito de denuncia o contrato referido, que quedará extinguido coa data do un de abril do año en curso." 4.- La División de Recursos Humanos de la Consellería de Sanidade acordó autorizar la incorporación con carácter temporal de DON J.S.R.M., doña R.M.B.M. (ambos el 7 de setiembre de 2001), doña M.J.M.O. (con fecha 7 de noviembre de 2001) y doña M.P.G. (con fecha 1 de octubre de 2001), al Laboratorio de Saúde Pública de la Delegación Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais en Pontevedra "sen que este cambio temporal de localidade poida comportar modificación algunha no contido da súa relación laboral en relación co contrato asinado no seu momento, e sen que en ningún caso teña dereito á precepción de dietas, gastos de traslado, nin outro cargo para a Consellería de Sanidade e Servicios Sociais". Desde entonces los trabajadores demandantes prestan servicios en el Laboratorio mencionado. 5.- Las funciones que vienen realizando los demandantes son las recogidas, para cada uno de ellos, en el hecho segundo de la demanda rectora de estos autos. Dichas funciones son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la marcha analítica en el Laboratorio en el que prestan sus servicios y son las mismas que desarrollaría un funcionario de la misma categoría y puesto de trabajo (informe de 27 de octubre de 2003 del Jefe de Servicio del Laboratorio). 6.- Los demandantes presentaron reclamación previa en fecha 8 de septiembre de 2003 ante la Xunta de Galicia para el reconocimiento del carácter fijo o indefinido de la relación laboral que les unía con dicha demandada. Ante la desestimación presenta de su reclamación presentaron demanda con el mismo objeto que, turnada, correspondió al Juzgado de lo Social 2 de Pontevedra. En fecha 15 de enero de 2004 el Juzgado dictó sentencia parcialmente estimatoria y declaró el carácter indefinido de la relación laboral establecida entre los demandantes y la Xunta de Galicia. La sentencia se encuentra incorporada a la documental de ambas partes y se da por reproducida en su totalidad. Dicha sentencia no es firme, al haber sido objeto de recurso de suplicación por la demandada con impugnación,

exclusivamente del derecho aplicado en la Resolución. 7.- Se agotó la vía administrativa previa."

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

"FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña R.M.B.M., doña M.J.M.O., doña M.D.P.G. y don J.S.R.M., contra LA XUNTA DE GALICIA, declaro improcedente el despido de los trabajadores demandantes y, en su consecuencia, condeno a la demandada a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de esta Resolución, o, a su elección, al pago de las siguientes percepciones económicas: a) Una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a u año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en las siguientes cuantías: - Para doña R.M.B.M., la de 6.875,93 €. – Para doña M.J.M.O., la de 6.875,93 €. – Para doña M.D.P.G., la de 6.875, 93 €. – Para don J.S.R.M., la de 6.875,93 €. B) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia o hasta que encontrara otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta Sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador para cada uno de los trabajadores demandantes se concreta en 50,89 euros diarios. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante a Secretaría e este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esa Sentencia, sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período de devengo de los salarios de tramitación."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte 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.- La sentencia de instancia estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña R.M.B.M., doña M.J.M.O., doña M.D.P.G. y don J.S.R.M., declaró improcedente su despido y condenó a la demandada "Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia", a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de dicha resolución, optase entre la readmisión de la parte demandante en sus puestos de trabajo o a indemnizarles con las cantidades de 6.875,93 Euros, a cada uno de los trabajadores y en todo caso, a abonarles los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha resolución, en cuantía de 50,89 Euros diarios a cada uno, debiendo poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antes dicho, si opta o no por la readmisión y frente a dicha resolución se alzan en suplicación ambas partes en litigio.

SEGUNDO.- La parte actora, articula su recurso en atención a un único motivo - aunque lo señale como primero - al amparo del articulo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando la infracción del articulo 55 del Estatuto de los Trabajadores y Jurisprudencia que lo desarrolla.

En esencia, considera la parte demandante que los despidos, objeto de la presente litis, obedecen a "una pura y dura represalia por los conflictos laborales suscitados en la relación contractual", con violación de los derechos fundamentales invocados en el precepto que se cita como infringido.

TERCERO.- Este Tribunal, 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, ha venido manteniendo, que 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 que acredite que su proceder obedece a motivos 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, de manera que, la aplicación de la inversión del "onus probandi", requiere que se constate la concurrencia de hechos que pongan de manifiesto la existencia de una vulneración de derechos fundamentales, so pena de obligar a la parte demandada a efectuar una suerte de demostración de hechos negativos, siendo así que, en el caso que nos ocupa, la Sala, en coincidencia de criterios con lo sustentado en el fundamento jurídico primero de la resolución de instancia, llega a la consideración de que no se evidencia concurrente una situación incardinable en el ámbito de la vulneración de derechos fundamentales invocada por la parte actora, pues, con independencia de que el despido sea susceptible de merecer la calificación de improcedente, la reclamación efectuada por los demandantes en septiembre de 2003 ante la Xunta para el reconocimiento del carácter fijo o indefinido de la relación laboral, que dio lugar a la interposición de una demanda ante los Órganos de la Jurisdicción Laboral, habiendo recaído sentencia en la instancia con fecha 15 de enero de 2004 y estando pendiente de resolución el recurso de suplicación ante esta propia Sala, no deviene asaz para proclamar la concurrencia, en el caso presente, de indicios, mucho menos evidencias, de la pretendida vulneración de derechos fundamentales a que hace referencia el recurso interpuesto por la parte actora, por lo que, en consecuencia, deviene procedente desestimar el recurso articulado por dicha parte demandante, en solicitud de la nulidad del despido de que fueron objeto los demandantes llevado a cabo por la Entidad demandada con efectos de 01.04.04.

CUARTO.- Por su parte la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia interpone recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia y aquietándose con los hechos probados, articula un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 2.2.a) del Real Decreto 2.720/98, de 18 de diciembre y 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 52.e), 55.b) y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código Civil.

Así las cosas, es preciso no olvidar que el contrato temporal para obra o servicio determinado, al que se refiere el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, tiene como objeto del mismo la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta, siendo su duración la del tiempo exigido para la realización de obra o servicio y extinguiéndose cuando se realice la obra o servicio objeto del contrato, de lo que cabe colegir que la duración del contrato no viene determinada por un mero dato temporal, que no podría ampararse en el antes citado artículo del Estatuto de los Trabajadores, sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado, de manera que la referencia a un período de tiempo ha de entenderse con el carácter de mera y simple previsión y no en el de que se constituya en un término cierto y fatal, siendo así que, en el caso que nos ocupa, en atención a lo establecido en la normativa de referencia y al contenido del relato histórico de la sentencia de instancia, se llega a la consideración de que la Entidad demandada vinculó la extinción al cumplimiento de la fecha fijada en los respectivos contratos, meramente orientativa, sin que pueda soslayarse, y no es baladí, que la Administración interpelada - que acordó en fecha 07.09.01 en el caso de don J.S.R.M. y doña R.M.B.M.; en 07.11.01 en relación con doña M.J.M.O. y en 16.10.01 en cuanto a doña M.D.P.G., autorizar la incorporación de los demandantes al Laboratorio de Saúde Pública de la Delegación Provincial de la Consellería en Pontevedra desde el centro de trabajo ubicado en el Centro integral de control de risco das ETT,S (Cicre) "F.L., S.A." (Lugo) - vinculó la extinción de los respectivos contratos de los trabajadores demandantes en el advenimiento del término fijado en los contratos y no en la finalización de la obra o servicio para los que fueron contratados con la no menos importante circunstancia de que las labores desarrolladas por los actores, como se establece en la resultancia fáctica y fundamento jurídico segundo "in fine", con valor fáctico, no fueron en momento alguno las que se recogen en los contratos de trabajo, desarrollando otras que carecen de autonomía y sustantividad propias y que "ha de considerarse probado que los demandantes no han realizado en Pontevedra ninguna función que tenga que ver con lo recogido en los contratos suscritos como objeto de éstos", siendo, al efecto, paradigmática la manifestación contenida

en el ordinal quinto donde se refiere que "las funciones que vienen realizando los demandantes…son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la marcha analítica en el Laboratorio en el que prestan sus servicios y son las mismas que desarrollaría un funcionario de la misma categoría y puesto de trabajo", de manera que, en atención expuesto, deviene procedente la desestimación del recurso articulado por la demandada "Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia".

QUINTO.- En consecuencia, con desestimación de los recursos articulados, respectivamente, por las partes litigantes, deviene procedente la confirmación de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, en autos nº 373/2004, imponiendo a la Entidad demandada las costas del recurso que incluirán el importe de los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante del recurso en la cuantía de 300 Euros.

Por lo expuesto,

Fallamos

Desestimando los recursos de suplicaciÛn respectivamente interpuestos por doña R.M.B.M., doña M.J.M.O., doña M.D.P.G. y don J.S.R.M. y por la "Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, con fecha 09.07.04, en los autos nº 373/2004, sobre Despido, confirmamos dicha resolución

3991 **Recurso nº 4.783/04**

S.S. SANCIÓN MOI GRAVE CONFIRMADA XUDICIALMENTE. DESLEALDADE NAS XESTIÓNS ENCOMENDADAS.

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

A Coruña, a ocho de noviembre de dos mil cuatro

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. 4.783/04 interpuesto por don J.C.P. 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 don J.C.P. en reclamación de Sanción siendo demandada la empresa "A.M., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 343/2004 sentencia con fecha 4 de junio de 2004 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.P., mayor de edad y con D.N.I. número …, viene prestando servicios para la empresa "A.M., S.L.", desde el día 13.04.99, con la categoría profesional de oficial 1ª mecánico y un salario mensual de 1.050,90 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo.- Por medio de carta de fecha 11.03.04, se le comunicó una sanción de amonestación por la comisión de una falta muy grave en base a los siguientes hechos: "en fecha 08.03.04, como ya ha ocurrido en otras ocasiones, no sólo faltó al respeto y consideración del empresario sino que actuó con manifiesta deslealtad al decirle a un cliente de la empresa (J.F.F.C.) que las piezas utilizadas en la reparación de los vehículos no son de calidad y marca que se facturan. Por ello, siendo usted consciente de la falsedad de los datos que estaba facilitando al cliente y del daño que tal injuria ocasiona a la buena marcha del negocio, entendemos que su conducta supone una manifiesta deslealtad que tiene como único fin el desprestigiar a la empresa en base a datos totalmente falsos y claramente perjudiciales para la imagen del negocio". Tercero.- De los hechos imputados al actor en la carta de sanción ha resultado acreditado que el actor manifestó al cliente J.F.F.C. que las piezas utilizadas en la reparación de su vehículo no eran originales. Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C, el día 18.03.04, la misma tuvo lugar en fecha 01.04.04 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 19.04.04. Quinto.- El actor 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 desestimando la demanda interpuesta por don J.C.P., debo declarar y declaro procedente la sanción de amonestación que por falta muy grave le impuso mediante carta de fecha 11.03.04 la

empresa "A.M., S.L.", a la que se absuelve de las pretensiones en su contra deducidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda "y, consecuentemente, se revoque totalmente la sanción de amonestación impuesta", a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HP 1º y 3ª (motivos 1º y 2º) y denuncia (motivo 3º) la infracción del art. 68.c) del Convenio de aplicación y 114.3 LPL en relación con los arts. 24.1 y 120.3 CE y 115.1.A y B LPL.

SEGUNDO.- Invocando el expediente laboral del actor aportado por la empresa, folios 20 a 24, y el informe de vida laboral del folio 59 y la nómina del folio 62, interesa la parte (motivo 1º) se revise el HP 1º de modo que pase a declarar como salario mes, con prorrateo, el de 1.112,82 € y como fecha origen de la prestación de servicios o bien desde el día 05.07.94, o bien desde el día 05.09.94, o bien "por mor del último contrato con la demandada desde el día 13.04.99", así como que lleva prestando servicios para la demandada bajo los siguientes contratos: de 05.07.94 a 13.07.94 (eventual), de 05.09.94 a 25.02.95 (eventual), de 27.02.95 a 26.02.98 (duración determinada), de 27.02.98 a 10.04.99 (circunstancias producción) y desde el 13.04.99 (indefinido).

La revisión se acoge en la forma siguiente: A) Procede rectificar el salario del HP 1º de instancia (1.050,90 €) y sustituirlo por el propuesto de 1.112,82 €, al así acreditarlo la nómina del folio 62 y admitirlo la empresa en la impugnación del recurso. Y B) No cabe establecer –como sustancialmente se pretende- la fecha "desde" la que viene prestando servicios el actor como ininterrumpidamente y de modo uniforme dadas las contrataciones que constan y el objeto del actual proceso, exclusivamente impugnación de sanción, procediendo declarar lo que es estrictamente fáctico –y no conclusivo- y en la forma imprescindible a los efectos presentes que se acredita con la documental invocada, que se agota en una relación empresarial de los contratos suscritos, su naturaleza y duración, y un informe de "vida laboral" que también los refleja, lo que precisamente constituye el contenido del párrafo 2 del texto revisor propuesto. Consecuentemente, se incorpora al HP 1º de instancia, con modificación oportuna de su contenido, que el actor ha venido prestando servicios para la demandada bajo los contratos que se dicen en el párrafo 2º del texto revisor y que anteriormente se dejaron transcritos: de 05.07.94 a 13.07.94 (eventual), de 05.09.94 a 25.02.95 (eventual), de 27.02.95 a 26.02.98 (duración determinada), de 27.02.98 a 10.04.99 (circunstancias producción) y desde el 13.04.99 (indefinido).

TERCERO.- En el 2º motivo del recurso y al amparo del art. 191.b) LPL, interesa el recurrente la supresión del HP 3º porque, se aduce, "dicho hecho predetermina el fallo de la sentencia, por lo que esta representación entiende que este hecho es más propio de la fundamentación jurídica de la sentencia". No prospera la petición.

Dice el HP 3º en discusión: de los hechos imputados al actor en la carta de sanción ha resultado acreditado que el actor manifestó al cliente J.F.F. que las piezas utilizadas en la reparación de su vehículo no eran originales. A la vista de ello, la Sala no llega a comprender la alegación de la parte, no habiendo ninguna valoración predeterminante del fallo (al margen de ello, puntualizar que la declaración de autoría de la conducta imputada en todo caso también se reitera en el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia recurrida, asimismo con valor fáctico legal, en el curso y a los efectos de la motivación de la resolución, calificando disciplinariamente la misma). Este propio Tribunal –entre otras, sentencia de 25.10.01- viene haciéndose eco de que el TS tiene indicado que "la tesis del recurso llevaría a concluir que todo hecho probado que contenga una sentencia es determinante del fallo, lo que obviamente no es de recibo, pues una cosa es la valoración del juzgador al sentar el relato histórico –que puede realizar en conjunto atendido el resultado de la prueba sin precisión particularizada de por qué sienta sus afirmaciones– y otra la calificación jurídica de los datos fácticos subsumidos en la norma. Y sólo cuando la valoración entraña calificación estaremos ante supuesto en que se prejuzgue el fallo y entonces el resultado será tener por no puesta la afirmación predeterminante del fallo» (STS 19.06.89 Ar. 4.811)".

El contenido del HP 3º es cierta e inequívocamente fáctico, describiendo una conducta concreta que se dice que el actor llevó a

cabo efectivamente para con un cliente de la empresa. Y por ello el juzgador hace en los HP tal declaración; y también porque es contenido obligado de la sentencia a dictar dado que en el proceso se está impugnando la sanción impuesta al trabajador imputándole, entre otros, aquel hecho.

Por otro lado, si bien ya con lo expuesto el motivo 2º del recurso en sí mismo deviene inacogible, el juzgador de instancia considera probado lo que declara en el HP 3º en función –Fto jurídico 1º de su sentencia- de prueba practicada en el acto de juicio; en concreto y en especial, por derivación del testimonio prestado por el propio cliente identificado en la carta de sanción y HP 3º, inserto en las alegaciones de las partes y el conjunto probatorio. Este Tribunal ha indicado numerosas veces que la regulación del art. 191 LPL evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación, 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, 05.10.77, 12.06.75…- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando la prueba practicada conforme a las facultades que le otorga el art. 97.2 LPL y la LEC.

Así pues, el Juzgador ha valorado prueba cierta y legítima –acta de juicio- en razón de la inmediación y de sus facultades al efecto y de modo no censurable en suplicación, lo que le llevó a concluir, considerando alegaciones y conjunto probatorio, que "resulta acreditado que el actor efectivamente manifestó a un cliente que se le facturaban unas piezas que no eran de la calidad y marca que se reflejaba. Y esto ha sido corroborado en el acto de juicio por el mencionado cliente, de cuya veracidad no podemos dudar dada su imparcialidad no desvirtuada. Y tan grave fue la manifestación del trabajador, que acto seguido el cliente acudió a hablar con el empresario pidiéndole explicaciones. Y precisamente por haber ocurrido así los hechos, no podemos dudar de la autoría del actor, como parece pretender la parte demandante, al alegar que su cliente no realiza las reparaciones realizadas al vehículo del testigo…" (Fto. Jurídico 1º de la sentencia recurrida). Es decir, el juzgador, en virtud de sus facultades legales y valorando todo lo oportuno, no solo declara motivadamente que se hizo la manifestación acerca de las piezas al cliente Sr. F., sino también que quien la hizo fue el actor, como afirmó la empresa e imputa en la carta de sanción. Nada de ello se desvirtúa en Suplicación a través del motivo revisor formulado vía art. 191.b) LPL de que se habla. Ni aún considerando también a estos efectos las menciones probatorias y valoraciones que formula la parte en el motivo de examen de derecho aplicado, tampoco eficaces en términos de art. 191.b) LPL, que solo admite revisión de los HDP mediante prueba documental y/o pericial que por su especial eficacia y trascendencia acredite ciertamente error de valoración por parte del juzgador; lo que aquí no ocurre, sin que sea admisible sustituir meramente el imparcial criterio judicial de instancia (art. 97.2 LPL) por el interesado de la parte, que a la postre es lo que viene a pretenderse.

Por consiguiente, la pretendida supresión del HP 3º es inviable. No predetermina el pronunciamiento y su contenido es fáctico; como tampoco carece de fundamento ni la parte invoca en el motivo revisor la prueba documental o pericial prevista en términos de art. 191.b) LPL, tampoco siendo eficaz lo posteriormente argumentado en el recurso, ya en motivo formulado al amparo del art. 191.c) LPL.

CUARTO.- La infracción que al amparo del art. 191.C se denuncia en el recurso resulta inacogible. De conformidad con los HDP, el demandante fue sancionado por su empresa mediante carta de 11.03.04, imponiéndole amonestación por falta muy grave con la imputación de falta de respeto al empresario y deslealtad, ésta consistente en que el 08.03.04 le dijo a un cliente, el Sr. J.F.F.C., que las piezas utilizadas en la reparación de vehículos no eran de la calidad y marca que se facturan (HP 2º); y si bien el juzgador no da por acreditada la falta de respeto imputada, sí declara probado –HP 3º y Fto Jurídico 1º- que en el día de que se trataba el actor manifestó al cliente J.F.F.C. que las piezas utilizadas en la reparación de su vehículo no eran originales, que no eran de la calidad y marca que se reflejaban, explicando la sentencia –Fto. J. 1º- que así lo dejó acreditado el testimonio en juicio del propio cliente, J.F.F.C., "de cuya veracidad no podemos dudar…", y que tan grave fue la manifestación del trabajador "que acto seguido el cliente acudió a hablar con el empresario pidiéndole explicaciones…". De esta conducta probada, sin declaración de irregularidad alguna en la actividad empresarial en torno al comentario del trabajador, el juzgador concluye que "efectiva-

mente dicho comentario supone una grave trasgresión de la buena fe contractual, pues en suma, supone imputar a la empresa una conducta calificable de estafa".

Mantenida en suplicación esta integral declaración, la sanción impuesta se confirma, pues la conducta que protagonizó el actor fue imputada en tiempo, lugar y contenido de forma concreta e inequívoca en la carta de sanción, resultando evidente que imputándose manifestación de que las piezas de reparación no eran de la calidad y marca facturada se reconduce también y en lo sustancial a que "no eran originales" (HP 3º), aparte de que en el Fto. J. 1º se dice de la calidad y marca facturada; y referida conducta tiene tipicidad y encaje adecuado en el art. 68.c) del Convenio de autos, que considera falta muy grave la deslealtad en las gestiones encomendadas…; como efectivamente imputó y sancionó la empresa mediante la carta de 11.03.04, si bien impuso meramente una amonestación (en uso de sus facultades al efecto).

Ninguno de los argumentos que se contienen en el motivo de recurso que se examina resultan valorables o determinantes. Tanto más cuando en ellos la parte argumenta sobre la prueba practicada y no practicada, sobre la imputación, la testifical y sus resultados… para afirmar, aparte de otras objeciones implícita o explícitamente ya desechadas con lo argumentado, que "en lo que concierne a la deslealtad, no ha sido probado que ese hecho fuese cometido por el actor…", finalizando el motivo insistiendo que "no ha sido probado por la empresa la comisión de tales hechos por el actor y, es por ello que entendemos que la desestimación de la demanda…".

Se pretende desconocer la declaración de HP que hace el juzgador en razón de la prueba practicada y sus facultades al efecto, como ya se dejó suficientemente razonado al hilo de la revisión postulada del HP 3º; rechazada porque en él la parte se limita –indebidamente- a afirmar que debe ser suprimido porque "predetermina el fallo" cuando en absoluto es así, siendo en el motivo de denuncia jurídica donde la parte niega la imputación, valora las pruebas, afirma que el actor no fue quien cometió el hecho ni que reparase el vehículo… Sin embargo, aún dándole posible alcance de impugnación –revisión de los HDP al tal motivo, tampoco provocaría la admisión del recurso. Por lo que se dejó argumentado en el F. Jurídico 3º precedente y en este mismo fundamento, sin existir la necesaria prueba de que habla el art. 191.b) LPL para revisar HDP ni desvirtuarse con los argumentos, valoraciones… y demás contenido del motivo del recurso el imparcial criterio judicial de instancia. –Porque, en suma, la parte solo pretende sustituir sin causa valorable por su interesado criterio el del juzgador de instancia, quien valorando la prueba por él inmediata en el contexto de las alegaciones de las partes y conducta imputada para sancionar, concluyó de forma no desvirtuada en Suplicación que el actor hizo las manifestaciones al cliente de la empresa Sr. J.F.F.C. ciertamente imputadas en la carta de sanción. Y dado ello y que tal manifestación constituye en si y por si misma la falta por la que se ha sancionado, la infracción normativa que al amparo del art. 191.c) LPL se denuncia no resulta acogible.

Por tanto, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.C.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de fecha 04.06.04 en autos nº 343/04 seguidos a instancia del recurrente frente a"A.M., S.L", confirmamos la sentencia recurrida.

3992 **Recurso nº 8.161/2001**

S.CA. INADMISIÓN DE RECURSO SEN QUE SE APRECIE ERRO PATENTE EN CÓMPUTO, FUNDAMENTACIÓN INSUFICIENTE, IRRAZOABLE OU ARBITRARIA, OU CRITERIO INTERPRETATIVO DESFAVORABLE PARA A EFECTIVIDADE DO DEREITO Á TUTELA XUDICIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ignacio Aranguren Pérez

A Coruña, a diez de noviembre de dos mil cuatro

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el recurso de apelación que, con el número 3/8.161/2001 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don J.P.G.,

representado y dirigido por el letrado don J.P.G. contra Auto de 21.05.01 que acuerda desestimar el recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 16.03.01 que acuerda no haber lugar a lo solicitado en los escritos de demanda sobre actas de liquidación; P. Ord. 329/00 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 1 de Pontevedra. Es parte apelada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el Juzgado de instancia, cuya parte dispositiva dice: "Que debía desestimar como desestimaba el recurso de súplica interpuesto por el Procurador don J.P.L., en representación del recurrente don J.P.G., contra la providencia de 16 de marzo de 2001" y notificada en forma, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la practica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se interpone por la representación de don J.P.G., recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº1 de los de Pontevedra, desestimando el recurso de suplica deducido frente al Auto de 6 de febrero de 2001 que declaró caducado el recurso contencioso-administrativo, que interpuesto en su día por el hoy demandante, pretendía impugnar determinadas actas de liquidación levantadas por la Tesorería General de la Seguridad Social.

La parte apelante disiente de las conclusiones obtenidas por el órgano de instancia, argumentando que es posible la subsanación de las actuaciones procesales, defendiendo que la demanda en su día interpuesta se ha de admitir, y que si dejó transcurrir los plazos establecidos, ello fue debido a la existencia de una causa el mismo día ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Realiza asimismo diversas consideraciones tendentes a poner de manifiesto la falta de conformidad con el ordenamiento jurídico de la actuación administrativa impugnada, así como al carácter antiformalista de la jurisdicción contenciosa-administrativa y el principio constitucional de proporcionalidad.

II.- Las cuestiones que nos han sido traídas en este recurso de apelación, en definitiva se reducen a impugnar la resolución dictada por el órgano de instancia declarando caducado el recurso contencioso administrativo interpuesto, requieren previamente poner de manifiesto los argumentos utilizados por el Juzgador de instancia y su correspondencia con los hechos que a las misma dieron lugar.

El día 6 de febrero de 2001, el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de los de Pontevedra dictó Auto declarando caducado el recurso deducido por el hoy apelante contra la resolución dictada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de 2 de agosto de 2000, fundando su decisión en que la parte recurrente no dedujo escrito de demanda en el plazo establecido en el artículo 52.2 de la LJCA. Presentada demanda por el hoy apelante con posterioridad a la citada resolución, se dictó propuesta de providencia de fecha 16 de marzo de 2001 denegando la tramitación de la citada demanda y acordando estar a lo establecido en el Auto declarando la caducidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto. Frente a dicha resolución se presentó en tiempo y forma recurso de suplica que sería desestimado mediante Auto de 21 de mayo de 2003, argumentando el órgano judicial que la demanda presentada lo fue 18 días después del plazo fijado en el artículo 52.2 de la LJCA.

A la vista de las alegaciones expuestas en esta apelación, debemos comenzar afirmando la ausencia de errores fácticos en el cómputo del plazo para presentar la demanda por el órgano de instancia, resultando constatable que en efecto y tal como éste advierte en la resolución impugnada, la demanda que se pretendía interponer fue presentada 18 días después del plazo marcado en el artículo 52.2 de la LJCA. Sentado la ausencia de error y a tenor de las invocaciones hechas por el apelante a la Constitución así como al carácter antiformalista de la jurisdicción contenciosa administrativa, es oportuno apuntar que si bien el canon constitucional de la proporcionalidad margina aquellas interpretaciones que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano

judicial resuelva sobre el fondo de la cuestión a él sometida, también lo es que con arreglo a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, (por todas, STC 72/2002, FJ 2) el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE no garantiza el derecho a un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada a los órganos judiciales, siendo posible una resolución de inadmisión siempre que esta respuesta sea la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea esa consecuencia.

Para que las decisiones de inadmisión por falta de cumplimiento de los requisitos procesales sean acordes con el derecho a la tutela judicial efectiva es preciso, además, que el requisito incumplido, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, no sea susceptible de subsanación o que, siéndolo, el actor no haya hecho un uso correcto de tal posibilidad (STC 122/1999, FJ 2), habiéndose declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva en ningún caso puede amparar actitudes carentes de la diligencia debida por parte del interesado (SSTC 205/2001, FJ 5; 153/2002, FJ 5). En el caso presente no se advierte ninguna de las tachas mencionadas en el criterio al que se acogió el Juzgador cuando acordó tener por caducado el recurso contencioso administrativo, al haber superado el demandante en 18 días del plazo fijado legalmente, demora que en definitiva ha determinado la extemporaneidad del recurso interpuesto. Tiene señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 228/1999, de 13 de diciembre, y 214/2002, de 11 de noviembre), que el instituto de la caducidad de la acción constituye una de las causas legales impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo, y, como tal presupuesto procesal establecido legalmente en aras del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no vulnera por sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo establecido al efecto (STC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 3), como tampoco se deriva ninguna lesión de su correcta aplicación por parte de los órganos judiciales, ya que los plazos en que las acciones deben ejercitarse no se encuentran a disposición de las partes.

En conclusión, no estamos ante una decisión judicial que suponga la inadmisión de un proceso como consecuencia de un cómputo en el que sea apreciable un error patente, una fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria, o se haya utilizado un criterio interpretativo que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón se revele desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 262/1988, de 22 de diciembre, FJ 4; 1/1989, de 16 de enero, FJ 3; 47/1989, de 21 de febrero, FJ 3; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 2; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 220/1993, de 30 de junio, FJ 4; 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 215/1997, de 27 de noviembre, FJ único; 228/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 ; 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 217/2000, de 17 de septiembre, FJ 3; 261/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 77/2002, de 8 de abril, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 3; 27/2003, de 10 de febrero, FJ 4; y 103/2003, de 2 de junio, FJ 4) siendo ésta el sentido de la decisión la adoptada por el Tribunal Constitucional en el ATS de 31 de enero de 2001, en un supuesto similar.

III.- La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de costas a la parte apelante de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA.

Fallamos

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don J.P.G. contra el Auto de 21 de mayo de 2001 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Pontevedra, confirmando íntegramente la resolución apelada. Con expresa imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

3993 **Recurso nº 3.598/04**

S.S. DEMANDA DE OFICIO. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. PROSTITUCIÓN. ILICITUDE DO CONTRATO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a diez de noviembre de dos mil cuatro

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. 3.598/04, interpuesto por Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Inspección de Trabajo y Seguridad Social en reclamación de Incompetencia de Jurisdicción, siendo demandado "P., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 805/03 sentencia con fecha 07.05.04, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra extendió actas de infracción 1.096/03 y 1.097/03 el 12 de agosto de 2003 frente a la empresa "P., S.L.", por recibir la prestación de servicios de 24 trabajadoras relacionadas careciendo sin el preceptivo permiso de trabajo; así como la segunda, por la falta de alta ante la Seguridad Social de otras tres trabajadoras. SEGUNDO.- En las actas de infracción se relacionan las circunstancias personales y el modo de vestir de las mujeres del siguiente modo: 1- M.B., de nacionalidad rumana, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 04.12.80, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía una falda azul y un "top" blanco, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía cinco meses. 2.- M.M., de nacionalidad eslovaca, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 26.07.80 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón vaquero con peto azul y manifestó que había comenzado en el establecimiento el 26.04.03. 3.- S.O.D.S., de nacionalidad brasileña, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 19.12.62, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía un vestido color azul marino, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía 10 días. 4.- L.C.L., de nacionalidad brasileña, con pasaporte n° …, fecha de nacimiento 21.08.77, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía falda vaquera corta y "top" banco, y manifestó que había comenzado en el establecimiento el mismo día de la visita a las 17 horas. 5.- I.C., de nacionalidad rumana, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 25.06.82, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía un vestido negro, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía una semana. 6.- M.M.G., de nacionalidad rumana, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 11.02.82, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón y blusa negros, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía tres o cuatro meses. 7.- J.C.F.S., de nacionalidad brasileña, con pasaporte n ° …, fecha de nacimiento 24.08.80 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía una combinación transparente de color blanco, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía un año. 8.- L.V., de nacionalidad brasita, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 30.01.81, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón y "top" de color negro, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía dos semanas. 9.- S.M., de nacionalidad eslovaca, con pasaporte n° … fecha de nacimiento 15.01.80 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón vaquero y camiseta azul y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía tres semanas. 10.- G.C. de nacionalidad rumana, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 20.07.77 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón de malla transparente y camiseta blanca, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía siete meses. 11.- D.D. de nacionalidad rumana, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 20.12.83, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía una minifalda y blusa negras y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía una semana, si bien ya había trabajado con anterioridad otros dos meses en el mismo centro de trabajo. 12.- R.O., de nacionalidad brasileña, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 27.08.70 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía minifalda y blusa blancas y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía un mes. 13.- M.R.G., de nacionalidad rumana, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 09.02.83 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón y "top" de color blancos y manifestó que, había comenzado en el establecimiento en el mes de enero de 2002. 14.- M.C.T., de nacionalidad brasileña, con pasaporte n° …, fecha de nacimiento 10.09.79, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía un vestido blanco, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía cuatro días. 15.- L.G., de nacionalidad nigeriana, con pasaporte n° … fecha de nacimiento 02.09.77 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón negro y "top" estampado, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía dos meses. 16.- L.A.C.A., de nacionalidad colombiana, con pasaporte nº …, fecha de

nacimiento 20.01.75, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía traje blanco, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía quince días. 17.- L.G.B., de nacionalidad rumana, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 13.06.74, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón vaquero y "top" blanco, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía tres meses. 18.- M.C de nacionalidad rumana, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 13.02.72, sin permiso de trabajo. Esta trabajadora vestía pantalón vaquero y "top" de tirantes azul, y manifestó que habla comenzado en el establecimiento hada dos meses. 19.- M.M.A. de nacionalidad ecuatoriana, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 26.12.56 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora que vestía pantalón y camisa blancas se encontraba en el transcurso de la visita en la cocina del establecimiento preparando la cena para el resto de las trabajadoras, y manifestó que compaginaba las tareas de cocina con las de limpieza, y que había comenzado a prestar servicios en el establecimiento hada un año. 20. – M.S.S. de nacionalidad brasileña, con pasaporte nº …, fecha de nacimiento 25.04.68 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora manifestó que habla comenzado en el establecimiento hacía una semana. 21. – C.C. de nacionalidad rumana, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 27.08.83 sin permiso de trabajo. Esta trabajadora manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía un mes. A las trabajadoras señaladas se les ha abierto expediente de expulsión por parte de la Sección de Extranjería y Documentación de la Comisaría de Policía de Pontevedra por estancia irregular en el país, y figuran relacionadas en el escrito remitido por dicha Sección a esta Inspección Provincial en fecha 08.07.03 y que se incorpora al expediente. Además estas trabajadoras también se encontraban prestando servicios en el centro de trabajo con estancia regular pero sin permiso de trabajo, las siguientes trabajadoras extranjeras: 22.- L.O.S.O., de nacionalidad brasileña, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 30.06.77. Esta trabajadora vestía un vestido blanco ajustado y corto, y manifestó que había comenzado en el establecimiento hacía diecinueve días. 23. – P.V. de nacionalidad brasileña, con pasaporte nº … fecha de nacimiento 28.07.74. Esta trabajadores vestía pantalón vaquero y camiseta azul, y manifestó que: había comenzado en el establecimiento el día 10.06.03. 24. – E.J.F.A. de nacionalidad brasileña, con pasaporte nº ... fecha de nacimiento 14.09.72. Esta trabajadora vestía falda vaquera y "top" azul, y manifestó que habla comenzado en el establecimiento hada unos días. TERCERO.- De las extranjeras enunciadas con anterioridad, 21 de ellas habían formalizado con los representantes de "P., S.L." un contrato de subarriendo de vivienda en los que se estipulaba la cesión de una habitación del propio recito a cambio de un precio de 36 euros diarios. Estos contratos no tienen fecha de finalización del arriendo. CUARTO.- Concluido el trámite de alegaciones, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social presentó demanda de procedimiento de oficio en fecha 10 de noviembre de 2003."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, debo desestimar y desestimo la demanda de oficio planteada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, absolviendo a la empresa "P., S.L." de las pretensiones deducidas 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.- Seguido proceso de oficio iniciado al amparo de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral y dictada sentencia donde se acoge la excepción de incompetencia de la jurisdicción social, el Abogado del Estado 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 del artículo 2.p) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 146.c), y (2) la infracción de la jurisprudencia sobre la laboralidad de la prestación de servicios de alterne.

Opuesto a las expuestas denuncias jurídicas, la Entidad Mercantil "P., S.L." solicitó, en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, la confirmación en su integridad de la sentencia de la instancia.

SEGUNDO.- En cuanto a la infracción del artículo 2.p) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 146.c), la denuncia jurídica se argumenta sobre la obligación del juez de lo social de decidir, en los términos del artículo 149 de la Ley de Procedimiento

Laboral, sobre la laboralidad –o no- de la relación jurídica objeto de la actividad inspectora, sin poderse declarar incompetente cuando aprecie la no laboralidad, denuncia inacogible porque, aunque ciertamente la laboralidad –o no- de esa relación jurídica es el objeto litigioso, de donde, en una estricta técnica jurídica, el juzgador de instancia debió limitar su fallo a la declaración de no laboralidad, no se puede considerar, a juicio de la Sala, la existencia de una ilegalidad susceptible de justificar una denuncia jurídica en un recurso extraordinario, como es el de suplicación, por la circunstancia de que, en atención a la ausencia de laboralidad, se declare la incompetencia de la jurisdicción social, debiéndose así concluir que, por las razones expuestas, hacerlo de una u otra manera, en un supuesto como el de autos o en otro supuesto semejante, es una cuestión de estilo sin relevancia alguna en cuanto al sentido de la sentencia en relación con el objeto litigioso.

TERCERO.- En cuanto a la infracción de la jurisprudencia sobre la laboralidad de la prestación de servicios de alterne, la denuncia jurídica se argumenta sobre diversas sentencias dictadas, en la década de los setenta y en la década de los ochenta, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y que, con algunas variantes en el planteamiento de la cuestión, han tenido continuidad en la doctrina judicial. Pero, en el caso de autos, no estamos ante una situación de alterne, sino, como expresamente se afirma en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con evidente valor fáctico, ante una *"actividad (que) excede de la consecución de consumiciones"* –Fundamento de Derecho Cuarto-. Si estamos ante una situación de prostitución no existe, en modo alguno, una infracción de la jurisprudencia sobre la laboralidad de la prestación de servicios de alterne, de donde, en conclusión, la denuncia jurídica deberá ser rechazada.

A mayor abundamiento, debemos aclarar que, a juicio de la Sala, son totalmente compartibles los argumentos utilizados en la sentencia de instancia sobre la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución de la supuesta trabajadora al ser la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral. Pero es más –y aunque por la fecha de los hechos de autos no le sea aplicable a la sociedad limitada demandada-, actualmente sería un acto delictivo en la medida en que, siguiendo las tesis abolicionistas del Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 02.12.49, desde la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, modificadora del artículo 188 del Código Penal, resulta castigado *"el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma"*.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, debemos rechazar el recurso de suplicación y, en consecuencia, confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de 7 de mayo de 2004 del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, dictada en proceso de oficio donde se personó como parte la Entidad Mercantil "P., S.L.", la Sala la confirma íntegramente.

3994 Recurso nº 4.409/04

S.S. DETERMINACIÓN DO SALARIO REGULADOR EN PROCESO POR DESPEDIMENTO, SEN DESNATURALIZACIÓN DA ACCIÓN EXERCITADA POLO TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a diez de noviembre de dos mil cuatro

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. 4.409/2004 interpuesto por don E.C.L. y "N.X., S.A.", "I.X., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don E.C.L. en reclamación de despido siendo demandado empresas "N.X., S.A." e "I.X., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 501/04 sentencia con fecha 23.06.04 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 E.C.L., mayor d edad, con DNI nº …, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada "N.X., S.A.", con CIF …, dedicada a la actividad de mantenimiento industrial desde el 1 de setiembre de 1999, con categoría profesional de oficial de 2ª, y salario mensual de 1.052,97 euros, con prorrata de pagas extras. Segundo. El trabajador y la empresa suscribieron en fecha 1 de setiembre de 1999 un contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio determinado, que consignaba como objeto "Trabajos Mto. Precipitación". En fecha 15 de enero de 2002 la empresa comunicó a la actora que el 30 de enero de 2002 concluiría el contrato "por baja fin de obra". En fecha 1 de febrero de 2002 suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado, que consignaba como objeto "Mantenimiento mecánico planta Alumina contrato A77CEA2149. Tercero. El 1 de abril de 2004 la demandada "N.X., S.A." comunicó al actor que el 16 de abril de 2004 finalizaría el contrato que tenía suscrito con la empresa. El contenido de la comunicación es el siguiente: "Por la presente le comunicamos que debido a la finalización de la obra para la que fue contratado, el próximo día 16 de abril de 2004 finalizará el contrato laboral que tenemos con usted, por lo que ese mismo día será dado de baja en la empresa". Cuarto. El actor no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical de los trabajadores. Quinto. La dos empresas demandadas tienen como administrador único a don F.N.M., comparten el mismo teléfono y domicilio social en … (Lugo); "I.X., S.A." con CIF ..., fue constituida por don F.N.M., don J.B.M., don M.T.A., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M. y don A.N.M., siendo inscrita en el Registro mercantil el 03.11.89; "N.X., S.A.", fue constituida por don F.N.M., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M., don A.N.M., don J.B.M. y don M.T.A., siendo inscrita en el Registro mercantil el día 28.03.87. Ambas se dedican a la actividad económica de mantenimiento de instalaciones industriales como parte integrante de su objeto social. Sexto. Durante su relación laboral con "N.X., S.A.", el actor prestó servicios siempre en las instalaciones de la Empresa "A.E., S.A., A.E., S.A.", dedicada a la producción de aluminio con la que "N.X., S.A." tiene concretadas a lo largo del tiempo distintas contratas de trabajos de mantenimiento y montaje mecánico. Trabajo en los diferentes departamentos que se le indicaban, como los de digestión, torre de pasta o barros rojos y no solo en el de precipitación. Séptimo.- El 13 de mayo de 2004 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraxe e Conciliación de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, que concluyo como intentado sin avenencia respecto de "I.X., S.A.", y sin efecto respecto de "N.X., S.A."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por don E.C.L., debo declarar y declaro improcedente el despido del actor con efectos de fecha 16 de abril de 2004, y condeno de forma solidaria a las empresas demandadas "N.X., S.A." e "I.X., S.A." a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opten entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad de 7.303,1 euros y, en todo caso, a abonar al trabajador los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, en cuantía de 35,09 euros diarios, debiendo poner en conocimiento del Juzgado en el plazo antes dicho, si optan o no por la readmisión. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad que el Fondo de Garantía Salarial le corresponda asumir dentro de los límites legales.

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.- La sentencia de instancia, estimando la demanda formulada por don E.C.L., declaró improcedente el despido del actor con efectos de 16 de abril de 2004 y condeno solidariamente a las empresas demandadas "N.X., S.A." e "I.X., S.A." a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de dicha resolución, optasen entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle por la extinción de la relación laboral con la cantidad de 7.303,10 Euros y, en todo caso, a abonar al trabajador los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha

resolución en cuantía de 35,09 Euros diarios, debiendo poner en conocimiento del Juzgado en dicho plazo si optan o no por la readmisión, sin perjuicio de la responsabilidad que al Fondo de Garantía Salarial le corresponda asumir dentro de los límites legales y frente a dicha resolución se alzan en suplicación, así la parte actora como las empresas demandadas.

SEGUNDO.- La parte actora interpone su recurso en atención a dos motivos, en el primero de los cuales, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la revisión de los hechos declarados probados y en el segundo, con apoyo procesal correcto, denuncia la infracción, por interpretación errónea, de los artículos 55.3; 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 108 y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral y Jurisprudencia interpretativa, solicitando en el suplico del recurso que se revoque la sentencia de instancia "en el sentido de fijar como indemnización a abonar por las demandadas, con carácter solidario, la de 10.338,76 Euros y las condene asimismo a abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia a razón de 49,65 Euros diarios, confirmando íntegramente el resto de los pronunciamientos".

TERCERO.- En lo que atañe a la revisión fáctica, pretende la parte demandante que se modifique el hecho probado primero ofreciendo redacción alternativa del siguiente tenor: "El demandante don E.C.L., mayor de edad, provisto de DNI …, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada "N.X., S.A." con CIF …, dedicada a la actividad de mantenimiento industrial, desde el 1 de Septiembre de 1999, con la categoría profesional de Oficial de 2ª. El demandante cobró las siguientes cantidades, incluido el prorrateo de pagas extras, durante los últimos doce meses anteriores al despido:

Mensualidad	**Base de cotización**
Marzo 04	1.052,97
Febrero	041.102,94
Enero	041.343,65
Diciembre	03-1.441,99
Noviembre	031.106,54
Octubre	031.347,41
Septiembre	031.654,00
Agosto	031.329,09
Julio	031.683,83
Junio	031.322,27
Mayo	031.821,94
Abril	031.100,18
Marzo	031.567,69
Total año	17.874,50"

Apoya su pretensión de modificación en la documental de los folios 133 a 148 de autos, en los que se plasman las nóminas del trabajador relativas a los meses de referencia, siendo así que al apoyarse en documental hábil, deviniendo trascendente para la sustanciación del presente recurso, ha de accederse a la revisión auspiciada por el trabajador demandante, si bien en parte pues, entiende la Sala, que los doce meses anteriores al despido del actor no incluyen el mes de marzo de 2003, con lo que la cantidad relativa a "Total año" será, s.e.u.o., la de 16.306,81 Euros que es la que habrá de constar en el hecho probado, que, en consecuencia quedará redactado como sigue: "El demandante don E.C.L., mayor de edad, provisto de DNI …, ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada "N.X., S.A." con CIF …, dedicada a la actividad de mantenimiento industrial, desde el 1 de septiembre de 1999, con la categoría profesional de Oficial de 2ª. El demandante cobró las siguientes cantidades, incluido el prorrateo de pagas extras, durante los últimos doce meses anteriores al despido:

Mensualidad	**Base de cotización**
Marzo	04 1.052,97
Febrero	041.102,94
Enero	04-1.343,65
Diciembre	031.441,99
Noviembre	031.106,54
Octubre	031.347,41
Septiembre	031.654,00
Agosto	031.329,09
Julio	031.683,8
Junio	03-1.322,27
Mayo	031.821,94
Abril	03-1.100,18
Total año	16.306,81"

CUARTO.- En sede jurídica, denuncia el demandante la vulneración de lo dispuesto en los artículos 55.3 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como de los artículos 108 y 10 de la Ley de Procedimiento Laboral y Jurisprudencia a que se refirió.

Arguye, en síntesis, que "la posibilidad de fijación del salario regulador del despido no queda reducida a los supuestos de percepción inferior al salario mínimo ni a los de reducción unilateral por parte del empresario, sino también a aquellos supuestos en los que la retribución del trabajador es irregular como en el presente caso en donde deberá procederse al análisis de la media percibida en los últimos doce meses".

Ha de acogerse la censura jurídica a que se contrae el motivo segundo del recurso pues, como ha venido estableciendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, "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", Sentencias, entre otras de 25.02.93 que cita las de 07.12.90 y de 10.12.86 y 03.01.91, sin soslayar que, como se desprende de diversas resoluciones de los Tribunales, por todas la Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 18.11.02 en la que se cita la de 18.11.96 del propio Tribunal, "cuando las percepciones no son uniformes mensualmente para soslayar los beneficios o perjuicios que para cada una de las partes pueda suponer el tener en cuenta únicamente las percepciones en el mes más próximo a la fecha del despido, se debe apreciar la media en la anualidad anterior, o en el tiempo de la prestación de servicios si este es inferior al año", de manera que concurriendo, en el presente supuesto, la circunstancia de que los salarios del actor durante el último año han variado mensualmente en función de la cuantía de determinados conceptos salariales, deviene procedente acoger la pretensión del actor de que se fije el salario regulador del despido en atención a la suma que alcance las retribuciones del año anterior al despido, siendo así que, a tenor de lo contemplado en el modificado ordinal primero de la resolución "a quo", la suma total de los salarios de los doce últimos meses asciende a 16,306,81 Euros, lo que determina una promedio mensual de 1.358,90 Euros y un salario diario de 45,30 Euros, y todo ello conlleva que, s.e.u.o., la indemnización quedará fijada en la suma de 9.513 Euros.

QUINTO.- Las mercantiles demandadas, por su parte, interponen recurso de suplicación, articulándolo en atención a dos motivos, el primero de los cuales dedican a la revisión de los hechos probados y el segundo al examen de la normativa aplicada en la resolución de instancia.

Por lo que atañe al motivo primero cabe señalar que, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesan, en un primer apartado, la modificación del ordinal primero, ofreciendo redacción alternativa del siguiente tenor: "El demandante don E.C.L., mayor de edad, con DNI nº …, prestó servicios para la empresa "N.X., S.A." con CIF …, dedicada a la actividad de mantenimiento industrial, desde el 1 de septiembre de 1999 a 30 de enero de 2002. Prestó servicios para "N.X., S.A." de 1 de febrero de 2002 a 16 de abril del 2004. La categoría profesional es la de oficial 2º y el salario mensual de 1.052,97 Euros con prorrata de pagas extras", apoyando su pretensión de revisión en la documental de los folios 128, vida laboral del demandante; folios 29, 37, 38 y 245, contratos de trabajo y notificación de fin de contrato.

Por más que la documental invocada no pone de relieve la concurrencia de error del Juzgador de instancia que justificase la revisión, lo que sería determinante para el éxito de la modificación pretendida dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación, no puede soslayarse que, como afirman las propias recurrentes, en los ordinales segundo y tercero, cuya modificación no solicitan, se hace referencia a las circunstancias que pretenden incorporar al hecho probado en cuestión que, en atención a lo resuelto al sustanciar el recurso de la parte actora, debe quedar fijado según la redacción "ut supra" reseñada en el fundamento jurídico tercero de esta propia sentencia, al que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

SEXTO.- En el apartado segundo del motivo primero, con el mismo amparo procesal, pretende la parte demandada recurrente que se redacte el hecho probado quinto de la forma literal siguiente: "Las dos empresas demandadas tienen como administrador único a D. Francisco "N.X., S.A.", comparten el mismo teléfono y domicilio social en … (Lugo); "I.X., S.A." con CIF A-27112317 fue

constituida por don F.N.M., don J.B.M., don M.T.A., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M. y don A.N.M., siendo inscrita en el Registro mercantil el 03.11.89; "N.X., S.A.", fue constituida por don F.N.M., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M., don A.N.M., don J.B.M. y don M.T.A., siendo inscrita en el Registro Mercantil el día 28.03.87. "N.X., S.A." se dedica a la actividad de Contratación de obras y servicios de mantenimiento y obra nueva en instalaciones industriales. "I.X., S.A." se dedica a la actividad de Trabajos de Limpieza, pintura y mantenimiento de obras civiles. Trabajos de carga y descarga y reparación de mercancías", invocando en pro de sus intereses la documental de los folios 197 a 208 en los que se plasma la resolución de esta propia Sala de fecha 14.09.02, siendo así que, con independencia del valor que pudiera adjudicársele en el ámbito de lo estrictamente jurídico, es lo cierto que la prueba que invoca en apoyo de la pretensión de revisión concerniente al referido hecho probado quinto, no deviene hábil y asaz a tal efecto, como se desprende de diversas y reiteradas resoluciones de los Tribunal Supremo16 febrero 1966 y 2 enero 1976, entre otras, las de los hechos declarados probados en un proceso no extienden su eficacia fuera del mismo para el que son únicamente válidos, pues los medios aportados en proceso anterior, pueden reflejar una realidad no acreditada en la contienda posterior, o se pueden haber aportado pruebas distintas, ni aun en el supuesto de que se trate de procesos entre las mismas partes contendientes, de manera que ha de permanecer inalterado el hecho probado quinto de la resolución "a quo" donde se expresa lo siguiente: ""Las dos empresas demandadas tienen como administrador único a don F.N.M., comparten el mismo teléfono y domicilio social en … (Lugo); "I.X., S.A." con CIF … fue constituida por don F.N.M., don J.B.M., don M.T.A., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M. y don A.N.M., siendo inscrita en el Registro mercantil el 03.11.89; "N.X., S.A.", fue constituida por don F.N.M., don F.N.M., don L.N.M., doña C.N.M., don A.N.M., don J.B.M. y don M.T.A., siendo inscrita en el Registro Mercantil el día 28.03.87. Ambas se dedican a la actividad económica de mantenimiento de instalaciones industriales como parte integrante de su objeto social".

SEPTIMO.- Integrando el primer apartado del motivo segundo, dedicado a la censura jurídica, las mercantiles demandadas denuncian la violación de la doctrina Jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse por responsabilidad solidaria del grupo empresarial a efectos laborales, invocando las sentencias del Tribunal Supremo de 30.01 y 17.05.90; 30.06.93 y de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31.10.06 y 14.09.02.

No ha de tener éxito el referido motivo de censura jurídica pues, aún siendo inconcuso que la mera existencia de una dirección unitaria de varias empresas no determina la concurrencia de grupo empresarial a efectos laborales, no es menos cierto que la resolución de esta propia Sala de 14.09.02, cuya firmeza le consta a este Tribunal por obvias razones, dejó patente y acreditado que las empresas "N.X., S.A." e "I.X., S.A.", tienen los mismos socios y el mismo único Administrador, comparten domicilio social, tienen actividades comunes e incluso compartieron, a lo largo del tiempo, contratas de mantenimiento con la mercantil "A.E., S.A. – A.E., S.A", aseverando, la citada resolución, que "se llega a la misma conclusión que la que propone la Juez a quo relativa a que no solo existía entre las empresas "N.X., S.A." e "I.X., S.A." un grupo empresarial en cuanto tenían una dirección unitaria sino también que había en su relación el plus necesario para llegar a la conclusión de que la responsabilidad por las obligaciones de cada una de ellas era común, pues, según se desprende de los datos fácticos expuestos, existía entre ellas confusión de plantillas…confusión de patrimonios, los socios eran los mismos…incluso, compartían local social y teléfono y unidad de dirección, el administrador único era el mismo en ambas", siendo así que el contenido de los ordinales que constituyen el relato histórico de la sentencia aquí impugnada, en atención a la actividad probatoria llevada a cabo en autos, refrenda la consideración recogida en la sentencia de esta Sala antes referida, en orden a la existencia de un grupo empresarial a efectos laborales entre las empresas demandadas, a lo que no es óbice que, en el presente supuesto, desde un plano meramente formalista el trabajador hubiese suscrito contrato laboral con una de las mercantiles demandadas, a la sazón, "N.X., S.A.", habida cuenta de la concurrencia de las circunstancias antes reseñadas, sin que dichas mercantiles hayan logrado desvirtuar tal consideración en el recurso articulado frente a la resolución de instancia.

OCTAVO.- En el apartado segundo del motivo segundo del recurso, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte demanda la infracción, por indebida aplicación, de lo dispuesto en los artículos 55.4 y 56.1.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores, así como la infracción, por no aplicación, del artículo 49.3 (sic) del Estatuto de los Trabajadores, arguyen-

do, en esencia, que "no existe despido improcedente por cuanto ambos contratos de trabajo celebrados con "N.X., S.A." lo son para obra o servicio determinado, concretándose la obra objeto del contrato y extinguiéndose, cada uno de ellos, cuando finalizó la obra".

La propia suerte desestimatoria que el apartado anterior debe correr el de censura jurídica que nos ocupa y es que, sin soslayar que de reiterada del Tribunal Supremo, recogida entre otras en sentencia de 17.03.98; 21.03.02 y 22.04.02, se desprende 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, consideración a la que no es óbice la concurrencia de novaciones aparentes a través de nuevos contratos temporales, máxime en casos en que la interrupción entre uno y otro contratos no alcanza el período de veinte días, en que el trabajador pudo reclamar el despido, y asimismo, es dado colegir de la doctrina Jurisprudencial, en supuestos relativos a contratos temporales sucesivos, no es correcto ceñirse al examen del último de ellos, sino que la irregularidad que presente el que inicie la serie de los suscritos entre la empresa y el trabajado lleva aparejado la consecuencia de que el contrato sea, desde su origen, indefinido y por ende la nulidad de todos los contratos temporales celebrados con posterioridad y de considerar tiempo de servicio, del artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, a efectos indemnizatorios, todo el período trabajado, debemos, asimismo, tener presente que, siendo característica sustancial del contrato para obra o servicio determinado el que la actividad a realizar obedece a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, no cabe acudir a tal modalidad contractual para la ejecución de trabajos de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que se integren en la actividad ordinaria de la empresa, ni tampoco se ajusta a la normativa la contratación para obra o servicio determinado en la que no se especifique e identifique, en grado asaz, la obra o servicio que constituya el objeto del mismo, pues la insuficiente identificación o falta de claridad y precisión de la misma, colocaría al trabajador en situación de indefensión ante una extinción del contrato por supuesta terminación de la obra en tanto que dejaría en manos de la empresa la decisión de considerar finalizada la actividad, siendo así que, en aplicación de la doctrina antedicha, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, cabe considerar, en relación con la convención suscrita por las partes en el mes de Septiembre de 1999 que no se identificó con la claridad, precisión y firmeza exigibles, cual fuese el objeto del contrato, sin que la consignación de "Trabajos Mto. Precipitación" constituya bagaje asaz para entender cumplida tal exigencia, a lo que cabe añadir que, según resulta del relato histórico de la resolución impugnada, el actor "trabajó en los diferentes departamentos que se le indicaban, como los de digestión, torre de pasta o barros rojos y no solo en el de precipitación", lo cual determina la consideración de que el contrato fue en fraude de Ley y la relación laboral devino indefinida y, a su vez, la nulidad de la posterior contratación temporal efectuada en 01.02.02, por lo que, en consecuencia, la extinción de la relación laboral llevada a cabo por la empresa en 16.04.04, tal como ya señala la sentencia de instancia, constituye un despido improcedente, con las consecuencias inherentes a tal declaración.

NOVENO.- En atención a lo hasta ahora expuesto, deviene procedente acoger, si bien en parte, el recurso de suplicación articulado por el demandante y desestimar el recurso interpuesto por la parte demandada, a la que se impone el abono de las costas del recurso que incluirán los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante en la cuantía de 300 Euros.

En consecuencia,

Fallamos

Estimando en parte el recurso de suplicación articulado por don E.C.L. y desestimando el interpuesto por "N.X., S.A." e "I.X., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, de fecha 23 de junio de 2004, en autos nº 501/04, sobre despido, instados por don E.C.L. frente a "N.X., S.A." e "I.X., S.A.", declaramos que la indemnización derivada del despido improcedente de que fue objeto el demandante asciende a la suma de 9.513 Euros y el salario diario, a efectos del cálculo de los salarios de trámite, se fija en 45,30 Euros, debiendo optar la parte demandada, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución entre la readmisión del demandante en su puesto de trabajo o la indemnización con extinción de la relación laboral, confirmando en lo demás la resolución de instancia.

3995 **Recurso nº 1.869/04**

S.S. GRUPO DE EMPRESAS E COMUNICACIÓN DE RESPONSABILIDADES: CONFUSIÓN DE CADROS DE PERSOAL, APARENCIA EXTERNA, CAIXA ÚNICA E DIRECCIÓN E ACCIONARIADO COMÚNS. CÓMPUTO DE TRABALLADORES AO OBXECTO DA ESIXENCIA DE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPREGO. NÚMERO DE TRABALLADORES E RESPONSABILIDADE DIRECTA DO FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a doce de noviembre de dos mil cuatro

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. 1.869/04 interpuesto por HANAFESA 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 la Delegación Provincial de Trabajo de la Consellería De Asuntos Sociales de Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia y seis trabajadores coadyuvantes con la Autoridad Laboral, don A.F.V., don J.C.O., don C.E.P., don A.J.M.N., don V.M.F.L. y don J.F.R. en reclamación de Demanda de Oficio, siendo demandado las empresas HANAFESA, intervención legal de la suspensión de pagos de la empresa HANAFESA, "T., S.L.", "F.J., S.L." y veinte trabajadores incluidos en el Expediente de Regulación de Empleo nº 60/03 en las personas de doña M.C.R.G., doña M.A.B.P., don J.A.P.R., don J.J.R.P., doña M.I.L.E., don S.G.A., don S.P.R., don A.S.S., don G.C.C., don J.R.D.C., don D.N.C., don M.M.A., don J.A.N.C., don F.J.L.F., don J.M.L.M., don C.R.F.L., don M.A.F.G., don L.V.C.B., don J.T.R., don J.J.B.R., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 433/03 sentencia con fecha nueve de octubre 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 Registro Mercantil de La Coruña emitió nota informativa simple y de los Estatutos de la Sociedad HANAFESA en la que constan los siguientes extremos: "a) Datos Registrales: La Sociedad HANAFESA figura inscrita en la hoja C 6.974, tomo 1.268, folio 136, NIF …, con domicilio social en Lugar de … Ferrol, A Coruña, fecha inicio de las operaciones 14.01.80 b) Objeto social: 1.- La explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación buques. 2.- La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título. c) El capital social de la citada sociedad es de 180.300 euros ó 30 millones de pts, distribuidos en tres mil acciones nominativas, por importe cada una de 10.000 pts, entre tres socios: don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.B.P. d) Domicilio social: se fija en Ferrol, cambiándose posteriormente a … Narón. e) Órganos de Administración: el Consejo de Administración está formado por L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.B.P., Administrador Único don J.B.P., nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 3 de mayo de 2002 y siendo apoderados del mismo L.S.B.V., don J.B.P., doña M.C.R.G. y don A.L.V." SEGUNDO.- Asimismo, según nota informativa simple del Registro Mercantil de A Coruña, y los Estatutos de la Sociedad "T., S.L." obrantes a autos, constan los siguientes datos: "a) Datos registrales: La Sociedad "T., S.L." figura inscrita a la hoja C 6.986, tomo 1.268, folio 186, NIF …, inicio de operaciones 28.12.79 b) Objeto social: 1.- Construcciones, montajes e instalaciones navales e industriales así como la fabricación y compraventa de los utensilios y elementos correspondientes. 2.- La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título. c) El capital social de la citada sociedad es de 2.000.000 pts

divididas en 400 participaciones sociales de 5.000 pts cada una, distribuidos entre dos socios: don J.B.P. y don A.V.M., cada uno con doscientas participaciones sociales. d) Domicilio social: se fija en Narón. e) Órganos de Administración: el Consejo de Administración está formado por L.S.B.V., Presidente, su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.B.P., Administrador Único don J.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 30 de mayo de 1998 y siendo apoderados del mismo don J.B.P., doña M.C.R.G., y L.S.B.V." TERCERO.- Según Nota Informativa del Registro Mercantil de A Coruña y los Estatutos de la Sociedad obrantes a autos, en relación a la Sociedad "F.J., S.L.", constan los siguientes datos: "a) Datos registrales: "F.J., S.L.", inscrita a la hoja C 9.860, tomo 1.391, folio 137, NIF …, fecha de inicio de las operaciones 10.02.89. b) Objeto social: explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación de buques y asimismo, cualquier otra actividad de lícito comercio relacionada con las anteriores que se acuerde ejercer por la Junta General. c) El capital social inicial de la citada sociedad cuando tenía la forma S.A., era de 400.000 pts, divididas en 400 acciones siendo socios iniciales don J.A.R.G. (100 acciones), L.S.B.V. (100 acciones) y don R.P.M. (200 acciones). En fecha 02.12.92 la citada S.A. se transformó en S.L., siendo nuevos socios L.S.B.V., con 398 participaciones, don J.B.P., 1 participación, y doña A.B.P. 1 participación. d) Domicilio social: se fija en …, Ferrol, A Coruña. e) Órganos de Administración: el Consejo de Administración está formado por L.S.B.V., Presidente, su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.B.P., Administrador Único don J.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 05.11.00 y siendo apoderados del mismo L.S.B.V., don J.B.P., don A.L.V. y doña M.C.R.G." CUARTO.- En fechas 12.06.03, 13.06.03 y 16.06.03, la Empresa HANAFESA, entregó a los trabajadores coadyuvantes con la Autoridad laboral don A.F.V., don J.F.R., don V.M.F.L., don A.J.M.N. y don C.E.P., cartas de despido objetivo de fechas 12, 13 y 16.06.03, del tenor literal siguiente: "Lamentamos el tener que comunicarle que esta empresa, con base en causas objetivas (fundamentalmente económicas, según informe que ponemos a su disposición), además de tener solicitado del Juzgado correspondiente la suspensión de pagos, se ve obligada a extinguir su con trato de trabajo, con efectos del día de hoy. Tal decisión extintiva se fundamenta jurídicamente en lo establecido en el art. 52.c del R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (Ley del E.T.), en conexión con el art. 51.1 y 53 del mismo Texto legal. Las graves dificultades de tesorería nos impide simultanear el pago de la indemnización legal que a Vd. Le corresponde, lo cual somos los primeros en lamentar, aunque entendemos que tal indemnización podrá cobrara del FOGASA, a tenor de lo que se dispone en el art. 33 antes mencionados del RDL. Así mismo con la presente se le facilita documentación necesaria para que pueda solicitar del INEM prestaciones por desempleo, lo que deberá hacer dentro del plazo de 15 días a contar desde hoy. Por último se le informa que sin no estuviere conforme con nuestra decisión dispone de 20 días hábiles para reclamar judicialmente contra la misma." QUINTO.- La Empresa HANAFESA presentó en fecha 14.06.03 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Ferrol, solicitud de declaración de expediente de suspensión de pagos que fue admitido trámite por dicho Juzgado, dictándose proveído en fecha 14.06.03 en el cual se designaba como interventores Judiciales a don A.S.C. y don E.G.P. SEXTO.- La Empresa HANAFESA presentó en fecha 26.06.03, ante la Delegación Provincial, de la Consellería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales, de la Xunta de Galicia, escrito de solicitud, en el cual se solicitaba Expediente de Regulación de Empleo que fue registrado con el nº 60/03 en el cual se solicitaba la autorización para la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de la Empresa HANAFESA, un total de 21 trabajadores, con efectos de la fecha del posible acuerdo, con el se cierre el periodo de consultas y subsidiariamente con efectos del 30.06.03, adjuntando la memoria económica explicativa de la razones económicas invocadas para la extinción de dichos contratos. SEPTIMO.- En la memoria económica aporta por la Empresa HANAFESA en el Expediente de Regulación de Empleo 60/03 constan lo siguientes datos:

AÑO	ACTIVO	PASIVO	RESULTADO
1999	666.500.621 Ptas.	661.327.887 Ptas.	+5.172.734 Ptas.
2000	726.116.996 Ptas.	717.491.783 Ptas.	+8.625.213 Ptas.
2001	5.800.809,56 €	5.780.829,41 €	+19.980,15 €

OCTAVO.- En fecha 26.06.03, se abrió el periodo preceptivo de consultas del E.R.E. nº 60/03, solicitándose por la Autoridad laboral el preceptivo informe del Delegado Sindical y fijándose como días de reunión los días del 27 a 30 del mes, el cual emitió el informe

preceptivo, señalándose para una reunión final el día 30.06.03. NOVENO.- En fecha 26.06.03 la Empresa HANAFESA, previó requerimiento de la Autoridad laboral, remitió a ésta relación nominal de trabajadores afectados e incluidos en el E.R.E. nº 60/03 correspondientes a la citada Empresa en el Centro de trabajo de Ferrol y que tienen la antigüedad, categoría y salarios siguientes:

Nombre	Antigüedad	Categoría	Salario
M.C.R.G.	18.11.91	Tec.Grado Superior	1.176,76
A.B.P.	04.07.01	Aux. Administrativa	813,94
J.A.P.R.	03.04.01	Tec. Ofic. 2ª	841,41
J.J.R.P.	01.07.71	Jefe Taller	1.287,62
M.I.L.E.	01.08.99	Ofic. 2ª Administrat.	851,58
A.S.G.	01.10.00	Tec. Grado Medio	1.066,17
S.P.R.	18.11.02	Peón Especialista	825,84
A.S.S.	01.01.03	Oficial 2ª	837,45
G.C.C.	18.06.62	Maestro	1.233,91
J.R.D.C.	01.12.98	Oficial 3ª	854,62
D.N.C.	04.11.02	Oficial 3ª	828,55
M.M.A.	14.11.01	Oficial 3ª	817,05
J.A.N.C.	13.04.98	Encargado	745,36
F.J.L.F.	20.01.03	Oficial 2ª	837,38
J.M.L.M.	16.12.02	Oficial 1ª	864,23
C.R.F.L.	20.01.03	Oficial 2ª	837,45
M.A.F.G.	14.06.01	Oficial 1ª	833,23
L.V.C.B.	20.11.01	Oficial 3ª	818,54
J.T.R.	26.05.71	Encargado	1.176,62
J.J.B.R.	18.10.01	Oficial 3ª	838,63
G.D.D.	10.05.82	Oficial 2ª	971,25

DECIMO.- La empresa HANAFESA a fecha 31.05.03, tenía una plantilla total, según certificación de vida laboral de la T.G.S.S. y los TC1 TC2 de la Seguridad Social 74 trabajadores, de los cuales estaban destinados 56 en Ferrol y 18 en Asturias desplazados. UNDECIMO.- En dicho ERE 60/03 se abrió el preceptivo periodo de consultas señalándose reuniones para los días 26, 27, 28, 29 y 30 de junio del 2003, levantándose acta final en fecha 30 de junio del 2003, en la cual, se hacía constar lo siguiente: *"Se abre la negociación por la parte social, la que insiste en requerir a la empresa para que ésta haga lo posible por pagar a cada trabajador afectado el importe de la indemnización legal.*

Por la representación empresarial, acompañada del Interventor Judicial de la suspensión de pagos, se promete hacer todo lo posible en ese sentido, si bien, sometiéndose a lo que la ley prevé con respecto a los acreedores en los expedientes judiciales de suspensión de pagos. A continuación, por ambas partes se insiste en repetir puntualizaciones hechas en las dos reuniones anteriores, pasándose, finalmente, a concretar que la empresa satisfará los salarios hasta el día de hoy, treinta de junio, y que se solicitará, por ambas partes que las prestaciones de desempleo puedan devengarse desde el día uno del próximo mes de julio. La empresa también promete que, aunque por falta de liquidez no pueda pagarlos, facilitará a cada trabajador los dos últimos recibos de salarios incluido el salario y finiquito. Llegados a este punto del periodo de consultas las partes llegan al acuerdo de aceptar las extinciones contractuales con fecha treinta del actual mes de junio y las indemnizaciones de 20 días por año para cada trabajador. Y en prueba de conformidad y ACUERDO entre las partes, suscriben y firman la presente acta en la localidad y fecha al principio indicadas, cuando son las diez y veinte minutos, firmando también, además del delegado de personal los veinte trabajadores afectados". DUODECIMO.- En fecha 7 de julio del 2003, la trabajadora doña M.I.L.E., con DNI ..., incluida en el expediente de regulación de extinción contractual nº 60/03, que no había dado inicialmente su conformidad al acuerdo suscrito en fecha 30.06.03, se adhirió al citado acuerdo dando su conformidad expresa al mismo por escrito. DECIMOTERCERO.- En fecha 4 de julio del 2003, los seis trabajadores que habían sido objeto del despidos objetivos entre los días 12, 13 y 16 de junio del 2003 don A.F.V., don J.C.O., don C.E.P., don A.J.M.N., don V.M.F.L. y don J.F.R., comparecieron ante la Delegación de Trabajo y presentaron escrito en el cual, señalaban que por entender que existían indicios de fraude de ley y posible abuso de derecho, en la conclusión del acuerdo final del ERE, de fecha 30.06.03 manifestaron lo siguiente: 1º.- HANAFESA manifiesta disponer a principios de este año 2003, de una plantilla en conjunto a los 90 trabajadores. 2º.- Algunos de ellos con contratos de duración determinada fraudulentos, por lo que actualmente se siguen procesos judiciales por DESPIDO por ante el S.M.A.C. y Juzgados de lo Social de Ferrol. 3º.- A otros trabajadores de

HANAFESA se les ofreció pasar voluntariamente para otras empresas del grupo, desconocemos en que condiciones, deudas, antigüedad, etc. 4º. No entendemos aquí, nuestras sospechas e indicios, en despedirnos a nosotros 6, cuando menos –desconocemos si hay mas despidos iguales a los nuestros- vía despido objetivo directo, art. 52.c) del E.T. y a otros 20 compañeros, al mismo tiempo y o con escasos días de diferencia, acudiendo al expediente administrativo vía art. 51 del E.T. Siendo que lo lógico, legal y correcto, en su caso, sería incluirnos a todos en el expediente administrativo, pues como señala el art. 52 del E.T. "in fine". "Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior a lo establecido en el art. 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo". 5º. Como quiera que la empresa dispersa de modos diversos la plantilla, para aparecer solicitando autorización para extinguir las relaciones laborales con menos de 25 trabajadores, nos resulta sospechoso de fraude y abuso de derecho y lo que nos motiva a ponerlo en conocimiento de la Autoridad Laboral a los efectos oportunos. Por ello solicitamos a la Delegación Provincial de la Consellería que, luego de presentado este escrito, en unión de la documentación referida que al mismo se adjunta, se sirva admitirlo, por efectuadas las manifestaciones que contiene y, en su virtud, si así lo considera oportuno y conveniente –en su caso previo traslado del presente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a FOGASA-, se remite el expediente, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. DECIMOCUARTO.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de La Coruña, emitió informe en fecha 7 de julio del 2003, en el que se hace constar lo siguiente: "En relación con la solicitud de autorización presentada por la empresa HANAFESA para proceder a la extinción de relaciones laborales con veinte trabajadores de su plantilla, se llevó a cabo actuación inspectora en fecha 4 de julio del 2003, manteniéndose entrevista con don J.B.P., administrador de la empresa, y don G.D., representante legal de los trabajadores. Así mismo, se examinó la documentación obrante en el expediente. De las actuaciones practicadas se pudo concluir que la empresa de referencia se constituyó en el año 1950, dedicada a la habilitación naval, es decir, terminación de buques. Ha desarrollado su actividad preferentemente para el actual Grupo IZAR (anteriormente, ASTANO y BAZAN). Según la memoria explicativa que acompaña a la solicitud, también ha prestado servicios para otras empresas del sector, viéndose afectada por los impagos de estas (INDUNOR y ASTAFERSA). A consecuencia de estos impagos, se ha reducido sustancialmente la actividad encomendada por el grupo IZAR. Por estas circunstancias, la empresa en junio de 2003 presenta solicitud de suspensión de pagos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Ferrol, que por providencia de 14 de junio resuelve dicha solicitud, y decreta la intervención judicial de la empresa. La empresa aporta junto con la solicitud de autorización del expediente las cuentas y balances de los ejercicios 1999, 2000 y 2001. Se hace constar que no se aportan las cuentas y balances del año 2002. Examinadas las mismas no se concluye la existencia de pérdidas en los ejercicios aportados, si bien existe una disminución de los beneficios. En las memorias que acompañan a los balances se hace referencia a la situación de "empresas del grupo y asociadas", puesto que HANAFESA ha venido desempeñando su actividad a través de uniones temporales de empresas, y posee participación directa en otras sociedades. Con fecha 7 de julio se recibe en esta Inspección el escrito remitido a la Autoridad Laboral por seis trabajadores de la empresa, que muestran su disconformidad con el expediente. Con fechas 12, 13 y 16 de junio la empresa comunica a estos seis trabajadores la extinción de su contrato, entendiéndose que en base a lo dispuesto en el art. 51 del RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 29), deberían haber estado incluidos en el expediente. Por lo expuesto se concluye que, si bien existe un acta de acuerdo suscrita entre el representante de la empresa y el de los trabajadores, a juicio de la Inspectora que suscribe la documentación aportada es insuficiente para acreditar la causa alegada, ya que no figuran las cuentas y balances del año 2002, en los balances de los tres anteriores ejercicios no se constata la existencia de pérdidas, y en todo caso, cabe la posibilidad de que la empresa solicitante forme parte de un Grupo, en cuyo caso sería necesario examinar la documentación de este". DECIMOQUINTO.- Del escrito inicial de los denunciantes se dio traslado por la Delegación Provincial de Trabajo a la empresa HANAFESA, la cual, en fecha 09.07.03 junto con el Interventor Judicial, don E.G.P., realizó escrito de alegaciones en el cual se hace constar lo siguiente: "1ª. En segundo lugar, que los repetidos seis ex trabajadores están faltos de legitimación activa para

intervenir en este expediente por varias razones: 1) porque no están afectados por el mismo; 2) porque sus contratos han sido extinguidos, unos con fecha doce como otros con fecha trece y otros con fecha dieciséis del pasado mes de junio, con fundamento en el art. 52.c) del Estatuto de los trabajadores; 3) porque no quisieron figurar en el mencionado expediente de regulación, sino que prefirieron las cartas de extinción contractual por causas objetivas, y 4) porque tampoco quisieron aceptar ofertas de trabajo en empresas afines, con las que se mantienen buenas relaciones y la posibilidad de un contrato por tiempo indefinido. 3ª. Tampoco es cierto que a los trabajadores que se les ofreció encontrarles trabajo en otras empresas no se supiese en que condiciones. Pues a todos, sin excepción, se les dijo que se les buscaría trabajo, con contrato a tiempo indefinido en diversas empresas. Tan sólo veinte trabajadores prefirieron ser regulados, por diversas circunstancias personales, y los seis ex trabajadores a que se viene haciendo referencia ni quisieron una cosa ni la otra. Tan sólo se inclinaron por la opción de recibir la carta de extinción contractual por causas objetivas, y habida cuenta de que estaban por debajo del umbral de diez. 4ª. También me parece oportuno recordar aquí que tanto a estos seis ex trabajadores como a los veinte afectados por el expediente, como al resto, se les aclaró que la grave crisis de HANAFESA y el criterio negativo de los analistas no le auguraba a éste ninguna viabilidad. Y que, por tanto, habida cuenta de los salarios que hasta la fecha les adeudaba, así como de la total falta de trabajo u ocupación y de que mucho menos iba a poder satisfacer salarios que fuese devengando, la mejor y única solución era tramitar lo necesario para poder percibir las prestaciones de desempleo. 5ª. Así lo comprendió la totalidad de los veinte trabajadores afectados, lo que les llevó a aceptar voluntaria y razonablemente dicho expediente. SUPLICA: Que teniendo por recibido el presente escrito, dentro de tipo y forma, me sea admitida a trámite, y en definitiva, estimado en el sentido de continuar la tramitación del expediente de regulación de empleo nº 60/03, autorizando la extinción de los contratos de trabajo de los veinte trabajadores afectados que están en perfecto acuerdo de que así sea". DECIMOSEXTO.- En fecha 09.07.03, la Autoridad Laboral dictó resolución en el E.R.E. n 60/03, en cuya parte dispositiva se hacía constar lo siguiente: "De lo que antecede, y en concreto de que el expediente no afecta realmente a la totalidad de la plantilla (21), si no a 20 trabajadores, excluyéndose a uno que es el Delegado de Personal (don G.D.D.), y que previamente a su presentación, se procedió al despido objetivo de 6 trabajadores, quedando reducida la plantilla a menos de veinticinco trabajadores, con la repercusión que ello pudiera tener para el Fondo de Garantía Salarial en el costo de las indemnizaciones (art. 33.8 del E. T.), y que cabe la posibilidad de que a empresa forme parte de un Grupo, con la consiguiente alteración de las relaciones laborales y sus consecuencias económicas, obliga a esta Delegación Provincial a apreciar que pudiera existir fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del Acuerdo suscrito, se remite por ello el citado expediente a los fines legalmente previstos. Se suspende la resolución del expediente hasta que se dicte sentencia por ese Juzgado, rogando se notifique a esta Delegación Provincial, con el fin de resolver lo que en derecho proceda". DECIMOSEPTIMO.- El administrador único de las empresas codemandadas HANAFESA, "T., S.L." y "F.J., S.L.", don J.B.P., manifestó en confesión judicial que el Delegado Sindical de HANAFESA, don G.D.D. no está incluido en el ERE 60/03 porque causó baja voluntaria en la empresas HANAFESA pasando a ser contratado por la empresa "T., S.L." DECIMOCTAVO.- La empresa HANAFESA, se dedica a la actividad de Habilitación Naval de Buques, Carpintería, Ebanistería, se rige por el sector de empresas siderometalúrgicas, BOE 07.03.03 de la provincia de La Coruña y contaba a fecha 31.05.03 en Ferrol con una plantilla total de 74 trabajadores, de los cuales 56 estaban destinados en Ferrol y 18 desplazados en Asturias. DECIMONOVENO.- Las empresas "T., S.L." y "F.J., S.L.", se dedican a la actividad de construcciones, montajes e instalaciones navales e industriales y a la explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación de buques, y se rigen por el convenio del sector industrial de siderometalúrgicas BOE 07.03.03, "T., S.L." tenía a fecha 31.05.03 una plantilla de 24 trabajadores y "F.J., S.L." a fecha 31.05.03 12 trabajadores. VIGESIMO.- En fecha 31.07.03 la Empresa HANAFESA remitió a la Autoridad Laboral, comunicación en la que se hacía constar que de los 20 trabajadores incluidos inicialmente en el Expediente de Regulación de Empleo 60/03, diez trabajadores habían solicitado la baja voluntaria en la Empresa HANAFESA con motivo de haberse surgido un

contrato de trabajo con otras mercantiles, siendo los interesados los siguientes:

NOMBRE	ANTIGÜEDAD	CATEGORIA	SALARIO €
S.P.R.	18.11.02	Peón Espec.	825,84
A.S.S.	01.01.03	Oficial 2ª	837,45
D.N.C.	04.11.02	Oficial 3ª	828,55
C.R.F.L.	20.01.03	Oficial 2ª	837,45
F.J.L.F.	20.01.03	Oficial 2ª	837,38
J.M.L.M.	16.12.02	Oficial 1ª	864,23
M.M.A.	14.11.01	Oficial 3ª	817,05
M.A.F.G.	14.06.01	Oficial 1ª	833,23
L.V.C.B.	20.11.01	Oficial 3ª	818,54
J.J.B.R.	18.10.01	Oficial 3ª	838,63

VIGESIMOPRIMERO.- La Empresa HANAFESA tiene centro de trabajo y domicilio en una nave industrial situada en …, Narón, A Coruña.

La Empresa "T., S.L." tiene Centro de Trabajo y domicilio en una nave industrial, situada en …, Narón, La Coruña.

La citada nave industrial es un centro de trabajo, en el que la primera Empresa ocupa la parte inferior y la segunda la parte superior, estando comunicadas ambas por una escalera común y prestando en la misma servicios indistintamente los trabajadores de una y otra Empresa

VIGESIMOSEGUNDO.- La TGSS emitió informe en fecha 19.09.03, sobre la vida laboral de la plantilla de los trabajadores de HANAFESA en el que constan los siguientes datos:

1.- Evolución de altas y bajas en la Plantilla de HANAFESA periodo 31.05.03 a 01.09.03:

Plantilla HANAFESA	A 1.05.03	A 21.06.03	A 30.06.03	A 1.07.03	A 1.09.03
Trabajadores de alta	79	49: (31 en Ferrol y 18 en Asturias)	43: (25 en Ferrol y 18 en Asturias)	25 en Ferrol	25 en Ferrol
Trabajadores de baja	5	(25 en Ferrol) 8 en	6	18 en Asturias)	13
Total	74	49	43	25	12

2.- Evolución de la plantilla de "T., S.L.", periodo 30.05.03 a 01.09.03:

Plantilla "T., S.L."	A 31.05.03	A 30.06.03	A 31.07.03	A 01.09.03
Trabajadores de alta	51	50	68	62
Trabajadores de baja	27	17	6	1
Total	24	34	62	61

3.- Evolución de la plantilla de "F.J., S.L." en el periodo 30.05.03 a 01.09.03:

Plantilla "F.J., S.L."	31.05.03	30.06.03	31.07.03	01.09.03
Trabajadores de alta	12	23	31	36
Trabajadores de baja	0	0	0	0
Total	12	23	31	36

VIGESIMOTERCERO.- En el periodo comprendido entre el 31.05.03 a 01.09.03 se produjeron las siguientes incidencias en las plantillas de las Empresas HANAFESA, "T., S.L." y "F.J., S.L."

Trabajadores	Bajas HANAFESA	Altas "F.J., S.L."	Altas "T., S.L."
M.L.N.	24.06.03		25.06.03
R.M.R.	30.06.03		01.07.03
J.D.R.	24.06.03	25.06.03	
J.V.A.	24.06.03		25.06.03
V.M.B.S.	16.06.03	17.06.03	
J.L.B.F.	24.06.03	25.06.03	
C.E.P.	16.06.03 (Demandante en despido)		
J.M.M.V.	24.06.03	25.06.03	
J.P.A.	24.06.03	25.06.03	
A.S.S.	04.08.03	05.08.03	

J.A.C.C.	08.06.03 (Demandante en despido)		
M.S.B.	24.06.03		25.06.03
C.B.V.	13.06.03		17.06.03
J.A.L.P.	31.05.03	07.07.03	
J.M.L.M.	30.07.03	31.07.03	
J.B.P.	31.08.03 (Baja voluntaria es Administrador Único da Empresa)		
G.D.D.	Baja voluntaria 16/07/03 es el Delegado de Personal	15.07.03 16.07.03	
A.G.F.	09.06.03	10.06.03	
A.M.B.	31.05.03		
R.B.C.	09.06.03	10.06.03	
J.J.M.V.	13.06.03		
A.F.V.	13.06.03 Demandante en despido		
J.A.R.L.	16.06.03	17.06.03	
M.N.F.	30.06.03		01.07.03
A.A.F.S.	24.06.03	25.06.03	
I.A.L.M.	31.05.03		06.07.03
V.M.F.L.	12.06.03 Demandante en despido		
A.J.M.N.	13.06.03 Demandante en despido		
F.J.G.B.	31.05.03 Demandante en despido		
J.M.P.C.	13.06.03	17.06.03	
L.M.M.	31.05.03		01.06.03
J.M.R.L.	31.05.03	21.07.03	
J.M.E.C.	17.06.03		18.06.03
J.F.B.B.	31.05.03		01.06.03
J.D.R.L.	31.05.03		
R.B.L.	17.06.03		18.06.03
J.L.A.C.	24.06.03	25.06.03	
C.C.I.	13.06.03		17.06.03
M.A.R.C.	17.06.03		18.06.03
J.C.L.P.	13.06.03	17.06.03	
M.P.C.R.	13.06.03	17.06.03	
J.C.R.V.	31.05.03		06.07.03
J.F.R.	12.06.03 Demandante en despido		
E.J.R.	16.06.03		
J.A.G.C.	31.05.03		06.07.03
F.C.M.	17.06.03		18.06.03
J.C.O.	13.06.03 Demandante en despido		
J.A.F.G.	31.05.03		07.06.03
J.J.B.R.	31.07.03	01.08.03	
M.A.F.G.	30.07.03	31.07.03	
C.A.G.L.	08.06.03		16.07.03
D.N.C.	10.09.03	05.08.03	
R.R.D.	09.06.03	10.06.03	
S.P.R.	22.07.03	23.07.03	
A.C.F.	31.05.03	21.07.03	
T.M.L.	31.05.03		07.06.03
R.L.F.	09.06.03	10.06.03	
A.M.A.	13.06.03		17.06.03
F.L.D.	31.05.03		
F.P.J.	13.06.03		
J.L.M.B.	13.06.03		17.06.03
R.V.T.C.	02.09.03		01.09.03
F.J.L.F.	04.08.03	05.08.03	
D.G.M.	13.06.03		
M.M.A.	30.07.03	31.07.03	
C.R.F.L.	04.08.03	05.08.03	
L.V.C.B.	31.07.03	01.08.03	
A.O.F.	17.06.03		18.06.03
J.C.V.	13.06.03		

En resumen, de los 70 trabajadores que causaron baja en HANAFESA, en el periodo comprendido entre 31.05.03 a 01.09.03, 28 causaron alta en "F.J., S.L." de los cuales 10 figuraban incluidos en el expediente de regulación de empleo quienes causaron alta en fecha 31.07.03, y otros 24 causaron alta en "T., S.L." y 18 causaron baja en Asturias en fecha

15.07.03. VIGESIMOCUARTO.- La TGSS emitió informe en relación a los 10 trabajadores incluidos en el E.R.E. en el cual constan los siguientes datos:

Nombre	Empresa	Alta	Baja
S.P.R.	HANAFESA	18.11.02	22.07.03
	"F.J., S.L."	23.07.03	
J.M.L.M.	HANAFESA	14.11.01	30.07.03
	"F.J., S.L."	31.07.03	
M.A.F.G.	HANAFESA	14.06.01	30.07.03
L.V.C.B.	HANAFESA	20.11.01	31.07.03
	"F.J., S.L."	01.08.03	
J.J.B.R.	HANAFESA	18.10.01	31.07.03
	"F.J., S.L."	01.08.03	
A.S.S.	HANAFESA	04.11.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
C.R.F.L.	HANAFESA	21.06.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
F.J.L.F.	HANAFESA	21.06.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
D.N.C.	HANAFESA	04.11.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
M.M.A.	HANAFESA	14.11.01	30.07.03
	"F.J., S.L."	31.07.03	

VIGESIMOQUINTO.- En fecha 15.07.03 en los expedientes 1.654/03; 1.679/03 y 1.630 hasta 1.646/03 se celebraron en el SMAC de Asturias tres actas de conciliación de trabajadores de HANAFESA desplazados a Gijón, en la cual la Empresa IZAR CNM, S.A. se avino a abonar a los actores las cantidades que HANAFESA adeudaba los trabajadores en Gijón, a cuenta de la facturación interna pendiente con HANAFESA y que afecta a los siguientes trabajadores:

Nombre que	Cantidad	Causa extintiva	Empresa abona
J.L.R.L.	3.931,42 €	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNMS.A.
	J.L.M.B.	2.793,71€ y liquidación	Fin contrato IZA,CNM, S.A.
J.L.B.R.	3.037,40€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
J.V.A.	4-319,36€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
A.M.A,	1.709,30€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
J.A.D.C.	3.053€	Fin contrato y liquidación	IZARCNM, S.A.
V.S.P.	1.032€	Fin contrato y liquidación	IZARCNM, S.A.
J.C.G.	1.932,84€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
A.D.Q.	3.555,70€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
F.P.J.	1.660,84€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
R.T.C.	2.378,16€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
F.L.D.	2.724,89€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
J.C.V.	3.382,02€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
F.J.L.Q.	2.910,05€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A
C.C.I.	3.702,02€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
C.B.V.	3.348,80€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
J.R.S.	508€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
D.G.M.	1.925,23€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.
L.M.F.P.	500€	Fin contrato y liquidación	IZA,CNM, S.A.

VIGESIMOSEXTO.- La T.G.S.S. emitió informe en fecha 19.09.03 sobre la vida laboral de los trabajadores de las empresas codemandadas, en el período comprendido entre 31.05.03 hasta 01.09.03,en la cual consta que hay cinco trabajadores que han prestado servicios indistintamente para HANAFESA, "T., S.L." y "F.J., S.L.", J.M.L.M., L.V.C.B., A.S.S., C.R.F.L. y F.J.L.F., durante dicho período. VIGESIMOSEPTIMO.- La papeleta de conciliación previa ante el SMAC, no se presentó ni se agotó la conciliación administrativa previa al estar excluida la modalidad procesal ejercitada, demanda de oficio del art. 146.b) LPL de dicho trámite, en relación a los arts. 47 y 51.5 LET.

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

"FALLO: 1. Que debo desestimar y desestimo la falta de legitimación activa alegada por la empresa HANAFESA en relación a los seis trabajadores coadyuvantes con la Autoridad Laboral por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución. 2. Que debo desestimar y desestimo las excepciones de falta de legitimación pasiva alegadas por "T., S.L." y "F.J., S.L." por existir grupo de empresas entre HANAFESA y sociedades participadas por ésta, "T., S.L." y "F.J., S.L." por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución. 3. Que estimando la demanda interpuesta por la Delegación Provincial de Trabajo de la Consellería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia y seis trabajadores coadyuvantes con ésta en las personas de don A.F.V. con don J.C.O., don C.E.P., don A.J.M.N., don V.M.F.L. y don J.F.R., contra las empresas HANAFESA, intervención legal de la suspensión de pagos HANAFESA, "T., S.L." y "F.J., S.L." y los veinte trabajadores incluidos en el expediente de regulación de empleo nº 60/03 en las personas de doña M.C.R.G., doña A.B.P., don J.A.P.R., don J.J.R.P., doña M.I.L.E., don S.G.A., don S.P.R., don A.S.S., don G.C.C., don J.R.D.C., don D.N.C., don M.M.A., don J.A.N.C., don F.J.L.F., don J.M.L.M., don C.R.F.L., don M.A.F.G., don L.V.C.B., don J.T.R., don J.J.B.R., don G.D.D., que en fecha 31.07.03 quedaron reducidos a diez, al pasar de los veinte iniciales diez trabajadores a "F.J., S.L." quedando, finalmente, como afectados por el ERE a fecha 31.07.03, los siguientes: doña M.C.R.G., doña A.B.P., J.A.P.R., J.J.R.P., M.I.L.E., S.G.A., G.C.C., J.R.D.C., J.A.N.C., J.T.R. y G.D.D., y el FOGASA en reclamación sobre Demanda de Oficio, artículo 146 LPL, debo declarar y declaro la nulidad del Acuerdo Colectivo de fecha 30.06.03 al existir fraude de ley y abuso de derecho en la conclusión del mismo, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. Líbrese oficio a la Autoridad Laboral adjuntando copia de la presente resolución a fin de que resuelva lo que estime oportuno en el expediente de regulación de empleo 60/03."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren las empresas codemandadas la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, instan la revisión del relato fáctico al objeto de que sea modificado proponiéndose por HANAFESA, la modificación de los ordinales 10º), 18º), 19º), 21º) y 26º); por su parte "T., S.L." y "F.J., S.L.", proponen modificar los ordinales 10º), 19º)(sic), 19º), 21º) 26º). Las modificaciones de HANAFESA consisten en: A) Para el ordinal DÉCIMO, para que reciba la siguiente redacción: "La empresa HANAFESA, a fecha 31.05.03 tenía una plantilla total según certificación de vida laboral de la TGSS y los TC1 y TC2 de la Seguridad Social, de 78 trabajadores en Ferrol, de los cuales cesaron por finalización del contrato por obra que tenían suscrito 14 de ellos el día 31.05.03; 2 trabajadores el día 08.06.03; otros 4 el día 09.06.03; 12 trabajadores mas el 13.06.03; 1 trabajador el 16.06.03, y 2 trabajadores el 30.06.03. En Asturias, a fecha 31.05.03 figuraban en plantilla 5 trabajadores, todos ellos con contrato temporal por obra, que cesaron, por fin de la misma, en las siguientes fechas: el 31.05.03 un trabajador, el 08.06.03 otro y el 15.06.03 los tres restantes". Cita en apoyo de su propuesta los documentos obrantes en los autos a los f. 1.427 al 1.463.

B) Para el ordinal DECIMOCTAVO: se propone la supresión del inciso final por reiterativo (…y contaba a fecha 31.05.03...) quedando redactado: La empresa HANAFESA se dedica a la actividad de habilitación naval de buques, carpintería, ebanistería, se rige por el convenio del sector de empresas siderometalúrgicas BOP 07.03.03 de la Provincia de A Coruña"; subsidiariamente plantea que se le adicione a lo expuesto el contenido de la propuesta que se efectúa para el ordinal décimo. Reitera en apoyo de tal propuesta los documentos que fundamentaron la anterior proposición.

C) Para el ordinal DECIMONOVENO, se propone su supresión por considerarlo contradictorio con los ordinales segundo y tercero. Subsidiariamente propone que contenga: "La empresa "T., S.L." se dedica a construccio-

nes, montajes e instalaciones navales e industriales, así como a la fabricación y compraventa de los utensilios y elementos correspondientes. La entidad "F.J., S.L.", se dedica a la explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación de buques y demás actividades relacionadas con las anteriores. Es de aplicación a ambas empresas el convenio colectivo del sector industrial de siderometalúrgica, publicado en el BOE 07.03.03". Cita en apoyo de la propuesta los documentos obrantes en los autos 1.060, 1.079, 1.091, 902, 918 y 929.

D) Para el ordinal VIGÉSIMOPRIMERO, se propone su supresión por estimar errónea la identificación judicial de la nave que refiere; en todo caso la supresión de la final que dice: "..y prestando en la misma servicios indistintamente los trabajadores de una y otra empresa".

E) Para el ordinal VIGESIMOSEXTO, se propone la sustitución de la expresión que contiene de "indistintamente" por la de "sucesivamente", proponiendo la siguiente redacción: " La Tesorería General de la Seguridad Social emitió informe de vida laboral en fecha 19/9/03, en el cual consta que los trabajadores J.M.L.M., L.V.C.B., A.S.S., C.R.F.L. y F.J.L.F. prestaron servicios sucesivamente para HANAFESA, SA, "T., S.L." y "F.J., S.L.", durante su vida laboral"; cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrantes en los autos a los f. 1.569, 1.572, 1.574, 15.776 y 1.577.

Las modificaciones que proponen las codemandadas "T., S.L." y "F.J., S.L." consisten en: 1.- Para el ordinal DÉCIMO, idéntica propuesta y fundada en los mismos documentos que la efectuada por la anterior recurrente, por lo que seguirá igual suerte que aquella. 2.- Para el ordinal DECIMONOVENO (sic), propone la supresión de las dos últimas líneas por contradecir la anterior proposición, por tanto, entendiendo que se refiere al decimoctavo, la propuesta es idéntica en su inicial proposición a la del anterior recurso, sin postular la alternativa allí planteada. 3.- Para el ordinal DECIMONOVENO, no se efectúa propuesta alguna, invocándose su presunta contradicción con los ordinales segundo y tercero, con cita de diversos documentos. 4.- Para el ordinal VIGÉSIMOPRIMERO se propone su supresión por ser erróneo y predeterminar el fallo, no señala documento alguno en su sustento. 5.- Para el ordinal VIGÉSIMOSEXTO, se propone la sustitución de la expresión que contiene "indistintamente" por la de "sucesivamente" cita en su sustento los f. 1.569, 1.572, 1.574, 1.576 y 1.577.

Los motivos fácticos han de ser analizados en su conjunto, pues las dos recurrentes "T., S.L." y "F.J., S.L." vienen a reiterar, con menos argumentación y sin cumplir en cada caso con los requisitos formales exigidos, las propuestas modificativas planteadas por HANAFESA, y para la solución de tales cuestiones fácticas se ha de reiterar aquí, en primer lugar y como argumento general, la doctrina reiteradamente establecida en relación con la revisión fáctica según la cual "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 sino que, 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 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». Dicha doctrina impone las siguientes conclusiones: a) Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical; 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; 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), sino que el error del Juzgador de instancia ha de resultar de modo claro y palmario del documento o pericia que se señala en sustento de tal afirmación ; d) Que el éxito de la pretensión revisoria está

igualmente condicionado a que por la parte recurrente se haga precisa especificación de la modificación que se propone, con redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se propone, y a que haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella; e) Que son inviable apoyatura de la revisión los documentos que ya fueron tenidos en cuenta por el Juzgador de instancia para establecer los hechos probados, pues no puede invocarse como palmaria prueba demostrativa del error del juzgador la misma documentación de la que aquél extrajo sus conclusiones reflejadas en hechos probados; doctrina expuesta entre otras en STSJ de Galicia de 19.10.04 R. 1.332/02. La mentada doctrina implica la desestimación de las revisiones fácticas propuestas, por cuanto, en relación con el ordinal DÉCIMO, la propuesta no resulta de los documentos que se citan sino de la interpretación de las claves de Seguridad Social que obran al lado de los datos relativos a cada trabajador, lo que obliga a efectuar una clara valoración que ya efectúo el juzgador de instancia al basarse en tales documentos, precisamente para fijar el contenido de dicho ordinal así como de los ordinales Nº 22 y 23, amén de que lo que se afirma del código 54 como correspondiente a "fin de obra" no se compadece con lo que indican tales documentos " baja no voluntaria", por lo tanto se rechaza la modificación del ordinal décimo.

En cuanto a la modificación del ordinal decimoctavo, denominado como primer decimonoveno, por las recurrentes "T., S.L." y "F.J., S.L.", tampoco cabe su modificación por las razones expuestas en el anterior pues se funda en los mismos documentos que allí se citan.

En cuanto a la modificación del ordinal decimonoveno, de todas las recurrentes, no se admite la supresión que se propone por cuanto de los documentos que se citan no resulta el error del juzgador de instancia en la valoración de la prueba, ni existe la contradicción que se indica con los ordinales segundo y tercero en relación con el objeto social de dichas mercantiles que allí y aquí, mas resumido, se recoge; en cuanto a la propuesta alternativa, tampoco se admite por ser mera reiteración de lo que consta en aquellos ordinales segundo y tercero y en cuanto al convenio aplicable existe conformidad entre las partes.

En cuanto a la propuesta del ordinal vigésimo primero, no se admite por cuanto no se cita documento o pericia del que resulte el error del juzgador de instancia; de otra parte, pretende sustentarse en la prueba testifical y por último la supresión del último inciso carece de aval probatorio que demuestre la equivocación en el juez a quo, por tanto se mantiene íntegramente.

Por lo que se refiere a la modificación del ordinal vigésimo sexto, si bien de los documentos que se señalan podría deducirse que la expresión correcta es la de "trabajaron sucesivamente", en vez de la existente de "..prestaron servicios indistintamente..", se ha practicado en autos prueba testifical y declaración de los interesados por lo que la apreciación conjunta del total material probatorio corresponde al Juzgador de instancia, tal como se argumentó ab initio, por otra parte, dichos documentos solo acreditan la afiliación y alta en la Tesorería General de la Seguridad Social a cargo de una determinada empresa, mas no que se presten los servicios efectivamente en esa empresa, pues bien puede ocurrir que se presten en otra (cesión de mano de obra) ajena a la titular del aseguramiento, ya sea del grupo o extraña, por ello no se admite la modificación pretendida.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncian como infringidos A) Por HANAFESA: 1.- infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la existencia de grupo de empresas y responsabilidad de sus integrantes, STS de 09.05.90, 06.03.91 y 30.06.93 2.- Inaplicación del art. 15.1.a) y 3 LET así como los arts. 2, 3, 8 y 9 del RD 2.720/98 argumentando, en esencia, que los trabajadores con contratos para obra o servicio determinado vieron extinguidas sus relaciones laborales a la finalización de cada obra, sin que la reiteración en la contratación la convierta en fraudulenta si la causa de la temporalidad es cierta, y no consta en la resolución recurrida ningún hecho que niegue tal certeza. 3.- Por infracción, o aplicación indebida del art. 51.1 en relación con el art. 49.1.c) y 5, así como de los arts. 52 y 53 LET, argumentando que la extinción de contratos temporales por ejecución de la obra o expiración del tiempo convenido no computan por no ser trabajadores de la empresa cuando se procede despido objetivo de los coadyuvantes por lo que en aquel momento la empresa no tenía que acudir al expediente de regulación de empleo. 4.- Infracción por interpretación erró-

nea, inaplicación o, aplicación indebida del art. 33 LET en sus párrafos 2º) y 8º) en cuanto a la responsabilidad directa del FOGASA en el abono de las indemnizaciones de despido de los codemandados por tratarse de una empresa de menos de veinticinco trabajadores que además se encuentra en suspensión de pagos. 5.- Infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en los arts. 6.4), 7.2) y 1.269 del Código civil y Jurisprudencia que los interpreta en relación con el fraude de ley y el abuso del derecho. B) Por las codemandadas recurrentes "T., S.L." y "F.J., S.L.", también se efectúan diversas denuncias reiterativas de las denuncias planteadas por la anterior recurrente, así: 1.- Por interpretación, aplicación errónea de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la existencia y responsabilidad del grupo de empresas. No se cita ni siquiera una sentencia de dicho Alto Tribunal de la que pueda extraerse la doctrina que se dice infringida. 2.- Por violación del art. 15.1.a) y 3 LET así como los arts. 2, 3, 8 y 9 del RD 2.720/98, argumentando que los contratos por obra determinada se extinguen por la realización de la misma, no existiendo en autos dato alguno que demuestre el fraude de los mismos y por ello, una vez extinguidos por su temporalidad no computan a efectos de determinar la exigencia del art. 51.1 LET. 3.- Sin razonamiento alguno se denuncia la violación por interpretación y aplicación erróneas del art. 33.2 y 8 LET así como de los arts. 6.4, 1.2 y 1269 del Código civil y Jurisprudencia que los interpreta (que no se menciona). Los tres recursos son esencialmente coincidentes por lo que la respuesta a los motivos invocados se realiza de forma conjunta y única para los tres recurrentes.

En cuanto al primer motivo relativo a la inexistencia de grupo empresarial entre las codemandas recurrentes y en todo caso ausencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para imponer al grupo la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores, tal motivo debe perecer por cuanto, conforme con reiterada doctrina jurisprudencial recogida entre otras en STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998\1.062) "frente al principio general de la independencia y no comunicación de las responsabilidades entre sociedades integradas en un grupo, en el orden laboral, se admite la búsqueda del empresario "real", a través de la figura del denominado "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica, declarando una comunicación de las responsabilidades empresariales entre sociedades pertenecientes a un grupo siempre que concurran algunas circunstancias especificas, entre las cuales cabe destacar: 1.- confusión de plantillas o única plantilla; 2.- confusión de patrimonios sociales o caja única; 3.- apariencia externa de unidad empresarial y, 4.- cuando las sociedades actúan sometidas a una dirección unitaria. Igualmente el propio Tribunal Constitucional declaró –sentencia núm. 46/1983, de 27 de mayo (RTC 1983\46)–, que pertenece a la específica función de la jurisdicción laboral resolver quién es el «empresario verdadero» y quién opera como «empresario aparente» para eludir gravosas consecuencias de orden laboral, «y ello, con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos». Dicha doctrina es plenamente aplicable al supuesto enjuiciado en el cual concurren los precitados requisitos, así la confusión de plantillas que presta servicios de modo indiferenciado para las tres recurrentes (HDP vigésimo sexto), caja única se deduce de la existencia de facturación conjunta y a clientes comunes; apariencia externa que deriva de compartir talleres, oficinas; y por último una dirección única y accionariado mayoritariamente común, en consecuencia la resolución de instancia que razona la existencia de grupo entre las recurrentes y con responsabilidad solidaria de sus componentes no vulnera la doctrina jurisprudencial que se señala.

TERCERO.- En cuanto a la denuncia relativa a la infracción de la normativa que cita relativa al contrato de obra o servicio determinado y su extinción, (arts. 15 LET y arts. 2, 3 y 8 del RD 2.720/98) tiene como finalidad sustentar que las extinciones de contratos de trabajadores vinculados a la mercantil HANAFESA mediante tal modalidad no se computen al objeto de determinar, en el periodo de referencia, el umbral limite para acceder a la exigencia de tramitar expediente de regulación de empleo, y tal pretensión decae por falta del sustrato probatorio esencial constituido por la identificación personal, concreta e individual de los trabajadores con tal tipo de vinculo contractual y la extinción causal del mismo, lo que se pretendió introducir de forma genérica en las revisiones fácticas de los ordinales décimo y decimoctavo que no fueron admitidas, por tanto, ha de estarse a las afirmaciones judiciales contenidas en los ordinales vigésimo segundo y vigésimo tercero sobre altas y bajas en las plantillas de dichas recurrentes, en consecuencia, mal pudo infringir la resolución de instancia dichos preceptos si no ha valorado la existencia de concretos contratos de tal índole extinguidos durante el periodo de referencia y

mal puede analizarlos la Sala si no han sido traídos a la resultancia fáctica dichos contratos a través del cauce del art. 191.b) LPL, identificando de modo expreso a cada trabajador con señalamiento de la modalidad contractual que le unía a la empresa y acreditando la extinción del contrato en base a la temporalidad del mismo, pero como ello no aconteció, en consecuencia, el motivo decae y con él el siguiente relativo a la infracción del art. 51.1, en relación con el art. 49.1.c) y con el art. 52.c) y 53, todos de LET, por cuanto lo que se pretende es concluir que las seis extinciones de contrato de los actores coadyuvantes, a través del cauce del despido objetivo no supera los limites establecidos en el art. 51.1, por no ser computables mas trabajadores que los citados coadyuvantes y los que fueron integrados en el expediente de regulación de empleo, lo que contraría el relato fáctico ya que el juzgador de instancia computa una plantilla superior de la cual se habían extinguido otros contratos de trabajo, por lo tanto se superó el limite permitido y la demandada debía acudir al mencionado expediente de regulación de empleo.

TERCERO.- En cuanto a la denuncia del art. 33 LET en referencia a la responsabilidad del FOGASA, dicho motivo debe ser rechazado por cuanto la aplicación de la norma exige un sustrato fáctico concreto y determinado que no es otro que el número de trabajadores en plantilla de la empresa, la recurrente insiste en afirmar que tal número no supera el de veinticinco productores cuanto del relato judicial aparecen 79 trabajadores a finales de mayo del 2003, numero que decrece en los sucesivos meses hasta que a finales de julio queda reducido a veinticinco trabajadores y en septiembre a doce, reducción que se produce a medio del trasvase de trabajadores a las otras dos codemandadas recurrentes y a bajas pactadas y despidos, en consecuencia, si nos atenemos a lo previamente establecido de que las tres mercantiles codemandadas constituyen un grupo empresarial con responsabilidad solidaria, la responsabilidad de aquel organismo debe ser considerada en atención a la plantilla total del citado grupo que en conjunto supera los veinticinco trabajadores, por ello el motivo igualmente decae.

CUARTO.- Por último y en cuanto a la existencia del fraude en la tramitación del expediente de regulación de empleo, la resolución judicial funda su existencia en un doble pilar, de una parte, que la plantilla de HANAFESA supera el limite de veinticinco trabajadores habiéndose reducido la plantilla de modo artificial para endosar al FOGASA la responsabilidad del 40% de las indemnizaciones; y de otra parte, se produce fraude, por cuanto mediante el trasvase de trabajadores de unas empresas a otras, sin dar cuenta a los mismos sobre la existencia del grupo empresarial empleador, al tiempo que se ocultan los resultados del ejercicio del 2002 se esta impidiendo al representante de los trabajadores y a ellos mismos, cuando manifiestan la adhesión al expediente de regulación de empleo, el conocer la realidad patronal y la realidad de las pérdidas económicas que se invocan para sustentar la medida de extinción contractual. Ambos pilares concurren y constituyen el supuesto especifico de actuación especial fraudulenta que se imputa, con claro perjuicio para los trabajadores a su servicio y desconociendo la real extensión de su empresa y la real capacidad económica de la misma, admiten a un expediente de regulación de empleo la extinción de sus contratos por las causas económicas que invoca aquella, situación que evidentemente vicia el consentimiento de quienes lo presentaron, por ello no vulnera la resolución recurrida los preceptos que se citan como infringidos, procediendo la desestimacion del recurso y confirmación integra de la resolución recurrida.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL la desestimación del recurso implica la perdida de los depósitos destituidos para recurrir, igualmente se acuerda la imposición de las costas del presente recurso a las mercantiles recurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 233 LPL, a las que se condena que abonen, cada una de ellas, la suma de 200 € en concepto de honorarios de letrado impugnante de los respectivos recursos.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos los recursos de suplicacion formulados por HANAFESA, "T., S. L." y "F. J., S. L." contra la sentencia dictada el 09.10.03 por el juzgado de lo social nº 1 de Ferrol en autos nº 433-2003 sobre demanda de oficio presentada por la Conselleria Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia y seis coadyuvantes, contra el FOGASA y los trabajadores integrantes del expediente de regulacion de empleo, y confirmamos la resolucion recurrida.

3996 **Recurso nº 7.519/2001**

S.CA. INADMISIBILIDADE DO RECURSO DE APELACIÓN AO NON SE ALCANZAR EN NINGUNHA DAS ACTAS A SUMA DAS BASES DUN MESMO MES CORRESPONDENTES AOS DISTINTOS TRABALLADORES A CONTÍA DE 18.030,35 EUROS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ignacio Aranguren Pérez

A Coruña, a dieciocho de noviembre de dos mil cuatro

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el recurso de apelación que, con el número 3/7.519/2001 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "C.A.H., S.A.", representado doña M.M.R. y dirigido por el letrado don A.F.C. contra Sentencia de 14.02.01 desestimatoria de recurso contencioso interpuesto contra resolución de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre actas de liquidación num. 327, 328 y 329/99. Rec. 79/00 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 3 de A Coruña. Es parte apelada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el Juzgado de instancia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimo o recurso contencioso-administrativo presentado polo procurador Sra. M.R., no nome e representación de "C.A.H., S.A." fronte a resolución de 27.01.00 do Xefe da Inspección de Traballo e Seguridad Social (expted. Num. 355-356-357/99) que confirma a resolución dictada polo Xefe da unidade da Inspección de Traballo (actas de liquidación num. 327-328-329). Non se fai declaración sobre as custas" y notificada en forma, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la practica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

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

Fundamentos de derecho

I.- Por la representación de "C.A.H., S.A." se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 14 de febrero de 2001 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto en su día por el apelante contra la resolución dictada por la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en el expediente num. 355-356-357/1999 que declaró inadmisibible el recurso de alzada deducido contra la resolución del jefe de la unidad de inspección de trabajo que elevó a definitivas las Actas de liquidación num. 327, 328 y 329.

La parte apelante disiente de las conclusiones obtenidas por el órgano de instancia, argumentando que la sentencia impugnada interpreta erróneamente la disposición adicional quinta del RD 2.475/85, de 27 de diciembre, en cuanto la misma vino a refundir en el epígrafe 97 los epígrafes 97 a 100, considerando asimismo que la prueba practicada ha sido valorada erróneamente y que el elemento diferenciador de cada epígrafe viene determinado fundamentalmente por el riesgo al que éste expuesto el trabajador y no por la actividad de la empresa. En todo caso niega que le sea de aplicación el recargo del 20%, ya que en ningún momento se ha pretendido llevar a cabo una actividad defraudatoria.

Se opone la representación de la Administración demandada en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación.

II.- A tenor de lo establecido en el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), la competencia de las Salas de este orden jurisdiccional es improrrogable, presupuesto que por afectar al orden público procesal, puede y debe ser examinado por aquéllas, tanto a instancia de parte como incluso de oficio (como aquí acontece), con carácter previo al estudio de las cuestiones de forma y de fondo que ante las mismas se planteen.

La primera cuestión que debe ventilarse en el presente recurso de apelación consiste en determinar si el mismo ha sido debidamente admitido por razón de la cuantía y se han cumplido las previsiones establecidas en el artículo 33 de la Ley 29/1998. Las prevenciones legales en materia de cuantía, contenidas en el artículo 41 (que dispone que la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo) y en el artículo 42 de la LJCA, han de ser aplicadas en función de la real entidad material de la cuestión litigiosa, no siendo obstáculo al examinar y en su caso apreciar la inadmisión, por razón de la cuantía, de un recurso como el que ahora nos ocupa, el que se haya admitido el recurso de apelación en la instancia, el que se haya tramitado el procedimiento como de cuantía indeterminada, o, en fin, que se haya hecho ofrecimiento del recurso de apelación al notificar la Sentencia correspondiente.

En definitiva, y frente al criterio seguido con anterioridad en otras resoluciones dictadas en esta sede, se trata de una materia de orden público, máxime cuando determina la procedencia o improcedencia del recurso de apelación, que se justifica en tanto en cuanto no cabe que se deje al arbitrio de quien pretende el acceso a la apelación, alterar el régimen de recursos establecidos en la Ley porque, sin el minucioso control del Juzgador en la instancia y, de la Sala, al decidir sobre la admisión del recurso o como cuestión previa al examen del fondo de la apelación (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999, de 18 de marzo de 1999 y de 9 de diciembre de 1999), quedarían sin aplicación las reglas de excepción que establece el artículo 81.1.a) de la Ley Jurisdiccional, sin que la competencia de la Sala pueda quedar determinada por la fijación de cuantía efectuada en la instancia, y con ello no se infringe ningún derecho a la segunda instancia, ya que solo existe el derecho al recurso cuando se cumplen los requisitos procesales para ello, entre los que se encuentra la cuantía establecida.

III.-Examinadas las circunstancias que concurren en el presente caso, en especial el Real Decreto 335/2004, de 27 de febrero, por el que se modifican el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2.064/1995,de 22 de diciembre, y el Real Decreto 2.930/1979, de 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que establece que "Las primas correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tendrán, a todos los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social "puesto en relación con los artículos 108 y 109.1 del mismo cuerpo legal, debemos recordar que en los supuestos de liquidaciones de cotizaciones a los distintos regímenes de la Seguridad Social, el devengo de la cotización se produce con periodicidad mensual (art. 16 del R.D. 2.064/1995, Reglamento de Liquidación y cotización a la Seguridad Social), debiéndose asimismo tener en cuenta que de acuerdo con el art. 83 del R.D. 1.637/1995, de Recaudación de Recursos del Sistema de la seguridad social, cada requerimiento de pago es un acto administrativo con individualidad, que determina la reclamación de los descubiertos en determinado periodo (de ordinario el mensual, conforme a las normas ya citadas) por lo que en caso de acumularse varias requerimientos de pago en una sola acta de liquidación, y en su caso en un sólo recurso administrativo, a efectos de resolver dicho recurso en vía administrativa, ello no priva en absoluto de individualidad a cada una de las liquidaciones mensuales, que son el acto administrativo originario.

Asimismo, téngase en cuenta, que si lo que se solicita es la anulación de un acto, en este caso, la exigencia de diversos débitos a que se refieren las actas de liquidación, habrá de atenderse al contenido económico del acto, en este caso de débito, y siempre depurando dicha cuantía de elementos ajenos al débito principal, tales como recargos, costas o cualquier otra clase de responsabilidad por imperativo del propio artículo 42 de la LJCA.

El Tribunal Supremo viene entendiendo repetidamente que tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración, a los efectos que aquí interesan, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos, criterio éste sentado entre otras en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de abril, 10 y 31 de mayo, 21 de junio, 11 y 21 de julio, 2 de octubre, 7 y 21

de noviembre de 2000 y 24 de abril de 2001 y 24 de junio de 2002, como también en Sentencia de 9 de Octubre de 2002 dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina así como en Autos de 8 y 22 de febrero de 1999, dictados en recursos de casación para la unificación de doctrina.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso a examen, requiere analizar cada una de las actas de liquidación levantadas con los num. 327/99, 328/99 y 329/99, teniendo todas ellas como denominador común que su origen se encuentra en la diferencia entre lo que se cotizó y lo que se debió cotizar al Régimen General de la Seguridad Social. Si bien el órgano de instancia fijó la cuantía en la suma de 14.122.537 Pts. se debe aclarar que es la cuantía de los distintos actos administrativos a la que debe atenderse a los efectos de fijación de competencia, siendo la cuantía del recurso y la cuantía a efectos de admisibilidad de la apelación conceptos distintos. Preciso es recordar por último, que ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1991 se estableció que en los casos de acumulación en vía administrativa, por la propia Administración o a instancia de los interesados de diversos actos administrativos que gocen de individualidad jurídica, en una sola resolución, ello no alteraría en ningún caso la competencia de los órganos judiciales, como acontece en el presente caso, en donde se ha producido la acumulación en un mismo acto administrativo de diversas reclamaciones de deuda que son individualizables y cuya cuantía, por separado, en modo alguno resulta que sea superior ninguna de las mismas, a tres millones de pesetas.

Por tanto, y de acuerdo con lo antes expuesto, es el importe de las cuotas resultantes de la suma de todas las bases de un mismo mes lo que determina el importe mensual de cada liquidación, por más que la Inspección, tal como se advierte en el expediente administrativo ya sea por comodidad o conveniencia o cualesquiera otras razones, haya refundido en una sola acta de liquidación todas las liquidaciones mensuales, lo que en el caso presente y examinadas las tres actas de liquidación antes referenciadas conduce a declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto, ya que ninguna de dichas liquidaciones, en cómputo mensual, alcanza la cantidad de tres millones de pesetas. El examen de cada acta de liquidación y con una simple operación de prorrateo de la cantidad anual liquidada en total entre el número de meses que incluye (variable según los trabajadores) permite afirmar que la cuantía no se aproxima en todo caso a los tres millones de pesetas, 18.030,35 euros), cuantía exigida por el artículo 81 de la LJCA..

IV.-La decisión acordando inadmitir el recurso de apelación resulta plenamente respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En efecto, desde la Sentencia 37/1995, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando de manera reiterada que "el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el Art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*". Expresado en otros términos, "el sistema de recursos (...) se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales" (STC 119/1998, FJ 1), que en el caso que analizamos no es otra que la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998. Estas leyes pueden establecer distintos requisitos procesales para la admisión de los recursos, como el contemplado en el caso presente en el artículo 81.2.c) de la citada LJCA que limita por razón de la cuantía el acceso al recurso de apelación y cuya conformidad con nuestra carta magna resulta de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 24 de Marzo de 2003, siendo de recordar por último, que la doctrina constitucional considera que en la fase de recurso el principio pro actione pierde intensidad, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3) cuya interpretación es "competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales ordinarios, sin que, como regla general, en el ejercicio de la misma el art. 24.1 CE les imponga más limitaciones que las derivadas del canon del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad" (STC 181/2001, FJ 3).

V.- Si bien de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, procedería

imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, dadas las circunstancias concurrentes, al haberse notificado la sentencia de instancia indicando que contra la misma se podía interponer recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas causadas en esta instancia.

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

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso de apelación número 7.519/01, interpuesto por la representación de "C.A.H., S.A." contra la Sentencia fecha 14 de febrero de 2001 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña, Sentencia que en consecuencia debemos declarar y declaramos firme; y todo ello sin efectuar declaración alguna en cuanto a costas.

3997 Autos nº 14/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. PERSOAL LABORAL AO SERVIZO DA XUNTA DE GALICIA. HOMOLOGACIÓN RETRIBUTIVA COS FUNCIONARIOS. NON EXISTE DISCRIMINACIÓN. SUCESIÓN TEMPORAL DE CONVENIOS E DERROGACIÓN DE CLÁUSULAS DOS ANTERIORES. CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA: DOUTRINA XERAL. NON SE XERA POR CONVENIO COLECTIVO.

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

A Coruña, a dieciocho de noviembre de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los autos 14/04 seguidos a instancia deL Comité Intercentros del Personal Laboral de la Xunta de Galicia contra la Xunta de Galicia, UGT, CCOO, CIG, CSI-CSIF y Confederación de Empresarios de Galicia.

Antecedentes de hecho

PRIMERO .- Que con fecha 5 de agosto de dos mil cuatro se presentó demanda en esta Sala por el Comité de Intercentros del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, sobre Conflicto Colectivo, interesando se dictase sentencia de conformidad con el suplico de la misma.

SEGUNDO .- Una vez subsanados los defectos de la demanda, se señaló el día 14 de octubre para los actos de conciliación y juicio, acordando citar además de a las partes, a los Sindicados reseñados y a la Confederación de Empresarios de Galicia.

TERCERO.- Se solicita suspensión del Juicio por el Letrado don P.B.L., en representación del Comité Intercentros del Personal Laboral de la Xunta de Galicia y del Sindicato UGT-Galicia, fijándose como nuevo día para la celebración de los mismos el 28 de octubre, en que tuvieron lugar, con resultado que consta en acta.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- La Administración autonómica y las centrales sindicales UGT, CCOO, CXTG e INTG suscribieron en 13.11.90 el II Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DOGA 11.12.90), en cuyo Anexo IV se dispone: "l. Acuerdo sobre lo que, según propuesta sindical, se denomina «homologación del personal laboral». Deben distinguirse, según los puestos de trabajo, dos grupos a considerar: A) Para aquel personal laboral que ocupe puestos de trabajo que aparezcan en las relaciones perfilados como de laborales, pero por su titulación y tareas fuesen totalmente identificables o análogamente comparables con los de los funcionarios de carrera, la asimilación se llevaría a cabo en identidad retributiva, aun cuando los conceptos, por lógica diferenciación de su naturaleza administrativa, sean distintos. B) Respecto del personal laboral que ocupe puestos de trabajo típicamente propios de oficios o de funciones especializadas y que, por lo tanto, deban considerarse para todos los efectos de carácter laboral, se realizará una aproximación económica respecto del abono retributivo de los funcionarios de carrera, de manera que, de forma analítica y comparativa, dentro de las variables más semejantes, se pueda encontrar un punto de equilibrio para efectos de aplicación de las distintas retribuciones que configuran el sueldo de los funcionarios de carrera, de los niveles de destino así mismo

aplicables y, como consecuencia de estos niveles de destino o de la valoración objetiva del puesto de trabajo, del complemento específico; todo esto con el fin de poder mantener una coherencia para estos efectos"; y "III. Plazos de aplicación de los procesos I e II. Todos estos procesos se llevarán a cabo en tres ejercicios económicos comenzando el 01.01.91. Las posibles diferencias retributivas que surjan como consecuencia de asimilación o aproximación a los funcionarios de carrera se satisfarán en tres anualidades, a razón de una tercera parte en cada ejercicio. Todo esto sin perjuicio de lo que por ley de presupuestos pueda corresponder, manteniendo así en todo momento la indicada asimilación o aproximación. Por eso, todo lo anterior no se podrá llevar a cabo en cuanto non se aprueben las distintas relaciones de puestos de trabajo en las que se definirán las características de aquellos y cuales serán desempeñados por personal laboral. Estas relaciones, antes de su aprobación, serán consultadas con las organizaciones sindicales".

SEGUNDO.- La ejecución de esta previsión contenida en el apartado I del IV Anexo se ordenó por Acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia de 30.07.91.

TERCERO.- En el año 1994 se alcanzó la homologación retributiva total, percibiendo el personal laboral como retribuciones básicas anuales una cantidad igual a la que percibiría como funcionario del grupo o nivel al que se encontrase equiparado conforme al Acuerdo del 30.07.91.

CUARTO.- Por Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Funcionarios, de 08.10.03, se acuerda que "el fondo adicional de 1.599.421 euros correspondiente a la Mesa Sectorial de Funcionarios […] se aplicará en su totalidad con efectos de 1 de enero de 2003 al complemento específico del personal funcionario de la Xunta de Galicia con un incremento lineal anual de 134 euros consolidable en ejercicios posteriores".

QUINTO.- En aplicación de dicho Acuerdo, en el año 2003 los funcionarios percibieron aquellos 134 euros en concepto de incremento de complemento específico.

SEXTO.- El personal laboral no percibió dicha cantidad y ahora, en demanda de Conflicto Colectivo, se interesa que dicho incremento le sea también aplicable, en virtud del referido Anexo IV del II Convenio Colectivo Único.

SÉPTIMO.- Por Resolución de 19.12.94 se ordenó publicar el III Convenio Colectivo Único (DOGA 28.12.94) y por otra de 23.05.02 el IV Convenio Colectivo Único (DOGA 04.06.02), que es el que resulta ahora aplicable para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

Fundamentos juridicos

PRIMERO.- 1.- Atendiendo al artículo 97.2 LPL, el relato de los hechos declarados probados resulta de la apreciación de la documental aportada y que obra en autos.

2.- El Comité Intercentros del Personal Laboral de la Xunta de Galicia presentó el día 05.08.04 demanda de Conflicto Colectivo contra la Xunta de Galicia en cuyo suplico dice que "se reconozca el derecho del conjunto de trabajadores vinculados en régimen laboral a la Xunta de Galicia a percibir en concepto de salario base la cantidad de 134 euros correspondiente a 2003 y un salario base correspondiente al año 2004 en las siguientes cuantías, y que resultan de incrementar la retribución correspondiente en lo pertinente para la respectiva homologación salarial con el personal funcionario de referencia, consolidándose dicha cantidad en el salario en idéntica forma a la operada con el personal funcionario", añadiéndose después una tabla de retribuciones correspondientes a los distintos Grupos. A dicha demanda se han sumado el sindicato UGT y el CSI-CSIF.

3.- La demandada Xunta de Galicia se opone a dicha pretensión, señalando que se trata de la cláusula de un Convenio Colectivo (a partir de ahora CC) ya derogado y que –en todo caso- se trataba de una situación puntual, sin vocación de permanencia, y sin que resulte aquí aplicable la doctrina de la condición más beneficiosa, al margen de que el régimen de funcionarios y de personal laboral es distinto.

SEGUNDO.- La primera cuestión que hemos de dilucidar es la consideración de las retribuciones del personal laboral y su posible diferencia con respecto al de los funcionarios, porque si el régimen retributivo hubiese de ser igual, la respuesta estimatoria se impondría, en caso contrario, habría que examinar las normas específicas que regulan dicho colectivo para concluir si se impone o no dicho incremento.

Pues bien, al personal funcionario le es de aplicación la Ley 4/1988, de 26 mayo, de la Función Pública de Galicia, que regula sus

retribuciones en los artículos 64 y siguientes, y así en su artículo 64 indica que la estructura salarial se organiza en las retribuciones básicas y complementarias, precisamente entre las cuales se contempla un complemento específico que se define como aquél "destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad". Mientras, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la ley citada ("el personal laboral será retribuido con arreglo a lo previsto en su normativa y en los convenios colectivos"), el régimen jurídico del personal laboral está configurado por el IV CC Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, que las regula en los artículos 25 y siguientes.

Esto es, cada colectivo tiene un régimen jurídico distinto y, en concordancia, cuenta con un régimen retributivo diferente. Lo que, por otro lado, en modo alguno puede estimarse como discriminatorio, antes al contrario, se encuentra cumplidamente justificado de acuerdo con la jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria, puesto que no existe discriminación en el hecho de que los funcionarios perciban un complemento que no se abona al personal laboral que realiza las mismas funciones, porque lo explica su diverso régimen jurídico, en orden a la posición del Estado frente a ellos –*imperium* frente a los funcionarios– ingresos, ascensos, Seguridad Social, etc. (SSTS 28.01.03 Ar. 2.886 y 09.04.03 Ar. 4.521). Para la STS 14.10.89 Ar. 7.180, "no se produce una desigualdad discriminatoria, sino consecuencia de estados diferentes que se retribuyen de manera distinta en cuantía"; y para las SSTC 57/1982, de 27.07, y 90/1984, de 05.10, "la existencia de una regulación diferenciada entre funcionarios públicos y trabajadores, de carácter administrativo la de los primeros y de naturaleza laboral la de los segundos" (esto es, Leyes de Presupuestos y CC) justifica un distinto tratamiento retributivo. En definitiva, no existe discriminación alguna, porque los funcionarios perciban un complemento que no se abona al personal laboral, pues es una diferencia justificada por el distinto régimen jurídico de unos y otros (STS 23.07.93 Ar. 5.976); su retribución (en ambos colectivos) tiene una estructura diferenciada y modos distintos de remunerar las especiales características del trabajo desempeñado.

En la misma línea, la STC 2/1998, de 12 de enero ha establecido una importante diferencia entre los casos en los que la desigualdad retributiva se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares, y aquellos otros en los que el empresario o empleador es la Administración Pública, siempre y cuando la diferencia salarial cuestionada no tenga un significado discriminatorio, por incidir, entre otras, en alguna de las causas prohibidas por la CE. Y en este sentido, la STC 34/1984, de 9 de marzo declaró que el artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la CE o el ET, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. Y también se ha declarado, que el Convenio Colectivo, aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 17/1989, de 19 de octubre, 28/1992, de 9 de marzo, entre otras).

TERCERO.- 1.- Fijado lo anterior, ha de pasarse al examen de la normativa específica aplicable al personal laboral para desentrañar si el CC regulador de este colectivo impone el incremento retributivo solicitado.

En este punto, a esta Sala le llama poderosamente la razón que el actor haya presentado la cláusula de aproximación salarial entre los dos colectivos sin precisar (hasta el acto del Juicio) que, en todo caso, se contemplaba en un CC del año 1990 y que ha habido dos CC posteriores afectantes al mismo ámbito personal y geográfico (el de 1994 y vigente de 2002).

2.- Lo precedente es básico, porque cuando un CC se ha concertado en una unidad de negociación colectiva consolidada, su entrada en vigor consiste en una mera renovación o sustitución del convenio anterior; sien-

do dos los posibles modos de instrumentar formalmente dicha sucesión: la sustitución íntegra del anterior articulado o el mantenimiento parcial de éste con unas u otras modificaciones. Cualquiera de estas dos modalidades son admisibles, aunque es más frecuente la primera (si bien en realidad los nuevos convenios así redactados suelen recoger en gran parte el acervo convencional de sus precedentes). Y los dos principios o normas generales que rigen la sucesión de CC son que el convenio nuevo "puede disponer de los derechos reconocidos" en el convenio anterior (artículo 82.4 ET) y que "el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan". En efecto, salvo los supuestos de prórroga a que se refiere el propio artículo 86, los convenios colectivos limitan su vigencia al ámbito temporal pactado, sin que, vencido éste y sustituido el convenio por otro posterior, puedan mantener eficacia cláusulas de aquél que fueran contrarias a las contenidas en éste, incluso cuando la nueva cláusula, comparada con la precedente, pudiera ser considerada menos favorable, ya que no es principio informador del ordenamiento laboral el llamado principio de irreversibilidad. Consiguientemente, el valor normativo que corresponde a los convenios colectivos estatutarios, determina, ante la sucesión de CC, la aplicación del vigente, pues esto es lo que procede conformar al principio de modernidad (STS 11.05.92 Ar. 3.542).

La razón de todo ello es que el CC es esencialmente una norma temporal que, en principio, no está llamada a desplegar eficacia fuera del tiempo a que se contrae su vigencia, salvo que en el mismo o en otro posterior así se establezca (STS 25.06.93 Ar. 4.921), por lo que los derechos establecidos en CC, si no hay disposición o pacto en contrario, pueden perder eficacia, incluso durante la vigencia del CC que los reconoció, si así se pacta colectivamente con posterioridad (STS 30.06.98 Ar. 5.793). En definitiva, no se trata nada más que de aplicar el axioma de la modernidad a este ámbito (ley posterior deroga ley anterior), en el que –por otro lado- se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho –artículo 2.2 CC (SSTS 21.02.00 Ar. 2.052, se reiteran tales criterios, con las correspondientes citas: SSTS –SG– 16.07.03 Ar. 7.256; 18.07.03 Ar. 7.299).

En consecuencia, advertido que la materia salarial se contemplaba en un CC (el Anexo -desde luego- es parte integrante del mismo) que ha sido sucedido por dos posteriores, habrá que indagar si en éstos se manifiesta de nuevo aquella voluntad de equiparación o concurre una reserva expresa a dicha regulación, que garantice su aplicación más allá de la vigencia del CC derogado. Si fuese de otro modo, no podría plantearse la reivindicación retributiva, pues plenamente vigente el principio de modernidad, la sustitución de un Convenio por otro posterior es completa (SSTS 11.05.92 Ar. 3.542 y 25.06.93 Ar. 4.921).

3.- El régimen retributivo actual del personal laboral viene determinado en los artículos 25 y siguientes del IV CC Único, que sucede a los anteriores (y los deroga), y establece unas tablas salariales, fijadas tras la negociación entre las partes. En las mismas no se prevé en modo alguno la existencia de una equiparación de las retribuciones con las del personal funcionario, ni el percibo de una cantidad como la que se pretende. De hecho, en las disposiciones transitorias y adicionales se respetan diversas condiciones que se refieren expresamente (vacaciones de Navidad o Semana Santa), pero nada se indica sobre aquella "homologación", y por otro lado, se habla de la compensación o absorción de las ventajas salariales, entre otras, que viniere anteriormente satisfaciendo la Administración cualquiera que sea su causa (sin que resulte otra obligación, para el caso de que del mismo resulten retribuciones inferiores, que la de mantener el salario alcanzado en última nómina de aplicación del convenio precedente).

La conclusión es evidente: el Anexo IV del II CC Único de 1990 no tuvo una proyección de futuro, se derogó por el CC posterior que lo sustituyó en su unidad de negociación. Y esto es así, no sólo por una detallada lectura del IV CC, sino también por su interpretación global (como un todo orgánico), junto con el CC en el que estaba insita. Se ha de partir –como hemos hecho, entre otras, en la STSJ Galicia 20.01.04 A. 12/03 y 29.11.03 R. 215/01- de la base –jurisprudencial– de que el carácter mixto del convenio colectivo –norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa– determina que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos (SSTS 13.06.00 Ar. 5.114, 16.10.01 Ar. 2.459, 16.12.02 Ar.

2003\2.339 y 25.03.03 Ar. 4.837), debiendo combinarse los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (SSTS 06.04.92 Ar. 2.600 y 13.04.92 Ar. 2.645), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (STS 01.07.94 Ar. 6.323), teniendo muy presente –STSJ Galicia 20.01.04 A. 12/03 y 06.06.97 R. 2.243/97– que las palabras son el medio de expresión de la voluntad y han de presumirse que son utilizadas con corrección, de manera que "no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad", de manera que si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los pactantes habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas, conforme al artículo 1281 Código Civil (STS 07.07.86; con diferentes palabras e idéntica doctrina, la STS 02.11.99 Ar. 9.108). Abundando en la misma idea y en expresión de la STS 11.05.00 Ar. 5.510, "la finalidad de los cánones hermenéuticos determinados en el artículo 1.281 CC radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas, y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes".

A dicha conclusión se llega tras advertir que la subida retributiva se va a efectuar en tres años y que se habla en todo caso de aproximación, homologación o asimilación, es decir, éstas se referirán a las condiciones retributivas de los funcionarios públicos que existían en ese año 1990, se trata de una homologación concreta, referida a unas cantidades entonces vigentes, sin visos de perpetuarse, ni de implantación y en ningún caso se habla de equiparación o identificación entre personal laboral y funcionarios. El hecho de que en el año 1991 la Xunta acordase una aproximación de retribuciones entre el personal laboral y el funcionario no determina un derecho a la equiparación retributiva, porque es un supuesto que no estaba contemplando, ni se puede inferir de la voluntad de las partes. Existía sí una voluntad convencional de incrementar el salario del personal laboral hasta el nivel retributivo que ostentaban los funcionarios de puesto equivalente en ese año y que dicho proceso se prolongaría durante tres años, pero no la de perpetuar dicho acuerdo.

Y este análisis no es necesario proyectarlo al III CC, porque, en primer lugar, el incremento determinante de la reclamación se produce en el año 2003, bajo la vigencia del IV, y, en segundo, sólo es determinante lo ordenado por el último de los Convenios (principio de modernidad, *supra*).

CUARTO.- 1.- Rechazado que se haya garantizado la supervivencia de aquella cláusula contemplada en el Anexo IV del II CC Único, la única posibilidad –en este desbrocesería que el se hubiera incorporado al acervo convencional a través de su consideración como condición más beneficiosa (CMB). Sin embargo, este camino también queda cercenado.

En anteriores pronunciamientos hemos señalado –por ejemplo, en SSTSJ Galicia 26.06.99 R. 2.500/99, 26.12.02 R 4.593/99 y 06.06.03 R. 1.598/03– que para sostener la existencia de una CMB, que no es identificable con el simple beneficio, es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de manera que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho" y se pruebe, en definitiva, "la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo"; y que es precisamente la incorporación al nexo contractual de ese beneficio la que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, por lo que se mantiene el principio de intangibilidad unilateral de las CMB adquiridas y disfrutadas, que se traduce en que la CMB tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior –legal o pactada colectivamente– más favorable que modifique el "status" anterior en materia homogénea (SSTS 16.09.92 Ar. 6.789, 20.12.93 Ar. 9.974, 21.02.94 Ar. 1.216, 25.01.95 Ar. 410, 31.05.95 Ar. 4.012, 18.01.96 Ar. 3.249, 08.07.96 Ar. 5.758, 28.04.97 Ar. 3.551, 08.07.97 Ar. 6.253, 11.03.98 Ar. 2.562 y 09.04.02 Ar. 6.154), porque en nuestro ordenamiento jurídico rige –desde el Ordenamiento de Alcalá– el principio espiritualista en la perfección de los contratos, lo que quiere decir que de cualquier forma que el hombre quiera obligarse, queda obligado, y como los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, desde entonces obligan –artículo 1.258 CC– no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino

también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (STS 27.05.98 Ar. 4.933).

2.- Sin embargo, se ha de señalar (SSTSJ Galicia 25.09.96 R. 4.153/96, 02.06.98 R. 1.857/98 y 26.06.99 R. 2.500/99) que también es pacífico criterio de los Tribunales –fuera de alguna resolución excepcional, como la STS de 17.05.80– que la figura aludida de condición más beneficiosa tiene naturaleza personal y su disfrute es individual, debiendo tener siempre un origen contractual, rechazándose que pueda traer causa en una norma estatal o convencional (Convenio Colectivo), pues en puridad no puede hablarse de derechos adquiridos a partir de una norma y frente a otra que la deroga, de manera que cuando una norma deroga a otra se suprimen todas las condiciones de trabajo que hubieran traído causa en la primera y que hasta entonces se hubieran disfrutado, habida cuenta de la naturaleza normativa que al Convenio le atribuye el artículo 37.1 de la propia CE ("La ley garantizará [...] la fuerza vinculante de los convenios") y de que el posible respeto de las mejoras contenidas en el Convenio bloquearía de hecho toda la política de regulación de condiciones de trabajo y complicaría extraordinariamente la planificación de las Empresas, creando dos tipos de trabajadores (los regidos por las mejores anteriores condiciones de trabajo y los que se disciplinan por las inferiores posteriores). Y aunque por algún sector de la doctrina se haya sostenido lo contrario en base al artículo 9.3 CE, lo cierto y verdad es que el Tribunal Constitucional ha precisado que los "derechos individuales" a que se refiere éste son exclusivamente los derechos fundamentales del Título I de la Constitución, y que lo que el precepto prohíbe es la incidencia de la nueva ley sobre los efectos jurídicos ya producidos, pero no sobre su proyección futura (STC de 10.04.86). Y en esta línea se insiste –STS 10.02.95 Ar. 1.148– que la condición más beneficiosa no tiene su origen en una norma jurídica, concretamente en un CC, pues incluso caben "convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio sea fuente de condición más beneficiosa", pues no rige ya el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la CE, que quedó substancialmente modificado en el nuevo modelo instaurado –entre otras normas– por el artículo 37 CE, y así lo recoge expresamente en la actualidad el artículo 82.4 ET (STSS 16.12.94 Ar. 10.098 y 18.12.97 Ar. 9.517).

Por lo tanto, en ningún caso se podría articular una CMB derivada del referido II CC Único y por lo mismo la respuesta a la pretensión de la parte actora ha de ser desestimatoria.

Fallamos

Que con desestimación de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Comité Intercentros del Personal de la Xunta de Galicia, y a la que se han adherido UGT y CSI-CSIF, absolvemos libremente a la Xunta de Galicia.

3998 Recurso nº 7.785/2001

S.CA. FALLA DE EXPLICACIÓN RAZOABLE DO CESAMENTO EN POSTO DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ignacio Aranguren Pérez

A Coruña, a dieciocho de noviembre de dos mil cuatro

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el recurso de apelación que, con el número 3/7.785/2001 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por doña M.L.L., representado y dirigido por el letrado don J.A.C.S.J. contra Sentencia de 01.03.01 desestimatorio de recurso interpuesto contra la resolución de la Inspección Trabajo y Seguridad Social de Lugo sobre acta de infracción 15/99 pérdida prestaciones por desempleo; expte. 181/2000 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo. Es parte apelada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el Juzgado de instancia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimo el recurso interpuesto por el Letrado don J.A.C.S.J., en nombre y representación de doña M.L.L., contra la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Recursos, en el expediente num. 181/2000, desestimatoria del recurso interpuesto contra la resolución de la Inspección Pro-

vincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo por la que se le impone la sanción de pérdida de las prestaciones por desempleo y exclusión del derecho a percibir cualquier ayuda de fomento del empleo durante un año; y confirmo íntegramente la misma, por ser conforme a Derecho. Sin expresa condena en costas" y notificada en forma, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la practica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

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

Fundamentos de derecho

I.- Por la representación de doña M.L.L. se interpuso recurso de apelación contra la sentencia num. 86/2001 dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo num. 1 de Lugo, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la hoy apelante, contra la resolución dictada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Resolución que desestimó el recurso de alzada deducido frente a la resolución de la Inspección provincial de trabajo y seguridad social de Lugo. Dicha resolución imponía a la apelante una sanción de perdida de las prestaciones por desempleo.

La parte apelante se muestra disconforme con las conclusiones alcanzadas por el órgano de instancia, discrepando del contenido de las actas levantadas en su día por la subinspectora de trabajo que entiende ha quedado desvirtuada por la documentación aportada, considerando que la prueba practicada ha sido erróneamente valorada en instancia, tanto la documental como la testifical, habiéndose extinguido el contrato de trabajo de la apelante por motivos objetivos, por lo que no ha percibido indebidamente prestaciones por desempleo.

Se opone la Administración demandada alegando que resulta en extremo difícil probar la connivencia entre trabajadores y empresarios dirigido a obtener indebidamente prestaciones por desempleo, lo que justifica que se acuda a la prueba indiciaria, tal como ha llevado a cabo el órgano de instancia. No ha quedado desvirtuada la presunción de veracidad del acta levantada, que junto con los demás medios probatorios acreditan la existencia de un supuesto de sucesión de empresas entre las entidades implicadas.

II.-Planteadas las diferencias entre las partes en los términos expuestos, centradas en atacar o defender la presunción de veracidad del acta de la inspección de trabajo levantada, la solución del litigio ha de partir de la premisa de que es admisible la prueba de presunciones en el campo del Derecho Sancionador, siendo constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo en admitir la prueba de presunciones para acreditar la comisión de infracciones administrativas, siempre que las mismas cumplan determinados requisitos para conducir al Tribunal, con una razonable seguridad, al convencimiento de la comisión de la infracción, como también es preciso que entre el hecho o hechos demostrados y aquel que se trate de deducir exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1.253 C.C.), atemperando esta apreciación a las peculiares circunstancias del caso concreto y teniendo en cuenta la realidad imperante en el área social del trabajo (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1995). En el caso presente nos encontramos con que a raíz de un acta de infracción se impone a la apelante una sanción por infracción al artículo 30.3.3.3 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) consecuencia de imputarse a la hoy apelante, connivencia con el empresario para la obtención indebida de prestaciones por desempleo, prestación que obtuvo al situarse formalmente (y de forma fraudulenta a juicio de la Administración) en situación de desempleo, mediante despido efectuado por la empresa ASDELGA S.L.

En síntesis, el órgano de instancia razonadamente funda su resolución desestimando el recurso ante él interpuesto, en la presunción de veracidad que acompaña a las actas de infracción, considerando que la misma no ha quedado desvirtuada, explicando separadamente y de modo pormenorizado las razones por las que llega a esa conclusión, pronunciándose tanto sobre las vinculaciones del esposo de la apelante, como sobre la colocación de placas, las vinculaciones entre la empresa que despidió a la apelante y las entidades XURMAR Y SATEGA, y la situación del local sito en la calle ...

No se encuentra en el recurso de apelación interpuesto, argumento alguno que

nos permita dudar de lo acertado de las conclusiones alcanzadas en instancia, apreciándose por ésta Sala que en realidad el apelante parece limitarse en una proporción nada desdeñable del recurso de apelación presentado, a reiterar las alegaciones ya contenidas en su demanda, por lo que no resulta ocioso recordar que el recurso de apelación no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones en que tuvo lugar ante el órgano de instancia, sino depurar el resultado obtenido ante el mismo, sin que se haya mostrado por el apelante que razones o argumentos pueden conducir a esta Sala a entender erróneamente valorada la prueba practicada ante el Juez de instancia.

Solamente nos cabe añadir, que correspondía en todo caso a la hoy apelante demostrar, cosa que no ha hecho, que existe otra explicación distinta que no sea que su cese en la relación laboral lo fue en aras a la obtención de la prestación por desempleo, sin que en instancia ni en apelación se haya facilitado argumento alguno de cuál fue la razón o el motivo de su cese en ese puesto de trabajo, sin que se proporcione, y menos aún se acredite, una explicación plausible que desvirtúe la que se deduce del acta levantada, y así ha sido apreciado en la instancia.

Solamente nos resta añadir respecto al valor de las actas de infracción de trabajo, que la presunción de certeza o veracidad reconocida a aquellos documentos (art. 38 del Decreto 1.860/75 y art. 52 de la Ley 8/88) alcanza a los datos fácticos que permitan sustanciar la infracción imputada, siempre que sean susceptibles, por su realidad objetiva y visible, de ser apreciados personal y directamente por el Inspector o Controlador de Empleo en el acto de la visita al centro de trabajo, o que resulten acreditados bien documentalmente o por testimonios entonces recogidos o, en su caso, mediante la instrucción del oportuno expediente; de ello se desprende que aquella presunción no puede extenderse a meras apreciaciones, valoraciones, conjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas. Por tanto la Inspección vendrá obligada, en orden a la eficacia de aquella presunción, a realizar una exacta determinación de las circunstancias de hecho que rodeen al caso considerado, y a profundizar en la actividad investigadora cuando el resultado fáctico que sirve de soporte a la actividad sancionadora resulte del simple testimonio de personas que ostenten la calidad de interesados, denunciantes o terceros, evitando en todo caso que dichos testimonios se recojan por vía de reducción o traducción a términos jurídicos predeterminantes del resultado final en que consiste todo acto liquidatorio o sancionador. En el caso presente, y tal como ya se ha señalado, ninguna alegación se nos ha formulado por el apelante que nos permita vislumbrar la quiebra de los principios expuestos, a fin de prescindir de la presunción de veracidad del acta de infracción en su día levantada y en la que se basa la sanción impuesta, por lo que resulta obligado como mas ajustado a derecho, desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia dictada en instancia en todos sus extremos.

III.- La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de costas a la parte apelante de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la LJCA.

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

Fallamos

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña M.L.L. contra la sentencia número num. 86/2001 de 01.03.01 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Lugo, y en consecuencia confirmamos la sentencia apelada. Con expresa imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

3999 **Recurso nº 8.143/2001**

S.CA. IMPROCEDENCIA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRACIÓN POR PREXUIZO ECONÓMICO DERIVADO DUNHA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ERRÓNEA. FALLA DE ACREDITACIÓN DA VINCULACIÓN ENTRE O PREXUIZO CAUSADO E A RESOLUCIÓN DITADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Gonzalo de la Huerga Fidalgo

A Coruña, a diecinueve de noviembre de dos mil cuatro

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 8.143/2001, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por doña O.A.P.B., doña M.B.L. y doña E.P.B., representados por don J.M.G.M. y dirigidos por el Letrado don R.S.F., contra Resolución de 15.05.01 desestimatoria de reclamación de daños y pérdidas a solicitud de los recurrentes ante la C. Xustiza sobre indemnización; Orden de 15.09.99, DOG 20.09.99 . Es parte la administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por Letrado de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

I.- Resultando que 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.- Resultando que 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.- Resultando que no habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2004, fecha en que tuvo lugar.

IV.- Resultando que en la substanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

I.- Considerando que para reclamar en la demanda del presente la responsabilidad patrimonial de la Administración se alega en el octavo de los hechos de aquella que al haber sido dictada por el Director General de la Relaciones Laborales resolución negando al Comisario de la quiebra del caso legitimación para promover el expediente de regulación de empleo de los trabajadores de la empresa de autos, estos desistieron de la reclamación de indemnización que habían formulado al amparo del art. 51.10 del Estatuto de los Trabajadores y decidieron acudir al procedimiento de impugnación del despido por improcedente con lo cual la indemnización conseguida subió en más o menos cincuenta millones de la que habrían obtenido según el primero de los procedimientos; el cual era el procedente por cuanto la apuntada decisión denegatoria del Director General fue anulada después por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo en procedimiento seguido al efecto; y que en definitiva, se dice en el final de los fundamentos de derecho de la demanda, la ejecución de esa sentencia se había hecho imposible; es decir, el poder ir a la regulación de empleo, resolviendo en ese procedimiento los contratos de que se trataba.

II.- Considerando que realmente no es posible negar la certeza de esta última conclusión; mas, no resulta este hecho bastante para poder decir que fue el mismo la causa de que los trabajadores de la empresa de autos hubiesen cambiado de procedimiento y así obtenido una indemnización mayor, que es el resultado estimado dañoso en el caso por la parte recurrente; elemento ese de la relación causal entre la acción de la Administración y el resultado lesivo, que es necesario concurra también para poder hablar de responsabilidad patrimonial en los términos del art. 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo Común; y es que en la demanda no se enerva la argumentación de la resolución aquí recurrida denegatoria de la reclamación de indemnización por responsabilidad, recogiendo el dictamen en el mismo sentido emitido por el Consello Consultivo de Galicia, de que parece resultar del expediente que la reclamación de los trabajadores por despido improcedente se produjo en 19 de mayo de 1995 y la referente a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado se habría realizado en 23 de agosto siguiente con prevención expresa de que se reservaban mantener aquella otra primera; así pues, desaparece esa secuencia temporal y causal que la demanda establece entre la errónea resolución del Director General no dando lugar a abrir el procedimiento de regulación de empleo y la orientación o criterio seguido por los trabajadores en sus reclamaciones sobre el particular;

y, asimismo, no se aclara la relación que hubiesen podido tener las causas dadas para el despido de los trabajadores y la apuntada resolución errónea; y que más bien las indemnizaciones que el reclamante de la responsabilidad hubo de satisfacer derivan de la sentencia que luego declaró en la vía laboral la improcedencia de los despidos de referencia y con los acuerdos a que para su ejecución se llegó; imaginar lo que hubiese podido resultar de la tramitación de una regulación de empleo, es factible y razonable; mas, deviene difícil hacer de la no posibilidad de esto por una resolución administrativa errónea, la causa de haberse producido el seguimiento de la otra vía por los trabajadores con resultado más oneroso, de lo cual el recurrente hace base para sentirse perjudicado; es decir, no parece que la posibilidad de la regulación de empleo hubiese evitado lo que realmente ocurrió respecto de los despidos y la declaración de su improcedencia.

III.- Considerando que al no observar en la conducta procesal de las partes elementos conducentes a poder calificarla ahora como de temeraria o de mala fe, falta base para realizar una imposición especial sobre el pago de las costas devengadas en la substanciación del procedimiento; y ello en los términos del art. 139 de la Ley General de esta Jurisdicción.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por doña O.A.P.B., doña M.B.L. y doña E.P.B. contra resolución del Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia de 15 de mayo de 2001, denegatoria de indemnización derivable de responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin hacer imposición de costas.

4000 **Recurso nº 8.408/2000**

S.CA. NON VULNERACIÓN DA TUTELA XUDICIAL EFECTIVA AO DECRETARSE O ARQUIVO DAS ACTUACIÓNS POR NON ACREDITAR A REPRESENTACIÓN LEGAL NO PRAZO ESTABLECIDO.

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

A Coruña, a diecinueve de noviembre de dos mil cuatro

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el recurso de apelación que, con el número 3/8.408/2000 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don J.F.B. y otro S.C., representado y dirigido por el letrado don X.A.P.L.L. contra Auto de 21.06.00 que ordena el archivo de las actuaciones en el recurso interpuesto contra resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de Valladolid sobre actas de liquidación e infracción dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 2 de A Coruña. Es parte apelada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el Juzgado de instancia, cuya parte dispositiva dice: "Se acuerda, ordenar el archivo de las actuaciones por no haberse subsanado el defecto de acreditación de la representación alegada, dentro del plazo concedido para la subsanación." y notificada en forma, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la practica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna a través del presente recurso de apelación el Auto, de fecha 21 de junio de 2000, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Coruña, que ordenara el archivo de las actuaciones por no haber subsanado la parte apelante, dentro del plazo concedido al efecto, el defecto de acreditación de la representación aducida.

Los apelantes sustancian el recurso de apelación en la siguiente motivación:

Que en fecha 29 de mayo de 2000 se les requiriera a fin de que, en el plazo de 10 días, acreditase la representación invocada. Por problemas de localización de la parte, al encontrarse fuera de Galicia, el día 27 de junio de 2000, se otorgara poder general para pleitos a favor del Letrado.

Que no obstante y al haber transcurrido el plazo de 10 días concedido, la parte tenía la intención de aportar a este pleito el documento notarial de referencia, intención que se ha visto truncada al recibir notificación de la resolución aquí recurrida, de suerte que ordenar el archivo de los presentes autos supuso una vulneración del derecho de tutela efectiva y por ende indefensión a la parte, desde el mismo instante en que en otras ocasiones y en iguales condiciones, se había dado un segundo plazo para subsanar este defecto.

Concluyen exponiendo que con fundamento en el principio de favor pro actione y no perjudicándose derecho de tercero ni interés público alguno, dadas las circunstancias de la parte en cuanto a su continua movilidad geográfica y dificultad para ser localizado, archivar las presentes actuaciones y no otorgar un segundo plazo, tal y como acostumbran otros Órganos Jurisdiccionales, suponía una indefensión del mismo y por ende una vulneración del derecho de tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la C.E.

II.- Pues bien, siendo cierta la doctrina constitucional, conforme a la cual, la exigencia y cumplimiento de los presupuestos procesales no suponen un obstáculo o rémora para el acceso a la jurisdicción, y que, en suma, no contrarían el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa, advirtiendo, no obstante, que "cuando se trata del acceso a la jurisdicción la vinculación del juez ex art. 24.1 C.E. es más intensa aquí, siendo de plena aplicación el principio de interpretación pro actione entendido…como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican" (STC 88/1997, 207/1998 y 195/1999,entre otras), y en relación con los defectos de representación procesal de las partes, "que la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable si el defecto se reduce a esa mera formalidad y siempre que tal subsanación sea factible", advirtiendo como uno de los cánones a tener en cuenta a la hora de analizar la desproporción entre los fines que las causas de legalidad procesal preservan y los intereses que sacrifican, la circunstancia de que el interesado hubiera actuado con diligencia, también lo es que en el presente caso los apelantes fueron requeridos en forma a fin de que subsanasen aquel defecto o deficiencia detectada en su representación y asistencia por Abogado, y todo ello con apercibimiento de archivo de las actuaciones, dándosele a tal fin el plazo de 10 días prevenido en el art. 45.3 de la Ley Jurisdiccional, sin que la apelante lo hubiera cumplimentado en el plazo de subsanación.

Siendo ello así, acertó el Auto apelado al decretar el archivo de las actuaciones, pues ese efecto es el que previene aquel precepto de la Ley Jurisdiccional cuando no se subsana en plazo un requisito o presupuesto, que como el aludido, condicionan la validez de la propia comparecencia, cumpliéndose aquí aquellas prevenciones que señala la ya referida doctrina constitucional, esto es, se dio una adecuada ponderación de los defectos detectados en el comportamiento procesal de la apelante, esos defectos tenían que ver con presupuestos procesales que condicionaban la validez de una incidencia procesal tan importante como es la comparecencia, dándose, por último, la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, que, además es querida por la propia Ley, sin que, por otra parte, quepa reconocer aquí, tampoco lo solicita la apelante, la posibilidad de rehabilitación a que se refiere el art. 128.1 de la Ley Jurisdiccional ("Los plazos son improrrogables y una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. No obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos"), pues por muy laxos que se sea admitiendo el encaje del supuesto de autos en la previsión de aquel precepto, es lo cierto que la apelante no presentó el aludido poder general para pleitos dentro del día en que se notificó el Auto apelado.

Se está, por tanto, en el caso de desestimar el recurso de apelación.

III.- Procede la imposición de las costas procesales de esta alzada a la apelante por aplicación del art. 139.2 L.J.C.A.

Fallamos

Desestimamos el recurso de apelación formulado por don J.F.B. y otro S. C., contra el Auto, de fecha 21 de junio de 2000, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Coruña, con imposición de costas de esta instancia a la parte apelante.

4001 **Recurso nº 2.813/04**

S.S. REINGRESO DE EXCEDENCIA VOLUNTARIA. EXISTENCIA DE VACANTE. APLICABILIDADE DO CONVENIO VIXENTE NO MOMENTO DO COMEZO DA SUSPENSIÓN. INDEMNIZACIÓN DE DANOS E PREXUÍZOS: CRITERIOS XERAIS.

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

A Coruña, a diecinueve de noviembre de dos mil cuatro

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. 2.813/2004 interpuesto por don J.F.M.G. 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 don J.F.M.G. en reclamación de Reingreso de Excedencia siendo demandada la mercantil "C." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 530/2003 sentencia con fecha 24 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Don J.F.M.G., con D.N.I. número…, Licenciado en ciencias Económicas y Empresariales y Master en Dirección y Administración de Empresas, fue contratado el 26 de mayo de 1997 por la entidad financiera Caja de Ahorros P.P., con la categoría profesional de titulado superior B, como Gestor del Área de empresas en Vigo, y destino en la Oficina Principal de Vigo. El salario pactado, en términos anuales, ascendía a 6.000.000 pesetas brutas. SEGUNDO.- El 29 de septiembre de 1997 el trabajador interesó una excedencia voluntaria por dos años, que le fue concedida por la Dirección de la entidad financiera con efectos de 1 de octubre de 1997. Con posterioridad y a petición del actor, fue prorrogada dicha excedencia hasta el 30 de junio de 2000 y después hasta el 31 de diciembre de 2000. TERCERO.- Como consecuencia de la fusión de las cajas de ahorro de Vigo, Orense y Pontevedra, surgió la entidad financiera "C.". Y como consecuencia de la misma se realizó una reestructuración de la plantilla, sin admitirse por acuerdo expediente de regulación de empleo alguno. CUARTO.- Don J.F.M.G. pidió el reingreso en la entidad "C." el 20 de noviembre de 2000. La mercantil demandada le respondió en fecha 11 de diciembre de 2000 que no existen vacantes en la actualidad de similar categoría y en función de las características derivadas de su contrato de trabajo. QUINTO.- En fecha 14 de diciembre de 2000 el actor remitió un burofax a "C." en la que se especificaba que dado que mi contrato contempla realizar mis servicios profesionales como gestor del área de empresas en Vigo, entiendo que en la actualidad no hay vacantes tal como se me indicó. Quedo por tanto a al espera de que se produzcan, indicándole tal y como comentamos telefónicamente que dado mi perfil académico y experiencia profesional en el ámbito financiero pueden existir vacantes para mi incorporación inmediata en otras áreas de negocio, no necesariamente en el área de empresas, rogándole que se me informe de las vacantes que se vayan produciendo. SEXTO.- El 5 de noviembre de 2001 don J.F.M.G. remitió una nueva misiva a al entidad financiera demandada en al que se indicaba que le rogaría encarecidamente que tuvieran en consideración mi propuesta de reingreso y si es necesario, estoy dispuesto a aceptar cualquier vacante aunque fuera desempeñando funciones de inferior categoría, opción ésta que usted ya me ofreció en nuestra última entrevista mantenida. Por medio de escrito de 9 de diciembre de 2001 "C." contestó que por el momento no es posible acceder a lo solicitado porque no existen vacantes en a actualidad de similar categoría y en función de las características derivadas de su contrato de trabajo. SÉPTIMO.- Tras la fusión de las entidades financieras y el nacimiento de "C." el

puesto de trabajo que ocupaba el actor o existe en el organigrama de la nueva entidad. OCTAVO.- Como consecuencia de la estrategia de apertura de nuevas oficinas especializadas en el segmento de empresas en Comunidades Autónomas diferentes a Galicia, se han realizado incorporaciones en "C." en la función de Gestores de Empresas, exigiendo como requisito imprescindible experiencia bancaria en la función de Gestor de empresas de al menos dos años de antigüedad y la categoría profesional asignada en todos los casos ha sido igual o inferior a Oficial 1ª. NOVENO.- En convocatoria interna para la provisión de plazas vacantes de Analista Financiero de Empresas y de Gestor de Empresas, se han producido nuevas incorporaciones por empleados que ya formaban parte de la plantilla de "C." con la categoría de auxiliar o de oficial, con una asignación retributiva anual el primer año de 15.838,22 euros para los analistas financieros y gestores de empresas. DÉCIMO.- Según los contratos realizados por la entidad "C." entre los años 2001-2003 y que se dan aquí por reproducidos, se ha contratado una titulada superior B para la asesoría jurídica, veinte Jefes de Quinta A; cuatro Jefes de Quinta B; y los demás como auxiliares u oficiales. undécimo.- Desde 1999 hasta hoy, entre las personas jubiladas, prejubiladas, jubiladas de forma anticipada y con baja indemnizada constan 19 Jefes de Quinta A, 18 Jefes de Quinta B y tres Titulados Superiores Grupo A. DUODÉCIMO.- Según el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros de 29 de diciembre de 2003 para los años 2003-2006, publicado en el BOE el 15 de marzo de 2004, la categoría de Jefe de Quinta es equivalente a Nivel IV, al igual que la de titulado Superior B, y con el mismo nivel retributivo que Jefe de Quinta B. DECIMOTERCERO.- Al actor se le ha ofrecido la posibilidad de reintegrarse como Jefe de Sexta en un puesto de gestor de empresas en la primera oficina que se ha abierto, situada en Córdoba, sin que lo hubiera aceptado. DECIMOCUARTO.- El actor interesó la excedencia para dedicarse, entre otras cosas, a los negocios familiares; consta en su currículo que desde diciembre de 1997 a junio de 2000 fue director Financiero y de Organización de la empresa "C.T., S.A."; y desde julio de 2000, es director de Proyecto de "C.E., S.L.", empresa consultora de internet especializada en desarrollo de portales verticales. DECIMOQUINTO.- Presentada papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación el día 11 de julio de 2003, la misma tuvo lugar el día 23 de julio de 2003, con el resultado de sin efecto".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.F.M.G., debo absolver y absuelvo a la mercantil "C." 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.- El demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó su reincorporación laboral desde la situación de excedencia voluntaria, y solicita revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- Las modificaciones fácticas que sugiere, relativas a los apartados 3º, 4º, 6º párrafo 2º y 7º a 14º, determinan las siguientes consideraciones:

A) El hecho probado 3º declara: "Como consecuencia de la fusión de las Cajas de Ahorro de Vigo, Ourense y Pontevedra, surgió la entidad financiera "C.". Y como consecuencia de la misma, se realizó una reestructuración de plantilla, sin admitirse por acuerdo expediente de regulación de empleo alguno".

El recurrente propone sustituirlo por: "Como consecuencia de la firma de pacto de fusión de 28 de junio de 1999, suscrito por las Cajas de Ahorro de Vigo, Orense y Pontevedra, surgió la entidad financiera "C." realizándose una ordenación de las relaciones laborales de la futura Caja y pactándose en materia de empleo: A.- El mantenimiento de todos los puestos de trabajo, actualmente existentes, bajo las distintas modalidades de contratación, bien temporales bien fijos. B.- No a la iniciativa de expedientes de regulación de empleo con ocasión de la fusión en los cinco años siguientes a la firma del pacto. C.- Cambios de destino: Por causas directamente relacionadas con la fusión, los posibles cambios de destino se pactarán individualmente, es decir, no se podrá imponer a ningún empleado el cambio de destino. Asimismo se pactó en materia de excedencias que el cambio subjetivo en la relación laboral, operado a consecuencia de la integración de las tres Entidades, no daría lugar a la modificación del status particular

que tuvieran reconocido los empleados en régimen de excedencia"; se basa en los folios 370 a 372 y 378 de prueba de la demandada.

La pretensión se admite en cuanto sirve para completar el relato de hechos, si bien el referido pacto de fusión en materia de empleo ha de ponderarse en su totalidad, en lugar de restringirlo a algunos de sus aspectos como los sugeridos.

B) El hecho probado 4º declara: "Don J.F.M.G. pidió el reingreso en la entidad "C." el 20 de noviembre de 2000. La mercantil demandada le respondió en fecha 11 de diciembre de 2000 que no existen vacantes en la actualidad de similar categoría y en función de las características derivadas de su contrato de trabajo".

El recurrente propone sustituir los términos "no existen vacantes en la actualidad de similar categoría…", por: "no existen vacantes en la actualidad de igual o similar categoría"; se basa en el folio 9.

La pretensión se acepta, porque consta en la invocada carta que la empresa remitió al trabajador, aunque ya aparece incorporada en diversos pasajes de la resolución impugnada.

C) El párrafo 2º del hecho probado 6º declara: "Por medio de escrito de 9 de diciembre de 2001 "C." contestó que por el momento no es posible acceder a lo solicitado porque no existen vacantes en la actualidad de similar categoría y en función de las características derivadas de su contrato de trabajo".

El recurrente propone sustituir los términos "no existen vacantes en la actualidad de similar categoría…", por: "no existen vacantes en la actualidad de igual o similar categoría"; se basa en el folio 12.

La pretensión se admite, por iguales razones que la anterior, si bien hacemos constar que la aludida carta de la empresa está fechada el 09.11.01.

D) El hecho probado 7º declara: "Tras la fusión de las entidades financieras y el nacimiento de "C." el puesto de trabajo que ocupaba el actor no existe en el organigrama de la nueva entidad".

El recurrente propone sustituirlo por: "Tras la fusión de las entidades financieras y el nacimiento de "C.", no ha quedado acreditado que el puesto de trabajo que ocupaba el actor, esto es, como titulado superior B del área de empresas en Vigo, se hubiera cubierto o que en la actualidad no se encuentre vacante. Asimismo tampoco se ha acreditado que se hubiera amortizado legalmente".

La pretensión no se acepta, porque es apreciación particular y subjetiva de documentos alegados (folios 140, 371 de prueba de la demandada), ajena a la objetividad del relato fáctico requerida por los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL); además, se basa en pruebas inhábiles de acuerdo con las normas indicadas o invoca prueba negativa que, según la jurisprudencia (ss. 15.01, 13.03.90), no acredita el error de hecho.

E) El hecho probado 8º declara: "Como consecuencia de la estrategia de apertura de nuevas oficinas especializadas en el segmento de empresas en Comunidades Autónomas diferentes a Galicia, se han realizado incorporaciones en "C." en la función de Gestores de Empresas, exigiendo como requisito imprescindible experiencia bancaria en la función de Gestor de Empresas de al menos dos años de antigüedad y la categoría profesional asignada a todos los casos ha sido igual o inferior a Oficial 1ª".

El recurrente propone sustituirlo por: "Como consecuencia de la estrategia de apertura de nuevas oficinas especializadas en el segmento de empresas en Comunidades Autónomas diferentes a Galicia, se han realizado incorporaciones en "C." en la función de Gestores de Empresas, también denominados Gestores de Unidad de Negocios (GUN), en las que, según convocatoria destinada a Pamplona, Alicante y Valencia del 2003 y convocatoria para Córdoba, San Sebastián, Vitoria, Pamplona, Barcelona, Valencia y otros del período 2004-2005 (bajo el título Proyecto GUN), no se desprende la exigencia, como requisito imprescindible de experiencia bancaria en la función de Gestor de Empresas de al menos dos años de antigüedad. La categoría profesional asignada en todos los casos ha sido igual o inferior a Oficial 1ª, con un salario que oscila entre los 27.000 euros y los 43.000 euros"; se basa en los folios 63 a 174 de su prueba.

La pretensión no se admite: a) Las fotocopias de anuncio publicitario y crónica periodística alegadas (folios 160, 161) no desvirtúan la exigencia del requisito profesional en cuestión ni acreditan la convocatoria efectiva de plazas en Pamplona, Alicante y Valen-

cia. b) Otros documentos (folios 162 a 174) refieren aspectos no discutidos tales como la formación, funciones y objetivos de los GUN. c) Los folios 146 y 147 no prueban el salario, porque incorporan una simple relación carente de signo que la avale, sin perjuicio de que la categoría profesional de convenio y las remisiones cuantitativas que consignan otros hechos probados sean suficientes, en su caso, a los fines pretendidos. d) Los documentos de alta en la seguridad social (folios 163 a 167) no inciden la revisión fáctica sugerida.

F) El hecho probado 9º declara: "En convocatoria interna para la provisión de plazas vacantes de Analista Financiero de Empresas y de Gestor de Empresas, se han producido nuevas incorporaciones por empleados que ya formaban parte de la plantilla de "C." con la categoría de auxiliar o de oficial, con una asignación retributiva anual el primer año de 15.838,22 euros para los analistas financieros y gestores de empresas".

El recurrente propone sustituirlo por: "En convocatoria interna para la provisión de plazas vacantes de Analista Financiero de Empresas, Gestor de Empresas, Director e Interventor de sucursales tanto territoriales como de C. Autónomas, Unidades de Negocio de las Comunidades Autónomas, Director y Subdelegado de oficinas de empresas en Galicia y fuera de Galicia, Directores de Zona de C. Autónomas y otras tales como director en Portugal, prevención de blanqueo de dinero etc., no notificadas al actor, pese a haberlo solicitado expresamente en su burofax de 14 de dic. de 2000 y 5 de noviembre de 2001, se han producido nuevas incorporaciones por empleados que ya formaban parte de la plantilla con categorías de auxiliar, oficial Jefe V A, Jefe V B, Jefe IV A y Jefe IV B"; se basa en 174 a 235 de prueba de la demandada.

La pretensión se acepta, en cuanto que una de las consecuencias del pacto de fusión señalado fueron los diversos concursos internos de plazas vacantes realizadas en el período 19.02.01/25.01.03, porque así consta en la documental alegada, ámbito en el que sí fue única la convocatoria para analistas financieros y gestores de empresas (función esta última del actor al solicitar la excedencia).

Sin embargo, la pretensión no se admite respecto de las demás sugerencias, porque los documentos alegados no acreditan la correlativa identidad entre las convocatorias internas y los nombramientos efectuados; además, fue diverso el objeto específico de aquéllas (categorías profesionales) y de éstos (puestos de trabajo).

G) El hecho probado 10º declara: "Según los contratos realizados por la entidad "C." entre los años 2001 y 2003 y que se dan aquí por reproducidos, se ha contratado a una titulada superior B para la asesoría jurídica; veinte Jefes de Quinta A; cuatro Jefes de Quinta B; y los demás como auxiliares u oficiales".

El recurrente propone sustituirlo por: "Según los contratos realizados por la entidad "C." entre los años 2001 y 2003, y que se dan aquí por reproducidos, se ha contratado a una titulada superior B, en cuyo contrato se obliga a la prestación de servicios en los distintos centros de trabajo y dependencias de la Caja, que vengan exigidos por las necesidades organizativas de la empresa; veinte jefes de quinta A, cuatro jefes de quinta B, y los demás como auxiliares u oficiales. Asimismo han sido dados de alta en la T.G.S.S. 5 trabajadores en el grupo 01 de cotización (ingenieros y licenciados) y 63 trabajadores en el grupo 03 (jefes administrativos y de taller)"; se basa en los folios 30, 48 y 76, 25 a 144 de su prueba, 257 de prueba de la demandada.

La pretensión se acepta en cuanto reproduce la indefinición del lugar de trabajo de la Titulada Superior B y la subordinación de sus servicios a las órdenes de la empresa, que literalmente consigna el respectivo contrato que alega; sin embargo, mantenemos su destino en la asesoría jurídica de la empresa, tanto porque ese pacto no impide tal afirmación como porque el juez la extrae de otros medios de prueba, en ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 97.2 LPL respecto de la apreciación probatoria.

Admitimos los demás términos, porque los contratos de las personas incluídas en los grupos de cotización 01 y 03 constan en los listados que invoca, sin que -contra lo que manifiesta la demandada- aparezca debidamente los hubiera suscrito entidad diversa de "C."; todo ello, sin perjuicio de su intrascendencia al signo del fallo como en sede jurídica indicaremos.

H) El hecho probado 11º declara: "Desde 1999 hasta hoy, entre las personas jubiladas, prejubiladas, jubiladas de forma anticipada y con baja indemnizada constan 19 Jefes de Quinta A, 18 Jefes de Quinta B, y tres Titulados Superiores Grupo A".

El recurrente propone añadir: "y un Titulado Superior B jubilado en fecha 30 de junio de 2001"; se basa en el folio 138.

La pretensión se acepta, porque consta en el listado de la empresa que alega.

I) El hecho probado 12º declara: "Según el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros de 29 de diciembre de 2003 para los años 2003-2006, publicado en el BOE el 15 de marzo de 2004, la categoría de Jefe de Quinta es equivalente al Nivel IV, al igual que la de Titulado Superior B, y con el mismo nivel retributivo que Jefe de Quinta B".

El recurrente propone sustituir los términos "la categoría de Jefe de Quinta es equivalente al Nivel IV, al igual que la de Titulado Superior B, y con el mismo nivel retributivo que Jefe de Quinta B", por: "… se establece un nuevo sistema de clasificación profesional de manera que las categorías de Jefe de Quinta, Jefe de Quinta A, Jefe de Quinta B y Titulado Superior B son equivalentes al grupo profesional IV. En la tabla salarial contenida en el mismo convenio, el nivel retributivo de un Titulado Superior B es igual que la de un Jefe de Quinta B, tal y como sucedía en el convenio colectivo anterior"; se basa en los folios 1 a 24 de su prueba, 393 de prueba de la demandada.

La pretensión se satisface añadiendo al hecho impugnado que las categorías Jefe 5ª A y Jefe 5ª B se corresponden al nivel IV, en que el hecho impugnado ya incluye las de Jefe 5ª y Titulado Superior B; por otra parte, precisamos que la retribución de Titulado Superior B es igual que la de Jefe 5ª B (no Jefe 5ª que parece decir el hecho impugnado), también en el convenio precedente.

J) El hecho probado 13º declara: "Al actor se la ha ofrecido la posibilidad de reintegrarse como Jefe de Sexta en un puesto de gestor de empresas en la primera oficina que se ha abierto, situada en Córdoba, sin que lo hubiera aceptado".

El recurrente propone sustituirlo por: "Al actor se la ha ofrecido la posibilidad de reintegrarse en un puesto de gestor de empresa en la primera oficina que se va a abrir en Córdoba, sin habérsele ofrecido indemnización alguna por los cuatro años transcurridos desde que solicitó la reincorporación"; se basa en el folio 174 y anteriores de su prueba.

La pretensión no se acepta porque, al igual que la proyectada al hecho probado 7º (apartado D que precede) es apreciación particular de un gráfico de la empresa (folio174), ajena a la objetividad del relato fáctico requerida por los artículos 191.b) y 194.3 LPL; además, ahora también invoca pruebas inhábiles según las normas indicadas.

K) El hecho probado 14º declara: "El actor interesó la excedencia para dedicarse, entre otras cosas, a los negocios familiares; consta en su currículo que desde diciembre de 1997 a junio de 2000 fue Director Financiero y de Organización de la empresa "C.T., S.A."; y desde julio de 2000, es Director de Proyecto de "C.E., S.L.", empresa consultora de internet especializada en desarrollo de portales verticales".

El recurrente propone sustituirlo por: "El actor interesó la excedencia para dedicarse, entre otras cosas, a los negocios familiares. En el informe de vida laboral expedido por la T.G.S.S. consta dado de alta en "C.T., S.A." desde el 26 de enero de 1998 hasta 18 de mayo de 2000; perceptor de una prestación por desempleo del 19 de mayo de 2000 hasta 18 de mayo de 2001 y una prestación de carácter asistencial desde el 24 de mayo de 2001 hasta 20 de diciembre de 2001, habiendo percibido por tales prestaciones una cuantía de 6.350,91 Euros en el año 2000 y 4.356,64 Euros en el año 2001. Desde el 1 de octubre de 2003 está dado de alta como autónomo"; se basa en los folios 107 y 127.

La pretensión se admite para añadir al hecho impugnado, no para sustituirlo, los datos sugeridos y propios de los informes de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y del Instituto Nacional de Empleo (INEM) que invoca, porque son compatibles con el trabajo efectivo del recurrente que el hecho describe con base en su propio currículo profesional (folios 15 a 18 de prueba de la demandada).

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe:

A) Los artículos 46.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 62 y 57 de los Convenios Colectivos de las Cajas de Ahorros para los períodos 2001/2002 y 2003/2006 respectivamente así como las sentencias que cita, pues su puesto de trabajo no fue cubierto ni amortizado legalmente, dada la jubilación de un Titulado Superior B sin que la empresa acreditase el puesto que ocupaba; además, el artícu-

lo 60.4 del Convenio Colectivo 2001/2002 habla de reingreso en vacante de igual o similar categoría, mientras que el artículo 57.4 del Convenio Colectivo 2003/2006, refiere vacante de funciones iguales o similares, por lo que ha de tenerse en cuenta la polivalencia funcional y los niveles convencionalmente exigidos, de modo que son equivalentes Titulado Superior B y Jefes 5ª contratados por virtud de jubilación de quienes desempeñaban tal función.

B) La jurisprudencia que cita sobre resarcimiento de daños y perjuicios, con base en el salario de 01.01.01, fecha en que debió reincorporarse, y hasta su reingreso efectivo, con deducción de las cantidades percibidas por el trabajo que realizó si la demandada lo acredita, pero no de lo percibido por desempleo sin perjuicio de la reclamación del INEM.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son:

I) El actor trabajó para Caja de Ahorros Provincial de Pontevedra desde el 26.05.97, con categoría profesional de Titulado Superior B, funciones de gestor del área de empresas en Vigo, destino en la oficinal principal de Vigo, y salario bruto anual de 6.000.00 de pesetas.

II) El 29.09.97 solicitó excedencia voluntaria para dedicarse, entre otras cosas, a los negocios familiares; concedida y prorrogada, se extendió hasta el 31.12.00.

III) "C." surgió del pacto de fusión de 28.06.99 suscrito por las Cajas de Ahorro de Vigo, Orense y Pontevedra, que provocó reestructuración de plantillas y ordenación de las relaciones laborales; pacto que, en materia de empleo, damos por reproducido.

IV) El 20.11.00, el actor solicitó el reingreso.

El 11.12.00, "C." respondió que no existen vacantes en la actualidad de igual o similar categoría y en función de las características derivadas de su puesto de trabajo.

V) El 14.12.00, el demandante remite escrito que, tras admitir la inexistencia actual de vacantes, comunica quedar a la espera y solicita información de que se produzcan, incluso en otras áreas de negocio y no necesariamente en la de empresas.

VI) El 05.11.01, el actor remite nuevo escrito, que reitera el anterior y comunica su disposición a aceptar cualquier vacante y desempeñar funciones de categoría inferior.

El 09.11.01, "C." respondió que no existen vacantes en la actualidad de igual o similar categoría y en función de las características derivadas de su puesto de trabajo.

VII) Tras la fusión, no existe el puesto de trabajo que ocupaba el demandante.

VIII) A consecuencia de la apertura de oficinas fuera de Galicia especializadas en el sector de empresas, "C." realizó incorporaciones en la función de gestores de empresas, previa exigencia de dos años de antigüedad de experiencia bancaria en tal sector, y asignó a los incorporados la categoría profesional de oficial 1ª o inferior.

IX) A consecuencia de la fusión, en el período 19.02.01/25.01.03 "C." realizó convocatorias internas para la provisión de plazas vacantes de Analista Financiero de Empresas, Gestor de Empresas, Director e Interventor de sucursales tanto territoriales como de Comunidades Autónomas, Unidades de Negocio de las Comunidades Autónomas, Director y Subdelegado de oficinas de empresas en Galicia y fuera de Galicia, Directores de Zona de Comunidades Autónomas, Director en Portugal, prevención de blanqueo de dinero etc.

Las plazas vacantes de Analista Financiero de Empresas y Gestor de Empresas ofrecidas en convocatoria interna, se cubrieron por quienes ya formaban parte de la plantilla de "C.", con categoría de oficial o de auxiliar y remuneración anual de 15.838,22 pesetas el primer año.

X) En el período 2001/2003, "C." contrató 1 Titulada Superior B para asesoría jurídica en los distintos centros de trabajo y dependencias según las necesidades organizativas de la empresa; 20 Jefes 5ª A; 4 Jefes 5ª B; oficiales y auxiliares. "C." dio de alta en la TGSS a 5 trabajadores en el grupo 01 de cotización (ingenieros y licenciados) y a 63 trabajadores en el grupo 03 (jefes administrativos y de taller).

XI) Desde 1999 constan, entre las personas jubiladas, prejubiladas, jubiladas de forma anticipada y con baja indemnizada, 19 Jefes 5ª A, 18 Jefes 5ª B, 3 Titulados Superiores A y 1 Titulado Superior B jubilado el 30.06.01

XII) Según el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros para el período 2003/2006 (BOE 15.03.04), las categorías de

Jefe 5ª, Jefe 5ª A, Jefe 5ª B y Titulado Superior B equivalen al Nivel IV; al igual que en el convenio colectivo anterior, la retribución de las categorías Jefe 5ª B y Titulado Superior B es idéntica.

XIII) El actor no aceptó la reincorporación con categoría de Jefe 6ª y funciones de gestor de empresas en la primera oficina abierta, en Córdoba.

XIV) En el período diciembre 97/junio 2000 el demandante fue director financiero y de organización de "C.T., S.A.", alta en la Seguridad Social de 26.01.98/18.05.00; desde julio de 2000 es director de proyecto de "C.E., S.L.", alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos desde el 01.10.03; percibió desempleo contributivo en el período 19.05.00/18.05.01 y asistencial de 24.05 a 20.12.01

QUINTO.- Respecto de la excedencia voluntaria como causa suspensiva de la relación laboral, el Tribunal Supremo (ss. 18.07.96, 25.10.00) fija los siguientes principios: a) El régimen legal de la suspensión del contrato de trabajo del artículo 45 ET se caracteriza por la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo; durante ella el trabajador tiene derecho a conservar su puesto y el empresario el deber de reserva del mismo, de modo que la relación contractual en suspenso recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva. b) Una de las causas de suspensión, prevista en el artículo 46 ET, es la excedencia voluntaria que, a falta de especificación legal, se justifica por cualquier interés personal o profesional del trabajador siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual. c) El núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria es, según el artículo 46.5 ET, que el trabajador conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa; se trata de un derecho potencial o expectante, no un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente expresa su voluntad de reingreso.

La cuestión litigiosa se proyecta a este último aspecto, es decir, determinar la existencia o inexistencia de vacante de igual o similar categoría a la del recurrente cuando solicitó la excedencia voluntaria, en el caso, plaza de Titulado Superior B, que los datos objetivos expuestos en el fundamento anterior llevan a una respuesta afirmativa de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- La norma aplicable al reingreso litigioso es el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros para el período 2001/2002, si tenemos en cuenta:

a) Las fechas en que el actor solicitó su reincorporación laboral (ante la empresa: 20.11, 14.12.00, 05.11.01; en vía judicial: conciliación de 11, 23.07.02, demanda de 23.07.03) y la de publicación (BOE 15.03.04) del nuevo pacto colectivo.

b) El artículo 4 y la disposición adicional 1ª del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros para el período 2003/2006 ratifican la conclusión anterior al fijar su ámbito temporal (art. 4) y posponer al período 01.04/31.12.04 (DA 1ª) la efectividad del nuevo sistema de clasificación profesional que incorpora su artículo 57.

2ª.- En consecuencia, las divergencias que pudieran observarse entre los artículos 60.4 y 57 de los Convenios Colectivos 2001/2002 y 2003/2006, porque el derecho preferente de los excedentes voluntarios al reingreso lo consagran, respectivamente, en vacante de igual o similar categoría y en vacante de funciones iguales o similares, han de decidirse a tenor de la primera norma, de modo que, como ya enunciamos, la reincorporación discutida se proyecta a la existencia o no de vacante de Titulado Superior B.

Sobre el particular recordamos la jurisprudencia (ss. 26.06, 28.10.98) cuando afirma que "es totalmente lícito y conforme a ley que un convenio colectivo modifique o altere las normas reguladoras de la excedencia voluntaria que se contenían en un convenio anterior", pero también declara que "esas nuevas normas sólo serán de aplicación a las situaciones de excedencia nacidas al amparo del convenio anterior, en aquellos casos en que tales normas así lo establezcan de forma nítida y clara. No basta, por consiguiente, el simple cambio o modificación de los preceptos convencionales para que la nueva regulación se extienda a las excedencias reconocidas con anterioridad al mismo…", requisito que ahora no acontece.

3ª.- En virtud de la oportuna revisión fáctica, el hecho probado 11º afirma que el 30.06.01 se produjo la baja laboral, por jubilación, de un Titulado Superior B, es decir, cesó en la prestación de servicios por razón de

edad un empleado de igual categoría profesional que el actor.

Aunque el artículo 60.4 del Convenio Colectivo 2001/2002 no exige la polivalencia funcional que requiere la posterior norma paccionada (preámbulo, art. 57), con base en los grupos profesionales que tipifica y en la homogeneidad de tareas propias de la actividad financiera y crediticia, no por ello debe omitirse, partiendo de la misma categoría profesional -Titulado Superior B- del demandante y del jubilado, la exigencia de cierta equiparación funcional de las actividades realizadas por aquél, al tiempo de solicitar la excedencia, y el jubilado.

Según los principios que informan la carga de la prueba, recogidos con minuciosidad y cita jurisprudencial en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada, la referida semejanza en la prestación de servicios es a cargo de la empresa.

En este ámbito "C." se limita a alegar, sobre el Titulado Superior B jubilado, que "se trataba…de un licenciado en Derecho, Letrado de la entidad, destinado además en Madrid…". Sin embargo, no acredita tales circunstancias y, además, su argumento tampoco es compatible, al menos en su totalidad, con el listado que emitió (folio 138), base a la revisión fáctica señalada, cuando especifica no sólo la categoría profesional sino también la clase de servicios prestados por otros trabajadores también jubilados, p. ej. Titulado Superior A/Abogado; por otra parte y con independencia del pacto de fusión de 28.06.99 en materia de empleo, tampoco probó que la baja por jubilación del Titulado Superior B estuviera amparada administrativa o legalmente.

En consecuencia, sólo a la empresa sería imputable, por deficiente actividad probatoria, la eventual disparidad que pudiera seguirse de su argumentación, es decir, entre el actor como licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales (hecho probado 1º) y el jubilado como licenciado en Derecho, ambos con idéntica categoría profesional, también prevista en el Convenio Colectivo 2003/2006 con idéntico nivel salarial y retribución que la de Jefe 5ª A (disposiciones adicional 1ª y transitoria 1ª).

No desvirtúan el criterio que adoptamos: a) El hecho probado 7º, cuando afirma la inexistencia del puesto de trabajo del actor tras la fusión, porque ni el puesto laboral ni la ciudad donde trabajaba al solicitar la excedencia, son presupuestos determinantes de la reincorporación litigiosa. b) El hecho probado 10º, porque no está acreditada la identidad de categoría profesional ni la equiparación funcional mínima entre determinados grupos de cotización y la del demandante. c) El hecho probado 13º, porque la existencia efectiva de plaza vacante de igual categoría que la del actor, hace inaplicable la jurisprudencia (s. 18.10.99) que entiende satisfecho el contenido del artículo 46 del ET cuando la empresa oferta vacantes en localidades diferentes de aquella en que desempeñaba sus tareas el excedente cuando se situó en excedencia.

SEXTO.- Respecto de la pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios, la jurisprudencia fija los siguientes principios: a) La tardía readmisión del trabajador excedente voluntario por causa imputable a la empleadora, cual ahora ocurre al apreciarse la existencia de vacante que, negada por aquélla, determina el reingreso laboral, no exige prueba de los daños y perjuicios ocasionados, porque surge "ex" artículo 46.5 ET en virtud del incumplimiento de su obligación readmisoria. b) La inobservancia de tal deber se traduce en el pago de los salarios dejados de percibir (TS ss. 14.05.93, 21.01.97) c) En el caso, la vacante se produjo (30.06.01) con posterioridad a la solicitud de reincorporación (20.11.00), por lo que el importe salarial adeudado se devenga, no desde el día en que aquélla se produjo, sino desde la fecha de comienzo del trámite preceptivo de evitación del proceso, cual es la presentación de la papeleta de conciliación (TS ss. 02.02.89, 14.03.95) d) La empresa no puede descontar del montante a satisfacer lo que el trabajador percibió por desempleo, sin perjuicio de la reclamación por el INEM (TS s. 23-12-97)

Aplicar esa doctrina al actual supuesto, la falta de oportuna cuantificación por el actor, tampoco corregida judicialmente en la instancia (folios 270 a 273) a pesar de lo dispuesto en el artículo 81.1 en relación con el artículo 80.1.d) LPL, y la ausencia de datos sobre el particular, únicamente nos permite indicar las bases del resarcimiento solicitado, cuya efectividad ha de lograrse, en su caso, en trámite de ejecución de sentencia, es decir:

1ª.- El salario computable es el de la categoría profesional Titulado Superior B, también prevista en el Convenio Colectivo 2003/2006 en los términos señalados en el fundamento anterior.

2ª.- Comienza a devengarse, "dies a quo" de la cuantificación, el 11.07.02 (hecho probado 15º)

3ª.- El módulo indemnizatorio no podrá ser inferior a la cuantía bruta de 6.000.000 de pesetas al año, que percibía como Titulado Superior B al tiempo de pedir la excedencia (hecho probado 1º)

4ª.- Podrá deducirse lo que hubiera percibido por otros servicios, desde el 11.07.02 hasta el reingreso (hecho probado 14º)

5ª.- No podrá descontarse lo que percibió por desempleo que, además, lo fue en momento anterior (19.05.00/20.12.01, hecho probado 14º) al tiempo inicial de devengo de la indemnización.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de don J.F.M.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 24 de marzo de 2004 en autos nº 530/2003, que revocamos, acogemos su demanda contra "C.", declaramos su derecho a ser reincorporado de inmediato al servicio activo de la demandada en plaza de la categoría profesional de Titulado Superior B, condenamos a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, así como a abonarle la indemnización que resulte de acuerdo con lo establecido en el fundamento de derecho sexto de la presente sentencia.

4002 Recurso nº 2.945/04

S.S. PROCESO DE OFICIO POR EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. CONCORRE PREXUDICIALIDADE.

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

A Coruña, a diecinueve de noviembre de dos mil cuatro

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. 2.945/04 interpuesto por Confederación Hidrográfica 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 Inspección de Trabajo en reclamación de demanda de oficio siendo demandado Confederación Hidrográfica, la y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 256 y 235/03 sentencia con fecha 31 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- En fecha 20.12.02 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Lugo levantó acta de infracción y liquidación nº 507/02, que consta en autos y aquí se da por reproducida. 2.- Doña S.R.G. con D.N.I. nº …, solicitó en fecha 13.03.02 alta en el RETA para la actividad de Ingeniero Técnico Agrícola-Colegio I.T.A. de Lugo, sin que conste personal en alta a su servicio. En diciembre de 2001 fue alta en el IAE para la misma actividad. 3.- Doña S.R.G. figuró de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el 02.03.00 a 28.02.00 por la patronal "S.I., S.L." 4.- En fecha 01.03.02 por resolución de la Presidencia del a confederación Hidrográfica del Norte, se adjudicó contrato administrativo, consultoría y asistencia, siendo suscrito pro las citadas partes el 05.03.02, en la cantidad de 83.820 euros. En el citado contrato se estableció que la ejecución de los trabajos se realizaría con estricta sujeción al pliego de prescripciones técnicas, que consta en autos, dándose aquí pro reproducido. 5.- A la actora se le exige dedicación exclusiva. Acude a las oficinas de la C.H.N. en horario de 8,30 a 15 horas. Utiliza el material e instalaciones de la C.H.N. en Monforte de Lemos. 6- La dirección y coordinación de los trabajos la lleva la C.H.N. 7.- Se efectuaba retribución mensual previa presentación de factura con IVA, siempre con el mismo importe. La C.N:N. expedía la certificación de los trabajos. 8.- En sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo de 10 de julio de 2003 en autos 212/03 seguidos a instancia de doña S.R.G., sobre impugnación de baja de oficio en

el RETA, frente a la Tesorería General de la Seguridad Social y la confederación Hidrográfica del Norte, se declaró no haber lugar a declarar nula o improcedente la baja de oficio de doña S.R.G. en el RETA. Dicha sentencia no es firme/ 9.- Se presentó reclamación previa que fue desestimada."

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

"FALLO: Que estimando la excepción de litispendencia alegada por la Tesorería General de la Seguridad social y sin entrar en el fondo del asunto, desestimo las demandas presentadas por la Inspección de Trabajo frente a la Confederación Hidrográfica del Norte y a doña S.R.G. en autos 256/03 y en autos 235/03 formulada por la Confederación Hidrográfica del Norte contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y doña S.R.G., absolviendo a los demandados en la instancia."

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.- Las presentes actuaciones se han iniciado por demanda de oficio presentada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que este Orden jurisdiccional se pronuncie acerca de si existe relación laboral entre la Confederación Hidrográfica del Norte y una Ingeniero Técnico, con la que habría suscrito contrato administrativo. Y a tales actuaciones se ha acumulado la demanda formulada por la C.H.N., instando la declaración de nulidad del alta de oficio en el RGSS de la referida contratada.

Cuando se formulan tales demandas, ya está en trámite –pendiente de recurso de Suplicación– acción de la indicada persona frente a su baja en el RETA, precisamente por los términos de aquella prestación de servicios. La sentencia de instancia aprecia alegada excepción –por la TGSS– de litispendencia, y tal pronunciamiento se recurre por la C.H.N., denunciando –entre otros motivos– la indebida apreciación de la referida excepción.

SEGUNDO.- 1.- Limitándonos a la expuesta denuncia, la Sala ha de indicar –reiterando criterio expuesto, entre otras, en las SSTSJ Galicia 30.04.98 R. 1.587/98, 13.01.99 R. 3.824/96, 21.01.99 R. 4.031/96, 21.07.99 R. 3.412/97, 20.01.00 R. 5.788/96, 20.03.00 R. 2.568/98, 20.03.00 R. 5.788/98, 22.11.00 R. 4.868/00, 08.06.01 R. 76/98, 17.09.01 R. 3.795/00, 25.10.02 R. 3.096/99 y 25.01.03– que en algunas ocasiones nos hemos pronunciado en favor de una interpretación amplia de la litispendencia, prescindiendo de exigir la más completa identidad entre los procesos como si de la excepción de cosa juzgada se tratase (la exigida antes por el art. 1.252 CC y ahora por el art. 222.1 LEC), y más bien hemos atendido –siguiendo la doctrina establecida por las SSTS de 27.10.43, 16.02.74, 17.05.75 y 25.05.82– a la existencia de mera conexión o prejudicialidad entre los mismos, al objeto de evitar con esta más flexible interpretación que se divida la continencia de la causa o que se dicten sentencias contradictorias de imposible ejecución simultánea (así, las SSTSJ Galicia de 24.10.90 R. 334/90, 01.03.93 R. 5.101/91, 24.10.94 R. 4.144/92, 07.05.96 R. 525/94 y 08.10.97 R. 1.907/95).

2.- También señalábamos que en otras ocasiones, este Tribunal ha seguido el más cercano criterio de la doctrina unificada, que insiste en la vinculación existente entre el art. 533.5 LEC y el art. 1.252 CC, en el sentido de que para apreciar la litispendencia prevista en el precepto primeramente citado debe concurrir entre las sentencias que pongan fin a los litigios la excepción de cosa juzgada tal y como se conceptúa en el art. 1.252 (STS 20.12.95 Ar. 3.180); o lo que es lo mismo, la conexión entre ambas figuras determina la exigencia –para que prospere la litispendencia– que el segundo proceso recaiga sobre el mismo objeto que el primero y se formulen en ellos pretensiones idénticas respecto de los mismos elementos individualizados, sujeto, objeto y causa, que es lo que exige el art. 1.252 CC al invocar la identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (SSTS 29.03.96 Ar. 2.501 y –ya citada– 20.12.95 Ar. 3.180); y a mayor abundamiento, la conexión entre litispendencia y cosa juzgada se manifiesta «en relación con el efecto o función negativa de esta última» (STS 30.06.94 Ar. 5.508), efecto éste negativo o preclusivo de la cosa juzgada, que impide volver a juzgar, esto es, que los Tribunales se planteen de nuevo la misma cuestión ya debatida por las partes y resuelta en la sentencia firme, prohibiendo así una nueva decisión judicial.

3.- Pese a todo no hay que olvidar que en ocasiones igualmente próximas en el tiempo se ha sostenido por el Alto Tribunal que aquellas identidades no pueden ser exigidas de una forma rígida y literal, sino que es preciso atender sobre todo *a su esencia fundamental y a la finalidad que con las respectivas acciones se persigan,* de tal modo que si la resolución que recaiga en el primer proceso constituye un presupuesto esencial para la adecuada resolución del segundo, la excepción debe ser acogida (STS 20.10.93 Ar. 7.850). Y ello se ha indicado aunque mayoritariamente siga sosteniéndose una interpretación estricta y afirmándose que aunque exista un cierto riesgo de resoluciones judiciales no coherentes entre sí, ello no necesariamente ha de llevar a apreciar la litispendencia, porque si bien su finalidad esencial es evitar sentencias contradictorias, sin embargo *esta contradicción ha de ser plena y no meramente circunstancial* (SSTS 25.10.95 Ar. 7.872 y 15.05.95 Ar. 3.776), siendo así que la vinculación entre el art. 533.5 LEC y el art. 1.252 CC, está en función de evitar una *contradicción estricta y concreta entre sentencias, de modo que la plena efectividad de una fuera incompatible con la efectividad plena de la otra*, y en este sentido es como han de tomarse las identidades del art. 1.252, a efectos de apreciar la litispendencia (STS 27.03.95 Ar. 2.342). Planteamiento que responde a estar configurada la litispendencia como una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, expresiva además del derecho de las partes a no someterse a un doble litigio, con la consiguiente exigencia de que exista una *perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal entre los procedimientos que se cuestionan,* de modo que en todos ellos sean los mismos los sujetos que intervienen, el objeto sobre el que versan y la causa de pedir o fundamento de la pretensión deducida (así, las SSTS de 22.09.95 Ar. 6.790, 29.05.95 Ar. 4.009, 25.11.94 Ar. 9.238, 01.02.93 Ar. 725, 11.06.90 Ar. 5.056, 30.09.89 Ar. 6.558, 16.06.88 Ar. 5.398 y 24.09.87 Ar. 6.387).

4.- Pues bien, cualquiera que sea la concepción –rigorista o formal– de la litispendencia, creemos que en el supuesto de autos la excepción habría de ser acogida, siendo así que la demanda de oficio que dio origen a las presentes actuaciones interesa que «se dicte sentencia pronunciándose sobre la existencia o no de relación laboral» entre la recurrente Confederación Hidrográfica del Norte y doña S.R.G., pese a que esta última no se hallaba afiliada al RGSS por cuenta de aquélla, sino que lo estaba en el RETA; laboralidad que es justamente lo que se dilucida en el proceso que sobre baja de oficio en el RETA fue en su día instado por doña S.R.G. De esta forma podría afirmarse que coinciden en *esencia fundamental y finalidad* las respectivas acciones, y la diversidad entre las sentencias implicaría *plena contradicción*.

Ahora bien, a lo que la Sala entiende, la cuestión ha de matizarse –con exigencia más rigorista de los requisitos– a la vista del actual art. 43 LEC y su excepción de prejudicialidad, puesto que en el presente caso de caso el presupuesto del nuevo litigio (existencia relación laboral) es precisamente el objeto principal de proceso anterior y pendiente de resolución (la baja en el RETA), con el efecto –normativamente establecido– de que a instancia de parte se decrete «la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial». Y –tal como hemos entendido en sentencias de 13.05.04 R. 5.896/01 y 06.03.03 R. 2.835/02– la alegación de litispendencia habría de entenderse comprensiva de la citada suspensión, desde la perspectiva del aforismo «quien pide lo más, pide lo menos». Con el efecto –diverso al acordado en instancia– de que la demanda no haya de desestimarse, sino meramente suspenderse las actuaciones, y en el bien entendido de que la firmeza de la resolución que tiene por objeto la cuestión prejudicial habrá de determinar efecto positivo de cosa juzgada en el presente procedimiento.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con parcial estimación del recurso interpuesto por la Confederación Hidrográfica del Norte, revocamos la sentencia que con fecha 01.03.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Lugo, y por la que desestimó la demanda de oficio formulada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y la acumulada que la recurrente presentó sobre alta en el RGSS, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social y a doña S.R.G., y declaramos que concurre prejudicialidad y que procede suspender el curso de las actuaciones hasta que adquiera firmeza la resolución que se dicte en las actuaciones por las que doña S.R.G. impugna su baja en el RETA.

4003 **Recurso nº 4.765/04**

S.S. OFENSAS GRAVES A COMPAÑEIRO DE TRABALLO XUSTIFICADORAS DA DECISIÓN DE DESPEDIR DISCIPLINARIAMENTE AO OFENSOR.

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

A Coruña, a diecinueve de noviembre de dos mil cuatro

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. 4.765/04 interpuesto por doña R.V.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.V.G. en reclamación de despido siendo demandado "L.F., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 441/04 sentencia con fecha 19 de julio de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"Primero.- La demandante doña R.V.G., con DNI numero …, viene prestando servicios para la empresa "L.F., S.L.", desde el 01.10.03, con la categoría profesional de limpiadora, y una salario mensual de 1.164,24 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo. Con fecha 22 de abril de 2004, la actora recibió la siguiente carta de despido: Por la presente le notificamos que, la dirección de "L.F., S.L." ha adoptado la decisión de imponerle la sanción de Despido, con efectos inmediatos, en base a los siguientes hechos en el vestuario número 6, puerta 601, en la cual guarda su ropa doña S.R.M., aparecieron unas pintadas con alusiones a la citada señora, tales como: Puta, Borracha, Cochina Mentirosa, Guarra, Tortillera, Puerca, "Cuidado estas muerta sucia", y el propio nombre de la persona a la que iban dirigidas tales expresiones, S., en clara intención de hacer más público el escarnio. (No se entiende necesario reproducir con más detalle, en cuanto que Vd. ya ha tenido acceso a fotos, informe pericial y a la propia taquilla, el estado en que quedó la misma y la distribución exacta de las pintadas, tamaño…). Avisada de lo ocurrido la Encargada de turno doña A.C.M., por la trabajadora doña C.O.F. (sobre las 20:15 horas), puso los hechos en conocimiento de la responsable de personal de "L.F., S.L." (P.D.L.) la cual a su vez notifica a doña S.R.M. lo sucedido, acordando reunirse a las 10 de la mañana del día 23 en las instalaciones del Xeral a los efectos de ver lo sucedido y plantearse las medidas a tomar. El día 23 a las 10 horas y en presencia de don J.C.M. (Presidente comité de empresa), doña P.P. (Encargada limpieza turno mañana), don C.V. (Jefe de Seguridad del Xeral), doña M.R.T.G. (Secretaria Comité Prevención) y doña P.D.L. (responsable RR.HH. "L.F., S.L."), doña S.R.M. revisó el estado de la puerta de su taquilla, solicitando de la Empresa se esclarezca quien fue la persona o personas que pudieron hacer tan reprobable acto, alegando que tenía miedo de que las amenazas de muerte fuesen ciertas y no se podía consentir que su buen nombre y reputación quedasen en entredicho. Doña P.D.L. le dice: Tienes que poner una denuncia en la Policía, llamando por teléfono a un abogado, para acompañar a la citada señora a la Comisaría, al objeto de interponer la denuncia. La Policía, aconseja a la Empresa que un grafólogo haga un peritaje de letra de las personas que el día de autos trabajaron en el citado turno. A las 13,45, se solicita a todo el personal del turno de tarde (incluido Vd. que estaba de día libre) si de manera voluntaria, podían mostrar el interior de sus taquillas, al objeto de encontrar el rotulador con el cual se había efectuado la "pintada". En un acto de civismo todo el personal, incluso, el que disfrutaba su día libre, se puso a disposición de lo que hiciera falta. El rotulador no apareció. Durante la tarde del día 23 se habla con don R.S.D. (Perito Calígrafo), a quien enseñándole la "puerta" dice que se puede saber quien fue a través de una prueba de escritura. La Empresa considera hacer la prueba a todo el turno de tarde, (23 a 30 trabajadores). Se hace una reunión con todo el personal (incluida Vd.) en presencia del comité de Empresa para saber la opinión de los trabajadores, los cuales por unanimidad, quieren hacer la prueba para esclarecer los hechos. El día 25 a las 16:30 se procede a efectuar la

prueba en presencia de doña S.R.M. (perjudicada en los hechos junto con la propia empresa y miembro del Comité de Empresa), doña A.C.M. (encargada del turno de tarde) y doña P.P.F. (encargada de Gestión de personal que representaba a la Empresa). Antes de comenzar a efectuar la prueba se le advertía al personal (uno por uno) que era totalmente voluntaria, que si alguna persona se negaba estaba en su derecho y no pasaba nada, el personal de manera responsable y voluntaria, accedió sin problemas. Durante los día 25 y 26 de febrero, 1, 2, 3, 4, y 5 de marzo, se efectuaron las pruebas, siempre en la misma línea arriba expuesta. El día 01.03.04, el Perito Sr. S., entrega su informe en el cual figura Vd. como coautora de las pintadas descritas. Los hechos descritos y de los que Vd. ha sido coautora, constituyen una falta de respeto grave hacia una compañera, incluyendo amenazas de muerte, realizada pro escrito, con premeditación y sin que mediase provocación o circunstancia alguna que minore su responsabilidad en los hechos así como una trasgresión de la buena fe contractual en cuanto que para llevar a cabo dichas ofensas hacia su compañera causó daños a bienes de nuestro cliente, con el consiguiente daño para la imagen de esta empresa, llevando a cabo todo ello durante el tiempo de trabajo, incumpliendo claramente sus deberes de fidelidad para con "L.F., S.L.", siendo plenamente consciente de su conducta vulneradora, todo por lo cual la falta cometida merece la calificación de Muy Grave la cual entendemos merecedora de la sanción de despido en atención a la gravedad y circunstancias en que se han producido los hechos anteriormente descrito. Le significamos que dado su condición de delegada sindical se han observado las previsiones en orden a la instrucción de expediente contradictorio previo a la imposición de la presente sanción, incluyendo el trámite de audiencia a los Delegados Sindicales y Comité de empresa, en cumplimiento de lo establecido en el art. 10.3.3º de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto de Libertad Sindical. Tercero.- De los hechos descritos en la carta de despido, ha quedado acreditado que doña R.V.G., en compañía de otros trabajadores de la empresa, realizó las pintadas que se le imputan en el vestuario número 6, puerta 601, del Hospital Xeral donde la actora prestaba servicios. Cuarto. La demandante es delegada sindical del sindicato UGT. Quinto. Presentada papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el día 22 de abril de 2004, la misma tuvo lugar el día 3 de mayo de 2004, con el resultado de sin avenencia."

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña R.V.G., debo declarar y declaro procedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 22 de abril de 2004 por parte de la empresa "L.F., S.L." convalidando la extinción del contrato en tal fecha y absolviendo a la mercantil demandada 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.- La Sentencia de Instancia declara la procedencia del despido de la actora, y ésta la recurre –vía artículo 191.a) LPL- solicitando la reposición de las actuaciones al instante en que se produjo la infracción de las normas esenciales del procedimiento, citando el artículo 24 CE; instando –por el cauce del artículo 191.b) LPL– la modificación de parte de los HDP; y denunciando –vía artículo 191.c) LPL– la infracción de los artículos 348, 340 y 350 LEC y del principio de presunción de inocencia y por operario, del artículo 217 LEC y del 54.2.c) ET.

SEGUNDO.- 1.- Por elementales razones de sistemática procesal, hemos de examinar la presunta vulneración de la tutela judicial efectiva postulada por la recurrente como motivo para interesar la anulación de la Sentencia y la retroacción de las actuaciones al momento en que se vulneró aquél, esto es, cuando no se suspendió el Juicio Oral para oír a un testigo propuesto y admitido por el Juzgado.

2.- Dicha denuncia precisa de unas previas pinceladas acerca de la tutela judicial efectiva y la utilización de los medios de prueba, previas a su estudio en este caso (apuntados ya en la STSJ Galicia 27.09.04 R. 3.017/04).

Como han señalado las SSTC 293/00, de 11.12 y 42/02, de 25.02 f. 3, a las partes compete una actuación con diligencia en el proceso, sin que pueda alegar indefensión quien no actuó con diligencia razonablemente

exigible, por lo que sólo son susceptibles de causar indefensión los errores imputables al órgano judicial, no a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que le atienden. Por otro lado, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE), opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado y consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal que no podría desconocer ni obstaculizar su efectivo ejercicio (STC 59/1991 y 30/1986, de 20/02; citada por la STC 73/2001, de 26/03) sin que ello implique, por lo demás, "desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al thema decidendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional" (STC 73/2001, de 26/03).

En suma, insiste esta última Sentencia, "la lesión del derecho invocado sólo se habrá producido si, en primer término, la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y, en segundo término, si esa falta generó indefensión material a los recurrentes en el sentido de que este Tribunal aprecie, en los términos alegados en la demanda de amparo, la relación de la práctica de la prueba con los hechos que se quisieron probar y no se probaron y la trascendencia de la misma en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo" (STC 183/1999, de 11.10; SSTC 170/1998, de 21.07; 37/2000, de 14.02 y 246/2000, de 16.10, entre otras muchas).

Por otro lado, para el TC la decisión judicial sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos es consustancial a la función jurisdiccional, atribuida en exclusiva a los órganos judiciales (artículo 117.3 CE), y el control constitucional sólo se admite si el rechazo de la prueba carece de suficiente motivación, o ésta es irrazonable o arbitraria (STC 37/2000, de 14.02), o cuando la falta de práctica de la probanza admitida fuera imputable al órgano judicial y no a la parte (SSTC 170/1998, de 21.07, 59/1991, 41/1999, 26/2000 y 37/2000).

Y, precisamente, este último de los requisitos se puede individualizar en la necesidad de la protesta previa de la parte que posteriormente alegará dicha vulneración, puesto que así lo ha venido estableciendo unánime doctrina de Suplicación (así, siguiendo multitud de precedentes del extinguido Tribunal Central de Trabajo, las SSTSJ Galicia 26.03.04 R. 677/04, 19.09.03 R. 5.351/00, 17.07.03 R. 4.119/00, 04.07.03 R. 5.785/02, 16.05.03 R. 3.099/00, 20.05.02 R. 2.236/02, 24.09.01 R. 1.900/98, 08.02.01 R. 5.334/00, 01.02.01 R. 4.822/97, 19.01.01 R. 5.288/00, 03.11.00 R. 4.435/00, 06.10.00 R. 3.879/00, 06.10.00 R. 2.202/00, 17.07.00 R. 135/97, 15.06.00 R. 1.117/97, 16.05.00 R. 2.018/97, 12.05.00 R. 1.192/97,…), de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta (SSTC 135/1986; 98/1987; 41/1989, de 16.02; 207/1989; 145/1990, de 01.10; 6/1992; 289/1993; 140/1996; 52/1997, de 17.03; y 124/1997, de 01.07).

3.- Esta Sala advierte que no se ha producido vulneración alguna de las garantías procesales de la actora, ya que –como consta en el acta- al no comparecer el testigo admitido, la recurrente tan solo solicitó la suspensión y no protestó, ni hizo constar de manera alguna su disconformidad con la decisión del Magistrado acordando la continuación del Juicio Oral, con lo que entendemos que consintió en dicha decisión y no puede ahora alegar una pretendida infracción de sus garantías procesales. El motivo se desestima.

TERCERO.- 1.- En lo que se refiere a las revisiones fácticas (al margen de que suponemos -ya que indebidamente nada se indica- que deberían integrar los ordinales sexto y séptimo de los HDP), no podemos admitir ninguna de las propuestas.

2.- La primera es inviable como esta Sala ha recordado en multitud de ocasiones –para todas, SSTSJ Galicia 20.10.04 R. 2.011/04, 23.07.04 R. 2.552/04 y 17.06.04 R. 223/02-, pues se pretende con el inaceptable fundamento de una argumentación que a su vez se basa en la declaración de un testigo que depuso en el expediente contradictorio y que ni siquiera contradice en forma rotunda la afirmación judicial. Y con ello se olvida que al tener el presente recurso de Suplicación naturaleza extraordinaria, tanto el artículo 191.b) LPL como la doctrina jurisprudencial excluyen que las pruebas de confesión judicial y testifical puedan tener virtualidad revisoria en este trámite (así, SSTSJ Galicia –entre las recientes–de 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, 17.10.03 R. 4.867/03, 23.10.03 R. 4.801/03, 30.10.03 4.955/03...), que exclusivamente queda limitada a la prueba documental y a la pericial; y con la pretensión también se desconoce que a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17.10.90 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 –documental y pericial– 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, entre tantas otras, 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, 07.02.02 R. 6.499/01, 03.05.02 R. 944/02, 23.12.02 R. 1.744/02...). A mayor abundamiento, el contenido de dicho expediente contradictorio –como todas las pruebas contenidas en los autos- fueron debidamente valoradas por el Juez quien les atribuyó el valor que les correspondía; la redacción propuesta por la parte no necesariamente desvirtúa la autoría del ilícito que se imputa a la actora (así, en el HDP TERCERO se deja constancia de que su acción lo fue "en compañía con otros trabajadores de la empresa"); y si se ha rechazado virtualidad revisoria al acta de juicio, por no constituir "documento" en el sentido del artículo 191.b) LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el artículo 194.2 LPL, (STS 24.02.92 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.02.99 AS 5.261 y 12.05.00 R. 1.748/00), con mayor motivo habrá de serlo las respuestas al cuestionario del expediente.

3.- Los argumentos anteriores serían en parte proyectables a la segunda de las revisiones fácticas propuestas, que también rechazamos, ya que la recurrente pretende extraer una descripción acerca de las características de las pintadas efectuadas mediante un espigueo de los diferentes informes periciales obrantes en los autos, tomando de aquí y de allá lo que le interesa; intenta -de forma indirecta- realizar una valoración de la prueba, algo que tiene su incardinación desde luego en la parte jurídica de la sentencia y que no accede jamás a la fáctica; y, por último, es intrascendente, porque en este pleito se discute la comisión de un ilícito laboral por la actora, las características del texto cuya creación se le atribuya son indiferentes e irrelevantes (salvo, naturalmente, las que se refieran a su contenido –que no es el caso-), mientras de todas formas le sea atribuible, por lo cual debe ser rechazado de plano, y así se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas las SSTSJ Galicia 21.09.04 R. 319/04, 23.07.04 R. 6.768/03, 23.07.04 R. 2.847/04, 23.07.04 R. 2.552/04, 16.07.04 R. 929/02, 16.07.04 R. 2.662/04, 15.07.04 R. 2.045/03 y 28.06.04 R. 2.660/04), que en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y 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 (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.). En definitiva, los motivos fácticos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un HDP sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia.

4.- Por lo tanto, la base fáctica de la presente litis es la siguiente: (a) la trabajadora presta servicios para una empresa de limpieza y ostenta la condición de delegada sindical del sindicato UGT; (b) el día 22.02.04 la actora, junto con otras trabajadoras de la empresa, realizó unas pintadas en la puerta de una taquilla de un vestuario del Hospital Xeral de Vigo; (c) dicha taquilla corresponde a otra trabajadora de la misma empresa de limpieza; (d)

en las referidas pintadas se recogen expresiones tales como "puta", "borracha", "cochina", "mentirosa", "guarra", "tortillera", "puerca", "cuidado estás muerta sucia", etc. y el nombre de la trabajadora que ocupa aquella taquilla; y (e) dichos actos reprobables merecen según la empresa su despido.

CUARTO.- 1.- Ya en el campo jurídico, habrían de analizarse las postuladas infracciones de los artículos 348, 340, 350 LEC, así como de las reglas de la sana crítica. Coincidimos con la demandada –aunque no es su engarce- en que la alegación del artículo 340 es extemporánea completamente, ya que encontrándonos como lo estamos ante un proceso verbal, no las tachas (vía artículo 343 LEC, como dice la representación de la Empresa), que en realidad no caben en el proceso laboral –artículo 92.2 LPL-, sino cualquier observación en torno a las circunstancias personales del perito y la veracidad de sus manifestaciones ha de hacerse en conclusiones, para así ayudar al Magistrado a apreciar su imparcialidad y el poder de convicción de su informe ante las circunstancias concurrentes. Algo que aquí no se ha hecho, pues nada se expresó por la recurrente sobre este extremo en el Juicio, pretendiéndose ahora descalificar el informe pericial contrario a través del perito actuante, lo que es del todo inaceptable. Por otro lado, tampoco puede estimarse una presunta infracción del artículo 350 LEC, ya que no consta en ningún lugar una negativa de la actora a reconocer como suyo el cuerpo de escritura utilizado y menos, como dice la recurrente, en el acto del Juicio, porque la actora no depuso en el mismo y mal pudo negar si no habló (tampoco consta hasta este momento escrito de su representación en este sentido).

2.- La cuestión acerca del artículo 348 LEC (valoración de la prueba pericial conforme a la sana crítica) recibirá la misma respuesta desestimatoria.

Porque si bien a los efectos revisorios la doctrina de Suplicación no admite en términos generales el censurable procedimiento –"cómodo expediente", en usual expresión de la Jurisprudencia– 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, 28.11.90 Ar. 8.614, 26.09.95 Ar. 6.894 y 26.03.96 Ar. 2.495; SSTSJ Galicia –entre tantas otras– de 04.07.03 R. 3930/00, 05.03.01 R. 277/01, 21.02.02 R. 2.963/01, 27.09.02 R. 3.893/99, 16.05.03 R. 1.588/03 y 23.10.03 R. 4.801/03), no es menos cierto que tal criterio general ha de ser matizado en ocasiones, desde el momento en que la valoración de la prueba ha de llevarse a cabo conforme a las reglas de la sana crítica (STC 272/1994, de 17 de octubre) y ello implica que el Juzgador de instancia ha de realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, lo que excluye deducciones arbitrarias, irracionales o absurdas (STC 175/1985, de 15 de febrero), habiéndose afirmado –STS 31.05.90 Ar. 4.524– que la facultad de libre apreciación de la prueba otorgada al Juez de instancia no puede convertirse en instrumento que permita llegar a conclusiones fácticas inadmisibles o contrarias a la lógica jurídica, y que su libre apreciación sea además razonada para que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano judicial (STC 24/1990, de 15 de febrero). Y en todo caso, esa actuación de acuerdo a las reglas de la sana crítica presupone una mínima actividad probatoria que sirva de fundamento a las conclusiones de hecho (SSTC 37/1985, de 08 de marzo, TS 21.03.90 Ar. 2.204; y SSTSJ Galicia –entre otros– de 02.10.03 R. 4.454/03, 04.07.03 R. 3.930/00, 21.02.02 R. 3.654/98, 26.06.01 R. 2.451/01, 13.10.00 R. 2.500/97, 13.07.00 R. 3.217/00, 30.06.00 R. 2.962/00, 15.04.00 R. 1.248/00 y 21.01.00 R. 5.385/99), hasta el punto de que la ausencia de tal prueba mínima permite la excepcional revisión de las conclusiones fácticas, pues de limitarse la posibilidad revisoria a la usual exigencia de que medien documentos o pericias evidenciadoras del error, se produciría –para la parte que pretendiese recurrir– una manifiesta indefensión, que proscribe el artículo 24 CE y para cuya corrección la Sala ha de tener las más amplias facultades, llegando –incluso– a la actuación de oficio.

3.- Sin embargo, no es este el caso presente, pues en el FJ Primero de la Sentencia de Instancia se realiza una cumplida y extensa justificación de los motivos y pruebas que llevan al Magistrado *a quo* a fijar los HDP de la forma en que lo ha hecho; la parte recurrente puede no estar de acuerdo con el resultado, pero, en todo caso, la actividad judicial se ha desarrollado adecuadamente, sin que la Sala aprecie en la Sentencia conclusiones fácticas inadmisibles o contrarias a la lógica jurídica o que falten razones para su deducción.

QUINTO.- 1.- Por último, se postulan infringidos los principios de presunción de inocencia y *pro operario,* aparte de los artículos 217 LEC y 54.2 c ET.

2.- Por lo que se refiere a la presunta vulneración de la presunción de inocencia, rechazamos de plano el motivo.

La Sala quiere recordar someramente lo que ha sido la evolución de la jurisprudencia en este particular supuesto, inicialmente el Tribunal Constitucional admitió sin reservas la aplicación del principio al ámbito laboral (así, las SSTC 13/82, de 01.04; 62/84, de 21.05; 36/85, de 08.03) y que siguiendo esa posición inicial del TC, la jurisprudencia ordinaria indicó: (a) que la presunción "iuris tantum" de inocencia cede cuando, tras una actividad probatoria del cargo, al menos mínima, se establece la culpabilidad [SSTS 30.09.86 Ar. 5.214; 11.11.86 Ar. 6.319; 16.09.87 Ar. 6.206; 15.06.90 Ar. 5.467]; (b) que la presunción de inocencia es un principio jurídico que afecta exclusivamente al aspecto procesal del procedimiento sancionador, y concretamente a la existencia o inexistencia de prueba válida para mantener el fallo condenatorio [STS 07.04.87 Ar. 2.365]; (c) que se entiende salvaguardado este principio cuando el juzgador, en la apreciación llevada a efecto en su resolución, haya contado con una mínima actividad probatoria [STS 18.04.88 Ar. 2.981]; y (d) que no puede considerarse vulnerado el artículo 24.12 CE por el hecho de que la valoración de la prueba realizada por el juzgador no coincida con la del recurrente [STS 15.07.86 Ar. 4.141] (STS 22.01.91 Ar. 69).

Sin embargo, a partir de 1988 el TC cambia su criterio y sostiene que la presunción de inocencia tiene su razón de ser –histórica y conceptualmente– en el proceso penal y que si bien puede ser aplicada con modulaciones a otras sanciones administrativas en las que igualmente se ejercita el *ius puniendi* del Estado, de todas formas se desnaturalizaría si se extendiese al ejercicio privado de una facultad contractual (así, las SSTC 6/1988, de 21.01; 81/1988, de 22.04; 30/1992, de 18.03; y 27/1993, de 25.01). A consecuencia de este cambio en la doctrina constitucional, la jurisprudencia ordinaria a pasado a sostener que el principio de presunción de inocencia tiene escasa aplicabilidad en el proceso laboral incluso supuestos como el de despido disciplinario, dado que las normas contenidas en el artículo 217 LEC y el. 55.3 ET cubren de manera suficiente las exigencias derivadas de dicho principio, lo cual determina que, cuando la actividad probatoria realizada por la demandada fuerce a considerar razonable la conclusión fáctica contenida en los hechos probados, en orden a la realidad de la conducta imputada en la carta de despido, tal presunción ha de ceder, ante la demostración por el demandado de los hechos impeditivos de la pretendida frente a él interpuesta (SSTS 19.12.89 Ar. 9.051; 05.03.90 Ar. 1.759; 09.04.90 Ar. 3.626; 04.06.90 Ar. 5.012; 11.06.90 Ar. 5.053; 28.06.90 Ar. 5.333; 01.10.90 Ar. 7.507; 21.01.91 Ar. 69; 26.01.91 Ar. 187; 26.02.91 Ar. 875; 13.03.91 Ar. 1.852; 20.03.91 Ar. 1.883; 22.07.91 Ar. 6.837; también se ha mantenido la inaplicabilidad de la presunción a propósito de recursos de revisión por cuestión prejudicial penal que da lugar a sentencia absolutoria: SSTS 13.02.98 Ar. 1.804; 25.01.99 Ar. 899; 26.06.99 Ar. 6.441; 23.12.99 Ar. 10.085; 23.12.99 Ar. 10.086; 28.12.99 Ar. 2000\567; 03.12.99 Ar. 2000\571; 01.11.00 Ar. 9.686; 06.11.03 Ar. 2004\503).

Más exactamente, se ha sostenido por el TS que la presunción de inocencia no cabe en el Derecho Laboral y en materia de derecho disciplinario, porque "cuando el empresario sanciona con el despido una conducta del trabajador constitutiva de incumplimiento grave y culpable de la relación contractual, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la actividad probatoria producida en el proceso laboral emprendido frente al acto extintivo se encamina a destruir la presunción de inocencia garantizada por el artículo 24.2 de la Constitución, sino, más sencillamente, a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador (SSTC 30/1992, de 18.03; 153/00, de 12.06; 186/00, de 10.07). En definitiva, la invocación de la presunción de inocencia en la práctica se ha convertido en fórmula o cláusula de estilo a través de la cual y sin la fundamentación crítica precisa se trata de atribuir a la Sala una función de revisión general de la valoración del material probatorio realizada por el juzgador mediante la genérica invocación de una pretendida insuficiencia de la prueba practicada (STS 19.12.89 Ar. 9.250). Por todo ello, hemos de rechazar el motivo.

3.- La sostenida infracción del otro principio *(pro operario)* tampoco tendrá éxito, porque se limita a invocarlo, refiriéndolo a los hechos y sin especificar doctrina jurisprudencial expresiva del mismo. Y en concreto: (a) si bien los principios generales del Derecho son informadores del ordenamiento jurídico en general (artículo 1.4 CC) y constituyen fuente de aplicación en el campo de esta jurisdicción especializada, no cabe olvidar que su posible argumentación no es susceptible de prosperar

si no va acompañada de oportuna cita de la Ley o jurisprudencia de la que se deducen o en las que encarnan, por imponerlo así el artículo 190.c) LPL, que se refiere exclusivamente –como motivo del recurso de Suplicación– al examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia (así, SSTSJ Galicia 25.09.98 R. 2.832/95, 25.01.99 R. 47/96, 14.12.00 R. 4.192/99, 16.01.03 R. 5.384/02 y 23.10.03 R. 4.801/03); y (b) de otra parte, como reiteradamente tiene manifestado esta Sala (a modo de ejemplo, las SSTSJ Galicia de 27.11.00 R. 487/97, 14.12.00 R. 4.192/99, 11.05.01 R. 2.010/07, 23.03.02 R. 4.297/98, 16.01.03 R. 5.384/02 y 23.10.03 R. 4.801/03), resulta ser de pacífica doctrina jurisprudencial la afirmación de que el referido apotegma –*pro operario o pro beneficiario*– sólo puede ser invocado para la interpretación del Derecho y únicamente cuando surja duda racional en cuanto a los efectos jurídicos de una determinada situación fáctica, pero no cuando el sentido de la misma sea inequívoco, como tampoco es argumentable para la apreciación de la prueba y para fijar los hechos, que el Juzgador ha de captar como emanación de la realidad objetiva tras una valoración que le viene atribuida con carácter exclusivo (SSTS 13.07.90 Ar. 6.116 y 12.02.91 Ar. 829), siendo por lo tanto el principio inviable para a su amparo alterar las reglas sobre carga de la prueba o para inclinar en favor del trabajador la apreciación misma de aquélla (así, STS 14.03.90 Ar. 2.080)

4.- Otro tanto haremos con la postulada infracción del artículo 217 LEC, puesto que tal como tenemos señalado en precedentes ocasiones –por todas, SSTSJ Galicia 30.09.04 R. 854/02, 06.07.04 R. 696/02 y 17.06.04 R. 223/02– conforme a reiterados precedentes del extinguido Tribunal Central de Trabajo, la actual doctrina jurisprudencial es unánime a la hora de negar la posibilidad de que en trámite del presente recurso se pueda alegar la infracción del artículo 217 LEC. En palabras de la STS 11.02.92 Ar. 974, el artículo 1.214 (actual 217 LEC) "no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino simplemente regula la distribución de su carga. No se trata, por ello, de que se hubiera infringido o inaplicado tal precepto, sino de si el juzgador de instancia ha apreciado las pruebas conforme lo que previene el artículo 97.2 de la LPL, para cuyo caso debería de haberse apoyado en alguna revisión a que se refiere el artículo 191.b) de la LPL". La doctrina de los Tribunales tan sólo admite una excepción, y es la de que la indicada norma sobre el *onus probandi* hubiese sido el único apoyo positivo utilizado en la sentencia impugnada para fundamentar el sentido de la parte dispositiva, atribuyendo aquella carga a quien no correspondía la obligación de soportarla.

Pues bien, éste no es el caso de autos, pues una lectura objetiva del primero de los fundamentos jurídicos pone de manifiesto que el Juzgador tuvo por probadas sus afirmaciones de hecho – dice textualmente "los hechos que han sido declarados probados se han inferido apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio Oral […], en concreto:" y recoge de qué pruebas deduce cada hecho probado– en consideraciones probatorias del todo ajenas al citado artículo 217 LEC, y está claro que para afirmar la autoría de las pintadas en manera alguna acudió a dicho artículo o regla de carga probatoria alguna, sino a la propia prueba practicada en autos.

5.- Finalmente, se alega infringido el artículo 54.2.c) sin más justificación, esto permitiría desestimarlo *ad límine*, ya que nada se ha argumentado por la recurrente sobre aquél (así, para todas, STSJ Galicia 01.07.04 R. 365/02), pero otro conocido principio -*pro actione*- nos lleva a examinar –aunque sea tan sucintamente como la justificación que de su infracción ha hecho la parte- si la decisión empresarial de despido ha sido desproporcionada.

No compartimos tal planteamiento, pues acreditados los hechos arriba expuestos (FJ TERCERO, apartado 4), por fuerza se impone rechazar la censura jurídica que se hace y confirmar la sentencia de instancia. Porque si el artículo 54.2.c) ET califica como grave incumplimiento contractual del trabajador y legítima causa para que el empresario pueda proceder a despedirle, "las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos"; si el artículo 15 CE establece como derecho fundamental de "todos" el de la "integridad física y moral"; y si es concreto derecho laboral – artículo 4 ET– el derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad", la conculcación de tales derechos por parte de una compañera que ostenta además la condición de delegada sindical, el escarnio público que supone realizarlo mediante pintadas en su taquilla, claramente visibles, identificándola por su nombre y en el lugar donde prestan servicios para la concesionaria (Hospital Xeral de Vigo), no puede sino calificarse como causa justificativa del despido.

Conclusión a la que llegamos aún teniendo en cuenta la doctrina gradualista tantas veces aplicada por esta Sala (así, entre las recientes, SSTSJ Galicia 21.01.00 AS 103 y R. 5.385/99, 15.04.00 R. 1.248/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 05.07.01 R. 2.775/01, 13.09.01 R. 3334/01, 03.10.01 R. 4.202/01, 19.01.02 R. 6.063/01 y 13.09.02 R. 3.365/02) y obviamente compartamos con el Magistrado de instancia el criterio jurisprudencial de que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 04.03.91 Ar. 1.822 y 28.06.88 Ar. 5.486), partiendo de la consideración –es planteamiento básico– de que los "más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano" (STS de 21.03.88 Ar. 2.333), de tal forma que en la valoración de esta conducta no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción.

No obstante, no es menos cierto que tal criterio gradualista ha de partir de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencian los artículos 5.a y 20.2 ET (SSTS 31.10.84 Ar. 5.360, 18.12.84 Ar. 6.408, 27.02.87 Ar. 1.133, 02.07.87 Ar. 5.060, 16.03.88 Ar. 1.950, 21.03.88 Ar. 2.333, 18.07.88 Ar. 6.171, 31.10.88 Ar. 8.189, 16.01.90 Ar. 128, 28.02.90 Ar. 1.248, 06.04.90 Ar. 3.121, 24.09.90 Ar. 7.040, 21.02.91 Ar. 854, 04.03.91 Ar. 1.822, 16.05.91 Ar. 4.171, 02.04.92 Ar. 2.590, 10.12.92 Ar. 10.074…). Y la conculcación de sus deberes por parte de la demandante, desconociendo los fundamentales derechos de una compañera, mediante palabras denigrantes, humillantes e injuriosas y amenazas, por escrito para su público conocimiento e identificándola por su nombre, cumplidamente justifica que el empresario –deudor de seguridad frente a todos sus empleados– expulse de la comunidad de trabajo que es la Empresa a quien tan burdamente desconoce las reglas de convivencia, atropellando el respeto, la dignidad y la libertad de una compañera. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña R.V.G., confirmamos la sentencia que con fecha 19.07.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Vigo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la empresa "L.F., S.L.".

4004 **Recurso nº 4.881/04**

S.S. IMPOSIBILIDADE DE DECLARAR COMO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE A EXTINCIÓN DA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DOS PENADOS INTERNOS EN ESTABLECEMENTOS PENITENCIARIOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don J. Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a diecinueve de noviembre de dos mil cuatro

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 4.881/04, interpuesto por el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 509-04 se presentó demanda por don J.A.B.G. en reclamación de despido siendo demandado el Organismo Autónomo de Tra-

bajo y Prestaciones Penitenciarias en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de agosto de 2004 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.A.B.G., con D.N.I. … viene prestando sus servicios para el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias desde el día 12 de agosto de 2003 con un salario mensual de 188 € como Auxiliar de Lavandería en el Centro Penitenciario de La Lama (Pontevedra) y con una jornada de trabajo de 9:00 a 13:00 horas y de 15_30 a 18:30 horas los 7 días de la semana. El demandante disfrutó de permiso desde el día 12 de mayo al 16 de mayo, recibiendo el lunes 17, comunicación por escrito de fecha 13 de mayo de 2004 mediante el que se rescindía la relación laboral y con el siguiente contenido: valorando los motivos previstos en el artículo 10, apartado 2.e) y f) del R.D. 785/2001, de 6 de junio y en concreto por seguridad y disciplina penitenciaria e incumplimiento de los deberes laborales básicos en la relación laboral especial penitenciaria. Informe funcionario: desobedecer las órdenes de los funcionarios, así como incumplir las órdenes e instrucciones del personal responsable de la organización y gestión en el ejercicio regular de sus funciones, con fecha 13 de mayo de 2004 acuerda extinguir la relación laboral con el demandante con efectos el mismo día.- SEGUNDO.- El día 8 de marzo recibió la nomina del mes de febrero de 2004 por una cantidad de 163,02 €, entendiendo el demandante que no procedía el descuento por 4 días de permiso disfrutados, sino solamente por los que tuvieran la condición de laborales, como en ocasiones anteriores. Por este motivo expuso su queja al Director del centro por escrito de fecha 14 de marzo de 2004. El lunes día 3 de mayo mantuvo una conversación con el funcionario encargado de la lavandería que no le dio respuesta sobre el tema, al que le insistió que trabajaba 7 horas y que solo le pagaban cuatro, manifestando que no estaba obligado a ir por la tarde. El día 3 de mayo el demandante no acudió a trabajar por la tarde, reincorporándose al trabajo de forma completa al día siguiente, pues el funcionario indicado le comunicó que a la tercera falta podría ser objeto de despido. La coordinadora del Centro Penitenciario a través del funcionario de la lavandería, interesó que el actor fuera a hablar con ella para hablar del tema, no acudiendo. El demandante no ha sido durante su internamiento objeto de sanción disciplinaria.- TERCERO.- Presentada por el actor reclamación previa por despido el día 24 de mayo de 2004, la misma no fue contestada."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Estimando la demanda interpuesta por don J.A.B.G. frente al Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias declaro improcedente el despido del trabajador mencionado y en su consecuencia condeno al Organismo Autónomo demandado a su readmisión en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación previstos en esta resolución, o a su elección, al abono de las siguientes cantidades: a) una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 42 mensualidades, resultando una indemnización de 213,14 €.- b) Una cantidad en concepto de salarios de tramitación desde la fecha del despido, 13 de mayo de 2004 hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, siendo el salario diario de 6,27 €.- La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia en la secretaria de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, en espera de su firmeza. En el supuesto de no optar por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta del trabajador en la Seguridad Social durante el periodo de devengo de los salarios de tramitación.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- El penado trabajador, interno en un centro penitenciario y con relación laboral especial, impugna la decisión de extinción de la relación a través del proceso especial de despido y, celebrado el acto del de juicio oral previos los trámites legales oportunos, el juzgador de instancia estima la demanda rectora de actuaciones declarando la improcedencia del despido disciplinario con las conse-

cuencias previstas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, decisión argumentada en que *"no se aprecia, o al menos no se ha probado, la existencia de una desobediencia clara y patente a órdenes precisas de los funcionarios competentes, ni alteración de ningún tipo en el orden, disciplina o seguridad del centro"*. Frente a esta sentencia, el Abogado del Estado, en la representación del Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Prestación para el Empleo, 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 la infracción del artículo 10.2.f) del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, regulador de la relación laboral de carácter especial de los penados, donde se contempla, como causa de extinción de esa relación laboral, *"los incumplimientos de los deberes a los que viene obligado como trabajador"*. Opuesto a la expuesta denuncia jurídica, el penado trabajador demandante, ahora recurrido, solicita, en su escrito de impugnación de la suplicación, la confirmación íntegra de la sentencia dictada en la instancia.

Pues bien, la Sala debe, ante todo, recordar que, conforme reiterada doctrina unificada, en la relación laboral especial de los penados no existe el despido, ya que, como se explica en la Sentencia de 5 de mayo de 2000, Recurso 3.325/2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –y después se reitera en las Sentencias de 25 de septiembre de 2000, Recurso 3.982/1999, y de 30 de octubre de 2000, Recurso 639/2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo-, *"el Reglamento Penitenciario no contiene ninguna remisión expresa a la normativa del Estatuto de los Trabajadores reguladora del despido"*, ni la contiene el vigente Real Decreto 782/2001, de 6 de julio. Ciertamente, tanto antes como ahora, la litigiosidad individual se remite a la jurisdicción social, pero ello no supone remisión al despido *"que… es una figura de derecho material o sustantivo"*. *"Por otra parte, el artículo 152 del Reglamento Penitenciario contiene diversas causas de extinción de la relación laboral especial, entre las que no figura el despido"*, ni figura, añadimos nosotros ahora a esta argumentación contenida en las sentencias de unificación, en el artículo 10 del citado Real Decreto, trasunto del anterior 152 del Reglamento Penitenciario.

Naturalmente, esto no significa –y no lo podría significar a la vista de la sumisión de la actividad administrativa al control judicial de conformidad con el artículo 106 de nuestra Constitución- la inimpugnabilidad judicial de la decisión extintiva de la relación laboral especial cuando además, en aplicación del artículo 1.5 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, le corresponde al orden social conocer de las *"cuestiones litigiosas derivadas de los conflictos individuales"*. Pero de ahí no se deriva, en modo alguno, la posibilidad de solicitar la improcedencia del despido porque no lo hay y porque además las consecuencias del despido improcedente, establecidas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, no son aplicables a la relación laboral especial de los penados, de donde, aún declarándose la no conformidad a las normas reglamentarias aplicables de la extinción de la relación laboral, las consecuencias jurídicas nunca serían el derecho a indemnización de despido y a salarios de tramitación.

Si esto es así, la demanda judicial, donde se solicita "que se reconozca la improcedencia de la que he sido objeto en el despido, y a que el Organismo Autónomo abone los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar en la debida y legal forma", debió ser desestimada en sus propios términos, pero, aún incluso salvando –lo que no es fácil- los defectos en el modo de proponer la demanda y la inadecuación del procedimiento –en atención al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución-, la solución asimismo debió ser desestimatoria porque, atendiendo a los hechos declarados probados, donde se afirma que -el dia 3 de mayo el demandante no acudió a trabajar por la tarde- -Hecho Probado Segundo-, si se han producido -los incumplimientos de los deberes a los que viene obligado como trabajador" "articulo 10.2.f) del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio-, debiendose destacar que, a diferencia de la relación laboral comun donde el despido disciplinario exige un incumplimiento grave -artìculo 54 del Estatuto de los Trabajadores-, en la relación laboral especial de los penados se alude, sin especificación en cuanto a la gravedad, a "incumplimientos", y esta interpretación literal de la norma reglamentaria se compadece con la necesidad de mantenimiento del orden caracteristica de los establecimientos penitenciarios.

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación del Organismo AutÛnomo Trabajo Penitenciario y Prestación para el Empleo, contra la Sentencia de 30 de agosto de 2004 del Juzgado de lo Social numero 3 de Pontevedra, dictada en juicio seguido a instancia de don J.A.B.G. contra el recurrente, la Sala la revoca Ìntegramente y, con desestimación absoluta de la demanda rectora de actuaciones, absolvemos al demandado de la totalidad de sus pedimentos.

4005 **Recurso nº 2.319/02**

S.S. INCONGRUENCIA INEXISTENTE. MELLORAS DE SEGURIDADE SOCIAL. COMPLEMENTOS DA PENSIÓN DE XUBILACIÓN. FONDOS INTERNOS EN ENTIDADES BANCARIAS. REQUISITO DE MANTEMENTO DA RELACIÓN LABORAL. DIFERENCIA ENTRE DEREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DEREITO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintitrés de noviembre de dos mil cuatro

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. 2.319/02 interpuesto por "B.S., S.A." 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 don J.G.M. en reclamación de Otros Extremos siendo demandado "B.A., S.A."; "B.SM., S.A."; "B.S., S.A.", Comisión de Control del Plan de Pensiones y "B.S.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 767/01 sentencia con fecha catorce de enero de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estimó la demanda la demanda.

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

"I. El actor don J.G.M. comenzó a prestar servicios para el sector de la Banda desde el 01.09.76, para el "B.SM., S.A.", en el que cesó voluntariamente, y se le liquidó y finiquitó con efectos de 12.04.89. El 13.04.89 fue contratado por el "B.A., S.A." pasando el 01.05.00 a formar parte de "B.S., S.A.", que se le notifica con la siguiente carta: Esta Entidad Bancaria ha incorporado a su red de oficinas el centro de trabajo de "B.A., S.A."; desde la fecha del 1 de mayo de 2000 quedará Vd. integrado en nuestra plantilla, causando baja en "B.A., S.A." y alta simultánea en "B.S., S.A." Esta Entidad ha quedado subrogada en las obligaciones que con Vd. pudiera tener contraías su anterior Empresa. Le confirmamos que su categoría será la de Nivel I. en cuanto a su "antigüedad en banca" será la de fecha 01.09.76. A todos los efectos, incluidos los indemnizatorios, se le reconoce como antigüedad en la empresa la reconocida por "B.A., S.A.", es decir 01.09.76. En cuanto al resto de sus condiciones le serán respetadas todas ellas, salvo que Vd. decida adherirse a las que, con carácter general tiene establecidas en la actualidad la plantilla de "B.S., S.A." II. El 31.07.00 se le hace la siguiente notificación: Concurriendo razones económicas, técnicas y organizativas, debido a la complejidad de mantener diferentes colectivos de empleados dentro del mismo Banco, al amparo del artículo 41 del R.D. Leg. de 24 de marzo, le comunicamos que a partir del 1 de septiembre de 2000 se le aplicarán las condiciones particulares de tipo laboral de "B.S., S.A.", condiciones que en su totalidad le son más beneficiosas que las que usted goza en este momento.- Próximamente le remitiremos el documento de adhesión al Plan de Pensiones de los empleados de "B.S., S.A." para que nos lo devuelta cumplimentado y firmado. En caso de no interesarle la adhesión al Plan de Pensiones, el Banco continuará cubriéndole las contingencias de invalidez, viudedad y orfandad, establecidas ene. Convenio Colectivo, a excepción de la contingencia de jubilación. III. El 04.08.00 la Comisión del Plan de Pensiones notifica al actor lo siguiente: Ya le es posible adherirse al Plan de Pensiones que "B.S., S.A.", como Promotor y con el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores, puso en marcha el 3 de noviembre de 1990.- El Reglamento del Plan prevé que usted pueda adhe-

rirse al que se denomina Colectivo B, es decir, en el grupo de empleados que el Fondo cubre las contingencias de invalidez, viudedad y orfandad. Por otro lado, al tener reconocida una antigüedad en Banca tiene derecho a una prestación de jubilación según el Convenio Colectivo, la cual será pagada por el propio Banco.- En caso de no interesarle la adhesión al Plan de Pensiones, el Banco continuará cubriéndole las contingencias de jubilación, viudedad y orfandad, establecidas en el Convenio Colectivo, si bien no disfrutará de las ventajas que seguidamente le detallamos, etc. IV. Después de una serie de negociaciones en que el actor pedía 35.000.000 ptas. el actor fue despedido por "B.S., S.A.", que reconoció la improcedencia del mismo en el acto de conciliación celebrado en el S.M.A.C. el 18.10.00, con abono de la cantidad de 32.207.410 ptas. V. A la fecha del despido, nómina del mes de septiembre, el salario del actor ascendió a 3.444,58 Euros. VI. "B.S., S.A." tiene constituido un plan de pensiones para sus empleados, aprobado por la Comisión Promotora el 17.09.90. VII. El artículo 36.3 del Convenio Colectivo de la Banca Privada establece: El personal contratado por las empresas a partir del 08.03.80, tendrá a su jubilación tanto sólo los derechos que en tal momento le reconozca la legislación general que le sea de aplicación.- Lo contenido en el párrafo precedente no afectará al personal que cambie de empresa y tuviera vinculación laboral efectiva con cualquiera de las comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio a 31 de diciembre de 1979. VIII. Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C.".

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

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.G.M. debo declarar y declaro el derecho del actor a movilizar la dotación del Plan de Pensiones del que es partícipe en la cantidad de 16.878.690 ptas. (101.442,97 Euros) a fecha de 18.10.00 en que se extinguió su contrato de trabajo, condenando a "B.S., S.A." a estar y pasar por esta declaración y a hacer efectiva esa provisión; con la absolución de los codemandados "B.A., S.A." y "B.SM., S.A."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte demandada la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, en primer lugar insta la declaración de nulidad de dicha resolución al amparo del art. 191.a) LPL, denunciando que la misma incurre en la infracción de normas esenciales de procedimiento, tachándola de incongruente, falta de notificación de la misma a la Comisión de Control del Plan de Pensiones de los Empleados de "B.S., S.A.", y por último invocando una "falta de integridad del contenido de los Autos", denunciando como infringidos el art. 218.1 LEC, art. 54 LPL y 150 LEC en relación con el art. 240 LOPJ.

En cuanto a la falta de congruencia de la resolución recurrida la funda el recurrente en el hecho de que no exista en el fallo de la misma pronunciamiento al respecto sobre la condena o absolución de los demás codemandados, ausencia que si bien existe no constituye el defecto denunciado pues, según criterio reiterado, contenido en las STSJ de Galicia de 08.06.01 (R.2.236-2001) y 22.01.99 (R. 5.004-98), 1.- la congruencia ha de analizarse en función de la parte dispositiva de la resolución recurrida en relación con las pretensiones de las partes hechas valer en juicio, nunca entre los razonamientos jurídicos de una y otra (TS 4ª, S 08.05.95, R. 1.319/94), tal como se vino interpretando el antiguo art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, actual art. 218 LEC 1/00, al establecer que "las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstos exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate"; 2.- que el principio de congruencia, del art. 359 LEC y actual art. 218 NLEC 1/00, actúa como requisito esencial de la sentencia, asegurando la coherencia entre la parte dispositiva de ésta y los términos en que ha quedado delimitada la cuestión objeto de litigio a través de la pretensión deducida en la demanda o en su ampliación, la oposición a la misma por parte del demandado y la fijación definitiva de las posiciones de las partes en conclusiones, para obtener de esta manera una resolución fundada en derecho y que dé respuesta a lo que la acción plantea, de ahí que la respuesta judicial debe ser adecuada

con la pretensión deducida, requisito que no se cumple si la parte dispositiva de la sentencia niega o concede lo que nadie ha pedido (incongruencia positiva), omite la declaración sobre algunas de las pretensiones deducidas (incongruencia negativa) o bien substituye alguna de las pretensiones formuladas por las partes por otra que no haya sido solicitada (incongruencia mixta); 3.- criterio que resulta, igualmente, sostenido por la doctrina constitucional contenida en las STCo Nº 20/1982, la de 29 de enero de 1996, de 10 de junio de 96, 17 de enero de 1997, 31 de enero de 1997, 15 de julio de 1998 entre otras muchas, que vienen a centrar dicho defecto en "el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan válidamente sus pretensiones, al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido", no en la posible contradicción interna de la resolución, o como señalan las SSTS 14 de enero de 1997 y 2 de junio de 1997 (RJ 1997\4.617), "para apreciar incongruencia es necesario confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos, subjetivos y objetivos, causa de pedir y «petitum», existiendo incongruencia si se alteran «de modo decisivo los términos en que se desarrolla la contienda". En consecuencia hemos de concluir con la desestimación de la denuncia por cuanto la resolución recurrida resuelve todos los puntos del debate que fueron planteados y si bien en el fallo no existe el pronunciamiento relativo a los demandados absueltos, tal defecto era subsanable mediante una simple aclaración, por cuanto en la fundamentación jurídica se argumenta claramente la absolución de los no condenados, lo que igualmente se deduce a sensu contrario de su ausencia en el fallo bajo tal concepto, en consecuencia no concurre tal defecto.

En cuanto al defecto de falta de notificación de la sentencia recurrida a la Comisión de Control del Plan de Pensiones de los Empleados de "B.S., S.A.", el defecto imputado resulta ser incierto por cuanto, en primer lugar dicha Comisión compareció en juicio representada y bajo la misma dirección letrada que la de "B.S., S.A." por lo que la notificación de la sentencia al Banco cumple con el efecto notificador a dicha comisión; por otra parte existe en autos al folio 68 una diligencia por la cual el Secretario hace constar que por correo certificado con acuse de recibo se remite notificación de la sentencia a "B.A., S.A.", S.P., y dicho acuse de recibo obra unido a las actuaciones en el folio 79; a mayor abundamiento el anuncio y admisión del recurso de suplicación (providencia de 22.02.02) le fue notificada por acuse de recibo que obra unido al f. 87 de los autos, en consecuencia, dicha Comisión ha tenido pleno conocimiento de las actuaciones, de la resolución dictada y de las incidencias posteriores a la misma, por lo que no se produce ningún defecto que vicie de nulidad dicha sentencia, por lo que se desestima el motivo.

En cuanto al defecto relativo a la integridad de los autos, no se observa el defecto imputado pues basta el examen material de los autos para comprobar que -dado el volumen de los mismos-, el grapado por piezas de prueba, cada una de ellas debidamente identificada en su portada y foliada en su interior y todo el conjunto ensobrado impide imputar, con un mínimo de seriedad, tal defecto a las actuaciones judiciales, y ello tan es así que ni siquiera la parte recurrente cita la ausencia de algún documento en las actuaciones, todo ello unido a la diligencia final obrante al f. 89 de las actuaciones donde se indican autos originales, especificándose los ramos de prueba existentes los folios que compone cada uno y la pieza separada de recurso, queda garantizada plenamente la integridad y autenticidad de las actuaciones de instancia, por el adecuado y correcto cumplimiento por el Secretario Judicial de sus obligaciones de documentación y archivo de actuaciones (art. 454 vigente LOPJ), en consecuencia se desestima el motivo.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se adicione un nuevo ordinal 3º) BIS con la siguiente redacción: "El actor optó por no adherirse al plan de pensiones de los empleados de "B.S., S.A." y por el mantenimiento de las condiciones relativas a que el Banco continuara cubriéndole las contingencias de jubilación, viudedad y orfandad, establecidas en el convenio colectivo" cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrantes en autos a los folios 23 a 26.

Se admite la adición por cuanto la opción por la adhesión implicaba rellenar el impreso que obra al f. 26 del ramo de prueba del actor y su entrega a la comisión de control lo que el actor evidentemente no realizó y así lo admite en la impugnación del motivo en los f. 9 y 10, punto tercero, cuando señala que " ciertamente el actor no suscribió su adhesión al colectivo B...", que es precisamente lo que se propone en la adición, en consecuencia se admite la misma.

TERCERO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia diversas infracciones normativas, unas con carácter principal y otras de forma subsidiaria, en el primer grupo señala: 1º.- Infracción de los arts. 1.281, 1.283, 1.288 y 1.187 del Código civil, en relación con el art. 192 Ley General de la Seguridad Social y con el art. 3.5 LET y doctrina de STS de 07.02.91. 2º.- Por interpretación errónea de los arts. 6 y 16 del Reglamento del Plan de pensiones de empleados de "B.S., S.A." en relación con los apartados 7 y 8 del art. 8 de la L.8/87, y con el art. 40 (actual 36) del convenio de Banca privada, e infracción de la DT 14 de la L. 30/95. Se argumenta, en esencia, en el primer motivo que entre las partes la relación quedó extinguida y finiquitada sin que el actor tenga derecho a reclamarle concepto alguno lo que resulta conformado por el hecho de que la indemnización abonada fue muy superior a la que por su antigüedad y salario le correspondía en la mercantil, por último señalar que al actor solo le cabía una expectativa de derecho para el supuesto de jubilarse en activo en la empresa, por lo que al extinguírsele el contrato ningún derecho le pervive. En el segundo motivo se razona que el actor no es participe del Plan de Pensiones de "B.S., S.A." por cuanto no suscribió en ningún momento el boletín de adhesión y opto por mantener las mejoras de Seguridad Social previstas en el convenio colectivo y aseguradas mediante fondo interno y estos fondos no generan mas que expectativas de derecho hasta el momento en que se produzca el hecho causante, esto es se acceda a la jubilación, por ello no son movilizables. Entre los segundos (subsidiariamente), se invoca: 1.- interpretación errónea e indebida aplicación de los arts. 6 y 16 del Reglamento del plan 1.281, 1.283, 1.288 y 1.187 del Código civil, en relación con el art. 192 Ley General de la Seguridad Social y con el art. 3.5 LET y doctrina de STS de 07.02.91. 2º.- Por interpretación errónea de los arts. 6 y 16 del Reglamento del Plan de pensiones de empleados de "B.S., S.A." en relación con los apartados 7 y 8 del art. 8 de la L. 8/87 y los arts. 40 (actual 36) del convenio de Banca privada y lo dispuesto en los arts. 2, 9, 13, 14 y 17 del propio reglamento, razonando que el actor no puede formar parte del colectivo (A) del Plan de pensiones del Banco por cuanto al momento de constituirse el plan, aquel no era miembro del Banco; que el actor podría formar parte del colectivo (B) para lo que reunía los oportunos requisitos pero lo rechazó y a mayor abundamiento resulta que si bien, como miembro de este colectivo podría movilizar sus aportaciones, lo cierto es que no se efectúo ninguna ya que las contingencias protegidas, de producirse el siniestro, son atendidas por el propio Banco existiendo un seguro tomado por el Banco, con prima a su cargo, para hacer frente a dichos riesgos por lo tanto la prima del seguro ha sustituido a la capitalización. 3º.- Interpretación errónea e indebida aplicación del art. 36.4 del convenio de Banca Privada, argumentando que los conceptos computables a efectos del calculo de la prestación complementaria de la pensión de jubilación a cargo de la empresa deben ser exclusivamente los que integra el salario real según convenio y una vez realizadas las oportunas operaciones actuariales arrojaría un salario de 11.340.954 ptas. y no el fijado en la resolución recurrida.

En cuanto al primer motivo principal del recurso, relativo al valor del finiquito, el mismo no puede ser atendido por cuanto nos hallamos en presencia de mejoras voluntarias de Seguridad Social en relación con las cuales en principio entraría en juego la regla de irrenunciabilidad de derechos y en segundo lugar que el finiquito afecta a la relación laboral mas no a las mejoras de Seguridad Social pues en el mismo nada se especificó al efecto, en consecuencia, por aplicación de lo establecido en el art. 1.283 del Código civil, pues el finiquito viene a constituir un acuerdo de voluntades, por tanto, sometido a las reglas de interpretación de los contratos, no puede entenderse, a medio de la interpretación, incluido en el acuerdo cosas distintas y casos diferentes de los que las partes pretendieron contratar y en el documento de conciliación administrativa ante el SMAC, del f. 2 del ramo de prueba del recurrente, las cantidades pactadas se refieren a indemnización y a liquidación y salarios de trámite, igualmente las cantidades abonadas, según consta en la nómina obrante al f. 11 del ramo de prueba de la recurrente, se refieren a indemnización por extinción del contrato, salarios de tramitación y liquidación de partes proporcionales de pagas extras y demás conceptos devengados, por lo que la manifestación del actor en relación con los términos "saldo y finiquito" ha de entenderse referida a cuestiones puramente laborales, salarios e indemnizaciones por cualquier otro concepto mas no a cuestiones de Seguridad Social complementaria que no fueron objeto de negociación ni pacto alguno, quedando limitado su valor a la renuncia a reclamar conceptos salariales anteriores a dicho pacto, en similar sentido STS de 25.09.02(RJ 2003\502) (Rec. 3.493/01), negó expresamente que "pudiera estimarse incluido

dentro de un finiquito derivado de un despido cualquier indemnización complementaria a la pudiera tener derecho como mejora de Convenio". Por lo expuesto este motivo decae en su primera parte decae. En su segunda parte, dicho motivo plantea que no existe un plan de pensiones del que el actor forme parte, sino un fondo interno que solo otorga al actor un derecho de percepción si a la fecha de producirse el hecho causante correspondiente forma parte de la plantilla del banco, esto es, solo le asistía una expectativa de derecho, ningún derecho consolidado que pueda ser movilizado, por lo que se puede transigir sobre tal expectativa, lo que hizo el actor al firmar el finiquito, argumentación ya desestimada en cuanto al valor liberatorio del finiquito y en cuanto a la calificación del vinculo entre las partes ha de resolverse conjuntamente con el siguiente motivo de recurso.

CUARTO.- En cuanto al segundo motivo de recurso, en unión con el motivo primero en su segundo apartado, el mismo debe ser acogido en atención a los siguientes argumentos: 1.- Son datos fácticos ha tomar en consideración los siguientes: A) que el actor procede de "B.A., S.A.", dicha entidad, no tenía externalizadas las prestaciones complementarias de Seguridad Social en un plan de pensiones, sino que, a través de una póliza de seguro colectivo de tipo vida, seguro de rentas vitalicias, con aportaciones a su cargo, se aseguró el pago futuro de las prestaciones fijadas en convenio, a su cargo y a favor de sus trabajadores, actuando como tomador y beneficiario el banco no los trabajadores. B) Que el codemandado "B.S., S.A." asumió la red de aquella entidad y con ella al actor, subrogándose en el contrato de trabajo del mismo con fecha de efectos 01.05.00 respetándole todas las condiciones que tenía en su anterior empleadora. C) Que posteriormente el 31.07.00 la entidad "B.S., S.A." le comunica que a partir del 01.09.00 se le aplican las condiciones particulares internas por considerarlas mejores que las de origen, y le advierte de que se le remitirá el correspondiente impreso de adhesión al Plan de Pensiones de empleados de dicha entidad, y de no adherirse se le mantendrá la situación de convenio. D) Que la Comisión del plan de pensiones le remitió al actor el impreso de adhesión al Plan de pensiones advirtiéndole de las ventajas derivadas de tal adhesión y de la necesidad de enviar el impreso de interesarle dicha opción, caso contrario el Banco le mantendrá los derechos del convenio. E) El actor no se adhirió al plan de pensiones de dicho "B.S., S.A."

2.- Desde el aspecto normativo, debe establecerse que: A) En el momento de la subrogación del codemandado "B.S., S.A." en el contrato del actor regía el art. 44 LET en su versión original que no menciona la obligación de mantener por el sucesor empresarial las obligaciones en materia de seguridad social complementaria asumidas por el cedente. B) El art. 36 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada (BOE 26.11.99); C) La Ley de Planes de pensiones Ley 8/1987, de 8 junio y su desarrollo reglamentario, así como la L. 30/95 de ordenación y supervisión del seguro privado.

Establecido lo anterior no cabe duda que el presente litigio tiene por objeto una mejora de Seguridad Social ya que se refiere a los complementos de pensiones a cargo de las empresas – en su día empleadoras del actor -, y tales complemento se instauraron en nuestro sistema de protección social como una mejora voluntaria de la acción protectora de la seguridad social ya que su coste se sufraga por las propias empresas que deseen instaurarlo, por lo que, como señala la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de enero de 2002 «rige, en relación con estas mejoras, el principio de libertad, que proclama respecto de ellas expresamente el artículo 41 CE, será, por tanto, el título constitutivo, ya sea convenio colectivo, contrato individual, o acto unilateral del empresario, el que defina, conforme al artículo 1255 del Código Civil, las cláusulas y condiciones que las partes tengan por conveniente establecer respecto de esas mejoras de pensión», criterio igualmente sustentado por STS 4ª de 17 (RJ 1997\2.556) y 20 de marzo de 1997 (RJ 1997\2.591).), según las cuales "es claro que las fuentes fundamentales reguladoras de tales mejoras, además de estos preceptos y las disposiciones reglamentarias que los desarrollan, son los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario; y así es palmario que las condiciones, requisitos y elementos que configuran a cada mejora son los que se expresan y determinan en el convenio o acto que la crea o constituye". Sobre tal materia viene a incidir la Disposición adicional 1ª de la 8/1987, de 8 de junio que reguló los Planes y Fondos de Pensiones que, para prevenir situaciones de incumplimiento de los compromisos adquiridos, y, al propio tiempo dar cumplimiento a la Directiva del Consejo 80/987, dispuso que «los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de

ambos". Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguro y planes de pensiones. Sobre dicha norma inciden diversas disposiciones posteriores que vienen retrasando paulatinamente la obligatoriedad de externalización de aquellas obligaciones hasta 31 de diciembre del corriente, en consecuencia, la falta de externalización no implica incumplimiento patronal alguno.

Dicho lo anterior, sobre la situación del actor incide que este provenga de una entidad bancaria, la codemandada "B.A., S.A.", que había celebrado un contrato de seguro, ya reseñado, mas tal contrato de seguro no es el referenciado en la normativa de la L. 8/87 por cuanto el beneficiario del mismo no eran los trabajadores sino el propio banco que de esta manera lo que aseguró fue el cumplimiento de su obligación y ello hasta el extremo de que la producción del siniestro (hecho causante) que obliga al asegurador a efectuar la cobertura, no conlleva el abono directo al trabajador sino al propio banco para hacerlo llegar a aquel, igualmente se determina la posibilidad de rescate a favor del banco, así como en los casos de fallecimiento la participación del banco en el capital asegurado, todo esto se señala para dejar constancia de que no nos hallamos ante una situación anterior de externalización que pudiera haberse transferido a la recurrente, y para el supuesto de aceptar que cabría tal subrogación al amparo del art. 44 LET en la redacción vigente en el momento de producirse la subrogación empresarial, por tanto, de la situación previa del actor en la empresa transmitente no puede extraerse a favor suyo derecho alguno que se pueda imponer ahora a la recurrente.

QUINTO.- El análisis de la situación del actor una vez producida la subrogación por parte del recurrente en su contrato de trabajo y la aplicación de sus mejores condiciones de empleo, llevó aparejada la oferta al demandante para integrarse en el Plan de pensiones y fondo constituido por la recurrente a favor de sus trabajadores, es decir, en la externalización efectuada por dicha recurrente de las obligaciones asumidas como consecuencia del art. 36 del convenio colectivo de banca, en consecuencia, el actor tenía dos posibilidades, continuar como procedente de la anterior entidad bancaria con los beneficios exclusivos del convenio o integrarse en el Plan, esta integración exigía un acto expreso de aceptación consistente en la cobertura y remisión del oportuno impreso, lo que el demandante no realizó lo que se pretende justificar en base a que la integración ofrecida era en el Colectivo "B", mientras que considera que debía ser integrado en el colectivo "A", por lo que estima que siendo la opción ofrecida incorrecta mantiene su derecho, que es lo que al final vino a reconocer la resolución de instancia. La argumentación de la resolución recurrida no puede ser compartida en esta aspecto y así se ha de partir, efectivamente, de que conforme al art. 36 del convenio, antiguo art. 40 del convenio de 1990, el actor tiene derecho a la pensión de jubilación, pero este es solo el primero de los requisitos exigidos por el Reglamento del Plan de pensiones para integrarse en dicho colectivo, exigiendo a continuación que "a la fecha de constitución del presente plan" – lo que aconteció en 1990 -, hubiesen ingresado en la empresa antes del 8/3/80, y extendiendo este requisito, quienes, al momento de constituirse el plan, si bien fueron contratados con posterioridad a 1980 se les ha reconocido antigüedad anterior, a dicha fecha, es decir, que dicho derecho solo se reconoce si a la fecha de constitución del plan ya se encuentra de alta en la empresa, lo cual, se confirma con lo determinado en el art. 36.6 del convenio que establece que los contratados a partir de 1980 solo tienen derecho de jubilación en el sistema de Seguridad Social. En todo caso se exige para formar parte de uno u otro colectivo suscribir el correspondiente boletín de accesión. Como primera conclusión se extrae que el actor no se integro, por su propia voluntad, en el plan de pensiones establecido por el recurrente para sus trabajadores, en consecuencia, al actor le es de aplicación la normativa convencional en toda su extensión.

SEXTO.- Establecido que al actor, dentro de la demandada y en relación con la Seguridad Social complementaria, le es de aplicación la normativa convencional se ha de seguir la doctrina contenida en STS de 2 de octubre de 2003, (RJ 2003\8.700), según la cual no ostenta derecho alguno hasta el momento en que se produce el hecho causante de las prestaciones de Seguridad Social principal objeto de mejora, mientras tanto, solo mantiene meras expectativas de derecho y como ha cesado en la relación laboral con dicha mercantil, no ostenta ningún derecho consolidado que pueda trasladar o percibir en la actualidad, resumiéndose las razones de tal decisión en los siguientes puntos: 1) las prestaciones sociales previstas en el art. 36 del XVII convenio colectivo de la banca privada tienen naturaleza de mejoras voluntarias de Seguridad Social, y en cuanto tales se rigen

fundamentalmente, además de por las normas legales y reglamentarias relativas a las mismas, por los «pactos o reglas que las hayan creado» (STS/IV 20.03.97[RJ 1997\2.591]; 2) el tenor del citado art. 36 del convenio colectivo de la banca no contiene ninguna «previsión respecto de la persistencia de los complementos (de la pensión de jubilación) una vez extinguido el contrato» (STS/IV 30.09.03 [RJ 2003\7.373]), no dejando «margen de duda» sobre la exigencia en principio a los beneficiarios de dichos complementos del requisito de permanencia al servicio de la empresa hasta el cese por jubilación (STS/IV 05.05.03[RJ 2003\5.205]); 3) el Convenio colectivo de Banca, del que arrancan los compromisos de pensiones, ninguna previsión realizó respecto a la persistencia de los complementos una vez extinguido el contrato, posibilidad no tenida en cuenta por los negociadores del mismo, el derecho al rescate o a un futuro derecho al complemento de pensión de jubilación no puede derivar de los términos de dicho convenio; 4) los hechos debatidos ocurren antes de la fecha tope para cumplir el deber de externalizar; 5) el compromiso de la recurrente deriva del convenio al no haberse adherido el actor al Plan de pensiones constituido, en ejercicio legitimo de su derecho a mantener la situación legal de origen, en consecuencia, el actor no tiene derecho a rescatar capital alguno de la demandada, acogiéndose el motivo y con revocación de la resolución recurrida se desestima la demanda rectora de los autos. El acogimiento del presente motivo exime del análisis de los motivos planteados de forma subsidiaria.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 201.1 LPL la estimación del recurso implica la devolución del depósito constituido para recurrir, y la cancelación de los aseguramientos prestados una vez firme esta resolución, todo ello sin costas.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por "B.S., S.A." contra la sentencia dictada el 14.01.02 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de VIGO en autos Nº 767-2001 sobre reconocimiento de derecho seguidos a instancias de don J.G.M. contra el recurrente y "B.S., S.A.", Comisión de Control del Plan de Pensiones y "B.S.P., S.A.", "B.A., S.A." y "B.SM., S.A." y con revocación de dicha resolución desestimamos la demanda rectora de los autos y en consecuencia absolvemos a los codemandados de las pretensiones en su contra deducidas.

4006 Recurso nº 4.691/04

S.S. INEXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES, PARA OS EFECTOS DA DETERMINACIÓN DO EMPRESARIO RESPONSABLE EN PROCESO POR DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a veintitrés de noviembre de dos mil cuatro

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 4.691/04 interpuesto por "C.D.M.F." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 126/04 se presentó demanda por doña P.S.V., doña M.A.R.L., doña M.S.T., doña C.C.S., doña V.C.S., doña N.N.M., doña V.V.A., doña M.M.V.C., doña D.F.P., doña A.M.P., doña D.F.L., doña M.G.L., doña M.N.R.L., doña F.P.V., doña M.I.C.F. y doña E.C.L. en reclamación de despido siendo demandado "C.D.M.F." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintinueve de abril de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Las demandantes vienen prestando sus servicios para la empresa demandada con las antigüedades, categorías y salarios que se indican en el hecho primero de la demanda. Todas las demandantes han prestando inicialmente sus servicios para la empresa demandada y posteriormente para la entidad "S.A.D.F., S.C.L.", cooperativa fundada por las trabajadoras de "C.D.M.F.", a instancia de esta, para seguir desarrollando el mismo trabajo que venían realizando. Las actoras presentaron ante el SMAC el día 23.01.04 papeleta de conciliación en reclamación de que se reconociese que son personal fijo de la empresa

demandada, que resultó intentada sin efecto. Segundo.- La empresa demandada, desde el día 23.01.04, dejó de dar ocupación efectiva a las demandantes. El día 31.01.04 la empresa demandada envió una carta a la entidad "S.A.D.F., S.C.L.", en la que comunicó que prescinde de sus servicios. Tercero.- La empresa demandada ha venido recibiendo subvenciones anuales de la Xunta de Galicia por una cuantía aproximada de 20 millones de pesetas, que se vio reducida en el último año. Con dicho importe se efectuaban los pagos de los salarios de las trabajadoras contratadas y posteriormente, una vez constituida la cooperativa, los pagos de las facturas de la prestación de servicios por la cooperativa. Las demandantes, una vez constituida la cooperativa, siguieron desempeñando las mismas funciones que con anterioridad en el servicio de ayuda a domicilio, encargándose "C.D.M.F." de designar los domicilios a los que debían acudir así como el horario en cada uno. Asimismo abonaba las facturas correspondientes a los servicios realizados por la cooperativa, la cual requería su autorización para elevar la cuantía del salario de las trabajadoras. La comisión de gobierno del Ayuntamiento de Ferrol de 23.10.95 acordó la propuesta y abono de facturas por el Servicio de ayuda a domicilio correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 1995 presentadas por la Cooperativa de Ayuda a Domicilio Ferrol, SCL, según acuerdo de aplicación del contrato de fecha 11.07.94, prorrogado hasta 31.12.1995. El día 27.02.04 la Cooperativa solicitó que se declarase en situación legal de desempleo a las demandantes alegando que las causas que motivan la petición formulada eran económicas, técnicas, organizativas, de producción y fuerza mayor, por encontrarse imposibilitada de seguir llevando su actividad como consecuencia de que la cooperativa efectuaba únicamente sus servicios para "C.D.M.F." y que esa le había manifestado que prescindiría de sus servicios el día 31.01.04. Por resolución de la Delegación Provincial de Trabajo se estimó la declaración de situación legal de desempleo de las actoras. Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación previa a la acción de despido ante el SMAC el día 23.01.04, la misma tuvo lugar con el resultado de intentada sin efecto, formulando la presente demanda el día 03.03.04. Quinto.- Las demandantes no han sido 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 la pretensión subsidiaria de la demanda interpuesta por doña P.S.V., doña M.A.R.L., doña M.S.T., doña C.C.S., doña N.N.M., doña V.V.A., doña M.M.V.C., doña D.F.P., doña A.M.P., doña D.F.L., doña M.G.L., doña M.N.R.L., doña F.P.V., Doña M.I.C.F. y doña E.C.L., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fueron objeto con fecha 23.01.2004 por parte de la empresa "C.D.M.F.", a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión de las trabajadoras en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del despido con abono de los salarios de tramitación a razón de 10,95 euros diarios hasta que tenga lugar la readmisión, o abonarles una indemnización de, a doña P.S.V. 5.995,12 euros, doña M.A.R.L. 6.857,41 euros, doña M.S.T. 7.144,86 euros, doña C.C.S. 7.062,74 euros, doña V.C.S. 6.077,24 euros, doña N.N.M. 5.995,12 euros, doña V.V.A. 8.048,24 euros, doña M.M.V.C. 6.569,99 euros, doña D.F.P. 6.446,81 euros, doña A.M.P. 6.857,41 euros, doña D.F.L. 8.089,30 euros, doña M.G.L. 6.651,75 euros, doña M.N.R.L. 6.036,18 euros, doña F.P.V. 6.446,81 euros, doña M.I.C.F. 6.569,99 y doña E.C.L. 7.134,86 euros, con abono asimismo de los salarios de tramitación indicados hasta la fecha de la 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 demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se recurre por "C.D.M.F." la sentencia que le condenó por despido improcedente, interesando –entre otras– la revisión del ordinal primero de los HDP, al objeto de que su redacción pase a ser la que sigue:

«Las demandantes han venido prestando sus servicios, con la categoría de Auxiliar de Ayuda a domicilio, con el salario de 328,49 euros mensuales, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias, para las empresas y con las antigüedades que se señalan a continuación:

- Doña P.S.V. suscribió contratos de trabajo temporales con "C.D.M.F." entre el

20.07.90 y el 30.06.91. Posteriormente, fue contratada por la entidad "S.A.D.F., S.C.L." desde el 01.07.91 al 30.08.91, y desde el 01.12.04 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con esa entidad y pasó a situación de desempleo, por resolución administrativa dictada en Expediente de Regulación de Empleo extintivo.

- Doña M.A.R.L. suscribió contrato con "C.D.M.F." entre el 16.02.90 al 30.06.91. Suscribió contrato con "S.A.D.F., S.C.L." desde el 01.11.91 hasta el 11.03.04, fecha en que se extinguió su vínculo laboral con la misma y fue declarada en situación legal de desempleo.

- Doña M.S.T. suscribió contrato con "C.D.M.F." entre el 05.06.89 y el 15.09.90. Posteriormente estuvo bajo contrato con "S.A.D.F., S.C.L." desde el 01.01.99 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con ésta, y pasó a situación legal de desempleo. Estuvo también en desempleo entre el 16.09.90 y el 31.12.98.

- Doña C.C.S. suscribió diversos contratos temporales de trabajo con "C.D.M.F." entre el 05.08.87 y el 30.6.89. Permaneció en situación de desempleo entre el 01.07.89 y el 17.07.89. Suscribió contrato con la mencionada Cooperativa desde el 22.09.89 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral y pasó a situación de desempleo, con diversos períodos de desempleo parcial (por suspensión del contrato) entre el 21.05.96 y el 21.07.97, y entre el 06.08.97 y el 21.10.97.

- Doña V.C.S. suscribió contrato laboral con "C.D.M.F." entre el 16.11.89 y el 15.12.90 mediante contrato de duración temporal. Permaneció en el desempleo entre el 16.12.90 hasta el 15.06.91. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 07.10.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió el vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación de desempleo.

- Doña N.N.M. suscribió contrato temporal con "C.D.M.F." entre el 02.01.91 y el 30.06.91. Suscribió contrato con "S.A.D.F., S.C.L." entre el 01.07.91 hasta el 30.08.91 y desde el 01.12.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió el vínculo laboral que la unía con la Cooperativa y fue declarada en situación de desempleo.

- Doña V.V.A. suscribió contratos temporales de forma intermitente por "C.D.M.F." entre el 14.09.87 y el 15.09.90. Permaneció en el desempleo entre el 16.09.90 y el 01.10.90. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 02.01.91 hasta el 11.03.04, fecha en que se extinguió su vínculo con la Cooperativa y fue declarada en situación de desempleo.

- Doña M.M.V.C. formalizó contrato laboral de carácter temporal con "C.D.M.F." entre el 17.09.90 y el 30.06.91. Estuvo contratada por "S.A.D.F., S.C.L." entre 16.07.90 y el 31.08.90, entre el 01.07.91 y el 30.08.91, y, de forma permanente, desde el 01.12.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con aquélla y fue declarada en situación legal de desempleo. Permaneció en el desempleo entre el 01.09.91 y 08.09.91 (por extinción del contrato de trabajo), entre el 21.05.96 y el 21.07.97, y entre el 06.08.97 y el 21.10.97 (en estos casos por suspensión del contrato de trabajo).

- Doña D.F.P. firmó contrato de trabajo temporal con "C.D.M.F." entre el 10.12.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo entre el 01.07.91 y el 30.09.91. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 07.10.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con la Cooperativa y fue declarada en situación legal de desempleo.

- Doña A.M.P. contrató temporalmente su prestación laboral con "C.D.M.F." entre el 16.02.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo entre el 01.07.91 y el 10.07.91 (por extinción del contrato de trabajo), entre el 21.05.96 y el 20.04.97, entre el 10.05.97 y el 21.07.97, y, finalmente, entre el 06.08.97 y el 21.10.97 en todas estas ocasiones por suspensión del contrato de trabajo). Estuvo contratada por la señalada Cooperativa desde el 01.11.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación legal de desempleo.

- Doña D.F.L. firmó diferentes contratos de trabajo temporales con "C.D.M.F." entre el 14.08.87 y el 30.06.89, sin que hubiesen transcurrido entre la baja en la Seguridad Social y la nueva alta más de veinte días. Permaneció en el desempleo entre el 01.07.89 y el 17.07.89 (por extinción de contrato de trabajo), entre el 21.05.96 y el 20.04.97, entre el 10.05.97 y el 21.07.97, y entre el 06.08.97 y el 21.10.97 (por suspensión del contrato de trabajo). Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 22.09.89 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación de desempleo.

- Doña M.G.L. suscribió contrato laboral con "C.D.M.F." entre el 17.09.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo entre el

01.09.91 y el 08.09.91 (por extinción del contrato). Estuvo contratada por la mencionada Cooperativa desde el 16.07.90 hasta el 15.09.90, desde el 01.07.91 al 30.08.91, y desde el 01.12.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió definitivamente su vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación legal de desempleo.

- Doña M.N.R.L. firmó contrato de trabajo con "C.D.M.F." entre el 16.11.89 y el 31.12.89, entre el 01.02.90 y el 30.06.91 (salvo un período de dos días). Permaneció en el desempleo, por extinción del contrato de trabajo, entre el 01.07.91 y el 09.07.91, y entre el 01.05.92 al 30.04.94. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 01.11.91 hasta la extinción del contrato objeto de este pleito.

- Doña F.P.V. suscribió contrato de trabajo con "C.D.M.F." entre el 18.12.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo por extinción entre el 01.07.91 y el 30.09.91. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 07.10.91 hasta el 11.03.04, en que extinguió su vínculo con la Cooperativa y pasó a situación legal de desempleo.

- Doña M.I.C.F. firmó un contrato de trabajo temporal con "C.D.M.F." entre el 17.09.90 y el 30.06.91. Estuvo contratada por la mencionada Cooperativa desde el 01.10.91 hasta el 11.03.04, fecha en que se extinguió el vínculo laboral que la unía a la Cooperativa y fue declarada en situación de desempleo.

- Doña E.C.L. suscribió contratos temporales con "C.D.M.F." entre el 02.06.89 y el 15.09.90, sin que hubiese transcurrido entre una baja en la Seguridad Social y el alta siguiente en dicha empresa más de veinte días. Permaneció en el desempleo entre el 16.09.90 y el 15.03.91 , entre el 16.04.91 y el 15.04.93, por extinción del contrato de trabajo. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 01.12.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió el vínculo laboral que tenía con la misma y fue declarada en situación legal de desempleo.

La entidad "S.A.D.F., S.C.L." es una Cooperativa fundada el 17.06.89, junto con otras personas, por las demandantes, antiguas trabajadoras de "C.D.M.F.", al objeto de prestar servicios de ayuda a domicilio a personas de tercera edad, minusválidos, infancia, o cualquier otra situación de emergencia social, así como servicios de limpieza en centros públicos y en el hogar.

En fecha 27.02.04 tuvo entrada en la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia solicitud de Expediente de Regulación de Empleo presentado por la empresa "S.A.D.F., S.C.L.", que se tramitó con el número 17/04, y cuya resolución, de fecha 11 de marzo de 2004, que estimó la petición de las veinte socias trabajadoras de dicha Cooperativa (entre las que figuran las demandantes), las declaró en situación legal de desempleo.

Las actoras presentaron ante el SMAC el día 23.01.04 papeleta de conciliación en reclamación de que se le reconociese que son personal laboral fijo de la empresa demandada, que fue intentada sin efecto».

SEGUNDO.- 1.- Aceptamos en su práctica integridad la primera parte de la variación fáctica, la referida a las vicisitudes laborales de las demandantes, por cuanto que así las acreditan los diversos informes de vida laboral que obran en autos. De esta forma, la redacción acogida por la Sala resulta es la de que «Las demandantes han venido prestando sus servicios, con la categoría de Auxiliar de Ayuda a domicilio, con el salario de 328,49 euros mensuales, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias, para las empresas y con las antigüedades que se señalan a continuación:

- Doña P.S.V. suscribió contratos de trabajo temporales con "C.D.M.F." entre el 17.07.90 y el 30.06.91. Fue contratada por "S.A.D.F., S.C.L." en desde el 01.07.91 al 30.08.91. Percibió desempleo –extinción de contrato– en 01.09.91 al 30.08.91. Fue nuevamente contratada por la Cooperativa del 01.12.91 al 11.3.04, en que se extinguió su vínculo laboral con esa entidad y pasó a situación de desempleo, por resolución administrativa dictada en Expediente de Regulación de Empleo extintivo (folio 210).

- Doña M.A.R.L. suscribió contrato con "C.D.M.F." entre el 16.02.90 al 30.06.91. Desde el 01.07.91 se benefició de prestaciones por desempleo, por extinción del contrato. Suscribió nuevo contrato con "S.A.D.F., S.C.L." desde el 01.11.91 hasta el 11.03.04, fecha en que se extinguió su vínculo laboral con la misma y fue declarada en situación legal de desempleo (folio 219)

- Doña M.S.T. suscribió contrato con "C.D.M.F." entre el 05.06.89 y el 15.09.90. Disfrutó prestaciones por desempleo –extinción– a partir de 16.09.90 y permaneció contratada

por "S.A.D.F., S.C.L." desde el 01.10.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con ésta, y pasó a situación legal de desempleo (folio 228).

- Doña C.C.S. suscribió diversos contratos temporales de trabajo con "C.D.M.F." entre el 05.08.87 y el 31.12.87, 05.01.88 y 04.07.88, 11.07.88 y 10.01.89, 11.01.89 y 10.02.89, 16.02.89 y 30.06.89. Percibió prestaciones por desempleo –extinción de contrato– entre 01.07.89 y el 17.07.89. Suscribió contrato con la mencionada Cooperativa desde el 22.09.89 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral y pasó a situación de desempleo (folio 241)

- Doña V.C.S. suscribió contrato laboral con "C.D.M.F." entre el 16.11.89 y el 15.12.90 mediante contrato de duración temporal. Permaneció en el desempleo entre el 16.12.90 hasta el 15.06.91. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 07.10.91 hasta el 11.3.04, en que se extinguió el vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación de desempleo (folio 253).

- Doña N.N.M. suscribió contrato temporal con "C.D.M.F." entre el 02.01.91 y el 30.06.91. Suscribió contrato con "S.A.D.F., S.C.L." entre el 01.07.91 hasta el 30.08.91 y desde el 01.12.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió el vínculo laboral que la unía con la Cooperativa y fue declarada en situación de desempleo (folio 266).

- Doña V.V.A. suscribió contratos con "C.D.M.F." entre el 14.09.87 y 31.12.87, 09.01.88 y 08.07.88, 11.07.88 y 10.01.89, 11.01.89 y 10.02.89, 16.02.89 y 30.06.89, 07.07.89 y 06.09.89, 07.09.89 y 15.03.90, 16.03.90 y 15.09.90. Permaneció en el desempleo entre el 16.09.90 y el 01.10.90. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 02.01.91 hasta el 11.03.04, fecha en que se extinguió su vínculo con la Cooperativa y fue declarada en situación de desempleo (folio 272).

- Doña M.M.V.C. formalizó contrato con "S.A.D.F., S.C.L." entre el 16.07.90 y el 31.08.90 y con "C.D.M.F." entre el 17.09.90 y el 30.06.91. Nuevamente contratada por "S.A.D.F., S.C.L." entre el 01.07.91 y el 30.08.91. Pasó a desempleo –extinción de contrato– entre 01.09.91 y 08.09.91. Fue contratada por la Cooperativa en 01.12.91 y prestó servicios hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con aquélla y fue declarada en situación legal de desempleo (folio 285).

- Doña D.F.P. firmó contrato de trabajo temporal con "C.D.M.F." entre el 10.12.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo entre el 01.07.91 y el 30.09.91. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 07.10.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con la Cooperativa y fue declarada en situación legal de desempleo (folio 295).

- Doña A.M.P. contrató temporalmente su prestación laboral con "C.D.M.F." entre el 16.02.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo entre el 01.07.91 y el 10.07.91. Estuvo contratada por la señalada Cooperativa desde el 01.11.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación legal de desempleo (folio 304).

- Doña D.F.L. firmó diferentes contratos de trabajo temporales con "C.D.M.F." entre el 14.08.87 y 31.12.87, del 01.05.88 04.07.88, 11.07.88 a 10.01.89, 11.01.89 a 10.02.89, 16.02.89 y el 30.06.89. Permaneció en el desempleo entre el 01.07.89 y el 17.07.89, por extinción de contrato de trabajo. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 22.09.89 hasta el 11.03.04, en que se extinguió su vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación de desempleo (folio 316).

- Doña M.G.L. prestó servicios para la Cooperativa entre 16.07.90 y el 15.09.90, para "C.D.M.F." entre el 17.09.90 y el 30.06.91. Nuevamente para la Cooperativa del 01.07.91 al 30.08.91. Permaneció en el desempleo entre el 01.09.91 y el 08.09.91, por extinción del contrato. Y otra vez para la Cooperativa desde el 01.12.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió definitivamente su vínculo laboral con la Cooperativa y pasó a situación legal de desempleo (folio 333).

- Doña M.N.R.L. firmó contrato de trabajo con "C.D.M.F." entre el 16.11.89 y el 31.12.89, entre el 01.02.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo, por extinción del contrato de trabajo, entre el 01.07.91 y el 09.07.91. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 01.11.91 hasta la extinción del contrato en 11.03.04 (folio 342)

- Doña F.P.V. suscribió contrato de trabajo con "C.D.M.F." entre el 18.12.90 y el 30.06.91. Permaneció en el desempleo por extinción entre el 01.07.91 y el 30.09.91. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 07.10.91 hasta el 11.03.04, en que extinguió su vínculo con la Cooperativa y pasó a situación legal de desempleo (folio 361).

- Doña M.I.C.F. firmó un contrato de trabajo temporal con "C.D.M.F." entre el 17.09.90 y el 30.06.91. Estuvo contratada por la mencionada Cooperativa desde el 01.10.91 hasta el 11.03.04, fecha en que se extinguió el vínculo laboral que la unía a la Cooperativa y fue declarada en situación de desempleo (folio 371).

- Doña E.C.L. suscribió contratos temporales con "C.D.M.F." entre el 02.06.89 y el 30.06.89, de 07.07.89 a 15.03.90 y de 16.03.90 a 15.09.90. Permaneció en el desempleo entre el 16.09.90 y el 15.03.91, entre el 16.04.91 y el 15.04.93, por extinción del contrato de trabajo. Estuvo contratada por la Cooperativa desde el 01.12.91 hasta el 11.03.04, en que se extinguió el vínculo laboral que tenía con la misma y fue declarada en situación legal de desempleo» (folio 382).

2.- Y aceptamos las precedentes rectificaciones, no solamente porque las mismas están acreditadas –como dijimos– por la documental que al efecto se invoca, sino porque las mismas tendrían decisiva trascendencia de confirmarse la pretensión actora e imputarse la cualidad empresarial a la demandada, pues aunque en los supuestos de sucesión ininterrumpida de contratos temporales, la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización se remonta a la fecha de la primera contratación (SSTS 13.10.98 Ar. 7.429; 30.03.99 Ar. 4.414; 15.02.00 Ar. 2.040; 15.11.00 Ar. 10.291), tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión de varios sin una solución de continuidad significativa (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1.572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010; 16.04.99 Ar. 4.424; 29.09.99 Ar. 7.540; 15.02.00 Ar. 2.040), se viene exigiendo que la interrupción sea inferior al tiempo de caducidad, con independencia de que medie o no finiquito (SSTS 15.11.00 Ar. 10.291; 18.09.01 Ar. 8.446; 29.09.99 Ar. 7.540; 30.03.99 Ar. 4.414; 16.03.99 Ar. 2.995; 13.10.98 Ar. 7.429; 17.01.96 Ar. 4.122; 10.04.95 Ar. 3.034), lo que en el caso de autos llevaría a tener una antigüedad diversa a la pretendida y la aceptada por la decisión objeto de recurso.

TERCERO.- 1.- Aceptamos en su integridad la sustitución que se interesa para el inciso segundo del mismo ordinal primero («Todas las demandantes han prestado inicialmente [...] el mismo trabajo que venían realizando »), por cuanto que si bien la documental obrante en autos –folio 90– pudiera mostrar exclusivamente el objeto social de la Cooperativa y ello no necesariamente excluiría la realidad de la conclusión obtenida por la Magistrada sobre la iniciativa para la constitución de la citada Cooperativa, lo cierto es que la única prueba practicada sobre tal extremo fueron las manifestaciones de doña P.S.V. y del Sr. Varela, y en tanto que el Director de "C.D.M.F." manifiesta que «no le consta que "C.D.M.F." instase la formación de la Cooperativa», la trabajadora y demandante expresa rotundamente que la Cooperativa «se hizo con la finalidad de trabajar en varios organismos».

Ciertamente que es común doctrina de Suplicación la de que a los efectos revisorios en este trámite extraordinario de Suplicación no es admisible argumento el amparo negativo de prueba o insuficiencia de los instrumentos probatorios (SSTS de 15.01.90 Ar. 125, 31.05.90 Ar. 4.524, 28.11.90 Ar. 8.614, 26.09.95 Ar. 6.894 y 26.03.96 Ar. 2.495; SSTSJ Galicia –entre tantas otras– de 05.03.01 R. 277/01, 21.02.02 R. 2.963/01, 27.09.02 R. 3.893/99, 16.05.03 R. 1.588/03, 04.07.03 R. 3.930/00, 23.10.03 R. 4.801/03 y 08.03.04 R. 4.356/01). Pero tal doctrina general ha de ser matizada en ocasiones –SSTSJ Galicia 16.07.04 R. 2.802/04, 20.01.04 R. 4.595/03 y 23.10.03 R. 4.801/03, últimamente–, desde el momento en que la valoración de la prueba ha de llevarse a cabo conforme a las reglas de la sana crítica (STC 272/1994, de 17 de octubre) y ello implica que el Juzgador de instancia ha de realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, lo que excluye deducciones arbitrarias, irracionales o absurdas (en este sentido, la STC 175/1985, de 15 de febrero), habiéndose afirmado –STS 31.05.90 Ar. 4.524– que la facultad de libre apreciación de la prueba otorgada al Juez de instancia no puede convertirse en instrumento que permita llegar a conclusiones fácticas inadmisibles o contrarias a la lógica jurídica, y que su libre apreciación sea además razonada para que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano judicial (STC 24/1990, de 15 de febrero). Y en todo caso, esa actuación de acuerdo a las reglas de la sana crítica presupone una mínima actividad probatoria que sirva de fundamento a las conclusiones de hecho (SSTC 37/1985, de 8 de marzo, TS 21.03.90 Ar. 2.204; y SSTSJ Galicia –entre otras– de 20.01.04 R. 4.595/03, 02.10.03 R. 4.454/03, 04.07.03 R. 3.930/00, 21.02.02 R. 3.654/98, 26.06.01 R. 2.451/01, 13.10.00 R. 2.500/97, 13.07.00 R. 3.217/00, 30.06.00 R. 2.962/00, 15.04.00 R.

1.248/00 y 21.01.00 R. 5.385/99; aparte de las ya citadas de 16.07.04 R. 2.802/04, 20.01.04 R. 4.595/03 y 23.10.03 R. 4.801/03), hasta el punto de que la ausencia de tal prueba mínima permite la excepcional revisión de las conclusiones fácticas, pues de limitarse la posibilidad revisoria a la usual exigencia de que medien documentos o pericias evidenciadores del error, se produciría –para la parte que pretendiese recurrir– una manifiesta indefensión, que proscribe el art. 24 CE y para cuya corrección la Sala ha de tener las más amplias facultades, llegando –incluso– a la actuación de oficio.

Y la doctrina nos lleva a la revisión propuesta, porque no solamente no hay prueba que avale la conclusión judicial, sino que la única practicada al efecto lleva a entender lo contrario.

De esta forma, las redacción definitiva del indicado inciso segundo es la que de que «La entidad "S.A.D.F., S.C.L.", es una Cooperativa fundada el 17.06.89 por trabajadoras de "C.D.M.F.", con el objeto social "servicio domiciliario a personas de la tercera edad, minusválidos, infancia y cualquier otra situación de emergencia social, servicios de limpieza en centros públicos y privados, y servicio doméstico en general"».

2.- Por acreditarlo la correspondiente copia del expediente tramitado (folios 77 a 83), acogemos igualmente la adición referida a que «En fecha 27.02.04 tuvo entrada en la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia solicitud de Expediente de Regulación de Empleo presentado por la empresa "S.A.D.F., S.C.L.", que se tramitó con el número 17/04, y cuya resolución, de fecha 11 de marzo de 2004, que estimó la petición de las veinte socias trabajadoras de dicha Cooperativa (entre las que figuran las demandantes), las declaró en situación legal de desempleo».

3.- Muy contrariamente se rechaza incorporar al relato de hechos el dato relativo a que «Las actoras presentaron ante el SMAC el día 23.01.04 papeleta de conciliación en reclamación de que se le reconociese que son personal laboral fijo de la empresa demandada, que fue intentada sin efecto», por cuanto que el extremo es irrelevante a los efectos de la presente reclamación por despido y porque –ello es definitivo– no se cita documento alguno de amparo.

CUARTO.- 1.- Con la misma cobertura procesal del art. 191.b) LPL, el recurso solicita la supresión del inciso primero del ordinal segundo («La empresa demandada, desde el día 23.01.04, dejó de dar ocupación efectiva a las demandantes»), del inciso segundo del tercero de los HDP («Las demandantes, una vez constituida la Cooperativa, siguieron desempeñando las mismas funciones que con anterioridad en el servicio de ayuda a domicilio, encargándose "C.D.M.F." de designar los domicilios a los que debían acudir, así como el horario en cada uno. Asimismo abonaba las facturas correspondientes a los servicios realizados por la Cooperativa, la cual requería su autorización para elevar la cuantía del salario de las trabajadoras») y de las afirmaciones que con valor fáctico se realizan en el segundo de los fundamentos de Derecho («Así, ha resultado probado que la empresa "C.D.M.F.", había contratado alas actoras para prestar servicios a domicilio a los ancianos designados por la Xunta de Galicia para lo que recibía una subvención anual. Posteriormente, indicó a alguna de las trabajadoras que debían constituir una cooperativa a la que se comprometía a contratar para seguir prestando el referido servicio ya la que se incorporaron todas las trabajadoras inicialmente contratadas por "C.D.M.F.", las cuales siguieron desempeñando las mismas funciones en los domicilios y horarios designados por la trabajadora social de "C.D.M.F.", que continuó organizando el trabajo y que decidía el sueldo de las trabajadoras porque cualquier modificación de este exigía su aprobación, servicio que la cooperativa desempeñaba en exclusiva (excepto un corto período de tiempo entre los años 1994 y 1995 en que también prestó sus servicios para el Ayuntamiento de Ferrol»)

2.- La Sala observa que la frase contenida en el segundo de los HDP predetermina el fallo y adelanta en forma indebida la conclusión de la Magistrada sobre el punto esencial de la litis, la cualidad empresarial de la demandada, y que precisamente por ello no puede expresarse en la parte histórica de la sentencia, sino que en su caso habría de ser ubicada y razonada en la fundamentación jurídica (así, SSTS 19.06.89 Ar. 4.811 y 07.06.94 Ar. 5.409; y SSTSJ Galicia –entre las recientes– de 11.02.04 R. 3.498/01, 15.04.04 R. 931/04, 16.04.04 R. 487/04, 23.04.04 R. 5.250/03, 18.05.04 R. 1.480/04, 20.05.04 R. 5.579/03, 31.05.04 R. 1.861/04, 16.09.04 R. 2.993/04, 24.09.04 R. 3.346/04 y 18.10.04 R. 1.372/02). En razón a ello, entendemos que la redacción correcta y definitiva es la de que «La empresa demandada, desde el día 23.01.04, dejó de indicar actividad alguna a la Cooperativa y a las demandantes».

3.- Y respecto de los otros supuestos, la recurrente se basa –para justificar su pretensión revisoria– en negar la existencia de prueba alguna que justifique las afirmaciones de la sentencia. Respecto del inciso segundo del tercero de los HDP, la Sala ha de hacer consideraciones similares a las precedentes sobre la exigencia de mínima prueba para llegar a determinadas conclusiones de hecho, puesto que la única testigo que sobre tales extremos depuso – doña P.S.V.– manifiesta que «también trabajaron para el Ayuntamiento» y que «el salario lo decidían ellas mismas con una asesoría privada», si bien lo comunicaban a "C.D.M.F." al objeto de «dijese si lo estimaba o si bien no podía pagar tanto»; y la propia sentencia recurrida –ordinal tercero y fundamento segundo– declara esa actividad por cuenta del Ayuntamiento en los años 1994 y 1995. Por ello, la redacción definitiva que tiene amparo probatorio es el que sigue: «Las demandantes, una vez constituida la Cooperativa, siguieron desempeñando las mismas funciones que con anterioridad en el servicio de ayuda a domicilio, si bien durante los años 1994 y 1995 lo hicieron por encargo del Ayuntamiento de Ferrol, encargándose la Asistente Social de "C.D.M.F." de distribuir el trabajo. Asimismo abonaba las facturas correspondientes a los servicios realizados por la Cooperativa, la cual acordaba la cuantía del salario de las trabajadoras con una asesoría privada, si bien le preguntaban a "C.D.M.F." si podía hacer frente a tales cantidades»). Y en tal sentido, incluso han de entenderse corregidas las afirmaciones fácticas que en la fundamentación jurídica se hace y que la recurrente propone suprimir.

QUINTO.- En el apartado de examen del Derecho, el recurso –por el cauce del art. 191.c) LPL– denuncia: (1º) falta de legitimación pasiva e incompetencia de jurisdicción; (2º) infracción del art. 1.1 ET y doctrina jurisprudencial interpretativa; y (3º) vulneración de los arts. 55 y 56 ET

SEXTO.- 1.- No podemos aceptar el planteamiento sobre la competencia de este orden jurisdiccional social, por cuanto que: (a) se trata de cuestión que ni tan siquiera insinuada en la fase de instancia y por lo mismo es implanteable por la parte en esta fase de recurso, habida cuenta de que la Suplicación tiene carácter extraordinario y consecuencia de ello es –entre otras– que la temática a dilucidar en el mismo se encuentre limitada al enjuiciamiento de materias jurídicas y fácticas planteadas en instancia (a título de ejemplo, las SSTS 11.07.89 Ar. 5.453, 22.12.89 Ar. 9.261, 8.04.91 Ar. 3.256, 29.01.93 Ar. 384, 23.09.97 Ar. 6.579 y 14.05.98 Ar. 4.651; y las SSTSJ Galicia –entre las recientes– 14.03.03 R. 423/03, 27.03.03 R. 800/00, 06.06.03 R. 4.832/00, 19.06.03 R. 2.559/03, 12.09.03 R. 5.029/00, 25.09.03 R. 4.862/03, 04.10.03 R. 1.893/01, 24.10.03 R. 4.352/03, 26.04.04 R. 5.134/01, 30.06.04 R. 425/02 y 30.06.04 R. 2.386/04); (b) la Sala no encuentra razón alguna para plantearse la cuestión de oficio –por tratarse materia de orden público– dado que lo debatido no es si el vínculo de las accionantes con la recurrente era de naturaleza laboral o civil, sino en la propia existencia de esa relación, o lo que es igual, la excepción a alegar sería –es– en todo caso la falta de legitimación pasiva de "C.D.M.F."

2.- En igual forma rechazamos el examen –como excepción– de la falta de legitimación pasiva, pues la cualidad de empleadora que a través de la excepción se alega viene a ser precisamente la cuestión de fondo que se suscita y –por ello– ha de ser examinada al tratar de las infracciones sustantivas denunciadas –más concretamente, la relativa al art. 1 ET.

SÉPTIMO.- 1.- El elemento esencial que caracteriza el fenómeno interpositorio es la intromisión de un titular ficticio entre los titulares reales de la relación, con la consiguiente usurpación por parte del primero de la posición jurídica correspondiente a uno de los segundos. En concreto, el contrato de trabajo se configura en la interposición con un empresario aparente, que contrata formalmente con los trabajadores, pero éstos prestan sus servicios a otra persona que es el empresario real, la cual no aparece como sujeto de las respectivas relaciones jurídicas.

Las funciones que la interposición persigue en el contrato de trabajo pueden ser también múltiples, desde la elusión de las responsabilidades empresariales por parte del que utiliza los servicios de los trabajadores sin figurar como empleador, hasta la evitación de que la plantilla de este último llegue a un determinado número de trabajadores, pasando por la aplicación a los trabajadores afectados de normas sectoriales diferentes, probablemente menos gravosas para el empresario que se beneficia de la aportación laboral.

Pero en todo caso con la interposición indubitadamente se pretende que las obligaciones y derechos correspondientes al sujeto empleador queden atribuidos a un titular ficti-

cio, que no es el que recibe y utiliza los servicios de los trabajadores, con elusión por tanto del que efectivamente sí lo hace. Se da con ello en esta operación un elemento de ocultación que aproxima la figura a la simulación negocial: es claro que en la interposición se simula un sujeto que no es el verdadero, aunque la coincidencia se detiene aquí, puesto que en la simulación negocial el elemento engañoso afecta a la entera estructura del negocio a través de la ficción de su causa, mientras que en la interposición sólo es afectado el elemento subjetivo, permaneciendo sin alteración la naturaleza del contrato. En esta situación calificada por la doctrina como triangular o tripolar, próxima a las que en los negocios patrimoniales civiles se han identificado como realizados por persona interpuesta, se puede advertir un segundo elemento esencial, constituido por el negocio concluido entre el titular ficticio y el titular real que se pretende ocultar. Este otro negocio, que puede adoptar varias modalidades, posee en todo caso el rasgo común de proveer de una apariencia jurídica lícita el hecho de la intromisión personal en el contrato de trabajo.

A lo que añadir la exigencia de que la operación de interposición conlleve un propósito especulativo en sentido propio y directo, que normalmente ha venido requiriendo la jurisprudencia, siquiera en algún concreto supuesto antigua doctrina haya prescindido de tal elemento adicional (así, ya las SSTCT de 21.05.85 Ar. 3.300 y 01.09.86 Ar. 7.215).

2.- En palabras de la STS 17.01.02 Ar. 3.755, lo que contempla el art. 43 ET es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo –cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real– o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

3.- En la más reciente jurisprudencia se indica –así, STS 16.06.03 Ar. 7.092, reproduciendo la de 14.09.01 Ar. 2002\582– que en la dificultosa tarea de diferenciar la lícita contrata y la ilegal cesión de trabajadores, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (STS 07.03.88 Ar. 1.863), el ejercicio de los poderes empresariales (SSTS 12.09.88 Ar. 6.877, 16.02.89 Ar. 874, 17.01.91 Ar. 58 y 19.01.94 Ar. 352) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, ...). A este último criterio se refiere también la STS 17.01.91 que aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y en sentido similar se pronuncia la Sentencia de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993\7.586), que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal».

Pero esto no significa –siguen las SSTS 16.06.03 Ar. 7.092, reproduciendo la de 14.09.01 Ar. 2002\582– que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la STS 16.02.89 Ar. 874 estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una tra-

baja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta»; y la STS 19.01.94 Ar. 352 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la STS 12.12.97 Ar. 9.315. La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

4.- La referida STS 16.06.03 Ar. 7.092 cita el precedente que significa la STS 17.12.01 Ar. 2002\3.026, que negó la existencia de cesión de trabajadores en un supuesto en el que los socios trabajadores de una cooperativa prestaban servicios para una empresa alimentaria en los propios locales de ésta, utilizando sus instalaciones y con intervención en el desarrollo de la actividad de los mandos de la principal. Pero, aparte de que la contratista tenía arrendado el local o zona que utilizaba en la principal, es importante subrayar que la sentencia citada considera que con «esos elementos de hecho, podría darse una situación de prestamismo prohibido si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio»; conclusión que excluye porque «tal proceder no puede presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios».

OCTAVO.-1.- Resumiendo las conclusiones de hecho efectuadas por la sentencia recurrida y que han permanecido inmodificadas, resulta que: (a) las trabajadoras accionantes habían venido prestando servicios para "C.D.M.F.", en funciones de ayuda domiciliaria a personas necesitadas; (b) tales cometidos eran económicamente atendidos por las subvenciones oficiales que la demandada percibía; (c) las reclamantes –entre otras– constituyeron la Cooperativa "S.A.D.F., S.C.L." para realizar los mismos cometidos y otros por cuenta de Organismos oficiales, así como servicios de limpieza de en centros públicos y privados; (d) la recurrente –a través de una Asistente Social– organizaba la actividad de las componentes de la Cooperativa; (e) los salarios eran satisfechos a cuenta de las subvenciones percibidas y mediante el mecanismo de facturas emitidas por la Cooperativa en razón a las «prestaciones de servicios realizados para "C.D.M.F."»; (f) el importe de los salarios era decidido por la Cooperativa, si bien se interesaba de "C.D.M.F." las disponibilidades económicas al efecto; (g) en determinados periodos, las integrantes de la Cooperativa prestaron servicios para entidades ajenas a "C.D.M.F."; y (g) por haberse reducido drásticamente las subvenciones, en 23.01.04, "C.D.M.F." dejó de «encargar servicios» a la Cooperativa.

2.- Con todo lo indicado –desde los planos jurisprudencial y fáctico– se nos impone la estimación de las infracciones denunciadas, por presentarse la Cooperativa "S.A.D.F., S.C.L." no como simple creación instrumental e interpositoria al servicio de la actividad propia de "C.D.M.F.", sino como una empresa constituida no sólo para desarrollar la actividad que hasta entonces sus integrantes llevaban a cabo por cuenta de "C.D.M.F.", sino la de realizar cometidos similares en razón a encargos de los Organismos públicos e incluso para llevar a cabo actividades de limpieza, completamente ajenas a sus iniciales servicios para la demandada, tal como efectivamente tuvo lugar en los años 1994 y 1995. Otra cosa es que las intenciones de las demandantes al constituir la Cooperativa no hubiesen tenido el éxito pretendido y que en la práctica continuasen atendiendo casi exclusivamente los encargos de "C.D.M.F."

Sustantividad empresarial ésta que justifica la Cooperativa hubiese solicitado en 07.02.04 y obtenido –resolución de 11.03.04– la extinción de los contratos de trabajo en expediente de regulación de empleo. A la par que aquella cualidad no se diluye por el hecho de que el trabajo fuese organizado por una Asistente Social de la demandada, siendo así que es la que encarga el servicio y está cualificada para ello; y ni siquiera por la circunstancia de que después de acordada la subida salarial, la Cooperativa se pudiese en contacto con "C.D.M.F.", pues es obvio que dependiendo su actividad de los encargos de la demandada y viniendo determinados estos a su vez por las subvenciones existentes, es claro que a la postre la posible subida salarial veía condicionada por la existencia de esas ayudas oficiales, de forma que se nos presenta del todo razonable que se consultase con la demandada la existencia de tales fondos económicos antes de proceder al incremento retributivo.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que estimando el recurso formulado por la representación de "C.D.M.F.", acogemos la falta de legitimación pasiva que ha sido alegada y revocamos la sentencia que en fecha 29.04.04 fue dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ferrol, rechazando las demandas que por despido han sido presentadas por doña P.S.V., doña M.A.R.L., doña M.S.T., doña C.C.S., doña V.C.S., doña N.N.M., doña V.V.A., doña M.M.V.C., doña D.F.P., doña A.M.P., doña D.F.L., doña M.G.L., doña M.N.R.L., doña F.P.V., doña M.I.C.F. y doña E.C.L.

4007 Recurso nº 4.950/04

S.S. INCOMPETENCIA DE XURISDICIÓN. CONTRATO DE AXENCIA E NON REPRESENTANTE DE COMERCIO. NON CONCORRE DEPENDENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a veintitrés de noviembre de dos mil cuatro

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 4.950/04, interpuesto por el letrado don J.R.G.L., en nombre y representación de don F.I.R., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 305/04 se presentó demanda por don F.I.R., sobre Rescisión (Incompetencia), frente a "V.A.G., S.L." En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha nueve de julio del presente año por el Juzgado de referencia, que, estimando excepción de falta de competencia del Orden Jurisdiccional Social, no entró a conocer sobre el fondo de la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor, don F.I.R., tuvo relación comercial con la entidad "V.A.G., S.L.", consistente en la compra de vehículos fuera de uso para el posterior reciclado y gestión de residuos por parte de la entidad demandada, abonando ésta al actor unas cantidades por gastos varios, que se deducen del bloque 4 de la prueba documental de la empresa y cuyos documentos se tienen aquí por íntegramente reproducidos. SEGUNDO.- La entidad "V.A.G., S.L." se constituyó por escritura pública de 11.10.02, transformada en sociedad limitada en escritura de 04.12.03 y cuyo objeto social es el siguiente: "a) La recuperación, reciclado, valorización, tratamiento productivo y gestión de todo tipo de residuos, particularmente la recuperación y reciclado de vehículos fuera de uso y su valoración mediante la transformación de sus subproductos o residuos industriales. b) Y a tales efectos, la realización de cuantas actividades industriales, tecnológicas y comerciales y de prestación de servicios vinculadas a ellas resulten precisos. c) Las actividades que integran el objeto social podrán ser realizadas por la Sociedad, ya directamente, ya indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto idéntico o análogo o mediante cualesquiera otras formas admitidas en derecho". TERCERO.- El actor alega en demanda que prestó servicios laborales desde el 02.01.03 al 04.03.04, fecha en que el actor se vio obligado a rescindir la relación laboral al no percibir retribución alguna durante el período de prestación de servicios. CUARTO.- Se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C. el día 23.03.04, con el resultado de "sin avenencia"".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando la falta de competencia del orden social de la jurisdicción, debo abstenerme y me abstengo de reconocer la demanda interpuesta por el actor don F.I.R. contra la entidad "V.A.G., S.L.", siendo competente, en su caso, la jurisdicción civil. 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, tras estimar la falta de competencia del orden social de la jurisdicción se abstiene de conocer del fondo de la demanda interpuesta por la parte actora, y previene a las partes que, en su caso, deberán hacer uso de su derecho ante la jurisdicción civil. Decisión esta contra la que recurre la parte actora articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que entiende (sic) que se ha incumplido lo estipulado por normas sustantivas y por la jurisprudencia, discrepando de la calificación por el juzgado de lo social de la existencia de relación mercantil, por cuanto –a su juicio- por la empresa se ha reconocido la existencia de la relación. Así, en la confesión de la representante legal de la mercantil demandada dice expresamente: "que conoce al actor desde principios de marzo. Que se le ofreció al actor regularizar su situación". Con estas palabras esta parte entiende que la empresa conocía que la situación era anómala por lo que debía ser regularizada, a lo que el actor se negó puesto que las condiciones ofertadas no eran las inicialmente estipuladas y puesto que no se fiaba de la palabra de la empresa que hasta ese momento había incumplido con sus compromisos. Asimismo, en el acto de la vista la empresa reconoció que en el mes de marzo del 2004 fue llamado el actor por el área de recursos humanos de la empresa para liquidar las condiciones derivadas de la compra de vehículos y ofrecerle la incorporación al departamento de compras si le interesaba.

La inexistencia por escrito de un contrato mercantil entre las partes debe ser considerada como un indicio de la aplicación de la presunción del art. 8 del E.T., a pesar de que estemos hablando de la posibilidad de una *relación laboral de carácter especial*, puesto que los justificantes de visita que fueron aportados como prueba documental acreditan dependencia pues los mismos son firmados por las empresas visitadas para que el actor pudiese justificar el tiempo empleado en el trabajo desempeñado, lo que viene siendo requerido por la jurisprudencia como elemento indiciario de la existencia de relación laboral.

Asimismo, la existencia en poder del actor de documentación relativa a la actividad de la empresa, resultado de gestiones efectuadas por el mismo, evidencia igualmente que al margen de la compra de vehículos efectuaba una serie de gestiones a cuenta de la empresa que nada tiene que ver con la compra de vehículos ni con un contrato mercantil o contrato de agencia, así como demuestran que la relación con la dirección de la empresa era evidente, incompatible con la relación existente en un contrato de agencia o comisión, en que dicha documentación forma parte del secreto interno de las empresas y al que ningún agente comercial tiene acceso a la documentación privada de la empresa, actuando al margen de ella.

Con respecto a que de la prueba practicada no se puede extraer ninguna conclusión a favor de la consideración del carácter laboral de la relación, hemos de discrepar por cuanto, en contra de lo que opina la sentencia respecto a que el actor actuó con plena independencia funcional, rigiendo por sus propios criterios su actividad y el tiempo dedicado a la misma, pues tampoco consta sometimiento a horario ni a cualquier otra orden, hemos de decir que conforme a jurisprudencia consolidada entre otras Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29.05.00 y T.S.J. de Navarra de 06.02.01, esta relación especial ofrece las características siguientes: se desarrolla fuera de un centro de trabajo, con un ámbito de independencia importante y sin sujeción a jornada u horario de trabajo concreto.

Respecto a la excepción inexistencia de acción planteada por la entidad demandada, pues es trabajador rescindió su relación laboral, y aunque esta excepción no ha sido comentada por la Sentencia de Instancia, quisiéramos decir, que el trabajador se vió obligado a dejar la empresa debido al impago de los salarios que se habían comprometido, siendo ello causa extraordinaria reconocida por la Jurisprudencia como onerosa carga, sea física, psíquica o económica que justifica la suspensión o interrupción por el trabajador de la relación laboral. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de julio de 1997)

SEGUNDO.- El planteamiento del recurso y la apreciación de la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, que la sentencia recurrida acoge, impone a la Sala la necesidad de examinar de nuevo tal cuestión, por ser materia que afecta al orden público procesal, apreciable incluso de oficio, resolviendo el recurso sin sujetarse a los concretos motivos de suplicación y a los específicos límites de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada (aun

cuando se acepte en su totalidad), con pleno conocimiento (limitado a dicho fin) de las pruebas practicadas, y decidiendo con total independencia del poder dispositivo de las partes (SSTS 23.01.90, Ar. 197; 01.03.90, Ar. 1.743; 06.04.90, Ar. 3.117; 09.04.90 Ar. 3.430).

En tal sentido, del examen de todas las actuaciones se desprende que el recurso no puede tener favorable acogida por las siguientes consideraciones:

1.- Consta acreditado que el actor, don F.I.R., tuvo relación comercial con la entidad demandada "V.A.G., S.L." consistente en la compra de vehículos fuera de uso para el posterior reciclado y gestión de residuos por parte de la entidad demandada, abonando ésta al actor diversas cantidades en concepto de "gastos varios" y "anticipos de gastos de viaje", no constando que el demandante recibiese algún tipo de órdenes o instrucciones de la representación de la demandada.

2.- La Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre Contrato de Agencia, ha modificado substancialmente los criterios delimitadores de la naturaleza laboral o mercantil de los agentes comerciales, comisionistas o representantes de comercio. A este respecto las Sentencias de la Sala 4ª del TS de 2 julio de 1996 (Recurso nº 454/96), 21 de octubre de 1996 (Recurso nº 4.053/95) y 17 de octubre de 2000 (Ar. 3.964) han declarado: "La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el art. 2.1.f) ET, desarrollada por el RD 1.438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por la Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 diciembre de 1986, determina en términos imperativos esta última Ley, por la que por vía refleja se deja precisado el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el art. 1.3.f) ET y el de la relación laboral especial prevista por el art. 2.1.f) ET. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, *radica esencialmente en la dependencia,* la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir actos u operaciones de comercio, *despliega dicha actividad en términos de independencia,* circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare."

3.- Y en el presente caso, de las pruebas obrantes en autos se desprende que el actor se limitó a actuar como mediador en la compra de vehículos fuera de uso por parte de la entidad demandada, organizando esa actividad de mediación con plena independencia y autonomía, y sin que conste la existencia control o instrucciones por parte de la demandada, lo que pone de manifiesto que la relación se desenvolvió, según resulta de la documental obrante en autos y de la testifical, realizando el horario que creía conveniente y organizando su trabajo de forma autónoma.

Siendo ello así, deviene evidente que la relación traída al proceso tiene carácter mercantil, y no resulta tampoco incardinable en la laboral especial regulada en el RD 1.438/85, dado que, la parte recurrente, al desarrollar la actividad de mediación o agencia, actuó con plena independencia funcional, rigiendo por sus propios criterios la organización y el tiempo dedicado a la misma. Por ello, tal relación no sólo fue concertada con exclusión de dependencia, sino que en su desenvolvimiento real se produjo con ausencia de tal nota, lo cual lleva a la conclusión indicada y fuerza a entender que la misma revistió naturaleza mercantil, por lo que de conformidad también con el dictamen del Ministerio Fiscal, emitido en este trámite de recurso, el Orden Jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones surgidas no es el Social, sino el Civil, ya que así resulta de lo establecido por el art. 9.5 LOPJ y de los arts. 1 y 2 LPL, sin que ninguna trascendencia tenga la alegación de recurso relativa a la aplicación del art. 8 del ET, pues el citado precepto no contiene propiamente una presunción «iuris tantum» de laboralidad (al modo de la que contenía el art. 3 LCT), sino más bien una definición de la relación laboral, de modo que para que actúe la indicada «presunción» es preciso que la actividad se preste «dentro de ese ámbito de organización y dirección de otro» y que el servicio se haga «a cambio de una retribución» (SSTS 23.01.90, Ar 196); 23.01.90, Ar. 197; 05.03.90, Ar. 1.756; 23.04.90, Ar. 3.480; y 21.09.90, Ar. 7.926), o lo que es igual, la operatividad de la presunción

impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla (SSTS 23.10.89, Ar. 7.310 y 25.03.91, Ar. 1.894), que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1 ET (SSTS 07.06.89, Ar. 4.546; .06.06.90 Ar. 5.027; 30.11.90, Ar. 6.818). Faltando, por tanto, esas notas características, procede desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado, sin necesidad de entrar en el examen de la excepción de fondo relativa a la falta de acción fundada en el planteamiento por la parte actora de una acción de resolución de un supuesto contrato de trabajo cuando el propio demandante reconoce que previamente lo había extinguido. Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don F.I.R., contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2004 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del recurrente frente a la empresa "V.A.G., S.L.", debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

4008 **Recurso nº 3.868/04**

S.S. INDICIOS DE REPRESALIA PROBADOS POLO TRABALLADOR E XUSTIFICADORES DA DECLARACIÓN DE NULIDADE DO SEU DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a veinticinco de noviembre de dos mil cuatro

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. 3.868/2004 interpuesto por "T.L.U., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.V.P. en reclamación de despido siendo demandado "T.L.U., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 297/04 sentencia con fecha 10 de junio de 2004 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) Don J.V.P., con D.N.I. …, prestó servicios para la demandada desde el día 18 de octubre de 1986 con la categoría profesional de Conductor perceptor y un salario mensual en nómina de 1.325 €. Realiza los servicios escolares a los Colegios de P. y C.M. y servicios de viajeros, pasando siempre necesariamente por M. La jornada de mañana empieza sobre las 7,30 horas, realizando previamente a la hora de salida del servicio una serie de tareas auxiliares, como revisar el vehículo, comprobando sus elementos, situar el vehículo en dársena, recoger pasajeros y meter equipajes y vender billetes cinco minutos antes en los casos de línea de servicio. Los lunes para en la localidad citada a comer. El día 23 de febrero de 2004 paró en Pa. a comer en casa de su mujer, suponiendo este hecho un ahorro en el desplazamiento normal del vehículo de 9 km. para ir a cocheras, ubicadas en Pontevedra. Los accesos a los colegios mencionados no son fáciles, debiendo de hacer varias maniobras y estar aparcados con anterioridad para recoger a los alumnos, resultando que la hora de salida del Colegio C.M. es posterior a otros colegios vecinos, por lo que los vehículos que realizan los diferentes servicios de recogida se encuentran en los trayectos de ida y vuelta de la zona, lo que ocasiona aún mayor complejidad. El demandante se encuentra localizado mediante un teléfono por si debe de hacer algún servicio. La distancia entre cocheras y Pontevedra es de 3 km., de cocheras al Colegio P. de 2 km., de cocheras a M. de 5 km. y de M. al Instituto C.M. de 2 km.- 2º) El demandante elaboraba los partes y tras hacer fotocopias, los entregaba semanalmente a la empresa, confeccionando siempre el mismo tipo de partes en los que se diferenciaban los trayectos y la horas de salida y llegada, especificando los kilómetros, comunicando la empresa los servicios del mismo día, poniendo solamente el servicio correspondiente y la hora, sin referencia a los periodos intermedios ni especificación de ningún tipo. La empresa nunca ha impartido órdenes prohi-

biendo parar en M., no habiendo el demandante utilizado el vehículo para fines particulares, haciendo siempre lo mismo durante su estancia en la empresa, sin que por esta se le hubiese sancionado nunca. Otros trabajadores de la empresa han venido haciendo lo mismo. Ningún otro trabajador ha sido sancionado por hechos parecidos.- 3º).- Con fecha 26 de septiembre el demandante presentó demandada ante el Juzgado de lo Social de Pontevedra en reclamación de cantidades, habiéndose celebrado la conciliación ante el SMAC el día 19 del mismo mes, manifestando la empresa demandada que todo parece indicar que lo que el trabajador pretende es fabricar pruebas para poder alegar en su día la violación del derecho de indemnidad, toda vez que el trabajador hace dejación de sus funciones, siendo advertido en diferentes ocasiones. En su demanda, reclamaba cantidades por el periodo de enero a agosto de 2003, por los siguientes conceptos: 1.399,08 € por dietas de los meses de enero a agosto de 2003; plus de conductor perceptor en el periodo de 28 de enero a 14 de febrero en el que realizó transporte escolar, 60,76 € y la cantidad de 637,28 € por un total de 112 horas trabajadas en exceso en los meses de febrero, marzo, mayo, julio y agosto. A la relación laboral que una a las partes le es de aplicación lo dispuesto en el Convenio Colectivo del sector, Convenio propio de Empresa y la Orden Ministerial de 20 de marzo de 1981 así como el 1.561/95 sobre jornadas especiales. El artículo 11 del Convenio de empresa regula el Plus que corresponde al conductor perceptor y en su artículo 12 las dietas, que se le abonan cuando realiza servicio de ruta en línea.- 4º) Mediante carta de fecha 6 de febrero se le comunica la apertura de un expediente disciplinario, poniendo en su conocimiento una serie de hechos como falsear partes, desplazamiento de vehículo sin motivo, alteración de hora de finalización de jornada y de llegada al punto de destino y los tiempos de conducción intermedia y salir de Cocheras antes de la hora prevista, generando tiempo de presencia, hechos todos relativos a los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2003 y enero de 2004. El actor respondió mediante carta de fecha 12 de febrero de 2004, enviando el sindicado CIG carta a la empresa interesando el archivo del expediente. Mediante Burofax de fecha 9 de marzo de 2004 se comunica al trabajador la continuación del expediente incoado, ampliándose los hechos que motivaron la apertura inicial, haciendo sindicato y trabajador las alegaciones oportunas, solicitando este último que se indicaran las horas de libre disposición que le corresponden y que las órdenes de trabajo se den con la antelación suficiente por escrito y de forma indubitada, con especificación de los apartados de trabajo efectivo, horas de presencia, horas de descanso, horas de comida, abono de dietas, señalando que no se reclaman horas extras por circular con el vehículo, sino por hacer trabajos en días de descanso. Por Burofax de fecha 26 de marzo de 2004 la empresa comunica al trabajador el despido en la fecha de 31 de marzo de 2004 recogiendo las siguientes faltas; cambios de ruta, movimientos de vehículo y las paradas no previstas en la hoja de servicios; falsear los partes de trabajo, alteraciones de los partes y los movimientos de vehículo en horario distinto al previsto por el servicio. Los hechos recogidos se refieren a los meses de octubre a diciembre de 2002 y de enero hasta el 23 de febrero de 2004. Todas las cartas y documentos mencionados se dan por reproducidos al estar incorporados a las actuaciones. A partir de la fecha del juicio ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, día 17 de febrero de 2004, el actor detalló con más exactitud las horas de salida y llegada a los destinos, existiendo con anterioridad una diferencia de unos 10 minutos entre la hora de finalización de jornada y la que recoge en el parte.- 5º) Sindicato CIG y empresa demandada han tenido diferentes litigios, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra de fecha 20 de abril de 2001 declarando la existencia de vulneración del derecho de huelga y nula la conducta de la empresa de contratar a 42 nuevos trabajadores coincidiendo con la huelga convocada el día 26 de enero de 2001, ordenando el cese de la actividad y condenando a la demandada a que indemnice al sindicato actor con la cantidad de 1 millón de ptas. por el daño moral ocasionado. Mencionada sentencia fue confirmada por sentencia del de TSJ de Galicia de 23 de julio de 2001. La empresa interpuso demanda frente al sindicato reclamando cantidad por daños derivados de al huelga que fue desestimada. La mayoría de los miembros del comité de huelga durante la que se inició en enero de 2001 ya no continúan en la empresa, habiendo muchos de ellos abandonado la misma previa indemnización superior a la fijada para caso de despido. El demandante es miembro del sindicato CIG y se presentó como candidato por el mismo en las elecciones de septiembre de 2003.- 6º) En fecha 19 de abril de 2004 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por don J.V.P. frente a la empresa "T.L.U., S.A." declaro nulo el despido del trabajador mencionado, y en su consecuencia condeno al empresario a su readmisión inmediata en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 31 de marzo de 2004 hasta la notificación de la presente resolución, siendo el salario diario de 44,17 €"

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por don J.V.P. frente a la empresa "T.L.U., S.A." y declaro nulo el despido del trabajador, condenando al empresario a su readmisión inmediata en las mismas condiciones que tenia antes de producirse el despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido el 31 de marzo de 2004 hasta la notificación de la sentencia, siendo el salario diario de 44,17 euros.

Se alza en suplicación la representación procesal de la empresa demandada, 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.- La empresa recurrente en el primer motivo del recurso, amparado en el apartado b) del artículo 191 de la LPL, pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar interesa la adición en el HDP de una nueva frase y de un nuevo párrafo, consistente la frase en…. "y domicilio particular en M." Y siendo el nuevo párrafo del siguiente tenor literal: "El recorrido entre las cocheras de la empresa y el colegio C.M. se realiza en un tiempo medio de 22 minutos, sin superar en ningún momento la velocidad autorizada y teniendo en cuenta las circunstancias adversas de trafico, pudiendo realizarse en menos tiempo en circunstancias normales, el servicio de transporte de los alumnos del colegio C.M. se inicia a las 13,45 horas."

2.-En segundo lugar la Modificación /adición del HDP 3 a fin de que se adicione al mismo un nuevo párrafo con el siguiente tenor: "En dicha demanda y como fundamento de su pretensión, el actor aducía que: "cando fai o servio de transporte escolar, ten que deixar o vehículo en cocheras e recollelo ás 12,30, para iniciar de novo o servicio as 13 horas. Cando non fai ese servicio está a disposición da empresa dende o inicio da xornada ata a finalización da mesma." Así que "o traballador sae do seu domicilio en M. antes das 7 da mañana, e regresa despois das 4 da tarde, e como xa se dixo, cando fai o servicio de ruta ou línea, si se lle abona a dieta, pero non así cando fai escolares"; a pesar de que ten que deixar o vehículo ás 9,45 recollelo as 12,30 no mesmo municipio."

3.- En tercer y ultimo lugar interesa la adición de un nuevo HDP que llevaría el ordinal Sexto y con el siguiente tenor literal:"El actor cuando tiene asignado el servicio de transporte escolar del instituto C.M., debe dejar el vehículo en cocheras alrededor de las 9,45 horas, y recogerlo en el mismo lugar con la antelación necesaria para iniciar de nuevo el servicio en dicho instituto a las 13,45 horas. El recorrido entre las cocheras de la empresa y el Colegio C.M. se realiza en un tiempo medio de 22 minutos, sin embargo, el demandante, en repetidas ocasiones inicia el servicio de cocheras con más de una hora de antelación, y en lugar de dirigirse directamente al Instituto se detiene en el camino, haciendo constar, no obstante, en el parte de trabajo todo el tiempo, como tiempo de trabajo concretamente :

A) El día 27.10.03 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vació para acudir al Instituto C.M., con salida a las 10,45 horas y llegada a las 13,10 horas, según el disco de tacógrafo permaneció parado desde las 10,45 hasta las 12,55 horas, en que se condujo 10 minutos para permanecer posteriormente inactivo desde las 13,05 a las 13,40.

B) El día 03.11.03 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vacío con salida a las 12,15 horas y llegada a las 14,15 horas, según el disco del tacógrafo permaneció parado desde las 10,05 horas hasta las 12,15 horas, en que sin motivo interrumpió el descanso conduciendo 10 minutos para permanecer posteriormente inactivo desde las 12,25 a las 14,05 horas.

C) el día 19.01.04 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vacío para acudir al Instituto C.M. con salida a las 12,30 horas y llegada a las 13,15 horas. Según el disco del tacógrafo permaneció parado desde las 10,00 horas hasta las 12,20 horas, en que sin motivo interrumpió el descanso conduciendo 10 minutos, para permanecer posteriormente inactivo hasta las 13,10 horas en que condujo otros cinco minutos, para permanecer nuevamente hasta las 13,40 horas.

D)El día 22.01.04 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vacío con duración comprendida entre las 10,00 y 11,30 horas y otro con duración comprendida entre las 12,30 y las 13,00 horas, este ultimo para acudir al instituto al Instituto C.M., según el disco de tacógrafo permaneció parado desde las 10,05 a las 11,15 horas, en que condujo cinco minutos, moviendo nuevamente el vehículo a las 12,20 y 13,00 horas, durante 10 y 5 minutos respectivamente, no teniendo asignado servicio alguno en ningún momento de dicho periodo de tiempo.

E) El día 02.02.04 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vacío para acudir al Instituto C.M. con salida a las 12,30 horas y llegada a las 13,15 horas, según el disco de tacógrafo permaneció parado desde las 100,00 horas hasta las 12,25 horas, en que sin motivo interrumpió el descanso conduciendo 10 minutos, para permanecer posteriormente inactivo hasta las 13,10, en que condujo otros cinco minutos, para permanecer nuevamente inactivo hasta las 13,40 horas.

F) el día 06.02.04 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vacío para acudir al Instituto C.M. con salida a las 12,30 horas y llegada a las 12,45 horas, cuando en realidad permaneció parado desde las 10,00 horas hasta las 12,45 horas, en que sin motivos interrumpió el descanso.

G) El día 09.02.04 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vacío para acudir al Instituto C.M. con salida a las 12,30 horas y llegada a las 13,15 horas. Según el disco de tacógrafo permaneció parado desde las 10,00 horas hasta las 12,25 horas, en que sin motivo interrumpió el descanso conduciendo 10 minutos, para permanecer posteriormente inactivo hasta las 13,15 en que condujo otros cinco minutos, para permanecer nuevamente inactivo hasta las 13,40 horas.

H) el día 16.02.04 hace constar en el parte de trabajo un viaje en vacío para acudir al Instituto C.M. con salida a las 12,30 horas y llegada a las 13,10 horas. Según el disco del tacógrafo permaneció parado desde las 100,00 horas, en que sin motivo interrumpió el descanso conduciendo 10 minutos, para permanecer posteriormente inactivo hasta las 13,15 en que condujo otros cinco minutos, para permanecer nuevamente inactivo hasta las 13,40 horas.

I) El día 23.02.04 el actor finalizo un servicio en la localidad de Mo. a las 13,50 horas no teniendo asignado ningún otro hasta las 18,30 horas, en la localidad de M., durante dicho tiempo utilizó el vehículo de la empresa para desplazarse a la localidad de Pa., interrumpiendo además el tiempo de descanso al efectuar un desplazamiento con dicho vehículo entre las 16,55 y las 17,05 horas.

Asimismo, en repetidas ocasiones no coincide la hora de llegada que hace constar en el parte, con la real, ocurriendo lo mismo con la de salida, implicando dicha discordancia, siempre y en todos los caso, la consignaron de un tiempo de trabajo superior al real.

Así, consigna como hora de llegada a las 10,25, en lugar de las 10,15 los días 1, 2, y 3 de octubre, y 27 de noviembre de 2003, consigna llegada a las 10,20, en lugar de a las 10,15 horas, los días 6, 7, 8, 13, 14, 15, 20 y 23 de octubre de 2003; consigna como hora de llegada alas 10,10, en lugar de las 10,00 horas los días 28 y 31 de octubre, 4, 5, 6, 7, 12, 14, 21, y 28 de noviembre, 1, 2, 3 y 5 de diciembre de 2003, y 27 y 28 de enero de 2004; el día 20 de noviembre de 2003 consigna como hora de llegada las 10,10 en lugar de las 10,05 y el día 9 de diciembre la 10,15 en lugar de las 10,05 horas.

De igual modo, indica en los partes de trabajo, la hora de finalización de jornada 35 minutos después de la real, el día 3 de diciembre, 30 minutos más tarde, el día 21 de diciembre, 20 minutos mas tarde el día 23 de diciembre; 15 minutos después de las real los días 21, 24 de octubre 18 y 25 de noviembre 2, 12, y 16 de diciembre de 2003, y 14 de enero de 2004, 10 minutos más tarde de la real, los días 11, 18, 25, 29 y 30 de octubre, 5, 6, 7, 19, 26 y 28 de noviembre, 1, 7, 10 y 17 de diciembre de 2003, 1, 8 y 9 de enero, 3 y 6 de febrero de 2004.

Por otra parte refleja conducción estando parado, entre las 15,25 y las 17 horas del 9 de octubre, entre las 14,00 y las 18,20

horas del día 26 de diciembre de 2003, entre las 17,25 y las 18,30 horas del día 12 de enero y entre las 15,05 y las 17,00 horas del día 4 de febrero de 2004".

Según reiterada doctrina mantenida por esta Sala, sólo es posible la revisión de los hechos probados de la sentencia dictada en el proceso laboral cuando: a) La equivocación que se imputa al juzgador «a quo» resulta patente, sin necesidad de llevar a cabo conjeturas o razonamientos, de documentos o pericias obrantes en los autos que así lo evidencien; b) Se señalan los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria. El recurrente debe expresar cuáles son los hechos impugnados, pero también debe indicar cómo pretende que se tengan por rectificados o ampliados; c) Los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no quedan desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues, en caso de contradicción entre aquellas, debe prevalecer el criterio del juez de instancia, a quien la ley reserva la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; y d) finalmente cuando las modificaciones solicitadas son relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos no puede prosperar el motivo de suplicación acogido al apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral»... señalando, en este mismo sentido, las SSTS de 19 de febrero y 21 de diciembre de 1998 la necesidad de «precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento».

Se postula, en primer término, la adición al primero de la frase relativa a que el trabajador vive en M., pero esta adición no afecta al fallo de la sentencia, ni tampoco debe prosperar la adición segunda que se pretende pues la misma esta basada en prueba pericial que ya fue valorada por el juzgador de instancia; en cuanto a la modificación relativa al hecho tercero, se apoya la misma en una anterior demanda, demanda relativa a un periodo anterior a los hechos que se le imputan en la carta de despido, y por tanto al carecer de influencia para la variación del signo del pronunciamiento judicial, tampoco puede prosperar, y finalmente se pretende añadir un hecho declarado probado nuevo para hacer mención a una serie de datos obrantes en los partes de trabajo, que el actor no negó, y de hecho la propia sentencia lo reconoce al decir" el actor no discute ni ha discutido la realidad de los hechos contemplados en la carta de despido " Y por consiguiente la sala estima que dado que la adición solicitada, por las razones expuestas carece de trascendencia y relevancia para la resolución de la cuestión planteada y carece de influencia para variar el signo del fallo, por lo que ha de correr igual suerte y tampoco puede prosperar.

TERCERO.-Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente en el segundo motivo del recurso, denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción del artículo 54.1 y 54.d) del ETT en relación con los artículos 5.a) y 20.2 del mismo cuerpo legal y con los apartados c) h) y l) del capitulo V y de laudo arbitral de 24 de noviembre de 2000, sobre sustitución de la derogada ordenanza laboral de transportes por carretera, en lo que se refiere al subsector de transporte de viajeros por carretera, publicado por resolución de 19 de enero de 2001; alegando en esencia que en el presente caso, la actuación del demandante, que resulta no solo de la revisión interesada, sino también de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y de la propia fundamentación jurídica de la misma que señala que "el actor no discute ni ha discutido la realidad de los hechos contemplados en la carta de despido", y que admite la autoría y realidad de los mismo, es legalmente reprobable y sancionable, pues falsea los datos del parte diario, en los términos de la cata de despido aceptada de contrario, además y como antecedente y medio para dar cobertura a la alteración del parte diario, el actor altero voluntaria y maliciosamente su jornada de trabajo; y además hizo uso indebido del vehículo de la empresa al utilizarlo para fines ajenos a la misma, como son los desplazamientos para acudir a comer a su domicilio o al de sus familiares.

Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del mismo precepto legal, la parte recurrente denuncia infracción de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 del ETT, en relación con la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de 2 de noviembre de 1993, 19 de enero de 1997 y 29 de enero de 2001; alegando en esencia que aun en el supuesto de que no se considerase el despido del actor como procedente nunca puede ser calificado como nulo, por cuanto que si bien la sentencia de instancia declara la nulidad del

despido, por estimar que los hechos ciertos y acreditados, tiene poca consistencia, por lo que estima que la explicación razonable del despido es la de vincular la sanción a la condición de miembro del sindicato CIG que tiene el demandante, como al hecho de haber presentado una demanda de reclamación de cantidad contra la empresa. Estima la recurrente que ello supone desconocimiento de la jurisprudencia pacifica elaborada a partir de la sentencia de 2 de febrero de 1993, de las que son muestras las citadas y la ultima de las incoadas, de fecha 29 de enero de 2001, estimando en definitiva que pretender ahora, tres años después de finalizada la huelga, en la que no consta actuación ni protagonismo especial del demandante, que la sanción impuesta a este sobre la base de unos hechos ciertos y admitidos por el propio actor, guarde relación y se halle motivada por una supuesta animadversión, no hacia el demandante, sino frente al sindicato, no cuadra con la lógica y con el resultado de las presunciones a las que, en estos casos se ha de acudir. Y por lo que se refiere al segundo de los motivos de nulidad invocados y tomados en consideración en la sentencia, el tribunal constitucional si bien ha reconocido la denominada "garantía de indemnidad" pero para que se produzca la vulneración de esta no basta con que un determinado trabajador haya formulado una reclamación, sino que se ha de atender a la razonabilidad de tales medidas, y valorar si verosímilmente, las mismas se hubieran adoptado en cualquier caso, ante hechos idénticos o circunstancias análogas, con independencia de la previa demanda, denuncia o reclamación del trabajador. Y lo cierto es que en el supuesto de autos la única relación entre demanda y sanción, es la de que aquella motivo el conocimiento por parte de la empresa de cual era la forma de actuar del trabajador, y del uso que estaba haciéndole documentos confeccionados con datos incorrectos o alterado. Pero aún a pesar de ello no adopto mediad alguna en contra del demandante, limitándose a ejercitar su derecho de defensa ante el correspondiente órgano judicial, y sólo cuando transcurrido tiempo, se comprueba que el trabajador, con conocimiento de la postura y razones de la empresa para considerar su actuación ilegal e ilegitima, persiste en su actitud de manera constante y reiterada, hace uso de sus facultades disciplinarias: por todo lo cual solicita, la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia, la desestimación de la demanda declarando procedente el despido del actor y subsidiariamente, por la que se declare la improcedencia de dicho despido, y no la nulidad, con opción de la empresa demandada entre su readmisión o el abono de la correspondiente indemnización.

Ante todo recordar que es criterio consolidado de que en este tipo de despidos en los que se alega un móvil discriminatorio al trabajador se le exige que aporte algún tipo de aparato probatorio, la inversión de la carga de la prueba no surge ante la mera invocación del tratamiento discriminatorio (siendo necesario que) se acredite la presencia de circunstancias que constituyan indicios racionales de que está en juego el factor que determina la igualdad; de modo que «no basta afirmar que se ha producido un despido discriminatorio, sino que han de reflejarse unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación»; por lo que «quien invoca la discriminación debe ofrecer algún indicio racional fáctico que le sirva de apoyo» STS de 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987\8.821).

En definitiva, se destaca la necesidad de que quien afirma la discriminación acredite la existencia de un panorama o clima propicio a la conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales que haga verosímil su imputación.

Ahora bien, una vez que se aportan esas pruebas mínimas que provocan en el juzgador la duda racional de que se ha podido producir algún tipo de conducta lesiva a los derechos fundamentales, la carga probatoria de la corrección del despido se hace recaer en plenitud sobre el empresario:

«Cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio... de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción a favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido. No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación, pero sí de entender que es el empresario el que debe probar que el despido tachado de discriminatorio obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical» «... en supuestos como los que aquí acotados el Tribunal del orden social ha de llegar a la convicción, no de que un despido razonablemente tachado de discriminatorio no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino (a la convicción) de que el despido es absoluta-

mente extraño a una conducta de carácter antisindical, de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable desde la perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial». «La exigencia es probatoria, consiste para el empresario en una verdadera carga probatoria, y no un mero intento probatorio» STC 114/1989 (RTC 1989\114).

Sentado cuanto antecede en el presente caso, la sala estima, al igual que el juzgador de instancia la existencia de indicios de una posible violación de derechos a la libertad sindical a y a la garantía de indemnidad, que si bien la demandada alega que la demanda que presento el actor, de reclamación de cantidad fue lo que motivo el conocimiento de los hechos recogidos en la carta de despido, lo cierto es que la citada reclamación del hoy actor era relativa a dietas, exceso de jornada y plus que le corresponde como conductor perceptor y se tata de una empresa dedicada la demandada a transporte de viajeros, y además la reclamación se centra en un periodo muy concreto, de enero a agosto de 2003, y por tanto no a los periodos que se recogen en el expediente y carta de despido, destacando además que en la conducta del trabajador no se observa ninguna actuación que pudiera calificarse de oscura o fraudulenta, pues siempre actuó con la mayor de las transparencias, y además el actor no discute los hechos imputados en la carta de despido, de los cuales dio explicación suficiente en sus alegaciones, que el actor no manipulo tacógrafos ni falseo los partes de trabajo, siendo además el propio trabajador el que solicito como prueba en el anterior juicio la aportación de los discos tacógrafos, siendo además de destacar que los hechos imputados en la carta de despido, se trata de una conducta que el trabajador y otros trabajadores de la empresa, han venido desarrollando siempre y de una forma totalmente clara y a la vista y con conocimiento de la empresa, entregando el demandante los partes semanalmente y si que la empresa hubiese puesto nunca objeción a su proceder, por otra parte la falta de concordancia entre las horas de salida y llegada y los datos que se desprenden de la lectura de los tacógrafos encuentra justificación en aquellas tareas auxiliares que los conductores realizan, y además en todos los partes constan las horas y los destinos y en muchos de ellos las paradas intermedias, debiendo subrayarse que las ordenes de servicio solo recogen el trabajo a desarrollar y las horas y nada dicen sobre los periodos intermedios, no existiendo indicio alguno de que la empresa haya ordenado no parar en Marín, lugar por el que necesariamente tenia que pasar el trabajador o que no pudiera mover el vehículo, no habiendo nunca el demandante utilizado el vehículo para fines particulares. Por otro lado los tiempos de conducción pueden ser más que relativos, dependiendo los desplazamientos de circunstancias varias, tales como trafico, obras y las maniobras entre otras. Que asimismo un hecho de especial significación, recogido por la empresa en la carta de despido es el hecho de que el actor parara en la localidad de Pa. en un servicio de Mo. a M. el día 23 de febrero de 2004, hecho por otra parte que la empresa conoció porque el propio trabajador así lo recogió en el parte, por lo que es obvio que no cabe hablar de mala fe por el trabajador cuando por este se recogían todas las incidencias con confianza generada por una prestación de servicios igual durante casi 20 años, sin que la empresa hay dicho nada al respecto. Por consiguiente y dado que las conductas denunciadas en la carta de despido son las mismas que el trabajador ha venido observando siempre, también en el periodo al que se contrae la demanda de cantidades y que dio lugar al juicio celebrado el día febrero de 2004 en el que por otra parte ya se pudo haber hecho mención a lo que la empresa consideraba como conducta fraudulenta, lo cual no ha ocurrido ni tampoco que el actor alterara los partes con la exclusiva intención de reclamar posteriormente una cantidad, y así el demandante tuvo ocasión de explicar su actuación tras la incoación del expediente disciplinario, y de solicitar a la empresa que las órdenes de trabajo se dieran con antelación suficiente y claridad precisa, especificando los apartados de trabajo efectivo, horas de presencia, horas de descanso, horas de comida, abono de dietas, etc, lo que la empresa no venía realizando y en lugar de proceder así, la empresa comunica el despido insistiendo en sus afirmaciones, cuando ya el trabajador optó por acomodar de manera más detallada y precisa las horas recogidas en el parte, por todo lo cual la sala estima, como correctamente apreció el juzgador de instancia, que en efecto ante la poca consistencia de la actitud empresarial al despedir al trabajador, se estima que la única explicación para el despido, dada la inexistencia de una justificación objetiva y razonable, es la vinculación de la sanción tanto a la condición de miembro del

sindicato CIG que tiene el trabajador como el hecho de presentar la demanda en reclamación de cantidad, con lo cual califica correctamente el despido de nulo con los efectos previstos legalmente. Así pues ante la del despido y existiendo indicios suficientes de que el despido del actor carente de justificación tuvo un móvil antisindical, dada la condición del actor de miembro del sindicato CIG, como en el hecho de presentar la demandad en reclamación de cantidad, procede la desestimación del recurso y la paralela confirmación de la sentencia impugnada. Asimismo acordamos la perdida del depósito constituido para recurrir al que se dara el destino legal, asÌ como el abono de los honorarios al Letrado de la parte impugnante del recurso, en la cuantia de 300 euros.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa ì"T.L.U., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social num. Tres de Pontevedra, en fecha 10 de junio de 2004, autos nº 297/04, seguidos a instancia de don J.V.P. contra la la recurrente sobre despido, debemos confirmar y confirmamos integramente el fallo combatido.

4009 **Recurso nº 5.264/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNS DE TRABALLO DE CARÁCTER COLECTIVO. NON EXISTE: ANUNCIO POR ESCRITO AOS REPRESENTANTES UNITARIOS DE MODIFICACIÓN QUE AÍNDA NON SE CONCRETOU.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintiséis de noviembre de dos mil cuatro

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. 5.264/04, interpuesto por Cooperativa Farmacéutica Gallega (COFAGA) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Confederación Intersindical Galega (CIG) en reclamación de Conflicto Colectivo, siendo demandado Cooperativa Farmacéutica Gallega (COFAGA), en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 500/04 sentencia con fecha 06.07.04, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El presente conflicto colectivo afecta directamente a 47 trabajadores de la empresa demandada que tiene un total de 81 trabajadores. 2.- La empresa demandada en fecha 25 de mayo de 2004 entregó al Comité de Empresa escrito de fecha 20 de mayo de 2004 en la que literalmente se dice: "tal y como se comunicó, el pasado día 13 de mayo de 2004 al Comité de Empresa, el almacén de Pocomaco, tras el análisis de la distribución del período estival y un absentismo superior al 16%, se verá obligado a proceder, cuando la situación lo requiera, a una variación en la asignación de los turnos en beneficios del peor dotado en lo que a número de recursos se refiere. Podrán verse afectados (tal y como se indica en la hoja anexa), todo el personal de los turnos de mañana y tarde, ya que la empresa ignora, como es natural, en que turno se van a producir las posibles causas que descompensen la distribución homogénea del trabajo tales como, bajas por enfermedad, asuntos personales, cambios de domicilio, consultas médicas, asuntos sindicales, etc. Por ello se procede a poner en conocimiento con la anterioridad suficiente, a todos los incluidos en la lista de distribución adjunta". Que a dicha comunicación se adjunta una lista de los trabajadores afectados en número de 47. 3.- La empresa demandada tiene Comité de Empresa integrado por 9 miembros, de los que 4 fueron elegidos como representantes de la CIG y 5 de CCOO. En fecha 13 de mayo de 2004 la Directora del almacén tuvo una reunión con dos representantes del Comité de Empresa, uno por la CIG y otro por CCOO en el que les hizo entrega de escrito en el que la empresa proponía un ajuste de turnos por causa de la carga de trabajo del almacén en vacaciones y el índice de absentismo superior al 16%. En la misma fecha la empresa comunicó al Comité de Empresa medidas de movilidad funcional en escrito que obra unido a los autos. Que esa misma tarde la sección sindical de CCOO en

COFAGA remitió escrito a la Dirección de la empresa en relación a las medidas de movilidad funcional y modificación de condiciones de trabajo planteadas por la empresa y cuyo contenido se da aquí por reproducido. 4.- Los miembros del Comité de Empresa pertenecientes al sindicato CIG suscribieron acta del acuerdo del ERE 90/02 en el que se acuerda la extinción programada hasta enero de 2006 de 47 contratos de trabajo a través de un sistema de prejubilaciones y se elaboró un plan de viabilidad cuyo contenido se da aquí por reproducido por obrar unido a los autos. 5.- La empresa comunicó al Comité de Empresa medidas de movilidad funcional en escrito que obra unido a los autos. 6.- La sección sindical de CCOO en COFAGA en fecha 13 de mayo de 2004 remitió escrito a la Dirección de la empresa en relación a las medidas de movilidad funcional y modificación de condiciones de trabajo planteadas por la empresa y cuyo contenido se da aquí por reproducido. 7.- En fecha 22 de junio de 2004 se celebró acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de SIN AVENENCIA."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando íntegramente la demanda formulada por don X.L.M.F., en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG), debo declarar y declaro nula la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, notificada al Comité de Empresa el 25 de mayo de 2004, reponiendo a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones y turnos de trabajo condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda sobre conflicto colectivo y declara nula la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, notificada al Comité de Empresa el día 25 de mayo de 2004, reponiendo a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones y turnos de trabajo condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración.

Frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación el letrado de la empresa demandada para denunciar, bajo amparo procesal correcto, la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, en concreto la infracción por inaplicación del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores y aplicación indebida del artículo 41.3 y 4 del mismo texto legal, al considerar que no existiendo una modificación de las condiciones de trabajo a título colectivo o individual, nos encontraríamos ante un supuesto de inexistencia de acción, como excepción de fondo. Alega también que en ningún momento posterior, ni siquiera a la fecha del juicio, se ha adoptado la decisión de modificar el turno de ningún trabajador ni se ha hecho notificación alguna en tal sentido; quiere ello decir – añade – que el período de consultas a que alude el punto 4 del artículo 41, ha quedado, en este caso, inconcluso al faltar la decisión y posterior notificación a que alude el punto cuarto de dicho punto 4.

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida hay que partir de los siguientes hechos o circunstancias:

La empresa demandada en fecha 25 de mayo de 2004 entregó al Comité de Empresa escrito de fecha 20 de mayo de 2004 en la que literalmente se dice: "Tal y como se comunicó el pasado día 13 de mayo de 2004 al Comité de Empresa, el almacén de Pocomaco, tras análisis de la distribución del período estival y un absentismo superior al 16%, se verá obligado a proceder, cuando la situación lo requiera, a una variación en la asignación de los turnos en beneficio del peor dotado en lo que a número de recursos se refiere. Podrán verse afectados (tal como se indica en la hoja anexa) todo el personal de los turnos de mañana y tarde, ya que la empresa ignora, como es natural, en que turno se va a producir las posibles causas que descompensen la distribución homogénea de trabajo, tales como bajas por enfermedad, asuntos personales, cambios de domicilio, consultas médicas, asuntos sindicales etc. Por ello se procede a poner en conocimiento con la anterioridad suficiente, a todos los incluidos en la lista de distribución adjunta".

La empresa demandada tiene Comité de Empresa integrado por 9 miembros, de los que 4 fueron elegidos como representantes de la CIG y 5 de CCOO. En fecha 13 de mayo de 2004 la Directora del almacén tuvo una reunión con dos representantes del Comité de Empresa, uno por la CIG y otro por CCOO en

el que les hizo entrega de escrito en el que la empresa proponía un ajuste de turnos por causa de la carga de trabajo del almacén en vacaciones y el índice de absentismo superior al 16%. En la misma fecha la empresa comunicó al Comité de Empresa medidas de movilidad funcional en escrito que obra unido a los autos. Que esa misma tarde la sección sindical de CCOO en COFAGA remitió escrito a la Dirección de la empresa en relación a las medidas de movilidad funcional y modificación de condiciones de trabajo planteadas por la empresa y cuyo contenido se da aquí por reproducido.

La sección sindical de CC.OO en COFAGA en fecha 13 de mayo de 2004 remitió escrito a la Dirección de la Empresa en relación a las medidas de movilidad funcional y modificación de condiciones de trabajo planteadas por la empresa, en las que advierten a la misma que en el artículo 41.3 del E.T. "la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad".

SEGUNDO.- La Juzgadora de instancia rechaza la excepción de falta de acción porque considera que la parte actora tiene un interés legítimo y que éste es actual; que la acción es de carácter colectivo porque la decisión empresarial afecta a un grupo homogéneo de trabajadores y que la vía del conflicto colectivo cuando se trata de impugnar decisiones empresariales que impliquen una modificación sustancial de condiciones colectivas de trabajo, viene expresamente prevista en el artículo 41.4, apartado quinto del E.T. En cuanto al fondo, estima la pretensión deducida en la demanda porque la empresa ha omitido todos los requisitos formales que marca el artículo 41.4 del E.T., por lo que declara nula la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, notificada al Comité de Empresa el 25 de mayo de 2004, reponiendo a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones y turnos de trabajo.

TERCERO.- La condena que hace la sentencia estimando la petición de la parte demandante y ordenándole a la empresa a que reponga a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones y turnos de trabajo, hace presuponer que se ha producido alguna alteración, cambio o variación en la asignación de los turnos de algunos trabajadores, sin embargo, la propia sentencia, en el fundamento jurídico tercero parte del hecho de que por el momento no se ha procedido a modificar realmente el turno de ninguno de los trabajadores, por lo que difícilmente se llega en entender aquella condena, pues si no ha existido alteración de las condiciones de trabajo permaneciendo aquellas inalteradas, ni se puede pedir ni se puede acordar la reposición a unas condiciones de trabajo que en ningún momento se han visto alteradas.

Por el mismo motivo es errónea o cuando menos prematura la conclusión de que no se han cumplido por el empleador las exigencias formales del artículo 41 del E.T., (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), pues parte de una modificación de las condiciones de trabajo tal y como se conciben en el referido art. 41 del E.T., esto es, que se hubiera producido alguna alteración, cambio o variación en la asignación de los turnos, cuando tal situación, en este caso concreto, no se ha producido; y decimos que aquella conclusión es prematura porque, en el supuesto enjuiciado, ni siquiera se conoce el número de trabajadores afectados, lo que resulta imprescindible para poder determinar el carácter individual o colectivo de la modificación.

Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo entre otras en sentencias de 10 de abril (RJ 2001\3.523) y 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8.333) y 15 de enero de 2001 (RJ 2001\770) 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 (RCL 1995\997)». Y en el presente caso ni se conoce el número real de trabajadores afectados ni cual ha sido el cambio, ya que no se ha producido, al anunciado intento de la empresa de proceder, cuando la situación lo requiera, a una variación en la asignación de los turnos. Por tanto no puede afirmarse, con rigor, que nos hallemos ante una modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo que hubiere que reponer, pues hemos de convenir que para determinar el alcance de una modificación debe conjugarse la intensidad y la materia sobre la que verse teniendo en cuenta lo real y potencialmente dañosa que pueda ser para el o los trabajadores afectados por la

misma, pues podría ocurrir que por el número de trabajadores afectados no estemos ante un conflicto colectivo sino de carácter individual.

Aunque la empresa haya hecho llegar al Comité de Empresa la comunicación de que cuando la situación lo requiera se verá obligada a una variación en la asignación de los turnos..., lo cierto es que ni a la fecha de la presentación de la papeleta de conciliación, ni a la fecha de la celebración del juicio se ha llevado a cabo alteración alguna de las condiciones de trabajo de ningún trabajador, y así lo ha entendido el sindicato mayoritario CC.OO. (cinco miembros en el Comité de Empresa), como se deduce del escrito obrante al folio 31 de las presentes actuaciones, aludido anteriormente; por lo que ni puede pedirse, como se hace en la súplica de la demanda rectora formulada por la C.I.G. (cuatro miembros en el Comité de Empresa), ni puede otorgarse, como hace la sentencia de instancia, que se reponga a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones y turnos de trabajo, condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración. Ya que si no se conocen los trabajadores afectados ni hay constancia real de haberse producido cambio alguno, mal puede restablecerse una situación anterior.

CUARTO.- Es indudable que han de aceptarse todas aquellas cuestiones que obedezcan a un interés real y actual, pero el problema, cuando esta situación se plantea, es el de determinar precisamente si concurren o no los requisitos de admisibilidad indicados.

La S.T.S. de 18.07.00 [RJ 2000\7.637]) ha incidido en que: «Tanto la jurisprudencia constitucional como la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo han establecido que el "interés legítimo" al que se refieren el art. 24 de la Constitución (RCL 1978\2.836; ApNDL 2.875) y el art. 171 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) (RCL 1995\1.144, 1.563) como fundamento o soporte del derecho de accionar ante los tribunales de justicia, y específicamente ante los Tribunales de la jurisdicción social, debe ser un "interés actual", es decir, un interés que tiene por objeto una "utilidad o efecto práctico de la pretensión" de "carácter inmediato" (STC 71/1991, de 8 de abril [RTC 1991\71]), sin que sea suficiente un mero "interés preventivo o cautelar" (SSTS 8 de octubre de 1991 [RJ 1991\7.204], 27 de marzo de 1992 [RJ 1992\1.881] y 20 de junio de 1992 [RJ 1992\4.602]). Esta precisión del "interés legítimo" tiene su razón de ser en que la función de los órganos jurisdiccionales es la de resolver litigios, y no la de disipar dudas o evacuar consultas.

El Tribunal Constitucional también ha señalado en su sentencia 71/1991, de 8 de abril (RTC 1991\71) que "no pueden plantearse al Juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de intereses del actor"

La Sala considera que, en este caso concreto, se está ejercitando una acción en la que operan diversos factores de hecho y de derecho, que no se enmarca dentro de nuestra función jurisdiccional, al no plantearse un interés actual, ni estar en presencia de un interés jurídico presente, como el que se derivaría de haberse producido una modificación, sino – como apunta con acierto el propio recurrente – ante la perspectiva de un interés hipotético o futuro que se haría real en el caso de que la modificación se produzca.

Como quiera que no pueden tenerse en cuenta pretensiones cuya base en el futuro se ignora, estando sometidas a la variabilidad de las condiciones cuando estas se produzcan, y teniendo en cuenta que no se puede convertir en controversia actual, una decisión sobre la que nada se puede decir porque es un litigio en la ficción del devenir y sujeto a que se produzcan unos cambios o alteraciones en las condiciones de trabajo que hagan posible la petición de retorno a la situación anterior, la pretensión contenida en la demanda no puede resultar acogida, pues conduciría al absurdo condenar a la empresa a que reponga a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones y turnos de trabajo, cuando no ha existido la más mínima alteración de dichas condiciones, y todo lo que conduce al absurdo hay que rechazarlo de plano.

En consecuencia por todo lo expuesto procede la estimación del recurso de suplicación formulado revocando la resolución recurrida.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por Cooperativa Farmacéutica Gallega (COFAGA) contra la sentencia de fecha 06.07.04, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de A Coruña, en proceso promovido por Confederación Intersindical Galega (CIG) frente a Cooperativa Farmacéutica Gallega (COFAGA), debemos revocar la expresada resolución, absolviendo a la parte demandada de la petición deducida en el escrito rector.

4010 **Recurso nº 5.087/04**

S.S. NULIDADE DO DOCUMENTO DE BAIXA VOLUNTARIA PRECONSTITUÍDO POLO EMPRESARIO, DEBENDO CUALIFICARSE O CESAMENTO DO TRABALLADOR COMO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a dos de diciembre de dos mil cuatro

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. 5.087/04, interpuesto por "G., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.M.I.F. en reclamación de despido, siendo demandado "G., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 600/02 sentencia con fecha ocho de junio de 2004, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Doña R.M.I.F., mayor de edad, con D.N.I. nº …, vino prestando servicios para la demandada "G., S.L.", con la categoría de controlador, con un contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, de fecha 15 de junio de 2001, a tiempo completo, de lunes a domingo, 40 horas semanales, salario base y plus transporte, siendo el objeto: todo tipo de trabajo directamente relacionado con las tareas propias del oficio o puesto de trabajo que desempeñe, con la diligencia correspondiente a su aptitud y conocimientos profesionales. La duración del contrato sería del 15.06.01 hasta el 14.07.01.

2.- El 14 de julio se comunica a la Oficina de Empleo, la prórroga del anterior contrato por cinco meses, hasta el 14.12.01.

3.- El 15 de diciembre de 2001, se firma entre las partes nuevo contrato de duración determinada, para obra o servicio como controlador, jornada de 40 horas semanales, de lunes a domingos, desde el 15.12.01 a terminación de servicio, s.m.i. siendo la obra o servicio: Para prestar servicios de controladora en las empresas: "D.M.E., S.A." (Camino de Caramuxo), "M.I." (Puxeiros) y obra Autovía A-9.

El salario que venía percibiendo la trabajadora era de 633,33 euros mensuales, incluido prorrateo.

4.- El contrato determinado el 14.12.01 fue finiquitado, según documento de liquidación y finiquito según documento de liquidación y finiquito (folio 26), que se da por reproducido.

5.- La actora cayó de baja, en I.T. por enfermedad común: Trastorno depresivo, el 13.03.02.

6.- Con fecha 30.12.01 la empresa comunica a la trabajadora que su categoría profesional pasará a ser la de de liquidación

7.- El 24 de julio de 2002, la empresa presenta a la trabajadora documento de liquidación y finiquito (folio 57), en el que consta: Pendiente de revisión, firma y fecha 06.08.02.

8.- La trabajadora acude al Sindicato, hablando con el responsable del sector, se le dijo que era imprescindible la carta de despido y la trabajadora contestó que no se la habían dado. El día 29, la representante del Sindicato, doña R.M.A.S., acude a la empresa y el Sr. H. le presenta un escrito en el que se pide la baja voluntaria (folios 41,58).

9.- Se celebró conciliación que resultó sin efecto.

10.- Como consecuencia de no haber reconocido la firma, y de que se afirmó suscribir en blanco el escrito, se practicó una primera prueba pericial, se da por reproducida, ante cuyo resultado, se pidió por la parte interesada se reprodujese por la Brigada de la Policía Científica, cuyo informe se da por reproducido.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda planteada por doña R.M.I.F., contra la empresa "G., S.L.", debo declarar y declaro la existencia

de un despido improcedente, realizado por la empresa a la trabajadora, y en consecuencia condeno a dicha empresa a que la readmita en las mismas condiciones que existían antes del despido o, a su elección, le abone las cantidades siguientes:

a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de mil cincuenta y dos euros con ochenta y seis céntimos (1.052,86 Euros).

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 21,11 euros diarios. En relación con el salario de finiquito, habrá de tenerse en cuenta los días en que la trabajadora haya estado de baja.

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

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que declara estima la demanda y declara la "improcedencia del despido de la actora, recurre en suplicación la empresa demandada, solicitando en primer término, y con correcto amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL revisión de hechos probados, en concreto del ordinal 7º de prueba a fin de que se sustituya por el que propone en su escrito de recurso. Se basa el recurrente en el documento obrante a la causa al folio 93, consistente en el informe pericial grafológico emitido por el perito Sr. D.P.

La revisión no se acepta, pues 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 probatoria llevada a cabo por el magistrado de instancia, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias en tanto que tales pruebas, documentos y pericias evidencien por si mismo el error sufrido en la instancia de manera que, por ello, a los efectos modificativas 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 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 (así STSJ Galicia, 03.03.00, 14.04.00, 12.04.02, entre otras); y en el supuesto de autos, lo que pretende el recurrente es otorgar mayor valor probatorio al informe pericial que invoca, como documento de revisión sobre el informe pericial emitido por la policía científica, y que es precisamente el que ha sido tenido en cuenta por el magistrado de instancia para dictar el ordinal fáctico cuya revisión se solicita, por considerarlo más documentado y avalado, atendiendo a las reglas de la sana crítica.

La doctrina Constitucional (STC 44/1989, de 20 de febrero) tiene señalado que, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales ponderar los distintos medios de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica como también señala la misma doctrina (STC 175/1985, de 17 de diciembre) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias irracionales o absurdas. Ahora bien el juez o tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que puso de manifiesto la propia doctrina del tribunal constitucional (STC 24/1990, de 15 de febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes pue-

dan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial. Por tanto no son atendibles las afirmaciones valoraciones o juicios personales sobre la prueba practicada, pues en definitiva lo que trata el recurrente es que se imponga su personal versión de los hechos sobre el criterio judicial que declara probado en el hecho séptimo que "El 24 de julio de 2002, la empresa presenta a la trabajadora documento de liquidación y finiquito (folio 57) en el que consta: "Pendiente de revisión, firma y fecha 06.08.02"

En definitiva, teniendo en cuenta que el documento en el que se basa el recurrente para solicita la revisión del único hecho probado que denuncia, aludiendo también a documentos objeto de la pericia obrante en las actuaciones a los folios 58 y 91, y haciendo referencia a la prueba testifical y de confesión judicial practicada en el acto del juicio, la cual no puede ser objeto de revisión por el cauce del art. 191.b) de la LPL, el hecho impugnado ha de permanecer inalterado. Conclusión a la que asimismo se llega en base a los documentos que cita el recurrente obrantes en la causa a los folios 76 y 71, consistente en el Acta de juicio, por cuanto no son documentos eficaces para revisar los hechos declarados probados ya que su virtualidad probatoria habrá de referirse a los elementos que en la misma se hagan constar, careciendo de eficacia revisoria la prueba testifical y la confesión judicial.

De esta forma, el juez de instancia es el único competente para valorar en su integridad la prueba, por cuanto que conoce de la cuestión suscitada en instancia única, a través de un juicio regido por los principios de inmediación, oralidad y concentración, siendo así que la potestad jurisdiccional conlleva, a nivel fáctico con carácter privativo, la admisión pertinencia y práctica de los medios de prueba utilizables y la libre valoración de su conjunto, conforme a la reglas de la sana critica, con la exclusiva limitación de que no sean arbitrarias, racionales o absurdas, y en el que incluso cuenta como elemento de convicción la conducta de las partes en el proceso (STC de 5 de octubre de 1977). 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 los hechos probados cuando algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del juez a quo. Y puesto que en el caso que nos ocupa el magistrado de instancia ha efectuado razonamiento acerca del proceso lógico que la conducido a sentar las afirmaciones que en torno al caso planteado se integran en el relato fáctico de la sentencia y en la fundamentación jurídica con indudable valor fáctico, conlleva la desestimación de este motivo del recurso.

SEGUNDO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción por aplicación indebida del art. 55.4 del ET e inaplicación del art. 49.1.d) del citado texto legal. Sostiene el recurrente su disconformidad a la vista de la prueba practicada con la sentencia de instancia al deducir que el documento que consta unido a los autos a los folios 41, 58, de baja voluntaria de la actora, ha sido suscrito por la misma con antelación al 24 de julio de 2002, en blanco sin fecha, declarando además nulo el documento de cese por haber sido firmado sin consentimiento válido y declarando en consecuencia el despido con fecha de efectos de 24.07.02, como improcedente.

La denuncia jurídica que se denuncia no se admite, pues nuevamente el recurrente viene a realizar una valoración distinta de la prueba practicada en base a la prueba pericial conforme a la cual proponía la revisión solicitada, así como en relación a los interrogatorios de los testigos y representante de las partes en el acto del juicio, lo cual repitiendo lo expuesto en el anterior fundamento jurídico de por si no sirve por cuanto lo que hace es una valoración distinta de la prueba practicada.

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión teniendo en cuenta que del contenido de la sentencia de instancia para reconocer la improcedencia del despido de la actora se basa en que la demandante suscribió el documento debatido con antelación a la fecha que se contrae en el mismo, de conformidad con la prueba pericial practicada, poniéndola en relación con las declaraciones de las partes, lo que era costumbre, por otra parte, acreditada en otras ocasiones para cubrir los posibles defectos de la contratación temporal, considerando dicho documento nulo al haber sido firmado por sin consentimiento válido, y no habiéndose constatado de todo lo actuado en la instancia una voluntad de la trabajadora clara, concreta, consciente, firme y terminante reveladora de su propósito, que no deje margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance. Y por el contrario, si se

desprende del inmodificado relato fáctico la voluntad extintiva del vínculo laboral por parte de la empresa, que al notificarle el cese en fecha 24.07.02, ello constituye un despido que al realizarse estando la actora en situación de Incapacidad Temporal, y no concluir la obra para la que fue contratada sólo puede merecer el calificativo de "improcedente".

En consecuencia se impone, previa desestimación del recurso, la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "G., S.L." contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social número Cinco de Vigo, de fecha 8 de junio de 2004 debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

4011 Recurso nº 5.140/04

S.S. INEXISTENCIA DOS PRESUPOSTOS CONFIGURADORES DA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DO PERSOAL DE ALTA DIRECCIÓN.

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

A Coruña, a dos de diciembre de dos mil cuatro

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. 5.140/2004 interpuesto por Consorcio de la Zona Franca de Vigo 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.T.I. en reclamación de despido siendo demandado Consorcio de la Zona Franca de Vigo en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 715/2004 sentencia con fecha uno de octubre por el Juzgado de referencia que estimo la demanda.

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

"Primero.- El demandante don J.T.I., mayor de de edad y con DNI número …, que era funcionario de la Xunta de Galicia, fue contactado por don P.E.M., a la sazón Delegado del Estado en el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, para ver si quería prestar servicios para dicho consorcio y previo acuerdo el Comité Ejecutivo del referido Consorcio de fecha 25 de septiembre de 1996 en el que, previa propuesta del Sr. Delegado para crear un gabinete particular formado por un director de gabinete y una secretaria, proponiendo la contratación del actor "a quien, como persona de confianza, se le formulará contrato de personal de alta dirección…. Quedando ligado "ad personam" a su cargo de Delegado del Estado", propuesta autorizada por unanimidad por el Comité Ejecutivo, el demandante, digo, sin concurso u oposición alguno previo, suscribió en fecha 1 de octubre de 1996 un contrato denominado "especial de personal de alta dirección regulado por el Real Decreto 1.382/1985" con el referido Consorcio, representado por el delegado del Estado en su calidad de tal y como presidente del Comité Ejecutivo del Consorcio, contrato en el que, por lo que aquí interesa, se disponía lo siguiente. El actor desempeñaría las funciones de director de gabinete particular del Delegado del Estado, sus funciones, que asumiría con el carácter de plena confianza y dedicación, serían las que los órganos rectores el Ilmo. Sr. Delegado del Estado expresamente le encomendasen o delegasen, el contrato podría rescindirse por voluntad del empresario o por cualquiera de las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, entre ellas la prevista por el artículo 11 del citado Real Decreto, el actor no podría concertar ningún otro contrato de trabajo retribuido sin autorización expresa del Consorcio. Segundo.- En virtud del anterior contrato, el actor vino prestando servicios para el Consorcio de la Zona Franca de Vigo desde el día 7 de octubre de 1996, con la categoría profesional de director de gabinete y percibiendo un salario mensual prorrateado de 4.748,84 euros. Tercero.- Dimitido de su cargo en fecha que no consta el referido Delegado del Estado, don P.E.M., el día 17 de junio de este año el nuevo Delegado Especial del Estado, don

F.L.P., notificó por escrito al actor "la extinción de su contrato de trabajo como personal de Alta Dirección al servicio del consorcio de la Zona Franca de Vigo, como consecuencia del cese previo en sus funciones del anterior Delegado del Estado don P.E.M., al haber sido causa determinante de la constitución de tal vínculo la relación de plena confianza a título personal establecida con dicha autoridad, según consta en la cláusula 2ª del contrato suscrito en fecha 1 de octubre de 1996. El presente acuerdo será sometido a su ratificación por el Comité Ejecutivo del Organismo en su próxima reunión, y no prejuzga el régimen indemnizatorio a aplicar, de conformidad con las disposiciones vigentes". Reunido el Comité Ejecutivo el día 24 de junio, el Secretario general del mismo notificó al actor el día 16 de julio el acuerdo de cesarlo por desistimiento al amparo del artículo 11. Uno del Real Decreto 1.328/1985, de 1 de agosto, ingresándosele en su cuenta la liquidación que, por lo que aquí interesa y a fecha 30 de junio, comprendía 6.218,67 euros de indemnización de 7 días por año y 10.695,21 euros de 3 meses de preaviso. El actor considera que no era alto cargo y que dicho cese constituye un despido, contra el que reclama. Cuarto.- Todo el personal del Consorcio de la Zona Franca de Vigo fue contratado directamente, sin previos concurso u oposición libres. Quinto.- En el Consorcio de la Zona Franca de Vigo se habían suscrito hasta el día 17 de diciembre de 1998 los siguientes contratos de alta dirección. 1) Don J.R.O.V. el día 2 de abril de 1990 y como director de Informática, 2) Doña B.G.C. suscrito el 31 de diciembre de 1992 y como Directora el Gabinete de Información; 3) Doña M.D.C.R.I. suscrito el 31 de diciembre de 1992 y como Asesora de Dirección; 4) Doña R.M.E.G. suscrito el 31 de diciembre de 1992 y como Directora de Suelo Industrial; 5) Doña C.M.R.F. suscrito el 31 de diciembre de 1992 y como Directora de Promoción de Polígonos Industriales; 6) Don J.C.P. el día 1 de julio de 1994 y como responsable de la ejecución y promoción del centro de transportes de Vigo; y 7) Don S.L.G.R. el 31 de diciembre de 1992 y como Asesor de Dirección. En fecha 17 de diciembre de 1998 el Comité Ejecutivo del Consorcio consideró que las funciones desarrolladas por los citados altos cargos no se correspondían con altos cargos y en fechas 2 de enero de 1999, salvo a don S.L.G.R. que lo fue el 3 de mayo y a don J.C.P. que lo fue el 2 de enero de 2000, el Consorcio les suscribió contratos laborales ordinarios reconociéndoles una relación laboral común, si bien se les mantuvo su categoría profesional y retribuciones. Los referidos empleados tenían bajo su dependencia el siguiente número de personas y percibieron en el ejercicio de 2003 las siguientes retribuciones anuales respectivamente: 1) veintitrés y 72.649,32 euros; 2) no consta y 57.081,55 euros; 3) diez y 64.199,66 euros; 4) ocho y 57.491,26 euros; 5) una secretaria y 56.348,13 euros; 6) seis y 77.168,08 euros; 7) treinta y cinco y 89.992 euros. Sexto.- El demandante, que tenía un horario flexible de 9,30 a 14 horas aproximadamente y carecía de facultades sobre otros directivos del Consorcio, a los que no podía dar órdenes, disponía por todo personal dependiente de él de una secretaria personal que lo auxiliaba en sus tareas y obtuvo en el año 2003 una retribución anual bruta de 57.005,28 euros, realizaba las funciones que le encomendaban el Delegado del Estado en el Consorcio de la Zona Franca de Vigo o el Comité Ejecutivo de ésta, sin tener asignadas funciones concretas, funciones tales como: intervenir en negociaciones y reuniones en nombre del Consorcio, ser representante del mismo en fundaciones dependientes o participadas por el Consorcio y en grupos de trabajo, remitía cartas, proyectos, propuestas de contrato, ofertas de compras, convenios, hacía gestiones, etc, con Organismos, empresas y particulares en relación con proyectos del Consorcio, contratos, compras y convenios que luego firmaba el Delegado del Estado en nombre del Consorcio. Séptimo.- El actor carecía de apoderamientos otorgados por el Consorcio, que sí tenían don S.L.G.R. y doña C.M.R.F. para representar al Consorcio ante Juzgador y Organismos Oficiales, la citada doña C. y doña R.E.G. para inmatricular unas fincas adquiridas por el consorcio, la citada doña R. para formalizar escrituras de compras de terrenos en nombre del Consorcio y ella misma para vender una parcelas en representación del Consorcio. Octavo.- Don P.E.M. actuando en representación del Consorcio de la Zona Franca de Vigo, el actor, doña R.E.G., don S.L.G.R. y don A.C.A., éste que era Director Adjunto de Obras del Consorcio, suscribieron en fecha 29 de noviembre de 2001 escritura pública de constitución de la sociedad denominada CIMVISA con un capital de 90.000 euros dividido en 1.500 acciones de 60 euros cada una de valor nominal, capital íntegramente suscrito por el referido consorcio. Se nombraron administradores a los 5 referidos otorgantes de la escritura formando un Consejo de Administración del que don P.E.M. era el presidente, don S.L.G.R. el secretario y los 3 vocales y se designó al actor Consejero Dele-

gado con todas las facultades del Consejo salvo las indelegables por Ley y Estatutos. Su objeto era la construcción, promoción, gestión comercialización, explotación, venta, arrendamiento y cesión, por cualquier título admitido en derecho, de las parcelas, construcciones, naves, instalaciones y equipamientos de Centros Logísticos y parques empresariales en general, así como la dirección y gerencia de las actividades con ellas relacionadas, si bien en la práctica se centraba en el transporte y logística en el área de Vigo. La Junta General se reservaba el nombramiento de los miembros del Consejo y su presidente, deliberar y resolver sobre las cuestiones que el sometiese el Consejo, acordar la emisión de obligaciones, aprobar las cuentas anuales y la aplicación de los resultados y acordar y aprobar la modificación de los estatutos, correspondiendo al Consejo el resto de competencias. Mediante escritura pública otorgada el día 16 de julio de 2003 por don S.L.G.R., renunció a su cargo en la sociedad don P.E.M. y se nombró presidente del Consejo de Administración al actor. Asimismo, en fecha que no consta se amplió el capital social en 9.900.000 euros y el objeto social se extendió a inversiones y participaciones en todo tipo de sociedades domiciliadas en la EE o fuera de ellas. Noveno.- Como presidente de CIMVISA el actor suscribió un compromiso de comparar y reserva de venta a favor de la entidad "I.S., S.L." sobre 7 módulos de la parcela número 5 del Área de Transporte y Logística del Parque Tecnológico y Logístico de Vigo, actuando el actor como presidente de dicha sociedad y ésta en nombre y representación del Consorcio. Como consejero delegado de dicha sociedad, cargo por el que no tenía retribución alguna, suscribió el 1 de julio de 2002 nombramiento de gerente de dicha sociedad a la sociedad "G.O., S.A." En fecha 24 de junio de 2002 el Delegado del Consorcio, don P.E.M., y el actor en representación de CIMVISA suscribieron un documento e estableciendo las bases por las que la sociedad, por mando del Consorcio y actuando en su representación gestionaría, dirigiría y coordinaría la ejecución del proyecto equipamiento y servicios correspondientes a las áreas de logística y transporte. Y en fecha 10 de noviembre de 2003 el actor suscribió en nombre de dicha sociedad un contrato de consultoría y asistencia para la redacción de proyecto básico y ejecución de naves modulares en el área de transporte y logística del Parque Tecnológico y Logístico de Vigo. Décimo.- En otra sociedad dependiente del Consorcio de la Zona Franca de Vigo que se encarga de los aparcamientos figuran como administradores solidarios don J.C.P. y doña C.M.R.F. En otras sociedades o fundaciones dependientes del Consorcio figuran otros ex "altos cargos" del Consorcio como personal directivo. Undécimo.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 30 de junio, la misma tuvo lugar el día 16 con el resultado de sin efecto. El 19 de julio presentó reclamación previa, que no le fue contestada. Duodécimo.- El demandante no es ni fue durante el ultimo 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 don J.T.I., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 30 de junio de este año por parte del Consorcio de la Zona Franca de Vigo, al 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 55.072,26 euros, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firma 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 a razón de 158,29 euros diarios, cantidades de las que podrá deducir el Consorcio la cantidad de 16.913,88 euros abonados al actor en concepto de indemnización y preaviso por el desistimiento de su contrato, y advirtiendo al demandado 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 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 declaró el despido sufrido por el actor como improcedente y frente a ella recurre ahora el demandado Consorcio de la Zona Franca de Vigo (a partir de ahora CZFV) tratando de revisar –entendemos que vía artículo 191 letra b LPL, porque aunque de forma reiterada e indebida cita la letra "a", ese craso error no es óbice para tramitar el recurso- los HDP y denunciando –vía artículo 191.c) LPL- la infrac-

ción de los artículos 49.1.b) ET, 1.2 RD 1.382/85, 11 LOPJ, 247 LEC y 7 CC.

SEGUNDO.- 1.- Las adiciones fácticas interesadas son las siguientes:

a) Que en el ordinal primero de los HDP se añada "en su reunión de fecha de 17 de diciembre de 1998, el Comité Ejecutivo del Consorcio de la Zona Franca de Vigo, luego de acordar suprimir algunas de las relaciones de alta dirección hasta entonces vigentes con personal al servicio del organismo por la índole de las funciones efectivamente desempeñadas, excluyó expresamente de tal medida a don J.T.I., señalando que "… el contrato con el Director del Gabinete particular del Ilmo. Sr. Delegado del Estado, don J.T.I., permanecerá en su actual status, toda vez que por acuerdo del Comité Ejecutivo de fecha 25 de septiembre de 1996 su contratación quedó ligada "ad personam" a la permanencia en el cargo del actual Delegado del Estado", con amparo en los folios 149 a 151.

b) Que también en el ordinal primero se añada "en el contrato suscrito por el actor con el del Consorcio de la Zona Franca en fecha 1 de octubre de 1996 figura una doble remisión expresa (bajo las rúbricas "intervienen" y "exponen") al acuerdo del Comité Ejecutivo del Consorcio de la Zona Franca de fecha 25 en el que se autorizó la contratación del actor como causa de al suscripción de dicho contrato", con amparo en los folios 118 y 119.

c) Que nuevamente en el ordinal primero se adicione un último párrafo que diga "al momento del inicio de su relación laboral con el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, don J.T.I., licenciado en derecho, ostentaba, desde el 18 de abril de 1978, la condición de letrado en ejercicio, sin que conste que tal situación se modificase tras su nombramiento", con amparo en los folios 289 y 290.

2.- Aunque se traten –en definitiva– de datos que no han de tener trascendencia para la resolución, sin embargo –así, SSTS Galicia de 10.01.01 R. 3.424/98, 12.01.01 R. 4.678/99, 19.01.01 R. 5.470/00, 24.01.01 R. 3.204/97, 15.03.01 R. 444/00, 29.03.01 R. 1.202/01, 21.04.01 R. 218/99, 30.05.01 R. 2.125/01, 26.06.01 R. 2.451/01, 03.10.01 R. 4.202/01 y 30.01.03 R. 5.819/02–, al no ser este trámite de Suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de Casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son irrelevantes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23.02.99 Ar 2.018, 19.01.98 Ar 997, 22.05.96 Ar 4.610,...). En consecuencia, se aceptan las revisiones; a pesar de que la determinación sobre la existencia o no de una relación laboral especial de alta dirección es eminentemente casuística y su acceso al recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina es sumamente dificultoso (STS 25.11.92 Ar. 8.833).

3.- Por lo tanto, los elementos fácticos de los que hay que partir para dilucidar la litis son los siguientes: (a) en un acuerdo del CZFV se autoriza a contratar al actor por ser persona de confianza y quedar ligado *ad personam* al Delegado de Estado, siendo contratado por el CZFV bajo una modalidad de "especial de personal de alta dirección regulado por el RD 1.382/85" y constituyendo sus funciones: director del gabinete particular del Delegado del Estado, realizando aquéllas que expresamente (bien el Delegado, bien el Consorcio) le encomendasen o delegasen, con carácter de plena confianza y dedicación, y el contrato podía rescindirse por voluntad del empresario o cualquier otra prevista en el ET; (b) dimitido el Delegado de Estado, el nuevo notifica al actor el desistimiento del contrato y su extinción por cese de la causa de su contrato (plena confianza del anterior Delegado); (c) todos los demás contratados bajo la modalidad de alta dirección (siete) se convirtieron en trabajadores ordinarios, salvo el actor –por su ligazón *ad personam* al Delegado-; (d) el demandante carecía de poderes sobre otros directivos del Consorcio, a los que no les podía dar órdenes, tenía una secretaria por todo auxilio, realizaba funciones que le encomendaba o el Delegado del Estado o el Comité Ejecutivo -sin tener funciones asignadas en concreto-, tales funciones consistían en –entre otras-: intervenir en reuniones y negociaciones en nombre del CZFV, lo representaba en entidades dependientes o participadas por aquél, remitía cartas, proyectos, propuestas, ofertas de compras, convenios, etc. con otros entes que luego firmaba el Delegado en nombre del CZFV; ni tampoco tenía apoderamientos otorgados por el Consorcio, que sí tenían otros

antiguos ex altos cargos; (e) en 2003 se nombró al actor presidente del Consejo de Administración de una sociedad –CIMVISA- dedicada en la práctica al transporte y logística, a través de la cual realizó diversas actuaciones (HDP NOVENO); (f) en otras sociedades dependientes del Consorcio figuran otros ex "altos cargos" como personal directivo.

TERCERO.- Se denuncia la infracción de los artículos 49.1.b) ET (extinción por las causas válidamente consignadas en el contrato), 1.2 RD 1.382/85 (concepto de relación laboral de alta dirección), 11 LOPJ, 247 LEC y 7 CC (buena fe). Para seguir un orden sistemático, es necesario –por la influencia que dicha cuestión tiene sobre las cláusulas pactadas- pronunciarse primero sobre el carácter de la relación que mantenía el actor con el CZFV, para después advertir la validez o existencia misma de aquellas cláusulas. Por último, nos pronunciaremos sobre la infracción de la buena fe en la celebración del contrato.

CUARTO.- 1.- En cuanto a la consideración de la relación como integrable en el RD referido, hemos de coincidir con la Sentencia de Instancia, que de una forma pormenorizada y cumplida recoge cada uno de los rasgos que caracterizan al personal de alta dirección, lo pone en relación con los datos fácticos concurrentes y extrae la conclusión que en ningún caso puede ser así considerada la relación que unía a ambas partes.

2.- Para la doctrina unificada los requisitos de la relación laboral de alta dirección son los siguientes:

a) Que se ejerciten poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en "el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas" (STS 06.03.90 Ar. 1.767) con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (SSTS 18.03.91 Ar. 1.870; 17.06.93 Ar. 4.762);

b) Los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales (SSTS 30.01.90 Ar. 233; 12.09.90 Ar. 6.998), o lo que es igual, a la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial (STS 11.01.01 Ar. 2.804), con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad", dado que el ejercicio de los poderes corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen (SSTS 24.01.90 Ar. 205, 12.09.90 Ar. 6.998, 02.01.91 Ar. 43; 22.04.97 Ar. 3.492; 04.06.99 Ar. 5.067); y

c) Se ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que ha de excluirse quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora (SSTS 13.03.90 Ar. 2.065; 12.09.90 Ar. 6.998; 17.06.93 Ar. 4.762).

3.- Dichas notas caracterizadoras no tienen encuadre en la situación fáctica diseñada en el litigio, porque (HDP SEXTO) el demandante carecía de poderes sobre otros directivos de CZFV, a los que no les podía dar órdenes, tenía una secretaria por todo auxilio, realizaba funciones que le encomendaba o el Delegado del Estado o el Comité Ejecutivo -sin tener funciones asignadas en concreto-, tales funciones consistían en –entre otras-: intervenir en reuniones y negociaciones en nombre del CZFV, lo representaba en entidades dependientes o participadas por aquél, remitía cartas, proyectos, propuestas, ofertas de compras, convenios, etc. con otros entes que luego firmaba el Delegado en nombre del CZFV; ni tampoco tenía (HDP SÉPTIMO) apoderamientos otorgados por el Consorcio, que sí tenían otros antiguos ex altos cargos (transformados en relaciones laborales ordinarias). Nada decidía personalmente, limitándose a asesorar al Delegado y a ejecutar las tareas que se le atribuyesen, sin intervenir jamás en cuestiones de personal o financieras o en áreas donde hubiese un Director, sin que como jefe de Gabinete del CZFV conste orden o decisión alguna (FJ Primero y con pleno valor de hecho probado -SSTS 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 Ar. 9.195, 19.12.89 Ar. 9.049, 30.01.90 Ar. 6.236, 02.03.90 Ar. 1.748, 27.07.92 Ar. 5.664, 14.12.98 Ar. 1.010 y 23.02.99 Ar. 2.018; y, entre muchas, SSTSJ Galicia 16.01.03 R. 5.384/02, 21.03.03 R. 2.341/00, 21.03.03 R. 556/03, 29.03.03 R. 544/00, 26.04.03 R. 767/00, 30.05.03 R. 4.669/00, 17.10.03 R. 756/03, 29.11.03 R. 947/03 y 15.05.04 R. 1.543/04-).

Ya en concreto, que ostentase la presidencia del Consejo de Administración de CIMVISA no significa que controlase el CZFV, porque –aparte de que se trata de una sociedad diferente y como tal constituida con

personalidad jurídica diversa- en la práctica el objeto de su actividad se centraba en el transporte y la logística (HDP OCTAVO), quedando atribuidos otros aspectos de la actividad del Consorcio a otras Sociedades, también por éste constituidas (HDP DÉCIMO). Por lo tanto, CIMVISA no puede ser considerada un alter ego del CZFV, pues sólo determinadas áreas de actuación del empresario se encauzaban a través de ella.

En resumen, ni ejercitaba poderes inherentes a la titularidad de la empresa, ni las funciones que ostentaba se referían a los objetivos generales de la entidad, la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales, ni tampoco actuaba con autonomía y plena responsabilidad. Esto es, su relación no puede ser calificada como laboral especial de alta dirección.

4.- A mayor abundamiento, no cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores –fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad– con la alta dirección que delimita el artículo 1.2 del RD 1.382/1985 en relación con el artículo 2.1.a) ET, por lo que en la medida en que el concepto legal lleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva" (SSTS 13.03.90 Ar. 2.065; 11.06.90 Ar. 5.050; 04.06.99 Ar. 5.067;11.01.01 Ar. 2.804).

De esa forma, el carácter estrictamente delimitador del precepto –artículo 1.2 del RD– configura el alto cargo como equivalente al *alter ego* del empresario, determinándose la exclusión de la relación laboral común no por el cargo –cualesquiera que sea su denominación o *nomen*– sino por la naturaleza de las funciones prestadas, que han de recaer, pues, sobre esferas típicamente directivas de las empresas –y no meramente técnicas– y referidas, además, no sólo a algunas parciales actividades, sino a la empresa misma, considerada en sus objetivos generales (STS 03.10.00 Ar. 8.290).

Por todo ello, desestimamos el motivo.

QUINTO.- 1.- El segundo de los motivos jurídicos se refiere a la infracción del artículo 49.1.b) ET (extinción del contrato de trabajo por alguna de las cláusulas válidamente consignadas en el mismo), al hilo del cual se aducen los artículos 1.258 CC (relativo a las consecuencias a que se obligan las partes contratantes) y el artículo 8 ET (forma de los contratos de trabajo), cuestión que hemos de resolver partiendo de que la relación entre el actor-hoy recurrido- y la demandada-recurrente era un contrato de trabajo ordinario.

2.- Todos estos motivos hemos de rechazarlos. La jurisprudencia se ha visto obligada a puntualizar la causa contemplada en dicho artículo 49.1.b), porque necesariamente la condición resolutoria del contrato de trabajo (y que permitirá -fuera de los supuestos tasados en el propio ET- ampliar las causas de extinción) debe encontrarse consignada en el mismo. Lo cual, partiendo de la libertad de forma que rige en el ET (y que se postula por el recurrente como fundamento para introducir algo no contemplado), significa que debe constar, expresamente, en la misma forma, -al menos- que revistió el contrato de trabajo; algo que aquí no ha ocurrido, pues –recogido el contrato por escrito- dicha condición también habría tenido que refrendarse por escrito y de forma expresa, sin embargo, en el contrato –vid HDP PRIMERO- no hay cláusula alguna de duración temporal, ni de vinculación del contrato al mantenimiento de su cargo por parte del Delegado del Estado, cuya confianza supuso la celebración del contrato (cuestión ya abordada en la redacción originaria de los HDP). Tan solo se contempla bajo la rúbrica de "intervienen" y "exponen", una referencia a la causa de la contratación del actor, un acuerdo adoptado en el seno del CZFV, acuerdo al que el trabajador es ajeno y que es a todas luces insuficiente para basar la pretensión del demandado. Y así, en las siete normas que rigen dicho contrato, no hay ninguna referencia a aquella temporalidad o vinculación entre dichas personas, por más que la causa remota haya sido efectivamente la confianza entre el Delegado del Estado y el contratado.

De la misma forma que se ha mantenido por la recurrente que el trabajador es licenciado en derecho y que debía conocer a qué se obligaba (sin perjuicio de que los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean), podríamos argumentar –sin sea aventurado- que el CZFV estaría asesorado por letrados que conocen la utilización del lenguaje, tanto común, como jurídico, y que cuando dicen una cosa, expresan ésa y no otra distinta, ya que las palabras son el medio de expresión de la voluntad y han de presumirse que son utilizadas con corrección, de manera

que "no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad", de manera que si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los pactantes habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas, conforme al artículo 1.281 CC (STS 07.07.86; con diferentes palabras e idéntica doctrina, la STS 02.11.99 Ar. 9.108). Abundando en la misma idea y en expresión de la STS 11.05.00 Ar. 5.510, "la finalidad de los cánones hermenéuticos determinados en el artículo 1.281 CC radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca obscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas, y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes", esto es, principio básico en esta materia es que las normas de interpretación establecidas en el CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sea clara, no son de aplicar otras diferentes que la que corresponde al sentido gramatical (SSTS 29.02.96 Ar. 1.613 y 01.04.87 Ar. 2.482); y, como vemos, aquí lo son, por lo que a ellas atenderemos para resolver el conflicto, sin precisar acudir en su hermenéutica a norma alguna. Así, en el contrato se dispone como causa de extinción del mismo: "este contrato podrá rescindirse por voluntad del empresario o por cualquiera de las causas y procedimientos previstos en el ET" (Cláusula V) –resolución por mera voluntad del empresario inaceptable por sí sola en el ámbito de contratos ordinarios (artículo 3 ET), pues la resolución en nuestro derecho es causal-, fijándose que comenzará a desarrollarse la relación contractual "a partir del primero de octubre de 1996", (Cláusula VII).

Por otro lado, tampoco podemos admitir la censura referente a una presunta vulneración del artículo 1.258 CC; el carácter genérico de este artículo ha de armonizarse con los más específicos que para cada caso y supuesto contiene el CC, y la posibilidad de ampliar o modificar a su amparo lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación (STS 23.11.88 Ar. 8.704), cautela que aquí hemos de extremar, pues se trata de una materia en la que se están disponiendo de derechos de un trabajador (ampliando las facultades de resolución del contrato a instancia del empresario) en base a una presunta cláusula contractual que no consta expresamente y que a todas luces no se puede deducir de su articulado.

3.- Y como colofón, no hemos de olvidar que el TS ha declarado en reiteradas ocasiones (STS 18.07.02 Ar. 9.340, con cita de las de 07.10.92 Ar. 7.619 y 20.03.97 Ar. 2.583), que la interpretación de los contratos es una facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda (SSTS 17.03.83 Ar. 1.564 y 23.05.83 Ar. 2.875), o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos, pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada (entre otras muchas, SSTS 30.10.82 Ar. 5.582, 10.11.82 Ar. 6.536, 22.11.82 Ar. 6.555, 04.05.84 Ar. 2.397, 26.09.85 Ar. 4.402 y 28.02.86 Ar. 863), lo que resulta perfectamente proyectable sobre el presente asunto, pues esta Sala coincide plenamente con el Magistrado de Instancia al no sobreentender incluida la referida vinculación entre la permanencia en su cargo del a la sazón Delegado del Estado en el Consorcio y la duración del contrato laboral del actor, hacerlo de otra manera sí sería ilógico o absurdo.

SEXTO.- 1.- Por último, se alega una infracción de los artículos del CC, LEC y LOPJ referentes a la buena fe, deduciendo que el actor ejercitó la acción de despido vulnerando aquélla, pues iba contra sus propios actos.

2.- El apotegma propium *factum nemo impugnare potest* está construido sobre la base de la buena fe y del artículo 7 CC (SSTS 10.05.89 Ar. 3.752 y 20.02.90 Ar. 705; SSTC 67/1984, de 7 de junio, 73/1988, de 21 de abril, y 198/1988, de 24 de octubre), y se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que, como sostiene la Jurisprudencia ordinaria, ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que no sólo han de responder a una plena libertad de criterio y voluntad no coartada, sino que también causen estado –definiendo inalterablemente la situación jurídica– por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 16.11.67 Ar. 4.160,

06.02.74 Ar. 2.440 y 27.12.76 Ar. 5.649, 16.06.84 Ar. 3.246, 05.10.84 Ar. 4.758, 22.06.87 Ar. 4.545, 25.09.87 Ar. 6.278, 05.10.87 Ar. 6.717, 25.01.89 Ar. 123, 04.05.89 Ar. 3.585, 10.05.89 Ar. 3.752, 20.02.90 Ar. 705 y 23.03.94 Ar. 2.624; SSTSJ Galicia 16.07.96 R. 2.821/96, 14.01.97 R. 2.532/94, 15.01.97 R. 3.406/94, 15.10.98 R. 3.793/95, 25.01.99 R. 47/96, 15.02.99 R. 169/96, 11.06.99 R. 2.133/99, 12.03.02 R. 2.867/98, 13.06.02 R. 2658/02 y 11.03.03 R. 3.003/03).

Sin embargo, no puede pretenderse que lo anterior -que es radicalmente válidotenga una efectiva extensión a este litigio, porque aquí no hablamos de un supuesto de vinculación a actos propios, esto es, de que como el trabajador consintió en ser contratado fuera de los cauces de concurso y se aprovechó de la relación de confianza que le unía al anterior Delegado del Estado, ahora no puede ejercitar los derechos que le puedan corresponder derivados de la verdadera relación que se había constituido; sino en realidad de lo que estamos hablando es de que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes (SSTS 13.06.88 Ar. 5.272, 23.10.89 Ar. 7.310, 08.10.92 Ar. 7.622, 10.04.95 Ar. 3.040, 20.09.95 Ar. 6.784, 15.06.98 Ar. 5.260, 20.07.99 Ar. 6.839, 29.12.00 Ar. 1.427; SSTSJ Galicia 23.09.97 R. 3.394/97, 25.01.99 R. 47/96, 27.01.99 R. 481/96, 18.02.00 R. 5.596/99, 23.02.01 R. 3.647/97, 23.11.01 R. 4.481/01, 31.01.02 R. 6.357/01 y 27.06.03 R. 2.694/03), habida cuenta de que el carácter laboral o extralaboral de una relación, no puede quedar al libre arbitrio y disposición de los contratantes, sino que viene determinado por sus reales de las prestaciones y por la concurrencia de los presupuestos delimitadores de la relación de trabajo (SSTS de 18.04.88 Ar. 2.974, 21.07.88 Ar. 6.214 y 05.06.90 Ar. 5.019); en resumen, "los contratos son lo que son […] y no lo que las partes dicen que son" (SSTS 29.09.93 Ar. 7.090 y 07.05.85 Ar. 2.669). De ahí que en supuestos como los previstos en la SSTS 17.06.93 Ar. 4.762, 04.06.99 Ar. 5.067 o 22.04.97 Ar. 3.492, se permita que los trabajadores luego de suscribir un contrato de alta dirección, puedan pretender su calificación como ordinario. Por ello, es imposible –por su falta de conexión- que la parte recurrente articule de forma efectiva dicho principio general del derecho y pueda conseguir la declaración de censura perseguida; y por tanto, también rechazamos el motivo. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, confirmamos la sentencia que con fecha 01.10.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Vigo, a instancia de don J.T.I. y por la que se acogió la demanda formulada.

4012 Recurso nº 3.859/04

S.S. ACREDITACIÓN POLO TRABALLADOR DE INDICIOS RACIONAIS DE REPRESALIA, QUE XUSTIFICAN A DECLARACIÓN DE NULIDADE DO DESPEDIMENTO POR APLICACIÓN DA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE INDEMNIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a tres de diciembre de dos mil cuatro

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. 3.859/04 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 R.G.M. en reclamación de despido, siendo demandado "R.V.D., S.A." en su día se celebró acto de vista con la comparecencia del Ministerio Fiscal, habiéndose dictado en autos núm. 9/04 sentencia con fecha dieciocho de marzo de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La parte actora viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "R.V.D., S.A." desde el 30.12.94, ostentando la

categoría de director del departamento de Informática, Calidad y Organización y percibiendo un salario mensual con inclusión pagas extras de 3.289,81 €, según nóminas aportadas. SEGUNDO.- En fecha 19.12.03 fue notificada al actor carta de despido con el tenor literal siguiente: "Sr. don R.G.M. Muy Sr. Nuestro: Por la presente le comunico que, con fecha de hoy, queda usted despedido de esta empresa. Los hechos que motivan esta sanción disciplinaria se concretan en: 1.- Haber accedido sin autorización a ficheros custodiados y bajo llave por el departamento de RR.HH. de la compañía, que contienen datos y formularios calificados como confidenciales en su encabezamiento, y relativos a las circunstancias particulares de los trabajadores; historiales profesionales, sanciones, datos económicos, familiares, etc. 2.- Sustraer documentos de dichos archivos sin autorización para ello, llevarlos a un notario para su legalización y volver a ponerlos de modo que no se apreciase la manipulación producida.- 3.- Haberse apropiado mediante su fotocopiado, al menos, del documento denominados "Cuestionario Personal" referido a Vd., disponiendo del mismo para su uso particular fuera del centro de trabajo, y en concreto aportándolo como prueba documental en apoyo de sus pretensiones en el procedimiento sobre extinción de contrato seguido ante el Juzgado de lo Social nº Dos de Ourense, autos 882/2003, acto a raíz del cual la empresa toma conocimiento de estas gravísimas actuaciones y adopta las medidas pertinentes, solicitando a dicho Juzgado el testimonio de los documentos aportados como prueba por la parte demandante. 4.- Esta conducta supone un conflicto con los derechos a la protección de datos que los trabajadores tienen frente a la empresa, lo que se agrava de acuerdo a la Ley de Protección de datos de fecha 13 de diciembre de 1999, y en concreto en sus artículos 9 y 10, suponiendo una grave falta de deslealtad frente a la empresa, amén de un posible delito de acceso indebido a datos reservados, tipificado en el artículo 197 de nuestro Código Penal. Por ello, y de acuerdo a lo recogido en el Convenio Colectivo aplicable, cabe tipificar sus acciones como de las recogidas en el art. 91 del mismo, al citar como faltas graves: 4) (…) el abuso de confianza, (…) tanto a los compañeros de trabajo como a la empresa o a terceros dentro de las dependencias de la misma o durante el desempeño de trabajos o servicios por cuenta de la empresa. 5) El hacer desaparecer, inutilizar, causar desperfectos o modificaciones maliciosas en primeras materias, productos, útiles, herramientas, máquinas, aparatos, instalaciones, edificios, enseres y documentos de la empresa. 6) La indisciplina o desobediencia al Reglamento de Régimen Interior de la empresa o a las órdenes de los mandos (…) 11) el abuso de autoridad. 14) Todas las consignadas en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, consideradas como causas justas de despido. La comisión de dichas faltas, puede acarrear la adopción de las medidas tendentes a sancionar al trabajador que las cometiere, de acuerdo a lo tipificado en las medidas tendentes a sancionar al trabajador que las cometiere, de acuerdo a lo tipificado en el artículo 93 del citado Convenio, al recoger que las faltas consideradas como muy graves pueden sancionarse con: "por falta muy grave (…) despido". Entendemos que tales hechos constituyen un incumplimiento contractual grave y culpable contemplado en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, merecedores de la sanción antes referida. La liquidación que por saldo y finiquito le corresponde, se encuentra a su disposición en las oficinas de esta empresa. Finalmente, le manifestamos que la sanción interpuesta, no ha de impedir el ejercicio de las acciones penales que corresponden, respecto de las cuales hacemos expresa reserva. Sin otro particular que comunicarle, atentamente". TERCERO.- El actor llevó ante un Notario, a fin de reflejar su veracidad, un documento relativo a su cuestionario personal que se encontraba un archivo de la sala de directivos de la empresa, posteriormente lo utilizó para fines particulares (documento aportado como prueba en los Autos seguidos con el nº 882/03 en el Juzgado nº 2 de lo social de Orense); no ha quedado acreditado que el documento fuese de carácter reservado ni que se encontrase en un fichero custodiado y bajo llave por el departamento de RR.HH. de la compañía. CUARTO.- En fecha 07.01.04 fue celebrado ante el UMAC acto de conciliación, sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda presentada por don R.G.M. contra "R.V.D., S.A.", debo declarar y declaro improcedente el despido del que ha sido objeto el demandante el día 19 de diciembre de 2003 y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al actor en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que le indemnice en la cantidad de 44.261,51 euros (cuarenta y cuatro

mil doscientos sesenta y un euros con cincuenta y un céntimos), con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 109,66 euros/día. Se advierte a la demandada que de no efectuar la opción en el indicado plazo, se entenderá que opta por la readmisión".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte ambas partes siendo ambos impugnados 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 declaró la improcedencia del despido condenando a la empresa demandada a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al actor en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse su despido, o bien le indemnice en la cantidad de 44.261,51 euros, con abono de los correspondientes salarios de tramitación, recurren ambas partes litigantes, articulando el actor los dos primeros motivos de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la revisión del ordinal primero de los hechos probados, y la adición de un nuevo hecho segundo con los contenidos siguientes:

* El hecho primero, haciendo constar que: "El actor don R.G.M., viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Empresa demandada "R.V.D., S.A.", desde el 30.12.94, con la Categoría profesional de Director de Departamento de Informática y Calidad y Organización *y percibiendo un salario mensual de 3.740,56 Euros, incluido el prorrateo de pagas, cuando debería percibir un salario de 51.086,03 Euros/año ó 4.257,17 Euros/mes, con prorrateo de pagas extraordinarias", computándose a los efectos de indemnización las opciones de compra de acciones, lo que daría un salario a esos efectos de 5.258,85 euros a1 mes".*

* El nuevo hecho segundo, con la redacción que a continuación se expresa: "El actor reclamó a la empresa el pacto suscrito con don R.M.F. en febrero de 2000, y como quiera que la empresa no lo cumplía, dirigió carta el 8 de septiembre de 2003 con el contenido que se da por reproducido, según consta en los documentos N. 807 a 810 de autos, en el que reclamaba el cumplimiento del mismo. Al no obtener respuesta el 18 de septiembre de ese año, presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en reclamación de salarios por importe de 32.370,20 euros, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia el 26 de septiembre de 2003.

La empresa remitió al actor carta el 22 de septiembre, que se da por reproducida (documentos nº 814 y 815), en el que se le relevaba del puesto de Director de Informática, en base a una reestructuración que solo afectó al actor. De acuerdo con la inexistente reestructuración se le comunica a don R.G.M., mediante carta de 16 de octubre de 2003, que se le destina al Centro de trabajo de V., en el cual se ha renunciado a realizar el control de calidad pues el mismo se va a separar de la empresa principal, constituyéndose en él la entidad con personalidad jurídica propia "M.T.T., S.A."

El 22 de octubre se le comunica al actor que a partir de dicha fecha debe de fichar las entradas y salidas del Centro de trabajo de Ourense, debiendo cumplir el horario establecido de 8,30 a 16,45 Horas con 30 minutos para comer. Obligación que no se le había impuesto anteriormente al actor, ni a los restantes directivos. El 14 de noviembre se le invalida la tarjeta de acceso a dicho Centro de trabajo. Trasladado a V. se le encomiendan unas funciones que no corresponden al Departamento de Calidad y Organización, no facilitándosele los documentos para realizar dicho trabajo, así como despacho, ordenador y acceso a Internet. Formulada demanda contra tal traslado fue estimada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, que declaró dicho traslado injustificado por vulneración de Derechos Fundamentales. La empresa no reincorpora al actor al Centro de Trabajo de Ourense. El actor formuló demanda por tutela de derechos fundamentales, resolución de contrato y salarios".

La modificación que se interesa del hecho primero, relativa a la revisión del salario *resulta acogible sólo en el particular relativo al salario mensual de 3.740,56 euros, incluido prorrateo de pagas extras,* por cuanto así resulta de las hojas de salario que se han aportado por ambas partes, en concreto, de las de octubre y noviembre de 2003, mes este último anterior al despido (folios 203 a 206 y 777 y 778 de las actuaciones).

Debe rechazarse, por el contrario, la modificación relativa al salario que debería percibir (51.086,03 euros/año ó 4.257,17 euros/mes, con prorrateo de pagas extraordi-

narias, y el cómputo de las opciones de compra de acciones), y que se concreta en el último inciso de la redacción alternativa propuesta, pues los documentos en que se funda carecen de fiabilidad para entender que la juzgadora de instancia ha incurrido en un error de valoración probatoria. En efecto, el documento que se cita del folio 743 *no aparece firmado por nadie,* por lo que no constituye pacto alguno y, por sí solo, tampoco implica una declaración unilateral de voluntad de la empresa que la vincule en el sentido pretendido por el demandante. El informe que se acompaña sobre la autoría manuscrita del referido documento (folios 669 a 742), nada acredita a propósito de la existencia o inexistencia de una voluntad empresarial de establecer un acuerdo en el sentido afirmado por el trabajador recurrente. Por tanto, a falta de otros documentos o pericias que acrediten el acuerdo salarial, ha de estarse a la retribución correspondiente al mes anterior al despido que el trabajador venía percibiendo, modificándose en este sentido el salario que la juzgadora "a quo" ha declarado probado, y que no recoge en su totalidad la cantidad recibida por el actor (3.740,56 euros, incluido prorrateo de pagas extras).

Por lo que respecta a la introducción de un nuevo hecho segundo, debe acogerse también en lo substancial, de acuerdo con toda la documental que se cita, en el sentido siguiente:

"El actor reclamó a la empresa el pago de determinadas cantidades que entendía derivadas de un pacto, a medio de carta de 8 de septiembre de 2003, con el contenido que se da por reproducido según consta en los documentos obrantes a los folios 807 a 810 de autos. Al no obtener respuesta, el 18 de septiembre de ese año, presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en reclamación de salarios por importe de 32.370,20 euros, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia el 26 de septiembre de 2003.

El 22 de septiembre siguiente, la empresa remitió al actor carta (folios nº 814 y 815), en la que se le comunicaba su relevo del puesto de Director de Informática, alegando una supuesta reestructuración de distintos departamentos que, en realidad, solo afectó al actor, quien el 26 de septiembre de 2003, contestó por escrito a la empresa considerando tal decisión como una represalia. Mediante nueva carta de 16 de octubre de 2003, se comunica a don R.G.M. que se le destina al centro de Trabajo de V. alegando una supuesta mejora de la productividad en ese centro, en el cual se había renunciado a realizar el control de calidad, pues el mismo se iba a separar de la empresa principal, constituyéndose en él la entidad, con personalidad jurídica propia, "M.T.T., S.A."

El 22 de octubre se le comunica que a partir de dicha fecha debe fichar las entradas y salidas del Centro de trabajo de Ourense, debiendo cumplir el horario establecido de 8,30 a 16,45 horas, con 30 minutos para comer. Obligación que no consta se le hubiese impuesto con anterioridad al actor, ni a los restantes directivos. El 14 de noviembre se le invalida la tarjeta de acceso a dicho Centro de trabajo. Trasladado a V. se le encomiendan unas funciones que no corresponden al Departamento de Calidad y Organización, no facilitándole documentos para realizar dicho trabajo, y tampoco se le dota de despacho, ordenador ni acceso a Internet. Interpuesta demanda contra el aludido traslado, fue estimada por el Juzgado de lo Social n° 1 de Ourense, que a medio de sentencia de fecha 28 de noviembre de 2003 que declaró dicho traslado totalmente injustificado, condenando a la empresa a la reincorporación del actor a su Centro de trabajo en el Parque Tecnológico de Galicia en Ourense, reincorporación que la empresa no llevó a cabo. El actor formuló sendas demandas por tutela de derechos fundamentales y por resolución de contrato en 7 de noviembre de 2003. Había interpuesto también demanda por diferencias salariales".

Así resulta de toda la documental que se cita, apta para revisar, (folios 811 a 817, 814, 815, 818 a 820, 821 y 822, 881 883, 825, 833 y ss. 863 a 870, 871 a 878, 911 a 920, 955 a 960) y a la que la sentencia recurrida omite toda referencia tanto en los hechos probados como en la fundamentación jurídica, sin que procedan las restantes modificaciones que el demandante interesa en la redacción alternativa, por contener valoraciones que no son susceptibles de figurar en este nuevo hecho segundo que se adiciona, pasando el actual –que transcribe la carta de despido- a renumerarse como hecho "segundo bis".

SEGUNDO.- El recurso interpuesto por la empresa "R.V.D., S.A." formula un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la revisión de los hechos probados primero y tercero de la sentencia de instancia para que se modifiquen en el sentido siguiente:

* El hecho primero, en el sentido de hacer constar una categoría diferente del trabajador con base en la carta que se le envía con fecha de 22 de septiembre, en que la que se le releva de las funciones de Director de Informática, por la reestructuración del personal de la empresa, proponiendo como redacción: : "(...) *ostentando la categoría de Director del Departamento de Calidad y Organización, y percibiendo...".*

* El hecho tercero, para que se haga constar en él dos modificaciones y una adición, en concreto, donde afirma: "a fin de reflejar su veracidad", que se sustituya por *"con objeto de certificar que las copias que le presentaba se correspondían con otro documento que también exhibía",* y donde se dice: "se encontraba en un archivo de la sala de directivos de la empresa", que se sustituya por *"se encontraba en un archivo cerrado, en el que constan otros informes de los distintos trabajadores de la empresa, archivo que se encuentra sito en las dependencias del Departamento de Recursos Humanos que la compañía tiene en el inmueble sito en el Centro Tecnológico de Ourense".*

Y la adición para que se redacte haciendo constar: *"quedando perfectamente probada la privacidad del documento en cuestión, toda vez que se trata de un cuestionario elaborado con carácter previo a la incorporación del trabajador a la empresa, y por lo tanto en ningún caso propiedad del trabajador sino de la empresa. De igual modo ha quedado acreditada su colocación en un fichero, junto al resto de expedientes de trabajadores de la mercantil, encontrándose dicho fichero en las dependencias del Departamento de Recursos Humanos, al que el actor no pertenece, por lo que su presencia en el mismo debiera ser previa autorización de la Directora del mismo, no constando en ningún momento dicha autorización, como así reconoció expresamente el actor."*

La modificación interesada del hecho primero debe prosperar en el sentido que se pide, pues la categoría laboral del actor es la de *Director del Departamento de Calidad y Organización, tras haber sido relevado como Director de Informática.*

Las revisiones segunda y tercera que se interesan no resultan acogibles. La segunda, porque del documento nº 3 de la parte demandada (folios 126 a 131) en que se apoya y que constituyen unas fotografías, no se desprende nada en contrario de lo declarado por la Magistrada de instancia en el hecho impugnado.

Y la tercera, por cuanto la adición que se pretende entraña un conjunto de valoraciones jurídicas que no son susceptibles de figurar en el relato fáctico, ello aparte de que intenta sustentarse en el interrogatorio del actor, y dicha prueba (anteriormente denominada de confesión) no es hábil para la revisión de los hechos probados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 191.b) de la LPL. Por otro lado, de las fotografías citadas en las que figuran un armario y conjunto de expedientes archivados en él, no resulta nada de especial relevancia que permita sustituir el hecho impugnado cuando afirma la falta de acreditación del carácter reservado del documento aportado por el actor, o que no consta que se encontrase en un fichero custodiado y bajo llave en el Departamento de RR.HH. de la compañía. No cabe, por tanto, apreciar un pretendido error de valoración probatoria, máxime cuando lo expresado por la juzgadora "a quo" en el hecho impugnado, no puede calificarse como erróneo, arbitrario o irrazonable (art. 97.2 LPL).

TERCERO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL, formula el demandante el tercero de los motivos de su recurso en el que alega infracción de los arts. 4.2.f) y 26 y siguientes del Estatuto de los trabajadores, así como de los arts. 1.214, 1.226 y 1.255 del Código civil, y 217, 304 y 326 de la Ley de enjuiciamiento Civil, y ello por entender que consta en autos el salario pactado por el actor con el propietario de la Compañía y en aquel momento Director General, don R.M.F., habiéndose probado tal pacto aportándolo a autos, mediante fotocopia legalizada por Notario. El salario fue pactado por las partes de común acuerdo en aras a su autonomía de la voluntad y es el que debe ser acogido.

El motivo es claro que no puede prosperar por una doble consideración: La primera, porque no cabe invocar una supuesta infracción de los preceptos que se citan cuando la sentencia recurrida no los aplica, siendo reiteradísima doctrina jurisprudencial y de suplicación la que señala que las normas relativas a la carga de la prueba no permiten fundar un recurso de casación o de suplicación. Y la segunda, porque el motivo trae causa de una pretendida revisión de hechos probados que en este punto no ha sido admitida, habiéndose analizado ya el documento que se cita, el cual no aparece firmado por nadie, y que, por tanto, no puede interpretarse como un pacto o como una declaración unilateral de

voluntad susceptible de obligar a la empresa en el sentido que el demandante pretende. Lo único que cabe admitir es el salario percibido por el trabajador en el mes anterior al despido y que ya se ha incorporado al hecho primero.

CUARTO.- También en sede jurídica sustantiva, formula el demandante el cuarto de los motivos de su recurso, en el que denuncia infracción de los artículos 14, 15, 18 y 24 de la CE, así como de los artículos 4.2.c), 55.5 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, y de los artículos 6.4, 7 y 1.902 del Código Civil, y ello por entender que el despido debe ser calificado de nulo, dado que a raíz de la reclamación salarial se produjeron unos hechos claramente discriminatorios y que vulneran los derechos fundamentales citados, por represalia por el ejercicio de acciones judiciales, lo que conculca la garantía de indemnidad del trabajador.

Por su parte, la empresa demandada invoca en el segundo motivo de su recurso, vulneración del art. 54.2.d) del ET, por entender que el hecho imputado al actor ha quedado plenamente acreditado, de modo que probada la sustracción de la documentación, la misma es causa más que suficiente para suponer una vulneración de la buena fe contractual, y por tanto subsumible en las legalmente establecidas como motivadoras del despido, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y de suplicación que cita, al concurrir, a su juicio, un incumplimiento contractual grave y culpable.

El análisis de ambos motivos, que por su íntima conexión han de ser examinados conjuntamente, lleva a la Sala a la conclusión de que procede acoger el recurso interpuesto por el actor y, correlativamente, desestimar el formulado por la empresa demandada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- Es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la que viene señalando 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 17/2003, de 30 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 66/2002, de 21 de marzo; 90/1997, de 6 de mayo; 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).

2.- Es también reiterada doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del art. 24 CE (SSTC 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993\14], F. 3, 197/1998, de 13 de octubre [RTC 1998\197], F. 4, 140/1999, de 22 de julio [RTC 1999\140], F. 4, 168/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\168], F. 1 y 198/2001, de 4 de octubre [RTC 2001\198], F. 3 y STC 55/2004 de 19 de abril), la que viene señalando que «en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de

represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, 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 para la persona que los protagoniza.*

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* (SSTC 7/1993 [RTC 1993\7], 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993\14], 54/1995, de 24 de febrero [RTC 1995\54]). *En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo* (RCL 1985\1.548), ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Y, más concretamente, como razonara la STC 14/1993 (RTC 1993\14), la garantía de indemnidad que otorga el art. 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho. Si se rechazara que los trámites previos estén provistos del amparo constitucional que deriva de ese derecho, quien pretendiese impedir o dificultar el ejercicio de una acción en la vía judicial tendría el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría al empresario con actuar en el momento previo al planteamiento de ésta».

"En suma, *el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales.* El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial".

3.- Y en el presente caso, la decisión extintiva empresarial aparece adoptada obedeciendo a lesión de un derecho fundamental tal como se invoca por el trabajador en su recurso. Así, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se desprende, en síntesis, lo siguiente:

a) El actor reclamó a la empresa el pago de determinadas cantidades que entendía derivadas de un pacto, a medio de carta de 8 de septiembre de 2003. Al no obtener respuesta, el 18 de septiembre siguiente presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en reclamación de salarios por importe de 32.370,20 euros, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia el 26 de septiembre de 2003; b) El 22 de septiembre siguiente, la empresa le remitió carta en la que se le comunicaba su relevo del puesto de Director de Informática, alegando una supuesta reestructuración de distintos departamentos que, en realidad, solo afectó al actor, quien el 26 de septiembre de 2003, remitió carta a la empresa considerando tal decisión como una represalia; c) Mediante carta de 16 de octubre de 2003, se comunica a don R.G.M. que se le destina al centro de Trabajo de V. alegando una supuesta mejora de la productividad en ese centro, siendo el único trabajador desplazado; d) El 22 de octubre se le comunica que a partir de esa fecha debe fichar las entradas y salidas del Centro de trabajo de Ourense, debiendo cumplir el horario establecido de 8,30 a 16,45 horas, con 30 minutos para comer. Obligación que no consta se le hubiese impuesto con anterioridad al actor, ni a los restantes directivos; e) El 14 de noviembre se le invalida la tarjeta de acceso a dicho Centro de trabajo; f) Trasladado a V. se le encomiendan unas funciones que no corresponden al departamento de Calidad y Organización, no facilitándosele documentos para realizar dicho trabajo, y tampoco se le dota de despacho, ordenador ni acceso a Internet; g) Interpuesta demanda contra el traslado, fue estimada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, que a medio de sentencia de fecha 28 de noviembre de 2003 declaró dicho traslado injustificado, condenando a la empresa a la reincorporación del actor a su Centro de trabajo en el Parque Tecnológico de Galicia en Ourense, reincorporación que

la empresa no llevó a cabo; h) El actor formuló sendas demandas por tutela de derechos fundamentales y por resolución de contrato en 7 de noviembre de 2003. Había interpuesto también demanda por diferencias salariales; i) El 19.12.03, la empresa procedió al despido del trabajador, mediante carta cuyo contenido consta en el relato fáctico.

A la vista de lo que aparece acreditado, no ofrece duda que la decisión extintiva empresarial, producida escaso tiempo después de la reclamación judicial del actor y de los procesos iniciados por éste por vulneración de derechos fundamentales y rescisión de contrato, *ambos estimados por esta Sala en sus sentencias de 2 de abril y 14 de abril de 2004 (recursos nº 1082/04 y 809/04, respectivamente, actualmente pendientes ante el Tribunal Supremo),* comporta un evidente indicio de que dicha decisión pudo responder a una represalia frente al legítimo ejercicio de una acción judicial por parte del trabajador, con desplazamiento a la empleadora de la carga de probar las causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión por ella adoptada, pues de los datos expuestos se observa una concatenación de actos empresariales de los que no cabe mas que deducir la existencia de una represalia a las acciones tomadas por el actor. Así, frente a la reclamación de cantidades reacciona la empresa relevándole de su puesto de Director del departamento de informática, alegando una supuesta reestructuración que sólo a él afectó reduciéndosele de inmediato cometidos y responsabilidades. A su vez, frente a la oposición del actor invocando una situación de represalia, la empresa reacciona con un traslado injustificado a V. Y frente a la impugnación del traslado y presentación por el trabajador de otras dos demandas por derechos fundamentales y rescisión, la empresa le despide invocando en la carta una supuesta sustracción de documentos y apropiación de un "cuestionario personal" fotocopiado; sustracción que obviamente no ha existido, al comportar ésta *un ánimo de apoderamiento* que aquí no se da, y que nada tiene que ver con el hecho de llevar ante notario –para testimoniarlo- un documento consistente en un "cuestionario personal referido al propio trabajador como interesado", y que se encontraba en la Sala de directivos de la empresa a la que éste tenía acceso. Siendo la finalidad de dicho testimonio el poder utilizarlo posteriormente en el proceso de reclamación de cantidades, pero sin que el mencionado documento tuviese carácter reservado o confidencial ni conste que se encontrara depositado en un fichero custodiado, y bajo llave, en el departamento de RR.HH. de la compañía.

Es evidente que el proceder de la empresa, al despedir al trabajador en las circunstancias descritas y sin justificar una mínima gravedad del incumplimiento que le atribuye, respondió a una indebida reacción frente al ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial que consagra el art. 24 de la C.E. y que, como básico, proclama también el art. 4.2.g) del E.T. (STC 14/1993, de 18 de enero), con vulneración por parte de la empleadora de la denominada garantía de indemnidad, pues su decisión extintiva, *dada su falta de seriedad y entidad, y el contexto en que se produjo,* no obedeció a motivos extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (SSTC 266/1993, 135/1990 y 114/1989), sino que se revela mas bien *como un pretexto buscado con la finalidad de intentar justificar el despido.* La conclusión, por tanto, ha de ser la estimación del recurso del trabajador, la correlativa desestimación del formulado por la empresa, con revocación de la sentencia de instancia y calificación de la decisión extintiva empresarial como constitutiva de despido nulo con los efectos legales inherentes a la misma (arts. 55. 6 ET, 111. 2 y 113 LPL), esto es, la condena de la empresa a la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente resolución, sin perjuicio, en su caso, de los efectos que pueda producir la extinción de la relación laboral solicitada por el trabajador con anterioridad a su despido y que actualmente pende de recurso de casación para la unificación de doctrina, ante la Sala Social del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Las costas del recurso interpuesto por la entidad demandada han de serle impuestas a dicha empresa, incluyéndose en las mismas la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (art. 233 LPL).

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por el actor don R.G.M., y desestimando el interpuesto por la empresa demandada "R.V.D., S.A.", debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 18 de marzo de 2004, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, en los presentes autos sobre despido, y con estimación de la

demanda en lo substancial, debemos declarar y declaramos nulo el despido del actor y, en consecuencia, condenamos a la referida empresa demandada, a que proceda a la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente resolución, sin perjuicio, en su caso, de los efectos de la extincion de la relacion laboral solicitada por le trabajador con anterioridad a su despido.

4013 **Autos nº 17/04**

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. PERSOAL ESTATUTARIO AO SERVIZO DO SERGAS. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. DENEGACIÓN DE INFORMACIÓN A UN SINDICATO QUE NON CONSTITÚE VULNERACIÓN DO DITO DEREITO FUNDAMENTAL.

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

A Coruña, a siete de diciembre de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presente Autos sobre Tutela de Libertad Sindical seguidos ante esta Sala de lo Social con el nº 17/04, entre las partes, como demandante, la Organización Sindical de Médicos de Galicia Independientes O´MEGA, representados por el Letrado don M.H.G., y como demandados el Servizo Galego de Saude y don J.I.L.P. representados por el Letrado del SERGAS don J.N.B.N. y el Ministerio Fiscal.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 28 de octubre de 2004 tuvo entrada en esta Sala de lo Social la demanda presentada por la parte actora, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad con lo pedido en la misma.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para el acto de juicio el día 18 de noviembre pasado, en el cual las partes demandadas se opusieron a la pretensión interpuesta y, tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

Hechos probados

PRIMERO.-Que la organización sindical Médicos de Galicia Independientes (O´MEGA) fue constituida con fecha de 27 de agosto de 2001 siendo su ámbito de representación e implantación "… los sindicatos y asociaciones profesionales de ámbito local, provincial o autonómico de Galicia que estén constituidos en su afiliación por licenciados en Medicina y cirugía y/o titulados superiores con vinculación con la sanidad autonómica" (Art. 3 de sus estatutos) estableciendo el art. 2 que el citado sindicato tiene ámbito autonómico que incluirá a las cuatro provincias gallegas y asimismo el art. 6 de sus Estatutos establece que: constituyen sus objetivos y fines entre otros: " 1.- la representación, defensa y promoción de los intereses profesionales, laborales, sindicales y de carácter general, que sean comunes a todas las organizaciones en ellas afiliadas así como de los afiliados a las mismas".

SEGUNDO.- Que el sindicato O´MEGA en las elecciones a representantes de personal funcionario al servicio de las administraciones publicas en el Servizo Galego de Saúde, a fecha de 30 de abril de 2003, obtuvo 7 representantes, 6 en la provincia de Pontevedra y 1 en la de Orense.

TERCERO.- Que la organización anteriormente citada –demandante en los presentes autos –remitió en fechas 16.10.03 y 19.11.03 sendos escritos a la Dirección Xeral de Recursos Humanos del SERGAS, concretamente a don J.I.L.P., Director de la división de recursos humanos del SERGAS, solicitando copias de las pólizas de seguro concernientes a responsabilidad civil y al prorrateo de guardias en los casos de IT.

CUARTO.-La dirección de recursos humanos del SERGAS no contesto ninguna de estas peticiones escritas de información.

QUINTO.- La Consellería de Economía y Hacienda de la Xunta de Galicia es la entidad firmante de la póliza de responsabilidad civil, póliza suscrita con la compañía de segu-

ros "Z.E." compañía de seguros y reaseguros, y en cuanto a las pólizas de prorrateo de guardias en los casos de ILT, no existen en la actualidad, pues desde el año 2003 lo asume directamente el SERGAS sin suscribir ninguna póliza de seguro.

SEXTO.- Que la citada póliza de responsabilidad civil esta en la Web de la Xunta, y se puede descargar la póliza, pero no esta en la Web del SERGAS, sino por enlace con la de la Xunta.

SÉPTIMO.- No consta acreditado en autos que la información solicitada por el sindicato accionante al SERGAS, hubiese sido facilitada por este a otros sindicatos, no constando por tanto un trato desigual del sindicato accionante frente a otros sindicatos.

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 la parte demandada Servicio Gallego de Salud se alegan las excepciones de falta de jurisdicción, de falta de legitimación activa, litis consorcio pasivo necesario, falta de acción, e indebida acumulación de acciones.

Que en primer lugar alega el SERGAS la excepción de falta de jurisdicción de acuerdo con el artículo 3.1.a) de la LPL, ello por entender que en el caso de autos se plantea una demanda en relación con los intereses generales y laborales de los médicos de la comunidad autónoma de Galicia, en la que la jurisdicción competente seria la contenciosa-administrativa además de que por la generalidad del texto de la demanda ya que se incluiría no solo al personal estatutario sino también a aquellos médicos funcionarios pertenecientes al SERGAS (por ej. personal de cupo y zona) y además si se entendiese referido solo al personal estatutario tras la aprobación del estatuto marco por ley 55/2003 de 16 de diciembre, que en su artículo 1 establece la relación funcionarial especial del personal estatutario y demás preceptos del nuevo estatuto que califican al personal estatutario de personal funcionario, por lo que estima que dado que ninguna duda se plantea respecto a la condición funcionarial de este personal, la jurisdicción competente sería la contenciosa-administrativa.

La citada excepción de incompetencia de jurisdicción no resulta acogible, pues como ha resuelto la sentencia de esta sala en autos 12/2004, de fecha 4 de 11 de 2004, la cual indica que la STSJ de Castilla-León, de 17 de febrero de 2004 (AS 2004/621) señala que "aunque el proyecto que dio origen a la ley 55/2003 de 16 de diciembre, por el que se aprueba el nuevo estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, parece que nació con la intención de derivar todas las cuestiones referidas a este personal al orden contencioso, sin embargo, y a tras los pertinentes tramites de informe ante el propio Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, el proyecto que se presento finalmente al Congreso, y fue aprobado, carece de pronunciamiento abierto al respecto y de derogación expresa del artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, con lo que la duda que pudiera originarse sobre una cuestión tan fundamental como es el conocimiento jurisdiccional de estas relaciones, ha de resolverse a favor de la competencia del orden social.

De una parte, porque ya una reiterada jurisprudencia de unificación, se cita a modo de ejemplo la sentencia de 11 de junio de 2001 (RJ 2001/5.917), venia señalando la naturaleza jurídica similar que existe en el vinculo entre la administración y el personal estatutario de las instituciones sanitarias de la seguridad social y el de los funcionarios públicos, que hace que el personal estatutario constituya un régimen jurídico especial dentro del marco del derecho común de la función publica, lo que conlleva que suplementariamente se aplique este ultimo derecho, como se deduce del artículo 1 de la ley 30/1984 de 2 de agosto. Y no cabe sostener por ello que la explicita calificación que de las relaciones del personal estatutario hace como funcionariales especiales la ley 55/03 (exposición de motivos ap. 3 y art. 1) modifique la naturaleza del vinculo de tal personal.

De otra, porque de la derogación que tal ley dispone disposición derogatoria única, apartado e, f y g de los tres s estatutos tradicionales que regían las relaciones de tal personal, no cabe derivar tácitamente la del art. 45 LGSS del artículo 74 al no ser la norma que complemente los estatutos derogados sino especifica de atribución competencial al orden social de cuantas cuestiones surjan en relación con el citado personal, que sigue vigente, al no ser objeto de derogación expresa."

Por todo lo cual se estima por la Sala que la competencia para el conocimiento del asunto ha de residenciarse en este orden jurisdiccional social (art. 2.k) y p) de la LPL) por

tratarse, en definitiva, de un proceso de tutela de un derecho fundamental.

En segundo lugar alega el demandado SERGAS la excepción de falta de legitimación activa, por estimar que el sindicato accionante no tiene el ámbito de más representativo en la Comunidad Autónoma, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985 de libertad sindical y efectúa una petición respecto a un órgano competente en toda la comunidad autónoma y además con arreglo a los artículos 9 y 11 de la ley 11/1987 tampoco existiría el derecho de conocer las pólizas solicitadas por parte de los sindicatos mas representativos.

Respecto de ello decir que tratándose en el supuesto de autos de un sindicato con ámbito autonómico que incluye a las cuatro provincias gallegas y aun cuando únicamente haya obtenido 7 representantes en las ultimas elecciones, 6 en la provincia de Pontevedra y 1 en la provincia de Orense, planteando una demanda de tutela de derechos de libertad sindical esta el mismo legitimado activamente, sin perjuicio del derecho que le asista o no a conocer el contenido de las pólizas, que la demandada estima que solo tienen los sindicatos mas representativos, cuestión en todo caso que afecta al fondo del asunto y se resolverá en todo caso al estudiar el fondo del asunto.

En tercer lugar alega el SERGAS la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por entender que la Consellería de Economía y Hacienda de la Xunta de Galicia es la entidad firmante de la póliza de responsabilidad civil, y la empresa firmante de la póliza con la Xunta (Consellería de Economía y Hacienda) es la compañía aseguradora "Z.E." compañía de seguros y reaseguros, por lo que estima que esta entidades deberían haber sido demandadas.

La situación de litis consorcio pasivo necesario se presenta cuando, por la naturaleza de la relación jurídico material que constituye el fondo del litigio, la resolución que recaiga en éste puede afectar no sólo a las partes que estén presentes en el mismo sino también a otra u otras personas que han quedado fuera del proceso, las que sin haber tenido oportunidad de defenderse, pueden quedar vinculadas con tal resolución. Se trata por tanto de que la legitimación para ser parte en el litigio no la ostentan de forma completa y en exclusiva quienes están presentes, sino que el interés legítimo sobre el objeto de debate también lo tienen quienes han quedado fuera del proceso y podrían ser afectados por la sentencia sin haber tenido la oportunidad de ser oídos, lo que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978\2.836). Por eso, los Tribunales deben vigilar de oficio el que exista una correcta composición del consorcio procesal para evitar que se tramite el proceso sin la presencia de todos los que tienen que ser parte en el mismo.

La excepción alegada merece el rechazo de la Sala, pues el principio de audiencia y defensa que late en el fondo de aquella excepción ha de ser entendido razonablemente conectado con otro principio constitucional de tan obligado respeto, cual es la de tutela judicial efectiva (art. 24 CE [RCL 1978\2.836]), Y en el supuesto de autos la Sala estima que planteándose en la presenta demanda una posible vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato accionante, concretada en no facilitar información con trato discriminatorio al facilitarle la misma a otros sindicatos, en nada afectaría la resolución que se dictase a la Consellería de Economía de la Xunta de Galicia, ni tampoco a la compañía aseguradora, (las cuales en ningún caso podrían ser vulneradoras del derecho de libertad sindical) y en nada les afectaría la resolución que eventualmente pudiera dictarse en la presente litis, y en nada afectaría tampoco a la protección de datos.

Se plantea asimismo por el SERGAS la excepción de falta de acción, respecto a la petición de la copia de las pólizas de prorrateo de guardias en los casos de ILT, ya que desde el año 2003 asume directamente el SERGAS sin suscribir ninguna póliza de seguro; excepción que ha de merecer igual suerte desestimatoria, por cuanto que el sindicato accionante que presenta demanda de vulneración de derecho de libertad sindical desconoce al demandar si el SERGAS asume o no directamente el prorrateo de guardias en los casos de ILT y desde que fecha, y en todo caso ello afectaría directamente al fondo del asunto, por lo que procede la desestimación de la excepción alegada.

Finalmente alega el SERGAS la excepción de acumulación indebida de acciones, respecto de la petición de indemnización que se solicita en el numero 3 del suplico de la demanda y con arreglo al art. 176 de la LPL el objeto de este proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical sin posibilidad de acumulación de acciones de otra naturaleza.

Respecto de ello cabe decir que, el artículo 180 de la LPL regula el contenido de la sentencia que ha de recaer en la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Según dicho precepto, la sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada y, en caso afirmativo, y previa declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, «así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera». De manera paralela, el artículo 15 de la LOLS señala que si el órgano judicial entendiese probada la violación de libertad sindical, decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical «así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas» (lo que suele implicar una obligación de hacer).

Así en STS de 14.07.93 (RJ 1993\5.678) se establecía que «la acción de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales tiene un contenido complejo ordenado al cese inmediato del comportamiento antisindical, a la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, y a la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera», por ello la resolución que pone fin a este proceso especial será normalmente, si se reconoce lesión de derecho fundamental, una Sentencia declarativa y de condena, en la que, como ha dicho la doctrina científica, se lleva a cabo al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical, una tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y, en su caso, una tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador o trabajadores afectados. Por todo lo cual no puede estimarse la excepción alegada de indebida acumulación de acciones.

SEGUNDO.-El sindicato O´MEGA ejercita una acción de tutela de libertad sindical contra el SERGAS y el director de la división de recursos humanos del SERGAS don J.I.L.P., alegando que los demandados omitieron de forma voluntaria e intencionada y con voluntad discriminatoria contra la organización sindical accionante, suministrar a esta la información a la que tiene derecho, interesada por escritos dirigidos al SERGAS e incontestados, información en relación con las copias de las pólizas de seguro que cubren la responsabilidad civil, así como el prorrateo de guardias en los casos de ILT.

Que el objeto del pleito, queda reducido a determinar si la Administración sanitaria demandada (SERGAS), con su conducta, al no facilitar al sindicato accionante la información que solicitaba, y si la facilito o no a otros sindicatos, vulneró el derecho a la libertad sindical de la organización demandante y causó a ésta perjuicios evaluables económicamente.

Como se ha encargado de recordar la STC 87/1998, de 21 de abril (RTC 1998\87): «Desde la STC 38/1981 (RTC 1981\38), la doctrina de este Tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela del derecho fundamental de libertad sindical. En este sentido, se ha señalado que, cuando se alegue que una decisión 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. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 73/1998 [RTC 1998\73], y las allí citadas).

No es, pues, suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto empresarial ha lesionado su libertad sindical, un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, vale decir, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto (SSTC 90/1997 [RTC 1997\90] y 73/1998 [RTC 1998\73]), a lo que se refiere precisamente el art. 179.2 de la LPL, que precisa que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por motivos sindicales. En fin, el demandante que invoque esta inversión de la carga de la prueba ha de desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa de la que resulten indicios de que ha existido discriminación (STC 266/1993 [RTC 1993\266], fundamento jurídico 3º).

Ahora bien, alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de poner de manifiesto la existencia de causas suficien-

tes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión (STC 21/1992 [RTC 1992\21], fundamento jurídico 1º) Como hemos precisado, no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (STC 266/1993 [RTC 1993\266], fundamento jurídico 2º), pero sí debe asumir, en estos supuestos, la carga de probar, sin que resulte suficiente el intentarlo (STC 114/1989 [RTC 1989\114], fundamento jurídico 6º), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 73/1998 [RTC 1998\73], fundamento jurídico 2º)».

Cierto es que la doctrina del TC también tiene reiteradamente declarado que no toda limitación de la capacidad de actuación de un Sindicato determina necesariamente una vulneración de la libertad sindical, sino que tal lesión sólo se producirá cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación, como sucede en el supuesto de las exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por convenios colectivos con facultades negociadoras (SSTC 73/1984, de 27 de junio [RTC 1984\73]; 9/1986, de 21 de enero [RTC 1986\9]; 39/1986, de 31 de marzo [RTC 1986\39]; 184/1991, de 30 de septiembre [RTC 1991\184] y 213/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991\213], entre otras), o en el caso de utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio estatutario con exclusión de otro Sindicato legitimado (SSTC 187/1987, de 24 de noviembre [RTC 1987\187] y 137/1991, de 20 de junio [RTC 1991\137]), o cuando la actuación unilateral del empresario, amparada en principio por las facultades directivas implícitamente reconocidas por la libertad de empresa (art. 38 CE [RCL 1978\2836; ApNDL 2.875]), afecte a la posición negociadora del Sindicato, vaciando sustancialmente de contenido la libertad sindical (SSTC 58/1985, de 30 de abril [RTC 1985\58]; 105/1992 [RTC 1992\105] y 208/1993 [RTC 1993\208]).

En el presente supuesto, de la prueba practicada en autos no se deducen en modo alguno la existencia de indicios de discriminación para el sindicato accionante, de hecho en modo alguno resulta que hubiera habido trato desigual frente a otros sindicatos, pues no consta acreditado en autos que la información solicitada por el accionante se facilitase a otro sindicato y no al actor; que en todo caso la información que solicita el accionante estaba disponible en la pagina Web de la Xunta, y además en modo alguno consta que la misma fuese esencial para el ejercicio de la actividad sindical del sindicato accionante, y ello al margen de que la información que se solicita deba o no de ponerse a disposición de los sindicatos cuestión en la cual la Sala estima que no es necesario examinar (aun cuando en principio con arreglo al artículo 9 de la ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones publicas, no se encuentra incluida esa información entre la que se tiene que suministrar a las juntas de personal y delegados de personal) y, habida cuenta de que en el concreto procedimiento que se plantea de vulneración de libertad sindical la única cuestión planteada es, si la no facilitación de información por el SERGAS al sindicato, intencionadamente y de modo discriminatorio, al facilitársela al otros sindicatos vulnera o no su derecho de libertad sindical, y la Sala como ha señalado estima que además de que no ha habido un trato desigual, pues no consta probado que la información que solicita se le haya facilitado a otro sindicatos y no al accionante es que además no se observa en modo alguno que la información solicitada, a la que por otra parte tenia acceso a través de la Web de la Xunta, fuese esencial para el ejercicio de de la acción sindical, por lo que no se estima que en el supuesto de autos existiese vulneración del derecho de libertad sindical; todo lo cual conduce, sin necesidad de entrar en mas consideraciones a la desestimación de la demanda, con la consiguiente absolución de los demandados.

Fallamos

Que desestimando la demanda interpuesta por el Organización Sindical de Médicos de Galicia Independientes O´MEGA contra loa demandados SERGAS y don J.I.L.P. sobre Tutela de Libertad Sindical, debemos absolver y absolvemos a los demandados de las pretensiones en su contra deducidas.

4014 Recurso nº 5.239/04

S.S. INEXISTENCIA DOS PRESUPOSTOS CONFIGURADORES DA DIMISIÓN DO TRABALLADOR.

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

A Coruña, a diez de diciembre de dos mil cuatro

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. 5.239/04, interpuesto por doña M.J.G.L. y Organismo Autónomo Correos y Telégrafos 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 doña M.J.G.L. en reclamación de despido, siendo demandado Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 452/04 sentencia con fecha 15-7-04, 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.J.G.L. ha venido prestando servicios para el demandado Organismo Autónomo Correos y Telégrafos, desde el 24.11.00, en virtud de contrato de interinidad, ostentando la categoría profesional de auxiliar de reparto, y percibiendo un salario mensual, a efectos de indemnización de 1.079,16 €. La cláusula adicional 5ª del contrato suscrito entre las partes establece que tiene por objeto sustituir a doña J.I.F. en situación de servicios especiales. Dicho contrato figura incorporado a autos teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido. SEGUNDO.- En fecha 15.04.04 recibí comunicación escrita del demandado del siguiente tenor literal: "Muy Sr. Mío. En primer lugar quiero transmitirle mi felicitación y la de Correos porque Vd. se encuentra en el listado de los 8.000 seleccionados que van a ocupar un puesto de trabajo fijo en Correos. Como consecuencia de lo anterior dispone hasta el 22 de abril para presentar la petición de destino y si reúne los requisitos establecidos en las bases de la convocatoria (reconocimiento médico, documentación etc.), el próximo día 10 de mayo de 2004 Ud. quedará contratado en la plaza que le corresponda de acuerdo a su posición en la lista definitiva de seleccionados. De esta forma su relación laboral eventual en Correos quedará extinguida el próximo 9 de mayo de 2004. Atentamente. El director territorial." TERCERO.- En el BOE nº 86 de 10.04.03 se publica la Resolución de 03.04.03 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. por la que se anuncia convocatoria de pruebas selectivas para proveer, en el marco de consolidación de empleo temporal plazas de personal laboral fijo. La actora participó en dichas pruebas selectivas superando las mismas con una puntuación de 37,31 puntos, situándose en el nº 4.257 del orden total del proceso selectivo. La actora presentó formulario de petición de destino solicitando 31 puestos de trabajo, siéndole adjudicado el que hacía el nº 14 de su petición (puestos Base 11 y 12 de Madrid). La actora no tomó posesión de su destino. CUARTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores. QUINTO.- Se tuvo por intentada sin efecto la conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.J.G.L. contra Organismo Autónomo Correos y Telégrafos, debo declarar y declaro improcedente el despido del actor llevado a cabo el 09.05.04 y en consecuencia condeno a la citada empresa a que a su opción readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice la cantidad de: 5.599,43 € en concepto de indemnización, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la de la presente resolución, advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse por la empresa demandada ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante 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.- La Sentencia de Instancia declaró la improcedencia del despido sufrido por la actora, frente a ella se ha interpuesto recurso tanto por aquélla, como por la empresa ("Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA"). La trabajadora pretende –vía artículo 191.b) LPL- la alteración de los HDP para hacer constar los últimos contratos prestados para la empresa y denuncia, en primer lugar, la infracción de los artículos 55 ET y 37 Convenio Colectivo aplicable, del entero contenido del RD 2.720/98 y de la jurisprudencia sobre el despido nulo; y en segundo, sin alegar precepto alguno, el indebido cálculo de la indemnización correspondiente al despido improcedente. Mientras, la empresa denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 4 RD 2.720/98 en relación con el "Acuerdo sobre provisión de puestos de trabajo de carácter temporal" de diciembre de 2002; del artículo 56 ET y del artículo 7 CC. Veámoslos separadamente.

SEGUNDO.- 1.- La trabajadora interesa con amparo en los folios 9 a 11 y 36 la redacción del ordinal primero de los HDP en los siguientes términos: "Doña M.J.G.L. ha venido prestando servicios de manera continuada para el demandado "Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos", desde el 10 de febrero de 1997, bajo las siguientes modalidades de contratación:

- 10.02.97 a 09.03.97: Eventual.
- 10.03.97 a 31.03.97: Interino.
- 08.04.97 a 06.03.99: Interino.
- 07.03.99 a 08.07.99: Interino.
- 09.07.99 a 23.11.00: Vacante.
- 24.11.00 hasta la fecha de despido: Interino.

Ostentando en el momento del despido la categoría profesional de auxiliar de reparto y percibiendo un salario mensual, a efectos de indemnización de 1.079,16 €.

La cláusula adicional 5ª del último contrato suscrito entre las partes establece que tiene por objeto sustituir a doña J.I.F. en situación de servicios especiales; estableciéndose como causa de extinción del mismo la incorporación del trabajador sustituido, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo o por el vencimiento legal o convencionalmente establecido para la reincorporación."

Tan solo admitimos en parte la modificación postulada, desde "Doña M.J.G.…" hasta "…a efectos de indemnización de 1.079,16 €.", que vendría al efecto a sustituir la redacción originaria del primer párrafo del ordinal primero de los HDP, sin embargo no aceptamos el último de los párrafos propuestos –que vendría a sustituir a los dos últimos del ordinal referido, pues se trataría en definitiva de una cuestión de estilo, de mera redacción, que no puede admitirse. La sustitución la aceptamos, aunque se trate de un dato que –a la postre– no ha de tener trascendencia para la resolución, sin embargo –así, SSTS Galicia de 10.01.01 R. 3.424/98, 12.01.01 R. 4.678/99, 19.01.01 R. 5.470/00, 24.01.01 R. 3.204/97, 15.03.01 R. 444/00, 29.03.01 R. 1.202/01, 21.04.01 R. 218/99, 30.05.01 R. 2.125/01, 26.06.01 R. 2.451/01, 03.10.01 R. 4.202/01 y 30.01.03 R. 5.819/02–, al no ser este trámite de Suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de Casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son irrelevantes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23.02.99 Ar 2.018, 19.01.98 Ar 997, 22.05.96 Ar 4.610,...).

2.- Por lo tanto, los datos fácticos de la litis son los siguientes: (a) la actora presta servicios para Correos desde febrero de 1997 bajo modalidades de eventual, interino y vacante, siendo el último de los contratos vigentes de interinidad para sustituir a un trabajador con reserva de puesto de trabajo; (b) en 04.03 se publicó una convocatoria de pruebas selectivas para proveer plazas en el marco de una consolidación de empleo temporal, participando la actora y obteniendo número en el mismo; (c) el 15.04.04 se le comunicó que había sido seleccionado para ocupar un puesto de trabajo fijo y que el 10.05.04 quedaría contratado en la plaza que le correspondiese según el concurso, quedando extinguida su relación laboral; y (d) no se incorporó al destino que se le adjudicó de los que había solicitado.

TERCERO.- 1.- Ya en el campo jurídico, por la actora se postulan de manera subsidiaria dos motivos de suplicación; bien que el

despido fue nulo, bien que la antigüedad de la trabajadora era mayor, a efectos del cálculo de la indemnización.

2.- El primero de los motivos ha de ser desestimado de plano, ni de los HDP ni de las pruebas practicadas puede deducirse que se pueda incardinar la calificación del despido en ninguna de los supuestos previstos en el artículo 55 ET (discriminación prohibida por la CE o la ley, violación de derechos fundamentales, durante la suspensión por causa de maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento o, por último, embarazo), que recogen de manera exhaustiva los supuestos de despido nulo, sin que este sentido baste la mera declaración de la actora –que por otra parte parece fundamentarlo en el hecho de no existir causa que lo justifique y no en ninguna de las indicadas-, pues si bien es cierto que en los supuestos afectantes a derechos fundamentales o libertades públicas se invierte la carga de la prueba, en ningún caso puede llegarse a la *probatio diabólica;* por ello, no basta la mera afirmación, sino que es preciso demostrar una apariencia de aquella vulneración (SSTC 308/2000, de 18.12; 136/2001, de 18.06; 14/2002, de 28.01; 41/2002, de 25.02, f. 3; 48/2002, de 25.02 f. 5; 84/2002, de 22.04 f. 3, 4 y 5; 5/2003, de 20.01 f 6) y aquí no se ha hecho. Porque –en definitiva- ha de calificarse como despido improcedente toda extinción patronal que ni tenga encaje en otra causa específica ni pueda calificarse como despido procedente o nulo (SSTS 20.02.95 Ar. 1.162, 25.05.95 Ar. 4.005; 26.01.96 Ar. 202; 10.07.96 Ar. 6.102). Más en concreto, la doctrina unificada destaca que cuando se procede a extinguir un contrato pretendidamente temporal invocando una causa que resulta inexistente, si se han cumplido los requisitos de forma pedidos por el ET, el cese ha de calificarse como despido improcedente (SSTS 25.05.93 Ar. 4.124; 07.06.93 Ar. 4.547; 30.06.93 Ar. 4.943; 21.09.93 Ar. 6.892; 22.09.93 Ar. 7.026; 15.10.93 Ar. 7.603; 02.11.93 Ar. 8.346; 28.12.93 Ar. 10.074; 30.12.93 Ar. 10.081; 24.01.94 Ar. 865; 21.02.94 Ar. 1.221; 31.05.94 Ar. 5.370; 28.06.94 Ar. 5.495; 05.07.94 Ar. 7.044; 30.01.95 Ar. 527; 13.02.95 Ar. 1.150; 20.02.95 Ar. 1.162; y 21.12.95 Ar. 9.320). Esto es, el presente es un despido o bien procedente o bien improcedente, pero no desde luego nulo.

CUARTO.- 1.- Con respecto a la fijación de la antigüedad, y a pesar de que indebidamente la recurrente no cita precepto infringido alguno y podría inadmitirse sin más, haciendo uso amplio del principio *pro actione* examinaremos lo que habría de ser infracción del artículo 56 ET y 101 LPL.

Es doctrina de la Sala Cuarta que para determinar la licitud de un contrato temporal que es el último de una serie de ellos ha de tomarse en cuenta también la validez de los procedentes, si no ha existido solución de continuidad entre los mismos (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1.572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010). Sin embargo, el control de legalidad ha de atender de exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre éste y el anterior haya mediado un plazo superior al plazo de caducidad de la acción de despido (20 días hábiles). A su vez, esta regla puede obviarse cuando se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad (aparte de las citadas, STS 22.04.02 Ar. 7.796). No obstante, si los contratos se han celebrado con arreglo a la normativa que los regula, no cabe apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza (STS 29.12.95, Ar. 9.847).

2.- Por otro lado, tal como tenemos señalado en diversas ocasiones –así la STSJ Galicia 17.06.04 R. 2.196/04 y 04.02.04 R. 6.706/03–, en materia de contratación la temporalidad no se presume y exige, en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas, hasta el punto de que los artículos 8.2 y 15.3 ET y 9.1 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, que lo desarrolla establezcan una presunción a favor de la contratación indefinida. Pero el cumplimiento de los requisitos formales que la normativa indicada impone "no constituye una exigencia *ad solemnitatem,* y la presunción señalada no *es iuris et de iure*, sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido" (STS 21.03.02 Ar. 3.818 y las muchas que en ella se citan).

Asimismo, la jurisprudencia también tiene declarado que la eventualidad "ha de entenderse como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual ni razonablemente aconseja, por su

excepcionalidad, un aumento de personal fijo" (STS 20.03.02 Ar. 5.284). Y también es pronunciamiento de la misma doctrina unificada –a propósito de la interpretación del artículo 15.4 ET: "Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley"– que el fraude de ley "no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal *(dolus malus)* sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada. En este sentido, y con este único alcance, cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el artículo 6.4 del Código Civil: el contrato de trabajo concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir" (STS 20.03.02 Ar. 5.284; en el mismo sentido, respecto de que el *fraus legis* no requiere elemento subjetivo adicional, la STS 29.03.93 Ar. 2.218).

3.- Y como colofón, -tal y como ya hemos indicado *supra*- la doctrina unificada destaca que cuando se procede a extinguir un contrato pretendidamente temporal invocando una causa que resulta inexistente, si se han cumplido los requisitos de forma pedidos por el ET, el cese ha de calificarse como despido improcedente (SSTSS ya citadas). Doctrina aplicable específicamente a los casos en que el contrato temporal extinguido se hubiera celebrado en fraude de ley (SSTS 25.05.93 Ar. 4.124; 07.06.93 Ar. 4.547; 30.06.93 Ar. 4.943; 21.09.93 Ar. 6.892; 22.09.93 Ar. 7.026; 15.10.93 Ar. 7.603; 02.11.93 Ar. 8.346; 30.12.93 Ar. 10.081; 24.01.94 Ar. 865; 21.02.94 Ar. 1.221; 31.05.94 Ar. 5.370; 28.06.94 Ar. 5.495; 05.07.94 Ar. 7.044; 30.01.95 Ar. 527; 20.02.95 Ar. 1.162; 02.06.95 Ar. 4.749; 21.12.95 Ar. 9.320).

QUINTO.- 1.- Todo lo anterior es claramente proyectable al asunto presente y a los hechos que como incólumes han quedado. Los HDP describen la prestación de servicios de la trabajadora desde el año 1997: un primer contrato de un mes de duración, otro de veintiún días, el tercero de un año y once meses, otro de cuatro meses, el quinto de un año y cuatro meses, y el último desde noviembre de 2000; y entre los mismos no existe prácticamente solución de continuidad, por lo tanto habría que analizar la legalidad de todos y cada uno de los contratos temporales celebrados entre la Sociedad Estatal y la trabajadora, puesto que lo único que podría obviar la continuidad contractual -STS 29.12.95, Ar. 9.847, ya citada- sería que los contratos se hubiesen celebrado con arreglo a la normativa que los regulaba, en cuyo caso no cabría apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza. Aunque, en todo caso, su análisis se hará por el título por el que hayan sido calificados en la relación incorporada a los HDP, sin poder analizar la verdadera naturaleza de los mismos ni comprobadas las razones por las que se celebraron dichos contratos, porque no se han aportado los contratos; de hecho, en el último, que ya dura cuatro años, el trabajador está sustituyendo a un liberado sindical con reserva de puesto de trabajo y está plenamente acreditada la justificación de su celebración. Por ello, hemos de presumir que cuando indica interino se refiere o bien a sustituir a un trabajador con reservad de puesto de trabajo, o bien a la cobertura de una plaza mientras se adjudica en su proceso selectivo; mientras que eventual hará referencia a circunstancias de la producción o a obra o servicio determinado.

2.- La normativa a aplicar a los tres primeros -vigentes entre el 10.02.97 y el 06.03.99- sería la prevista en el RD 2.546/94, 29 de diciembre, pues la DT Única.1 RD 2.720/08, 18 de diciembre precisa que "los contratos de duración determinada concertados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto, seguirán rigiéndose por las disposiciones vigentes en el momento de su celebración". Y así, en cuanto al primero –eventual- duró menos de un mes, con lo que parece haberse celebrado según la normativa vigente (artículo 2 y 3 RD), y en cuanto a los dos siguientes –interinidad- les sería de aplicación lo previsto en el artículo 4 RD 2.546/94, que es el que regula el contrato de interinidad, y, en concreto, su apartado segundo letra b) que dice que "su duración será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva de puesto de trabajo, o la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto de trabajo, sin que, en este último supuesto, la duración pueda ser superior a tres meses. En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos de interinidad coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos confor-

me a lo previsto en su normativa específica", por lo tanto, no hay irregularidad alguna, puesto que podemos presumir que tanto una duración de un mes, como una de dos años (la última ha durado cuatro años), puede haberse justificado en una reserva o proceso de selección. De hecho, para las Administraciones Públicas (y la "Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA" comenzó su andadura como tal el 29.06.01 con su inscripción en el Registro Mercantil, sustituyendo en todo a la anterior entidad pública empresarial, mas hasta ese momento lo era) la demora –razonable o no– en la cobertura de plaza vacante ocupada por interino no determina su fijeza laboral (SSTS 23.03.99 Ar. 3.237; 11.12.02 Ar. 2003\1.960), sólo un incumplimiento de sus deberes legales (además de las citadas, las SSTS 28.12.95 Ar. 1.295; 22.01.96 Ar. 4.128; 20.03.96 Ar. 2.301; 29.03.96 Ar. 2.502; 23.04.96 Ar. 3.401; 10.05.96 Ar. 4.390; 13.05.96 Ar. 4.393; 20.06.96 Ar. 5.218; 24.06.96 Ar. 5.298; 26.06.96 Ar. 5.311; 29.06.96 Ar. 5.403; 06.11.96 Ar. 8.08; 25.11.96 Ar. 8.721; 06.02.97 Ar. 995).

3.- Con respecto a los dos últimos contratos (de cuatro meses y un año y cuatro meses de duración, la normativa aplicable ya sería la del RD 2.780/98, cuyo artículo 4 contiene una regulación idéntica a la que hemos reflejado al hilo del RD del 94, por lo tanto, la solución es la misma: dichos contratos no pueden tenerse en cuenta a la hora de fijar la antigüedad del trabajador para el cálculo de la indemnización del despido improcedente. En consecuencia, hemos de rechazar también el segundo motivo.

SEXTO.- 1.- En cuanto a los motivos alegados por la empresa, hemos de rechazarlos todos también. Se ha alegado –como ya indicamos- la infracción del artículo 4 RD 2.720/98 en relación con el "Acuerdo sobre provisión de puestos de trabajo de carácter temporal" de diciembre de 2002; del artículo 56 ET y del artículo 7 CC.

2.- Los dos primeros motivos exigen de un pronunciamiento conjunto, porque se refieren a la indebida calificación del despido como improcedente. Lo primero que ha de quedar claro es que tras la transformación de Correos en Sociedad Anónima, puesto que tiene personalidad jurídica propia (como SA) y participa en el mercado privado, es empresa privada y sometida a las mismas reglas de contratación que las demás empresas, sin que pueda beneficiarse de unos privilegios que están pensados para la Administración u Organismos Autónomos. La contratación temporal en nuestro sistema legal de relaciones laborales está sujeta a normas de Derecho necesario, de modo que el artículo 15 ET, establece que podrán celebrarse contratos de duración determinada únicamente en los supuestos que a renglón seguido enumera: obra determinada, eventuales, interinidad y, el recientemente incorporado, de inserción; una doctrina jurisprudencial reiterada ha señalado que "para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, no basta, en absoluto, con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone" [STS 22.06.90 Ar. 5.507] (SSTS 17.12.01 –SG– Ar. 2.116; 17.12.01 –SG– Ar. 2.116 Ar. 2.028). Desde luego, no es de recibo justificar el incumplimiento de requisitos imperativos de la contratación temporal en una alegada pseudo pertenencia al sector público, prorrogando indebidamente lo que es un régimen excepcional, basado en las características del contratador, a una ya empresa privada (a pesar de sus características especiales). Es más, las AAPP están sometidas al ordenamiento laboral cuando actúen como parte de un contrato de trabajo (STC 205/1987, de 21 de diciembre), porque "la mención que, sin mayores precisiones, hace el artículo 19 de la LRFP al personal laboral, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios [artículo 1.2 E T] celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del artículo 9.1 CE que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La repercusión del citado artículo 19 LRFP en la relación individual de trabajo se limita, por tanto, al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración" (SSTS 18.03.91 Ar. 1.875, con cita de las 07.03.88 Ar. 1.864, 18.07.89 Ar. 5.873 y 11.02.91 Ar. 822; reitera la doctrina, la 07.10.92 Ar. 7.621).

En este supuesto, se cesa a la trabajadora a efectos del 09.05.04 alegándose un proceso de consolidación iniciado un año antes y porque se va a proceder a incorporar a la interina en otro puesto (Madrid), pero sin que conste que la trabajadora que estaba sustituyendo haya perdido su derecho de reserva (STS 02.04.02 Ar. 6.004) o se haya reincorporado a aquel puesto (SSTS 29.03.99 Ar. 3.760; 19.10.99 Ar. 9.413), o se haya amortizado la plaza (SSTS 02.04.97 Ar. 3.045; 09.06.97 Ar. 4.692; 27.03.00 Ar. 3.128; 12.03.02 Ar. 5.139; 14.03.02 Ar. 5.202). Por lo tanto, esa decisión extintiva empresarial ha de ser calificada como improcedente, porque así lo hace el TS cuando la causa de finalización alegada no se ajusta a las previsiones y requisitos legales de la modalidad contractual pactada (STS 25.05.95 Ar. 4.005).

SÉPTIMO.- 1.- Y por supuesto, tampoco puede hablarse de dimisión o renuncia del trabajador a la relación vigente (vinculándolo a los actos propios), porque –tal y como decíamos en STSJ Galicia 02.11.04 R. 4.469/04 (para un caso similar)- ninguna de dichas situaciones concurre en este supuesto.

2.- En primer lugar, no entendemos como tal orden la carta recibida por el mismo, en ella no se le manda trasladarse a Madrid, sino que se le indica que ha sido seleccionado en un concurso a cubrir plazas con contratos indefinidos, que "quedará contratado en la plaza que le corresponda de acuerdo con su posición en la lista definitiva" y que "la cobertura reglamentaria de la plaza que actualmente ocupa, producirá la extinción de la relación temporal que ostenta" (sic), esto es, se le está ofreciendo una novación contractual, y decimos bien ofreciendo, que no ordenando, porque se habla constantemente por la demandada de la voluntariedad del proceso, de la necesidad de la formalización de un nuevo contrato que sustituya al anterior y de la ventaja que ello supone frente a su antiguo contrato; no cabe por tanto calificar la carta como una orden, sino como una oferta. Lo anterior se traduce en que de ninguna manera se pueda hablar de dimisión, si ésta es la consecuencia de la desobediencia del trabajador y "la desobediencia se manifiesta como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas emanadas del empresario…" (SSTS 24.10.85 Ar. 5.206; 26.04.85 Ar. 1.926; 18.07.85 Ar. 3.806; 21.09.85 Ar. 4.339; 27.11.85 Ar. 5.874; 06.10.86 Ar. 5.387; 17.11.86 Ar. 6.457; 17.11.86 Ar. 6.687 y 21.09.87 Ar. 6.225), faltaría su presupuesto básico: una orden precisa.

3.- Y en segundo lugar, tampoco ha renunciado a su relación laboral. Hemos recordado en ocasiones precedentes –así, SSTSJ Galicia 02.11.04 R. 4.469/04, 30.05.03 R. 2.048/03, 13.06.02 R. 2.658/02, 11.06.99 R. 2.133/99 y 10.02.98 R. 5.361/97– que es inconcuso criterio jurisprudencial que para entender extinguido el contrato de trabajo por dimisión o abandono del trabajador es preciso que conste su voluntad explícita e inequívoca de dar por finalizada su relación de trabajo, sin que reste asomo de duda sobre el propósito de los actos y sin que pueda ser sostenida aquella voluntad en base a indicios o censurables presunciones, siquiera puede manifestarse de manera expresa o ser deducida de hechos o actos que la demuestren. Tal como indican las SSTS 15.11.02 Ar. 2003\507, 27.06.01 Ar. 6.840 y 21.11.00 Ar. 2001/1.427, "la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador «clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance" (STS 10.12.90 Ar. 9.762)»; lo que alguna otra resolución del Alto Tribunal –SSTS 15.11.02 Ar. 2003\507 y 29.03.01 Ar. 3.410– califica de "voluntad incontestable". es preciso que "se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral"; en cualquier caso, para valorar el propósito del trabajador "hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral" [STS 03.06.88 Ar. 5.212].

Cierto que el trabajador no se incorporó al puesto de trabajo que se le adjudicó en el concurso, ni formalizó un nuevo contrato, no obstante, eso no significa que dimitiera de su relación laboral vigente, sino que se negó a novar su relación interina (por reserva de puesto de trabajo para un liberado sindical), por otra relación indefinida (la ofrecida en Madrid). Esto es, hay una opción personal a

seguir con el mismo contrato que hasta entonces y, por lo mismo, no hay dimisión y la extinción de esa relación sin la causa legal que la ampara sólo puede ser calificada como improcedente, tal y como se ha hecho en la Sentencia de Instancia y hemos indicado *supra*.

OCTAVO.- Y sin que sea postulable ante la solución anterior la doctrina de los actos propios, pues el apotegma *propium factum nemo* impugnare potest está construido sobre la base de la buena fe y del artículo 7 CC (SSTS 10.05.89 Ar. 3.752 y 20.02.90 Ar. 705; SSTC 67/1984, de 7 de junio, 73/1988, de 21 de abril, y 198/1988, de 24 de octubre), y se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que, como sostiene la Jurisprudencia ordinaria, ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que no sólo han de responder a una plena libertad de criterio y voluntad no coartada, sino que también causen estado –definiendo inalterablemente la situación jurídica– por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 16.11.67 Ar. 4.160, 06.02.74 Ar. 2.440 y 27.12.76 Ar. 5.649, 16.06.84 Ar. 3.246, 05.10.84 Ar. 4.758, 22.06.87 Ar. 4.545, 25.09.87 Ar. 6.278, 5.10.87 Ar. 6.717, 25.01.89 Ar. 123, 04.05.89 Ar. 3.585, 10.05.89 Ar. 3.752, 20.02.90 Ar. 705 y 23.03.94 Ar. 2.624; SSTSJ Galicia 16.07.96 R. 2.821/96, 14.01.97 R. 2.532/94, 15.01.97 R. 3.406/94, 15.10.98 R. 3.793/95, 25.01.99 R. 47/96, 15.02.99 R. 169/96, 11.06.99 R. 2.133/99, 12.03.02 R. 2.867/98, 13.06.02 R. 2.658/02 y 11.03.03 R. 3.003/03).

Sin embargo, no puede pretenderse que lo anterior -que es radicalmente válidotenga una efectiva extensión a este litigio; los actos de la trabajadora pretendidamente vinculantes son: 1) que ante una carta de la empresa donde se le dice que ha de elegir una serie de plazas de las ofertadas hasta una fecha, la trabajadora opta por 31 puestos de trabajo, y 2) que al adjudicársele un puesto en Madrid decide no suscribir el contrato, ni incorporarse, y seguir con su antiguo destino (en las mismas condiciones). Pues bien, a lo que creemos aquí se ha producido simplemente una negociación precontractual (que no un precontrato) entre la empresa y la actora que no ha llegado a buen puerto; se le ha ofrecido un puesto fijo en vez del interino, a la trabajadora le ha interesado inicialmente, pero se ha frustrado en el último paso, ya que el puesto que vendría a sustituir definitivamente al primitivo no la satisfizo. Esto es, entre el empleador –Correos y Telégrafos- y la trabajadora se han desarrollado unos tratos preliminares, con objeto de conocer si les conviene novar el contrato existente y hacerlo en los términos propuestos por la otra parte en esta fase prenegocial; no obstante, a diferencia del precontrato o promesa de trabajo, no se ha llegado a concertar ningún compromiso entre ambos (puesto que ello requiere el concurso de las voluntades expresadas en la oferta y aceptación -artículo 1.258 CC-): este proceso negocial sólo ha tenido como objeto suministrarles la ocasión de comprobar si les interesaba asumir el compromiso contractual efectivo (en este caso, unicamente a la trabajadora, ya que en Correos concurre un compromiso en firme -STCT 11.11.81-). Y una vez conocido el verdadero y exacto objeto del nuevo contrato (y el destino -desde luego- es parte esencial integrante de aquel), ha declinado la oferta y no ha aceptado (articulo 1262 CC), con lo cual no se ha perfeccionado ese contrato, ni puede sostenerse la existencia de un compromiso de la actora.

En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña M.J.G.L. y por la Sociedad Estatal de Correos y Telegrafos, S.A., confirmamos la sentencia que con fecha 15.07.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ourense, a instancia de doña M.J.G.L y por la que se acogio parcialmente la demanda fotrmulada

4015 **Recurso nº 5.319/04**

S.S. CONFLITO COLECTIVO. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE. CONVENIO DE GRANXAS AVÍCOLAS. DETERMINANTE A ACTIVIDADE LABORAL PREPONDERANTE.

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

A Coruña, a trece de diciembre de dos mil cuatro

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. 5.319/04 interpuesto por don J.L.R. 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 Eurozeltifur S.L. en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado don J.L.R. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 423/04 sentencia con fecha 16 de septiembre por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"Primero.- La empresa actora tiene su domicilio social en …, La Coruña, habiendo sido constitutita el día 4 de diciembre de 1991. Segundo.- Su objeto social según sus estatutos es el siguiente: A) Los servicios de cría y desarrollo de visones y otros animales, para la fabricación elaboración y venta de sus pieles. B) La tenencia y explotación de granjas de animales de pieles finas, así como de fábricas de pienso para la alimentación de dichos animales y otras especies, con la obtención de proteínas base para la fabricación de piensos. C) La compra, venta, importación y exportación de productos y elementos necesarios para el desarrollo de la actividad reseñada bajo os dos anteriores apartados o derivados de la misma. Tercero.- Su actividad efectiva es la siguiente: La actividad fundamental de la empresa es la cría, engorde y matanza de visones y zorros, para posteriormente vender la piel a industrias peleteras, con los siguientes pormenores: La cría y engorde se mantienen durante todo el año, consistiendo en la alimentación, vigilancia, control de enfermedades, atención durante la época de apareo, gestación (de marzo a abril) y nacimiento de crías, etc. de los visones y en mucha menor medida (por ser menos cantidad) de los zorros, los cuales se encuentran controlados en jaulas. A ello se dedican la mayor parte de la plantilla de la empresa con la categoría de operario de granja en horario de mañana, tarde y festivos. El resto de la plantilla se dedica a trabajos de administración en las oficinas ubicadas en ... En el período noviembre a diciembre aproximadamente se produce la matanza de los animales y conservación de su piel, la matanza se efectúa por grupos, posteriormente se bombean con serrín en unos bombos para mejorar la conservación de las pieles, dejándolos enfriar un día, se separa la piel del resto del cuerpo en unas cizallas especiales, y esta piel sufre un proceso de desengrasado con productos naturales y semiconservación para su secado en máquinas hidráulicas, posteriormente se deja a secar en unos secaderos de dos a tres días a una temperatura y humedad constantes y pasan al almacén para clasificarlas según tamaño y calidad, y se quedan ahí hasta que se venden, pasándose entonces al curtido en empresas especializadas. Esa última fase de secado en cámara en algunas ocasiones no es necesaria ya que las pieles una vez desengrasadas se llevan de manera urgente a las empresas de curtido. Las operaciones de curtido no se desarrollan nunca en "E., S.L." Durante todo este período de matanza y conservación intervienen todos los operarios de granja y se incrementa la plantilla de forma eventual hasta en unas 40 personas. La matanza solo se produce de los machos, dejando a las hembras y uno de cuatro machos para procrear la siguiente camada, de manera que en esta época del año los operarios siguen efectuando el trabajo de engorde y cuidado del resto de los animales. Cuarto. El convenio colectivo de Granjas Avícolas y otros animales que la empresa pretende aplicar tiene el siguiente ámbito funcional: 1. Las que se dediquen a la reproducción mediante el empleo de incubadoras, propias o ajenas, que vendan polluelos recién nacidos, cualquier que sea su capacidad. 2. Las granjas reproductoras que se dediquen a la cría y explotación de aves de razas o cruces definidos y cuya producción de huevos para incubar polluelos y padres reproductores se destinen a abastecer y poblar las instalaciones de otras granjas o explotaciones avícolas rurales. 3. Las que se dediquen a la venta de huevos fértiles para incubar mediante la utilización de agentes o cualquier otra manifestación comercial ordinaria. 4. Las salas de incubación industriales que se dediquen a la compra de huevos fértiles y a la venta, bien sea a comisión o por cuenta propia, de los polluelos nacidos en sus instalaciones. 5. Las explotaciones en naves o locales

destinados a la producción, clasificación y transformación de huevos o crianza de pollos. 6. Las explotaciones dedicadas a cría, recría, reproducción y engorde de ganado de cualquier especia, siempre que no se fijan por oro convenio colectivo. Las alusiones que se hacen en este convenio a las aves deben interpretarse con criterio de amplitud comprensivo de la explotación de cualquier tipo de animales. Quinto.- El convenio de industria de curtidos que la empresa viene aplicando tiene el siguiente ámbito de aplicación: Obliga a todas las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería."

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

"FALLO: Que estimando la demanda de conflicto colectivo formulada por "E., S.L." declaro que el convenio aplicable a la actividad de la empresa es el de Granjas Avícolas y otros animales, condenando a los demandados a estar y pasar por la presente 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.- Recurre el demandado don J.L.R. en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que estimando la demanda de conflicto colectivo declara que el convenio aplicable en la actividad de "E., S.L." es el de "Granjas Avícolas y otros Animales", se desestime la referida demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.C LPL denuncia la infracción del art. 3.6 del convenio colectivo estatal de "Granjas Avícolas y otros Animales" en relación con el art. 82 del ET en un motivo único de recurso.

Tras afirmar que no se impugnan los 5 HP de la sentencia de instancia, argumenta, en esencia, el recurrente: "…contrariamente a las conclusiones a las que llega el juzgador, entendemos, que la actividad de la empresa es la que es, la que resulta de forma incontrovertida de todo lo actuado, la venta de pieles de visones y zorros. Para ello… No es posible, pues, distinguir cuál es la actividad principal de la demandante… Parece lógico, sin embargo, que el ámbito de aplicación del convenio colectivo que regía las relaciones laborales en la empresa hasta la sentencia dictada, el de Industrias del Curtido, HDP 5º, ha de incluir los procesos previos y necesarios al curtido de pieles, como hasta ahora venía acaeciendo".

SEGUNDO.- Incombatidos los HDP, a ellos ha de estarse. Y los mismos explicitan lo siguiente: 1) La empresa "E., S.L.", con domicilio social en A Coruña y constituida en 04.12.91, tiene el objeto social que se dice en el HP2º: "A) Los servicios de cría y desarrollo de visones y otros animales, para la fabricación elaboración y venta de sus pieles. B) La tenencia y explotación de granjas de animales de pieles finas, así como de fábricas de pienso para la alimentación de dichos animales y otras especies, con la obtención de proteínas base para la fabricación de piensos. C) La compra, venta, importación y exportación de productos y elementos necesarios para el desarrollo de la actividad reseñada bajo los dos anteriores apartados o derivados de la misma". 2) La actividad efectiva de la empresa es la que indica el HP3º: "La actividad fundamental de la empresa es la cría, engorde y matanza de visones y zorros, para posteriormente vender la piel a industrias peleteras, con los siguientes pormenores: La cría y engorde se mantienen durante todo el año, consistiendo en la alimentación, vigilancia, control de enfermedades, atención durante la época de apareo, gestación (de marzo a abril) y nacimiento de crías, etc. de los visones y en mucha menor medida (por ser menos cantidad) de los zorros, los cuales se encuentran controlados en jaulas. A ello se dedican la mayor parte de la plantilla de la empresa con la categoría de operario de granja en horario de mañana, tarde y festivos. El resto de la plantilla se dedica a trabajos de administración en las oficinas ubicadas en ... En el período noviembre a diciembre aproximadamente se produce la matanza de los animales y conservación de su piel, la matanza se efectúa por grupos, posteriormente se bombean con serrín en unos bombos para mejorar la conservación de las pieles, dejándolos enfriar un día, se separa la piel del resto del cuerpo en unas cizallas especiales, y esta piel sufre un proceso de desengrasado con productos naturales y semiconservación para su secado en máquinas hidráulicas, posteriormente se deja a secar en unos secaderos de dos a tres días a una temperatura y humedad constantes y pasan al almacén para clasificarlas según tamaño y calidad, y se quedan ahí hasta que se venden, pasándose entonces al curtido en empresas especializadas. Esa última fase de secado en cámara en algunas ocasiones no es necesaria

ya que las pieles una vez desengrasadas se llevan de manera urgente a las empresas de curtido. Las operaciones de curtido no se desarrollan nunca en "E., S.L." Durante todo este período de matanza y conservación intervienen todos los operarios de granja y se incrementa la plantilla de forma eventual hasta en unas 40 personas. La matanza solo se produce de los machos, dejando a las hembras y uno de cuatro machos para procrear la siguiente camada, de manera que en esta época del año los operarios siguen efectuando el trabajo de engorde y cuidado del resto de los animales". 3) El convenio colectivo de Granjas Avícolas y otros animales que la empresa pretende aplicar tiene el siguiente ámbito funcional: 1. Las que se dediquen a la reproducción mediante el empleo de incubadoras, propias o ajenas, que vendan polluelos recién nacidos, cualquiera que sea su capacidad. 2. Las granjas reproductoras que se dediquen a la cría y explotación de aves de razas o cruces definidos y cuya producción de huevos para incubar polluelos y padres reproductores se destinen a abastecer y poblar las instalaciones de otras granjas o explotaciones avícolas rurales. 3. Las que se dediquen a la venta de huevos fértiles para incubar mediante la utilización de agentes o cualquier otra manifestación comercial ordinaria. 4. Las salas de incubación industriales que se dediquen a la compra de huevos fértiles y a la venta, bien sea a comisión o por cuenta propia, de los polluelos nacidos en sus instalaciones. 5. Las explotaciones en naves o locales destinados a la producción, clasificación y transformación de huevos o crianza de pollos. 6. Las explotaciones dedicadas a cría, recría, reproducción y engorde de ganado de cualquier especie, siempre que no se rijan por otro convenio colectivo. Las alusiones que se hacen en este convenio a las aves deben interpretarse con criterio de amplitud comprensivo de la explotación de cualquier tipo de animales. Y 4) El convenio de industria de curtidos que la empresa viene aplicando tiene el siguiente ámbito de aplicación: Obliga a todas las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 82 ET, los convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia. Lo que en unión de las previsiones del art. 3 ET lleva a la vinculación al Convenio colectivo que resulte de aplicación, a cuyos efectos, resulta trascendente no tanto el objeto social, cuanto la actividad real de la empresa.

La sentencia recurrida se hace eco de la STS de 10.07.00 (RJ 7.176), la que, efectivamente, tras argumentar que no es el objeto social estipulado en los estatutos de la sociedad quien define la unidad de negociación colectiva, dice: "Como ha afirmado recientemente esta Sala (STS 15 de junio de 2000 [RJ 2000/6.621]) el objeto social de una entidad mercantil "es un elemento que podría influir en algún aspecto de la contratación mercantil, por la confianza que los terceros hubieran depositado en el contenido del correspondiente asiento estampado en el Registro Mercantil (Código de Comercio, arts. 17 y siguientes, con los preceptos concordantes reglamentarios). Pero, en el interior de la empresa, y en relación con sus trabajadores, lo relevante y decisorio es la actividad real que aquélla desempeña, y en la que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios". En definitiva, en este caso concreto, lo determinante –dentro de la múltiple realidad del objeto social escriturado- para determinar el convenio estatal o provincial aplicable, será la actividad real preponderante, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa. Estos datos relevantes para la aplicabilidad de uno u otro convenio deberán, pues, constar, en la nueva sentencia que se dicte."

CUARTO.- En el caso, la actividad de la empresa es encuadrable, como hace la sentencia recurrida, en el apartado 6 del art. 3 del Convenio de Granjas Avícolas y otros animales; que expresa como ámbito funcional propio también el de las explotaciones dedicadas a cría, recría, reproducción y engorde de ganado de cualquier especie, siempre que no se rijan por otro convenio, con previsión de que las alusiones del convenio a las aves "deben interpretarse con criterio de amplitud comprensivo de la explotación de cualquier tipo de animales". Y es que entendiéndose incluidos en el término ganado los visones y zorros como consecuencia de la extensión del convenio "a otros animales", y que se viene a reiterar en el propio art. 3.6 del Convenio, como razona la sentencia recurrida –trayendo a colación el informe de la inspección de Trabajo y SS aportado a autos- la actividad fundamental de la empresa actora es la cría, engorde y matanza de visones y zorros para la posterior venta de la piel a industrial peleteras, con similitudes ciertas con la actividad en aves, para la explotación o venta de sus huevos.

No obsta a ello el que la actividad de la empresa incluya la matanza de los animales y preparación y conservación de la piel, como se dice en los HP. De un lado, a partir de que el Convenio de Industrias de Curtidos solo explicita que obliga a todas las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería, lo cierto es que el curtido en su sentido propio y técnico estricto no lo realiza la empresa actora, según argumenta la sentencia recurrida con fundamento también en la pericial practicada. Esta pericial puso de manifiesto lo que recoge la sentencia de instancia en su fundamento 5º, concluyendo el perito que la empresa "E., S.L." no dispone de ninguna instalación, maquinaria o infraestructura para las operaciones "de las denominadas de ribera entre las que se incluye el curtido de pieles…", que no hay maquinaria para curtir las pieles, solo para secado… y que el proceso de la granja precisa un siguiente proceso de curtido. Es HP que las operaciones de curtido "nunca" se desarrollan en "E., S.L." y que la fase de secado en cámara en ocasiones no es necesaria.

De otro lado, la actividad principal de la empresa es la cría y engorde de visones y zorros, por supuesto para su explotación posterior, que es la que hace precisa una actividad complementaria no propia de las granjas como es la matanza para obtener la piel y posteriormente venderla. Esta actividad, que en su propio contexto no cabe en la de mataderos (ind. cárnicas), resulta realmente complementaria de aquella principal, la cría y reproducción de visones y zorros –aparte la preparación de la piel en los limitados términos antes dichos-, si bien precisa para concluir el proceso productivo. Tanto más todo ello cuanto que la cría y engorde se mantienen todo el año y la matanza se produce en noviembre-diciembre pero solo de los machos, dejando a las hembras y 1 de cada 4 machos para procrear de manera que los operarios siguen efectuando el engorde y cuidado de los animales. Es decir, prima de forma inequívoca la cría y engorde de los animales sobre la actividad de matanza de los mismos, que solo se realiza para vender el producto y ocupa 2 meses al año frente a la cría, que se extiende al año entero.

Por todo ello, sin que las actividades de matanza y limitadas operaciones de desengrasado y secado de las pieles y demás, meramente complementarias (como dice la empresa, no es una curtidora ni un matadero o un intermediario de venta de pieles), desnaturalicen la verdadera actividad de la empresa de cría y reproducción de animales, el encuadramiento que hace la sentencia recurrida de la actividad de la empresa en el convenio de Granjas Avícolas y otros animales se estima correcto y consiguientemente, se rechaza la infracción jurídica que se denuncia y con desestimación del recurso interpuesto, se confirma la sentencia dictada en la instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.L.R., Delegado Sindical de "E., S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña de fecha 16.09.04 en autos nº 423/04 seguidos a instancia de la Empresa "E., S.L." frente a la parte recurrente, confirmamos la sentencia recurrida.

4016 **Recurso nº 4.178/04**

S.S. DEMANDA DE OFICIO. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. CONCORREN DEPENDENCIA E TRABALLO POR CONTA ALLEA. SOCIEDADE LIMITADA CONSTITUÍDA COMO PANTALLA.

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

A Coruña, a quince de diciembre de dos mil cuatro

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. 4.178/04, interpuesto por la empresa "M.R.L.", doña M.E.S.A. y doña M.C.A.S. 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 Inspección de Trabajo y Seguridad Social en reclamación de Demanda de Oficio, siendo demandado empresa "M.R.L.", doña M.E.S.A. y doña M.C.A.S., en su día se celebró acto de vista,

habiéndose dictado en autos núm. 91/04 sentencia con fecha 14.04.04, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Con fecha 16.10.03, fueron levantadas acta de infracción nº 410/03 y actas de liquidación de cuotas al Régimen General de la Seguridad Social, nº 311/03 y 312/03, a la empresa "M.R.L.", con domicilio en c) … (Lugo) y por período 06.11.02 a 31.12.03 y 01.01.03 a 31.08.03. 2º.- Como consecuencia de escrito emitido por la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, de 31.07.03, relativo a solicitud de ayudas presentadas por la Sociedad "M., S.L.L." (programas de fomento de empleo en cooperativas y sociedades laborales), se detecta que sobre los trabajadores doña M.E.S.A. y doña M.C.A.S. se aplican bonificaciones en cuotas a la Seguridad Social al amparo de la Ley 12/01, de 9 de julio. 3º.- La Sociedad de responsabilidad limitada laboral "M., S.L.L." se constituye el 16.04.03 por doña M.C.A.S., doña M.E.S.A. y don M.R.L. Las dos primeras socias trabajadores, prestando servicios retribuidos en forma personal y directa y con relación laboral por tiempo indefinido. 4º.- El capital social, 6.000 euros, está dividido en 6.000 participaciones sociales de dos clases; 4.000 de clase laboral; de las que son titulares doña C. y doña E., 2.000 cada una de ellas; y 2.000 de clase general de las que es titular don M.R.L. 5º.- Cada uno de los socios aporta un ordenador, valorándose cada una de ellos en 2.000 euros. 6º.- Todos los socios, doña E., doña C. y don M. son Administradores solidarios de la sociedad. 7º.- Doña E. y doña C. autorizan al socio don M.R.L. para el ejercicio por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituye el objeto social de la sociedad "M., S.L.L." 8º.- Constituye el objeto social de la sociedad "M., S.L.L.": a) Servicios de mecanización contable. B) Servicios administrativos y de gestión documental por cuenta de terceros. C) Gestión de negocios, empresas y proyectos por cuenta de terceros. D) Servicios integrales de explotación electrónico-informática e internet. E) Servicios contables. F) Estudios de mercados. G) Administración de fincas y promoción inmobiliaria. H) Publicidad y relaciones públicas. I) Agencia de seguros. J) Promoción de cursos y estudios de formación y perfeccionamiento profesional. 9º.- En declaración de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, el inicio de actividad de la sociedad se produce el 1.10.02 por servicios de mecanización contable. 10º.- El domicilio de la sociedad "M., S.L.L." se establece en … (Lugo). 11º.- La Sociedad "M., S.L.L.", tiene como personal contratado a las dos socias trabajadores, con contratos de trabajo a tiempo completo, suscritos el 06.11.02, con categoría profesional de auxiliar administrativo y por tiempo indefinido. 12º.- La Sociedad se inscribió en la Seguridad Social en fecha 05.11.02, por servicios de mecanización contable. 13º.- La empresa viene aplicando bonificaciones en cuotas a la Seguridad Social: Doña M.C.A.S. por contrataciones de desempleados inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante un período mínimo de 6 meses con el 30%, durante el período de 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato. Doña M.E.S.A. por contrataciones de desempleados mayores de 45 años y hasta los 55, con el 65% durante el primer año de vigencia del contrato y el 55% durante el resto de vigencia del mismo. 14º.- Por las citadas contrataciones la Sociedad solicitó subvenciones al Servicio de Empleo de la Delegación Provincial de Lugo de la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia, para la adquisición de la condición de socio-trabajador y ayudas al amparo de la Orden de 05.04.02, por la que se establecen los programas de fomento del empleo en empresas de economía social. 15º.- En fecha 17.09.03 la Inspección de Trabajo giró visita al domicilio sito en C/ …, propiedad de don M.R.L. (contable y asesor de empresas), en el que se encontraban las dos socias trabajadoras operando con dos ordenadores. El 20.08.03 se había girado visita al domicilio social en Avda. de Galicia, encontrándose cerrado y sin actividad aparente. 16º.- Doña M.E.S.A. prestó servicios para la empresa "M.R.L." durante el período 1.12.92 a 8.1.98, doña M.C.A.S. con anterioridad a su alta en "M., S.L.L." no tiene más datos en situación activa. 17º.- En el año 1987 el Sr. M.R.L. inició actividad de economista, con domicilio social en …, siendo alta en el RETA el 01.01.87. 18º.- Don M.R.L. es titular de CC … del Régimen General de la Seguridad Social por actividades de contabilidad, con domicilio de la actividad en c/ …, con alta del primer trabajador el 01.12.92 y baja por carecer de trabajadores el 02.06.00. 19º.- En autos constan facturas emitidas a nombre de la Sociedad del cliente M.R.L., con carácter mensual a partir del 30.12.02 y hasta el 30.10.03. 20º.- En fecha 26.12.03, doña M.E.S.A. suscribió contrato de agente comercial (contrato mercantil) con el Banco de Galicia, S.A. 21º.-

Don N.G.R., jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Lugo se presentó demanda de oficio solicitando pronunciamiento sobre la existencia o no de relación laboral entre la empresa "M.R.L." y doña M.E.S.A. y doña M.C.A.S."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la demanda de oficio interpuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Lugo contra la empresa "M.R.L.", doña M.E.S.A. y doña M.C.A.S., debo declarar y declaro que existe relación laboral entre la empresa "M.R.L." y las trabajadoras doña M.E.S.A. y doña M.C.A.S."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se recurre la Sentencia de Instancia tanto por las trabajadoras, como por la entidad "M.R.L.", dimanante de la presentación de una demanda de oficio interpuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en la que se declaraba la existencia de relación laboral entre aquéllas y ésta. Dichos dos recursos pretenden –vía artículo 191.b) LPL- la revisión de los HDP y –vía artículo 191.c) LPL- denuncian de forma coincidente la infracción de diversos artículos: 1.1 ET, 1.261 y 1.262 CC, 38 y 129 CE y el artículo 1.1 L 4/97.

SEGUNDO.- 1.- Las modificaciones fácticas postuladas correrán suerte desigual:

a) La revisión referida al ordinal tercero respecto de corregir el error en cuanto a la fecha de constitución de la Sociedad, ha de ser aceptada, pues de la lectura de la Sentencia de Instancia se deducía la existencia de un error mecanográfico y, por tanto, ha de decir que fue constituida en "16.04.02".

Con respecto a la adición de un nuevo párrafo en dicho ordinal, aunque se trate –en definitiva– de un dato que no ha de tener trascendencia para la resolución, sin embargo –así, SSTS Galicia de 10.01.01 R. 3.424/98, 12.01.01 R. 4.678/99, 19.01.01 R. 5.470/00, 24.01.01 R. 3.204/97, 15.03.01 R. 444/00, 29.03.01 R. 1.202/01, 21.04.01 R. 218/99, 30.05.01 R. 2.125/01, 26.06.01 R. 2.451/01, 03.10.01 R. 4.202/01 y 30.01.03 R. 5.819/02–, al no ser este trámite de Suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de Casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son irrelevantes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23.02.99 Ar 2.018, 19.01.98 Ar 997, 22.05.96 Ar 4.610,...). En consecuencia, se acepta la revisión.

b) En cuanto al añadido al ordinal quinto, no podemos admitirla porque de los documentos señalados no se deduce lo que se quiere hacer constar, esto es, consta la adquisición de diverso material (cuño, impresora, papel, dos ordenadores), pero, primero, no se pueden utilizar unas expresiones que generalice unas concretas compras y, segundo, no queda desde luego claro que dichas adquisiciones se hubiesen dedicado a la actividad. No admitimos dicha mención.

c) La ampliación que se quiere hacer constar en el ordinal sexto tampoco podemos aceptarla, puesto que al carecer de un razonamiento realizado por el recurrente que permitiese deducir su importancia, entendemos que es intrascendente a los fines del recurso y tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas las SSTSJ Galicia 21.09.04 R. 319/04, 23.07.04 R. 6.768/03, 23.07.04 R. 2.847/04, 23.07.04 R. 2.552/04, 16.07.04 R. 929/02, 16.07.04 R. 2.662/04, 15.07.04 R. 2.045/03 y 28.06.04 R. 2.660/04), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y 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 (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con

arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.).

En definitiva, debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 191.b) LPL (los de "hechos") y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de "derecho"), pues si ello no se realizara de la manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un HDP sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia.

d) Ninguna de las modificaciones postuladas del ordinal décimo vamos a admitirlas, porque -en cuanto a la primera (relativa al traslado del domicilio)- lo mismo que la anterior es intrascendente, ya que falta que se acredite la adopción por la sociedad del traslado del domicilio que efectivamente se ha realizado; que los estatutos permitan su traslado (igual que permiten otras muchas cosas) es irrelevante a efectos del recurso, lo verdaderamente importante sería que dicho traslado se hubiese acordado y que como tal se incluyese en los HDP, algo que no se interesa por los recurrentes.

Y en cuanto a la segunda, tampoco se puede admitir, pues si bien es cierto que el local es propiedad de otra comercial (dato este que carece de trascendencia), de los documentos citados no se deduce que las obras de acondicionamiento prosigan, sólo precisan que se elaboró en el 14.11.01 por "R., S.L." un presupuesto de obra de envergadura (cuyo importe ascendía a siete millones largos de las antiguas pesetas), no obstante, esto no demuestra ni que dichas obras se comenzasen, ni que estas continúen en la actualidad.

e) La adición al ordinal décimo cuarto es inviable, como esta Sala ha recordado en multitud de ocasiones –para todas, SSTSJ Galicia 19.11.04 R. 4.765/04, 20.10.04 R. 2.011/04, 23.07.04 R. 2.552/04 y 17.06.04 R. 223/02-, pues se basa en la Memoria elaborada por las trabajadoras y dirigida a la Consejería de Familia. Y con ello se olvida que al tener el presente recurso de Suplicación naturaleza extraordinaria, tanto el artículo 191.b) LPL como la doctrina jurisprudencial excluyen que las pruebas de confesión judicial y testifical puedan tener virtualidad revisoria en este trámite (así, SSTSJ Galicia –entre las recientes–de 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, 17.10.03 R. 4.867/03, 23.10.03 R. 4.801/03, 30.10.03 R. 4.955/03...), que exclusivamente queda limitada a la prueba documental y a la pericial. A mayor abundamiento, si se ha rechazado virtualidad revisoria al acta de juicio, por no constituir "documento" en el sentido del artículo 191.b) LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el artículo 194.2 LPL, (STS 24.02.92 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.02.99 AS 5.261 y 12.05.00 R. 1.748/00), con mayor motivo habrá de serlo un documento elaborado por el mismo que luego pretende la alteración fáctica, que lo aproximaría a una mera declaración.

f) La adición pretendida al ordinal décimo noveno tampoco puede admitirse, porque todas las facturas de la empresa "G.R., S.L." son de fecha posterior (24.12.03, 30.10.03, 24.11.03, 23.11.03 y 30.09.03) a la actividad inspectora realizada por la Inspección de Trabajo, que se refería en las Actas levantadas a los periodos 06.11.02 a 31.12.03 y 01.01.03 a 31.08.03 (HDP PRIMERO y demanda) y que giró visita a los domicilios de las dos entidades el 20.08.03 y el 17.09.03. Por ello, la actividad realizada con posterioridad a las comprobaciones realizadas por la Inspección son ajenas a este proceso y no tienen cabida, pues, en caso contrario, podría –tal y como se pretende- modificarse uno de los elementos en los que se basó tanto el Ente público, como la Sentencia para apreciar la existencia de la relación laboral, valorando los elementos fácticos presentes en dicho momento, sin que la actividad de los interesados posteriores puedan alterar dicha base fáctica.

g) Y por último sí admitimos la adición al ordinal vigésimo, ya que se ha basado en documento hábil para producir aquélla.

2.- Para pergeñar una solución, hemos de fijar los elementos fácticos sobre los cuales se han de proyectar las normas jurídicas: (a) el 16.10.03 se levantaron sendas Actas de Liquidación e Infracción a la empresa "M.R.L." por el periodo comprendido entre el 06.11.02 y el

31.08.03, que fueron impugnadas por los recurrentes en base a alegaciones y pruebas que trataban de desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actividad inspectora; (b) la Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral "M., S.L.L." se constituye el 16.04.02 por las dos codemandadas (doña C. y doña E.) y por don M., siendo aquéllas socias trabajadoras prestando servicios retribuidos de forma personal y directa y con relación laboral indefinida; (c) el capital social de 6.000 euros está dividido en 6.000 participaciones de dos clases, 4.000 de la laboral que pertenecen de forma equitativa a las codemandadas y 2.000 de la general de la que es titular don M.; (d) cada uno de los socios aporta un ordenador que se valora en 2.000 euros; (e) todos los socios son administradores solidarios de la Sociedad y se autoriza al socio a desarrollar el mismo o análogo género de actividad; (f) el domicilio se fija en …; (g) la Sociedad tiene como únicas contratadas a las dos socias a tiempo completo, suscritos el 06.11.02; (h) la empresa viene aplicando bonificaciones a la Seguridad Social y solicitó subvenciones; (i) el 17.09.03 la Inspección de Trabajo giró domicilio sito en la calle …, propiedad de don M., en el que se encontraban ambas socias operando con dos ordenadores; previamente el 20.08.03 se había girado visita al domicilio social de la empresa "M., S.L.L." y estaba cerrado y sin actividad; (j) Don M.R.L. inició su actividad de economista en ese domicilio de la calle …, siendo alta en el RETA en 1987; (k) en autos constan facturas emitidas a nombre de la Sociedad del cliente don M. con carácter mensual del 30.12.02 a 30.10.03; y (l) el único cliente de la entidad es don M. y bajo cuya dirección realizan el trabajo doña C. y doña E., datos contenidos en la fundamentación jurídica y con pleno valor de hecho probado (SSTS 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 Ar. 9.195, 19.12.89 Ar. 9.049, 30.01.90 Ar. 6.236, 02.03.90 Ar. 1.748, 27.07.92 Ar. 5.664, 14.12.98 Ar. 1.010 y 23.02.99 Ar. 2.018; y, entre muchas, SSTSJ Galicia 16.01.03 R. 5.384/02, 21.03.03 R. 2.341.00, 21.03.03 R. 556/03, 29.03.03 R. 544/00, 26.04.03 R. 767/00, 30.05.03 R. 4.669/00, 17.10.03 R. 756/03, 29.11.03 R. 947/03, 15.05.04 R. 1.543/04 y 19.11.04 R. 4.750/02).

TERCERO.- 1.- Con carácter previo y como en tantas otras ocasiones –SSTSJ Galicia 23.09.97 R. 3.394/97, 25.01.99 R. 47/96, 27.01.99 R. 481/96, 18.02.00 R. 5.596/99, 23.02.01 R. 3.647/97, 31.01.02 R. 6.357/01, 16.05.03 R. 1.781/01, 27.06.03 R. 2.694/03 y 30.04.04 R. 5.921/01– hemos de recordar que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes (SSTS 13.06.88 Ar. 5.272, 23.10.89 Ar. 7.310, 08.10.92 Ar. 7.622, 10.04.95 Ar. 3.040 y 20.09.95 Ar. 6.784), habida cuenta de que el carácter laboral o extralaboral de una relación, no puede quedar al libre arbitrio y disposición de los contratantes, sino que viene determinado por sus reales de las prestaciones y por la concurrencia de los presupuestos delimitadores de la relación de trabajo (SSTS de 18.04.88 Ar. 2.974, 21.07.88 Ar. 6.214 y 05.06.90 Ar. 5.019).

2.- También tenemos indicado en precedentes ocasiones (así, sentencias de 31.01.02 R. 6.357/01, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.03.01 R. 4.594/00, 15.03.01 AS 371, 03.11.00 R. 1.832/97, 14.04.00 R. 1.077/00, 20.03.00 R. 5.321/96, 18.02.00 R. 5.596/99, 27.06.03 R. 2.694/03, 29.12.03 R. 5.735/03...) que es ciertamente a quien alega la existencia de contrato de trabajo al que incumbe demostrar la existencia del mismo, de acuerdo con el artículo 217 LEC –antes artículo 1.214 CC– (SSTS 23.01.90 Ar. 196 y 05.03.90 Ar. 1.757); y que esta carga probatoria no llega a ser atenuada por el artículo 8.1 ET, dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción *iuris tantum* de laboralidad (al modo de la que contenía el artículo 3 LCT), sino más bien una definición de la relación laboral (doctrinalmente se la califica como una "redefinición" del contrato de trabajo), de manera que para que actúe la indicada "presunción" del artículo 8.1 ET es preciso que la actividad se preste "dentro del ámbito de organización y dirección de otro" y que el servicio se haga "a cambio de un retribución", (SSTS de 23.01.90 Ar. 196, 23.01.90 Ar. 197, 05.03.90 Ar. 1.756, 23.04.90 Ar. 3.480 y 21.09.90 Ar. 7.926), o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de que la actividad se presta bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla (SSTS 23.10.89 Ar. 7.310 y 25.03.91 Ar. 1.894), que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el artículo 1 ET (SSTS 07.06.89 Ar. 4.546, 13.11.89 Ar. 8.041, 05.03.90 Ar. 1.755, 04.06.90 Ar. 5.006, 06.06.90 Ar. 5.027, 30.11.90 Ar. 8.618, 27.05.92 Ar. 3.678, 25.05.93 Ar. 4.121, 04.11.93 Ar. 8.543, 26.01.94 Ar. 380, 27.01.94 Ar. 383, 14.02.94 Ar. 1.035, 07.03.94 Ar. 2.210, 10.04.95 Ar. 6.784, 12.04.96 Ar. 3.075, 19.07.02 Ar. 9.518

y 29.09.03 Ar. 7.816), al decir 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".

3.- La nota de dependencia se identifica en doctrina como puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza de trabajo del trabajador, definiéndola la jurisprudencia como "la situación del trabajador sometido a la esfera organicista, rectora y disciplinaria de la empresa" (SSTS 02.07.96 Ar. 5.631, 06.05.92 Ar. 3.677; 21.05.90 Ar. 4.933 y 16.02.90 Ar. 1.099). Dependencia que ido evolucionando históricamente y en todo caso admite diversas gradaciones según las características del contrato de trabajo, siendo incluso posible que en alguno de ellos no concurran determinadas facultades de dirección empresarial (así, STS 06.06.90 Ar. 5.028), o que la misma dependencia se halle atenuada (caso del trabajo a domicilio o de los representantes de comercio) y que en otros se encuentre acentuada (supuesto de trabajo en la marina mercante o en las industrias militares). Y son indicios de la dependencia, conforme a la doctrina jurisprudencial: (a) el carácter personalísimo –*intuitu personae*– de la prestación, o imposibilidad de que el trabajador sea sustituido por otro, supuesto éste que llevaría a contratos diversos, como el de arrendamiento de obra, transporte o servicios (SSTS 19.05.87 Ar. 3.733 y 23.10.89 Ar. 7.310), siquiera la sustituibilidad debe ser de cierta entidad y no limitarse a casos esporádicos (SSTS 26.10.86 Ar. 834, 31.07.92 Ar. 8.898 y 22.12.92 Ar. 10.352); (b) la asistencia regular al mismo puesto de trabajo y el sometimiento a jornada y horario determinados, si bien cabe atenuaciones –incluso extremas– que no desvirtúan la dependencia (SSTS 26.01.94 Ar. 380, 14.05.90 Ar. 4.314; 15.02.91 Ar. 839); (c) la asiduidad o la exclusividad en la prestación de servicios (SSTS 12.09.88 Ar. 6.872 y 29.01.91 Ar. 190); (d) la asistencia al centro de trabajo y el hacer publicidad de la empresa en ropas y medios de trabajo (SSTS 26.02.86 Ar. 834 y 12.09.88 Ar. 6.872; y (e) la rendición de cuentas al empresario respecto del trabajo realizado (SSTS 13.04.89 Ar. 2.967 y 26.01.94 Ar. 380).

4.- La característica de ajenidad (a) se proyecta sobre los frutos del trabajo, que pertenecen *ab initio* al empresario, al producirse una transmisión originaria del resultado del trabajo a un tercero (STS 29.10.90 Ar. 7.721); (b) se evidencia en que es el empresario quien los incorpora al mercado y percibe los beneficios (SSTS 29.01.91 Ar. 190 y 16.03.92 Ar. 1.807); y (c) se traduce en que es el empleador quien corre con los riesgos de la actividad laboral. Y los indicios de la ajenidad consisten fundamentalmente en la cuantía y modo de retribución, en la posible participación en las pérdidas, en la aportación –sustancial– o no de medios de trabajo, en la incorporación del bien producido al patrimonio empresarial, etc. (entre otras, STS 29.12.00 Ar. 1.427).

CUARTO.- Porque frente al contrato de trabajo se presenta –y no siempre con nítida diferenciación- el contrato de arrendamiento de servicios, en el que creemos ha de integrarse el suscrito entre la entidad y el demandante; como dice el artículo 1.544 CC este contrato es aquél por el que una persona se compromete a prestar algún servicio a otra, y fue el molde contractual en el que se vierte la relación entre empresario y trabajador en los primeros momentos de su aparición histórica hasta el surgimiento de la nueva figura que se conoce como contrato de trabajo, quedando el arrendamiento de servicios para encuadrar las relaciones de servicios realizadas en régimen de autonomía. Son, en todo caso, relaciones no subordinadas al poder del empresario, que se encuentran fuera del ámbito de su organización y dirección (así, STCT 27.01.83). Unos mismos servicios, objetivamente considerados, pueden ser objeto del contrato de trabajo o del contrato civil de arrendamiento de servicios, dependerá de las circunstancias concurrentes.

QUINTO.- Pues bien, los rasgos laborales anteriores concurren en la actividad desarrollada, porque: primero, la prestación de los servicios de doña E. y doña C. se realiza bajo la dirección del otro socio (don M.), en cuyo círculo organizativo y rector se integran; segundo, aquélla se lleva a cabo en el domicilio de la empresa de éste (lo que supone un control mayor sobre la actividad desarrollada); tercero, el domicilio teórico de la empresa limitada laboral presenta un aspecto abandonado y sin actividad (esto es, se trataría de un domicilio ficticio), carente de cartel o letrero anunciador; cuarto, el único cliente que tiene dicha empresa laboral y, por ende, las dos codemandadas, es el empresario de la entidad en donde prestan servicios, y eso que ha desarrollado teórica actividad comercial durante nueve meses ininterrumpidamente anteriores a la inspección (rasgo que acentúa aquélla dependencia, en definitiva, el real empresario

retribuye el trabajo desempeñado por las reales trabajadoras mediante el abono de facturas emitidas a nombre de la interpuesta sociedad limitada); quinto, la actividad empresarial de don M. es la misma que desenvuelven las dos demandadas (vienen a integrarse en una faceta esencial de aquél, a cubrir necesidades de carácter permanente que debieran efectuarse con sus propios trabajadores); sexto, no hay riesgo alguno en la actividad desarrollada por las codemandadas, al asumir el presunto socio el pago mensual y periódico de sus salarios (y así constan los pagos de 1.682 € en 01.03, 1.856 € en 02.03, 2.030 € en 03.03, 2.146 € en 04.03, 1.711 € en .05.03, etc., todos ellos siempre a finales de mes y por el mismo concepto "servicios de mecanización contable"); séptimo, la comercial limitada carece de medios de producción, al no existir gastos en infraestructura alguna (luz, mobiliario, maquinaria, material de oficina, agua, teléfono,…) necesaria para el desarrollo independiente de la actividad; tan solo se han adquirido dos ordenadores y se habla posteriormente de una renovación de los mismos, pero lo cierto es que dichos elementos se integran en la entidad del otro socio llevándolos allí al prestar los servicios; y octavo, dicha adquisición –en todo caso- se refiere a un teléfono móvil, siete "toners" y dos ordenadores (que al parecer permanecen en casa de las codemandadas y no en su lugar de trabajo), pero sin impresoras, escáner, programas informáticos, software profesional, fax,…; lo que es claramente insuficiente para desenvolver una empresa de las características que se trata de presentar.

Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que la empresa Limitada Laboral ha sido constituida como una pantalla -de forma ficticia- en la que se ampara el verdadero empresario para eludir las obligaciones y deberes que como tal ha de asumir, sin que parezca existente –más que formalmente- la comercial "M., S.L.L.", considerando adecuada la decisión de Instancia. Esto es, hay dependencia y ajenidad, y por lo tanto, relación laboral entre doña E. y doña C. y la empresa "M.R.L."

En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación de los recursos interpuestos por don M.R.L., y por doña M.E.S.A. y doña M.C.A.S., confirmamos la sentencia que con fecha 14.04.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Lugo, a instancia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y

4017 **Recurso nº 5.189/04**

S.S. DESPEDIMENTO PLURICAUSAL, NO QUE O EMPRESARIO, TRALA INVERSIÓN DA CARGA PROBATORIA, FIXO UN ESFORZO RAZOABLE PARA XUSTIFICAR QUE O DESPEDIMENTO ERA ALLEO A TODO PROPÓSITO VIOLADOR DE DEREITOS FUNDAMENTAIS, MALIA O CAL O MESMO DEBE DECLARARSE IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a quince de diciembre de dos mil cuatro

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 5.189/04, interpuesto por los letrados doña M.P.G.A., en nombre y representación de don J.J.S.G., y don G.P.S., en nombre y representación de la Asociación "C.M.", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 451/04 se presentó demanda por don J.J.S.G., sobre despido, frente a la Asociación "C.M." En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 de julio del presente año 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 J.J.S.G., vino prestando servicios para la empresa demandada Asociación "C.M.", desde el 08.11.96, con la categoría profesional de profesor en E.S.O., siendo tutor de primero de Bachillerato y percibiendo un salario de 1.631,04 euros, incluida prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- El actor, en fecha 04.05.04, recibió comunicación de la empresa demandada por burofax del siguiente tenor literal: "… Muy Sr. nuestro: Por la presente le comunico que la Junta Directiva de la Asociación "C.M.",

por unanimidad, acordó con efectos desde el 30 de abril, su despido, cesando en el puesto de trabajo que desempeña y ello como consecuencia del grave acto de indisciplina e insubordinación protagonizado por Vd. el pasado día 12 de abril de 2004, sobre las 9:30 horas en el centro educativo de B., cuando entró en el aula e interrumpió al Presidente de la Asociación y Director del Centro don J.J.S.M., en el momento en que se estaba dirigiendo a los alumnos de primer curso de bachillerato y procedía a presentarles al responsable de un centro asociado en Latinoamérica, negando Vd. a voces su autoridad e impidiéndole continuar con su alocución pese a las advertencias disciplinarias y las órdenes terminantes del Director para que abandonase el aula, las cuales se negó acatar, forcejeando reiteradamente con la puerta y procediendo a animar a los alumnos para que desalojasen la clase.- Los hechos protagonizados por Vd. son constitutivos de de dos faltas muy graves, conforme a lo dispuesto en los apartados b) y c) del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 91.3.c) del Convenio Colectivo Estatal vigente aprobado por resolución del 2 de octubre de 2000 (B.O.E. 17.10.00) de indisciplina o desobediencia, así como por la grave vejación del Director llevada a cabo con su desautorización, en presencia de los alumnos y de persona ajena al Centro, incumplimientos laborales que proceden a sancionarse con su despido…". TERCERO.- El actor, el día 13.04.04, cuando pasó por el aula de primero de Bachillerato, cuando iban a comenzar las clases, vio a don C.A.M., como le decía a los alumnos que durante tres días les impartirían unas clases sobre los principios que rigen en B., yéndose entonces a buscar al Director Educativo del Centro y presidente del Consejo Escolar, don J.L.H.R. Al regresar al aula estaban allí don J.J.S.M., Presidente de la Asociación demandada y Director de Bachillerato, y el Sr. M., manifestándoles tanto el Sr. H. como el actor, que no podían hacer tal cosa, porque estaban interrumpiendo la actividad académica, sin haberlo comunicado al Claustro de Profesores y al Consejo Escolar, produciéndose entonces una discusión en tono elevado por parte de don J.C., que motivó que los alumnos abandonasen por decisión propia el aula y en la cual y antes de que ello sucediera, el citado señor requirió al Sr. H. al actor para que abandonasen el aula, cosa que no hicieron. CUARTO.- El actor declaró el día 19 de diciembre de 2003 como testigo en el juicio de despido de don E.C.C., compañero de trabajo (autos 921/03 del Juzgado de lo Social número Dos de esta ciudad) despido que fue declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales por sentencia de fecha 03.01.04. QUINTO.- Don J.J.S.M. en el programa "Reflexiones" de la Televisión B. del día 1 de febrero de 2004, calificó al actor de "traidor", diciendo que ha cometido un delito…, leyendo públicamente unos versos que el actor dedicó hace años a su abuela doña M.M., madre del Sr. J.J.S.M., sin autorización. Dicho programa fue repetido días después. SEXTO.- En el mes de febrero se produjo una denuncia ante la prensa por parte de un grupo de B. en la que se criticaba a don J.J.S.M. y a su hermano don J.M., reclamando la propiedad colectiva de la finca de la Asociación "C.M.", saliendo publicadas dichas noticias en fechas 08.02.04 (Faro de Vigo) y 13.02.04 (La Voz de Galicia). SÉPTIMO.- En fecha 23.02.04 se remitió a los directores de los diarios "La Región", "La Voz de Galicia" y "Faro de Vigo", una carta de personas favorables al Padre S., en la que bajo la rúbrica "quieren matar al Padre S.", se decía del actor: "En 1990 encabeza un movimiento disidente contra B., su ideario y su fundador. Su pretensión es dar un golpe de estado, deponer al Padre S. y hacerse con la dirección de la Asociación. La intentona no tiene éxito alguno puesto que la gente conoce que es un teórico y dada la escasa capacidad de trabajo, duerme más que trabaja… se limita a cumplir, sin excesivo entusiasmo, con sus obligaciones laborales… adopta posturas críticas contra el ideario de B.… encabeza y dirige acciones contestatarias y de enfrentamiento con la dirección y, lo que es peor, adoctrina y aconseja a los alumnos actitudes opuestas a la razón de ser de la Asociación "C.M."… La acción opositora, coincidente con grave y enconada enemistad, culmina con intervenciones desafortunadas contra el Padre S. y la institución que preside, acudiendo a las Asambleas de los muchachos… arrastra a los demás profesores, redacta y dirige los escritos a los periódicos y las amenazas y protestas que venimos refiriendo en esta memoria. Culmina tanta enemistad actuando ante los tribunales como testigo veraz en las reclamaciones promovidas por su declarado enemigo y ahora compañero de viaje E.C.C., al que siempre consideró el paradigma de lo que no es ser b… J.J. es el loco vesánico". OCTAVO.- El actor, el día 26 de abril de 2004 asistió como público al juicio de faltas en el que estaba denunciado su padre don J.J.S.M. por don A.R.H. NOVENO.- Una vez despedido el actor se le dio orden al guardia de la puerta para que no lo dejara entrar. El actor, el día 5 de mayo, a pesar del requerimiento que le hizo el citado guardia, entró en B., dejando el coche

fuera, continuando desde ese día su actividad académica al contar con el apoyo del Director pedagógico, hecho que fue puesto en conocimiento de la Consellería de Educación, la cual requirió al titular del centro para que manifestase si se había cumplido lo dispuesto en el artículo 60.5 de la L.O.D.E., remitiendo éste en fecha 20.05.04 un escrito que por obrar al folio 48, se da por reproducido, adoptando la Consellería demandada la decisión de no dar de baja al actor mientras que no se convocase la comisión de conciliación a que se refiere el artículo 61 de la L.O.D.E. y abonándole los salarios hasta el día 30.06.04. El actor fe dado de baja en la Seguridad Social por la sociedad demandada el día 30 de abril de 2004. DÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentando durante el último año cargo representativo de los trabajadores. UNDÉCIMO.- En fecha 28 de mayo de 2004 se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "sin efecto", presentando demanda el actor ante el decanato el 4 de junio de 2.004".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don J.J.S.G., contra la Asociación "C.M.", debo declarar y declaro improcedente el despido del actor, condenando a la empresa demandada a que en plazo de cinco días, opte entre readmitirlo en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abone una indemnización de 18.285,72 euros y con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación devengados desde el 01.07.04 hasta la fecha de notificación de la presente sentencia. Notifíquese... etc.".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron respectivos recursos de Suplicación por las partes, formulándose impugnaciones. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgador de instancia estima en parte la demanda, declarando improcedente el despido del actor y condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días opte entre readmitirlo en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abone una indemnización de 18.285,72 euros y con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación devengados desde el 01.07.04 hasta la fecha de la notificación de la sentencia.

Frente a esta resolución interponen recurso ambas partes, construyéndose el del trabajador-accionante a través de un único motivo de suplicación, solicitando el examen del derecho aplicado.

Y articulando el de la empresa demandada, censurando jurídicamente el pronunciamiento que impugna, postulando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestime la demanda planteada.

Recurren actora y demandada contra sentencia que declaró improcedente el despido del primero, en definitiva, instando las partes la calificación de nulidad y procedencia, respectivamente.

SEGUNDO.- Debaten las partes en las censuras jurídicas de sus respectivos recursos si existía motivo de despido disciplinario –los invocados en la carta se refieren a que la irrupción del actor en el aula donde estaba el presidente de la Asociación y por ello titular del colegio, oponiéndose en presencia de los alumnos de 1º de bachillerato a la actuación que en ese momento, con su consentimiento se estaba desarrollando, desobedeciendo delante de los alumnos la orden dada por el presidente de la Asociación demandada de que abandonara el aula para permitir que por el Sr. don C.A.M. se impartiera la enseñanza de principios de B. (tesis de la empresa recurrente) o si el despido fue adoptado como represalia por el hecho de haber ido a declarar como testigo al juicio de don E.C.C., efectuando unas declaraciones que favorecieron al trabajador despedido, y por haber asistido al juicio de faltas del vicepresidente de la Asociación, entre otros, así como en el hecho de que el presidente de la demandada en el programa reflexiones emitido por la televisión B. del día 01.02.04, le llamase traidor diciendo que había cometido un delito o de la carta remitida con fecha 23.02.04 por determinadas personas favorables al padre S. en la que se vierten determinadas expresiones de las que consta un relato preciso en los hechos probados de la sentencia.

La sentencia rechaza la nulidad, pese a existir indicios que revelan una posible vulneración de la garantía de indemnidad que lleva aparejado el derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a la libertad ideológica, del derecho de defender y expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito u otro medio, del derecho a la integridad moral y del derecho a la intimi-

dad personal en base a los hechos probados tras la constatación de datos objetivos, como la asistencia del actor como testigo a un juicio celebrado en fecha 18.12.04 en el que hizo un a declaración que favoreció al trabajador despedido, del hecho de que el presidente de la demandada en el programa "Reflexiones" emitido por la televisión B. el día 01.02.04, le llamase traidor, diciéndole que había cometido un delito, así como carta remitida con fecha 23.02.04 por determinadas personas favorables al padre S. en la que se vierten las expresiones que se recogen en los hechos probados, nulidad que rechaza por entender que producida la inversión de la carga de la prueba, la empresa aun cuando no ha logrado acreditar en su totalidad la versión de los hechos que se recogen en la carta de despido, si ha acreditado unos hechos que en principio constituyen una causa seria y razonable para motivar el despido, con independencia de que los mismos, valorados con todas las circunstancias concurrentes, determinen o no la calificación de procedencia del despido.

De estas premisas debe partir la Sala, al permanecer inalterado el relato fáctico, al no proponerse por ninguna de las partes revisión a fáctica alguna, por lo que se trata de un despido pluricausal, que la Sala estima que no merece solución distinta a la de la sentencia de instancia. La SSTC 48/2002 (RTC 2002\48) recuerda «el verdadero sentido de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 135/1990, de 19 de julio (RTC 1990\135), 21/1992, de 14 de febrero (RTC 1992\21) y 7/1993, de 18 de enero (RTC 1993\7), sobre los denominados despidos "pluricausales". Como se recuerda en la SSTC 7/1993 (RTC 1993\7), F. 4, resumiendo dicha doctrina... cuando se ventila un despido pluricausal, en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda 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. Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, 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 contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo». Dicha SSTC niega que sea pluricausal el despido que se ampara en causas objetivas –o disciplinarias– no probadas, proclamando la plena aplicabilidad de su doctrina general de la nulidad por las consecuencias que ha de tener la falta de prueba empresarial de causa real. Pero ello no sucede en el supuesto de autos, al quedar probados los hechos disciplinarios, pues la empresa ha probado unos hechos que constituyen en principio una causa seria y razonable para motivar su despido y dichos hechos que se estiman probados se concretan en la irrupción del actor en el aula donde estaba el presidente de la Asociación y por ello titular del colegio, oponiéndose en presencia de los alumnos de 1º de bachillerato a la actuación que en ese momento se estaba desarrollando, negándose a abandonar el aula, desobedeciendo por tanto delante de los alumnos la orden dada por el presidente de la Asociación demandada de que abandonara el aula para permitir que por el Sr. don C. se impartiera la enseñanza de principio de B., conducta en principio grave habida cuenta de que la orden provenía del presidente de la Asociación demandada, y por tanto la máxima autoridad empresarial, al que debía en todo momento obediencia a sus ordenes, aunque crean que estas son ilícitas o injustas, pues en principio debe acatarlas, sin perjuicio de que luego pueda impugnarlas ante la jurisdicción competente; por tanto y pese a la existencia de indicios que revelan vulneración de derechos fundamentales, lo cierto es que la empresa no solamente ha alegado, sino que producida a inversión de la carga de la prueba, la empresa ha probado unos hechos que constituyen en principio una causa razonable para motivar su despido, con independencia de que los mismos, valorados todas las circunstancias concurrentes merezcan o no la calificación de procedencia, por todo lo cual la Sala estima con el juzgador de instancia que no cabe la declaración de nulidad del despido.

Ahora bien, llegados a este punto la empresa demandada estima en el recurso que el despido debió declararse procedente por no existir ninguna justificación que ampare la

indisciplina y desconsideración, vejación incluso del empresario, ante los alumnos y ante un invitado extranjero, por parte del demandado, cuya integridad física o dignidad en absoluto se encontraban riesgo para desobedecerla y constando así la desobediencia y absoluta falta de respeto a la persona del empresario, sin ninguna justificación, estima la empresa recurrente que el despido debió de ser declarado procedente, por lo que solicita la estimación del recurso, la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda declarando la procedencia del despido. Pues bien la Sala estima, siguiendo el criterio sentado por el juzgador de instancia, que en efecto la conducta del actor, valoradas todas las circunstancias concurrentes, y teniendo en cuanta el principio de proporcionalidad no determina la calificación de procedencia del cese, habida cuenta de las siguientes circunstancias. en primer lugar que el actor actuó en todo momento secundando al director pedagógico del centro y presidente del consejo escolar, el cual no fue despedido, ni sancionado, en segundo lugar que de hecho el presidente de la Asociación, una vez acaecido el hecho no volvió a dar ordenes para que se le permitiese al Sr. Carlos el impartir sus charlas en bachillerato, sino que por el contrario hubo una reunión en la que se llego al acuerdo de que el Sr. M. solicitaría por escrito poder impartir sus charlas en algunas horas de los cursos de ESO y bachillerato, cosa que se hizo y le fue concedido por el director pedagógico en horas de religión e informática; teniendo en cuenta asimismo que la orden interfería en el programa escolar, con perjuicio para los alumnos de bachillerato, todo lo cual atenúa el comportamiento del actor, y si bien es obvio que su conducta debe ser calificada como falta de desobediencia a las ordenes dadas por el empresario, esta falta, a la vista de las circunstancias anteriores, no se estima por la sala, como correctamente razono el juzgador de instancia, como merecedora de la máxima sanción disciplinaria que es el despido, por lo que este ha sido correctamente calificado en la sentencia de improcedente, y al haberlo estimado así el juzgador de instancia, no ha infringido los preceptos jurídicos denunciados, sino que ha aplicado estos correctamente.

Por todo lo expuesto procede la desestimación de los recursos interpuestos por el trabajador y la empresa demandada y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación respectivamente formulados por don J.J.S.G. y por la Asociación "C.M.", contra la sentencia de fecha 27 de julio del presente año, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Ourense en autos nº 5.189/04, sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

4018 **Recurso nº 4.060/99**

S.S. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO SERGAS. CONTAXIO DE HEPATITE C POR TRANSFUSIÓN DE SANGUE. NON EXISTE FORZA MAIOR. CONTÍA INDEMNIZATORIA: FACULTADE DO ÓRGANO DE INSTANCIA.

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

A Coruña, a dieciséis de diciembre de dos mil cuatro

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 Servizo 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. Espinos, 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 lso 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 niño 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 Interferón-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 tras-

torno 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 Servizos 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 D. Juan Bautista Ganoso Benigno, 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 Servizo 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 Servizo 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 inter-

puesto 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 Servizo 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 don A.S.O. contra el Servizo 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 Servizo 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 Servizo 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 Servizo 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 Servizo 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 1993 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, don 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 noviembre 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 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 Servizo 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 Servizo Galego de Saúde y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por el Servizo 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 don A.S.O., confirmamos la sentencia de instancia.

4019 Recurso nº 5.318/04

S.S. INEXISTENCIA DE PRESCRICIÓN DE FALLA DO TRABALLADOR TRANSGRESORA DA BOA FE CONTRACTUAL.

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

A Coruña, a diecisiete de diciembre de dos mil cuatro

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 5.318/04 interpuesto por don S.C.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 536/04 se presentó demanda por don S.C.G. en reclamación de despido siendo demandado "C.E.S., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha siete de septiembre de dos mil cuatro 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 S.C.G., ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "C.E.S., S.A." en el Centro de Trabajo de V. (Ourense), desde el 20 de febrero de 1992, ostentando la categoría profesional de expendedor y percibiendo un salario mensual, a efectos de indemnización, de 1.196,20 €. SEGUNDO.- En fecha 4 de junio pasado la empresa demandada comunicó al actor la incoación de expediente disciplinario, formulando el pliego de cargos. En fecha 7 de junio el actor formuló el correspondiente pliego de descargo. Dichas comunicaciones figuran incorporadas a autos, teniendo aquí su contenido por reproducido. TERCERO.- En fecha 21 de junio pasado la empresa demanda entrega al actor carta de despido, del siguiente tenor literal: "Muy Señor nuestro: La Empresa "C.E.S., S.A." con fecha 4 de junio de 2004, le comunicó el correspondiente Pliego de Cargos, procediendo Usted a dar contestación al mismo, con fecha 7 de junio de 2004, sin que sus alegaciones y manifestaciones desvirtúen las imputaciones que se le realizaron. La Empresa "C.E.S., S.A." notificó a los Delegados Sindicales Estatales de UGT y CC.OO. en la Empresa "C.E.S., S.A." los cargos que se imputaban a don S.C.G., sin que hasta el día de hoy, hayan dado contestación alguna. La Dirección de la Empresa "C.E.S., S.A." con fecha 20 de mayo de 2004, ha tenido conocimiento, mediante el correspondiente Informe de Auditoría, de una serie de hechos cometidos por usted en la Estación de Servicio V., número de Concesión 31.357, que le han llevado a tomar la decisión proceder a su Despido Disciplinario y en su consecuencia su Contrato de Trabajo, quedará extinguido y resuelto el día 25 de junio de 2004, imputándole los siguientes hechos, que de forma pormenorizada seguidamente se le concretan: ÚNICO.- Porque usted de forma constantes, continuada y oculta, ha venido realizando una serie de operaciones con su tarjeta Visa Solred, número …, durante todo el año 2003, que en total suman 148 transacciones, por un importe total de 12.361,21.-, de las cuales 121 operaciones son irregulares, fraudulentas, que causan grave perjuicio a la Empresa y que, además, contravienen la forma de utilización de la expresada tarjeta de crédito. Usted, en todas las expresadas operaciones se beneficia indebidamente de un 2% de bonificación, en razón a que dichas operaciones y transacciones no se corresponden con ventas reales de carburante, sino que son meras operaciones para la obtención de dinero efectivo, pero sin que exista

venta real que la respalda, ascendiendo el perjuicio económico de este 2% que abona el emisor de la tarjeta a la suma de 232,99.-. Usted además, ha causado un perjuicio a la Empresa por importe de 166,48.-, que es el coste de intermediación en las operaciones al utilizar los terminales del Solred en transacciones ficticias, que no se corresponden con venta real de carburante. Es de destacar, que de estas operaciones irregulares, 99 son operaciones realizadas con combustible gas óleo de automoción, siendo el combustible de su vehículo gasolina sin plomo 95 octanos. En las diez operaciones analizadas, que corresponden alas de mayor importe, en ninguna de ellas, coincide el combustibles que se refleja en la boleta Soled, gas óleo de automoción, con el utilizado por su vehículo habitual, y además, sobrepasa la capacidad máxima del depósito de su vehículo, lo que evidentemente demuestra que dichas operaciones son irregulares y que son ventas ficticias de carburante. La totalidad de las operaciones carecen de firma del cliente. La gran mayoría de las operaciones analizadas, concretamente 119, son por importe elevados y exactos e imposibles de suministrar, ya que superan el máximo establecido como repostaje de cualquier vehículo conocido. Su modus operando consiste en que usted, con su tarjeta VISA, hace una venta ficticia de carburante" la cual no se corresponde con ningún suministro, usted, seguidamente deja el ticket de la operación de la tarjeta en la caja de la Empresa, procediendo a retirar cantidad idéntica del efectivo de la caja. En definitiva, usted lo que está haciendo es un autopréstamo, sin consentimiento de la Empresa, obteniendo así dinero en efectivo. Esta conducta que usted realiza, además de estar prohibida por la Normativa de la Empresa (Manual de Estaciones de Servicio, Comunicado 4/99, Comunicado 10/2000, Comunicado 2/2001), representa un fraude hacia la Empresa, ya que usted se beneficia de un 2% de bonificación, el cual únicamente está previsto cuando se realizan operaciones de venta de suministro de carburante y no para obtener dinero efectivo, además perjudica esto a la Empresa, con los consiguientes gastos de intermediación y además, porque es notorio que no es lo mismo dinero efectivo que dinero a crédito de tarjeta, además usted transgredió la buena fe contractual, al realizar operaciones ficticias de venta de carburante, para con ello conseguir dinero en efectivo. Como anexo 1 a Carta de Despido, y como parte integrante de la misma, la acompañamos el listado total de las operaciones realizadas por usted. A titulo de ejemplo, le reseñamos seguidamente, algunas de las operaciones analizadas, que se corresponden con las diez de mayor importe: - El día 17.12.03, a las 20:46 horas realiza una operación por un importe de 200 € (33.272 Ptas), 285,3 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El día 05.12.03 a las 11:56 horas realiza una operación por importe de 200 € (33.272 Ptas), 290,3 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El día 04.12.03, a las 20:25 horas realiza una operación por un importe de 250 € (41.597 Ptas), 362,8 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El día 02.12.03, a las 20:20 horas realiza una operación por un importe de 250 € (41.597.-Ptas), 362,8 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El día 01.12.03, a las 18:38 horas realiza una operación por un importe de 200 € (33.272.-Ptas), 290,3 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El mismo día 01.12.03 a las 10:52 horas realiza otra operación por un mismo importe, litros y productos, que supera el máximo establecido como repostaje de su vehículo y que no lleva la firma del Cliente. - El día 05.11.03, a las 19:43 horas realiza una operación por un importe de 225 € (37.437 Ptas), 321,9 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El día 02.11.03, alas 12:30 horas realiza una operación por un importe de 200 € (33.272.-Ptas), 286,1 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El día 01.11.03, a las 09:50 horas realiza una operación por un importe de 250 € (41.597.-Ptas), 357,7 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma del Cliente. - El día 06.10.03, a las 11:43 horas realiza una operación por un importe de 200 € (33.272.-Ptas), 295,4 Litros de Gasóleo de Automoción, que supera el máximo establecido como repostaje en su vehículo, y no consta la firma de Cliente. Los anteriores son constitutivos de Faltas Muy Graves, tipificadas en el Artículo 54, números 1 y 2, apartado d) del Estatuto de los

Trabajadores, en relación con el Artículo 31, número 2, en relación el Artículo 35, apartado c) del Convenio Estatal de Estaciones de Servicio, por lo que la Empresa ha decidido a proceder a su Despido Disciplinario con fecha de efectos 25 de Junio de 2004. Remitimos copia de esta comunicación a los Delegados sindicales Estatales de los Sindicatos UGT y CC.OO. a los efectos procedentes de Derecho. A los solos efectos de constancia documental, le rogamos nos devuelva firmado el duplicado de la presente. En Madrid a veintiuno de junio de dos mil cuatro. CUARTO.- El actor, durante el año 2003, realizó un total de 148 transacciones con su tarjeta SOLRED, N° …, por un importe global de 12.361,21.-, para el supuesto repostaje de su vehículo habitual, siendo la última operación realizada en fecha 17.12.03. De dichas operaciones, 121 sobrepasan la capacidad máxima de su vehículo, marca Seat modelo Ibiza matricula … que utiliza como combustible Gasolina sin plomo 95 Octanos; igualmente, de dichas operaciones 99 son realizadas como combustible, Gasóleo de Automoción. Dichas operaciones aparecen detallas en el Anexo 1 de la carta de Despido. Las citadas operaciones las realizó el actor dejando el ticket de la operación de la tarjeta en la caja de la empresa, ticket que firma como expendedor. La utilización de la tarjeta SOLRED, supone un 2% de bonificación en las operaciones de consumo de combustible en las estaciones autorizadas. QUINTO.- A principios del mes de enero del año 2004, el Operador SOLRED y VISA REPSOL, comunica a la empresa demandada las operaciones realizadas por los operarios que utilizan los dispositivos terminales en función de su puesto de trabajo y disponen de tarjetas por ellos emitidas, que superan los 3.005,06.- en el ejercicio 2003, entre los que se encuentra el actor. Ante dicha comunicación, la empresa demandada encarga la realización de un informe de Auditoria, al objeto de examinar dichas operaciones realizadas, informe que fue emitido el 20 de mayo pasado. SEXTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores. SEPTIMO.- Se tuvo por intentada sin efecto la conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don S.C.G. contra la empresa "C.E.S., S.A.", debo declarar y declaro procedente el despido del actor llevado a cabo por la demandada el 25.06.04, convalidando la extinción del contrato de trabajo que aquel produjo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, y, en consecuencia, absuelvo a la demanda de las pretensiones en su contra esgrimidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- El accionante en las presentes actuaciones era expendedor en estación de servicio de "C.E.S., S.A.", con antigüedad de 20.02.92, y conforme al incuestionado relatos de los HDP, a principios de enero de 2004 el Operador SOLRED comunica a la demandada que en el ejercicio 2003, las operaciones realizadas por trabajadores que disponen de aquellas tarjetas –entre ellas el actor– habían alcanzado los 3.005,06 euros. Ante dicha comunicación, la empresa encarga una auditoría que concluye en 20.05.04, incoa expediente disciplinario al actor en 04.06.04 y le comunica su despido en 21.06.04. Se declara igualmente probado que en el año 2003 el trabajador había utilizado la referida tarjeta para supuestas ventas de carburante por importe de 12.361,21 euros, dejando el ticket de la operación en la caja y tomando de ella el importe en metálico de anteriores ventas, con lo que aparte de obtener el dinero efectivo se beneficiaba del 2% de bonificación que tiene la tarjeta Solred. Asimismo consta acreditado que de las 148 operaciones realiozadas en 2003, 121 sobrepasan la capacidad máxima del vehículo del demandante, llegando a un importe de 41.597 pts de una vez, y 99 son realizadas con gasóleo, cuando su automóvil es de gasolina; y que la última operación acreditada tuvo lugar en 17.12.03.

2.- La sentencia de instancia declara la procedencia del despido, y el recurso se limita a denunciar la interpretación errónea del art. 60.2 ET, así como infracción de los arts. 55.4 y 56.1 del mismo ET. Con la primera denuncia se insiste en la existencia de prescripción y con la segunda se acusa a la decisión objeto de recurso de haber desconocido la doctrina gradualista.

SEGUNDO.- 1.- Es bien sabido y de constante recuerdo por los Tribunales (así, SSTSJ Galicia 23.03.94 R. 889/94, 28.11.94 AS 4.493, 18.05.95 R. 1.871/95, 25.08.95 AS 3.154, 07.03.96 R. 502/96, 15.07.96 R. 3.086/96,

29.04.97 R. 1.426/97, 23.05.97 R. 1.836/97, 05.03.99 R. 88/99, 30.09.99 R. 3.720/99, 13.07.00 R. 3.217/00, 26.06.01 R. 2.451/01 y 30.01.03 R. 5.819/02) que el art. 60.2 ET establece un plazo de prescripción llamada «corta» –de dos meses– cuyo cómputo se inicia, inexorablemente, desde que el empresario tiene conocimiento de la falta; y otro –de seis meses– llamado de prescripción «larga» y que –conforme al precepto– opera «en todo caso». La rotundidad de esta última norma ha sido, sin embargo, objeto de una interpretación correctora por parte de la Jurisprudencia, al objeto de evitar una hermenéutica del precepto que llevase a beneficiar al infractor y a premiar la clandestinidad de conductas continuadas, frente a hechos notorios y puntuales que pudieran resultar de inferior gravedad. Y en concreto se ha señalado que si bien el *dies a quo* de la citada prescripción «larga» –la de los seis meses– comienza a correr con carácter general desde la comisión de los hechos, esto es, desde que se cesa en la conducta sancionable (SSTS de 09.02.87 Ar. 801, 24.07.89 Ar. 5.909, 12.03.90 Ar. 2.057 y 16.03.90 Ar. 2.162), en el más concreto supuesto de pluralidad de hechos que corresponden al mismo tipo de infracción y en que media unidad de propósito, no procede aislar los hechos concretos en que se manifiesta –a los efectos de la prescripción– y el dies a quo para el cómputo del referido plazo no comienza a correr sino desde el último incumplimiento, en el que realmente se cesa en la indicada actitud, por voluntario apartamiento del trabajador (SSTS 15.09.88 Ar. 6.899, 06.10.88 Ar. 7.541, 11.07.89 Ar. 5.452, 21.11.89 Ar. 8.218, 15.06.90 Ar. 5.465 y 25.06.90 Ar. 5.513), porque la lesión jurídica no deja de producirse mientras permanece la situación ilegítima (SSTS 14.06.83 Ar. 3.019, 26.10.83 Ar. 5.154, 02.02.84 Ar. 823, 15.02.84 Ar. 879, 27.11.84 Ar. 5.905, 12.12.84 Ar. 6.366 y 21.07.86 Ar. 4.268), muy particularmente en los supuestos de ocultación.

2.- De otra parte tampoco ha de olvidarse –nos remitimos a las resoluciones de esta Sala anteriormente citadas– que en ocasiones, por su propia naturaleza y circunstancias las faltas no emergen y se acreditan en el momento de su comisión o realización, sino en fecha posterior, de manera que no pueda hacerse una imputación inmediata y simultánea con su conocimiento, sino que es precisa una investigación e inspección, para actuar con pleno y cabal conocimiento de causa, eludiendo así una actuación precipitada que se base en sospechas más o menos fundadas, por lo que –resolviendo genéricamente supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza– la doctrina jurisprudencial ha sentado el criterio de que la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el art. 60.2 ET no es aquella en que la empresa «tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos» (SSTS 28.09.82 Ar. 5.302, 09.06.83 Ar. 2.986, 16.06.83 Ar. 3.019, 25.10.83 Ar. 5.146, 26.10.83 Ar. 5.150, 04.11.83 Ar. 5.570, 18.12.84 Ar. 6.407, 21.07.86 Ar. 4.268, 29.09.86 Ar. 5.194, 20.06.88 Ar. 5.432, 24.11.89 Ar. 8.506, 12.02.92 Ar. 970, 26.12.95 Ar. 9.845, 25.01.96 Ar. 199, 12.06.96 Ar. 5.063 y 22.05.96 Ar. 4.607), de manera que se imponga la perentoria necesidad de un expediente disciplinario o de un proceso investigador para llegar –precisamente– al conocimiento de los hechos, casos en los cuales la necesidad aclaratoria de ese expediente determina que al mismo haya de atribuirle virtualidad interruptiva del plazo prescriptorio previsto en el citado art. 60.2 ET

3.- A la par, si hubiese mediado ocultación maliciosa de los hechos y eludiendo los posibles controles del empresario, esta actitud implica persistencia de la conducta y modifica el día inicial del cómputo de la tan referida prescripción, que ha de fijarse a partir del día en que cesó la ocultación, por cuanto que en tales supuestos la falta es una acción permanente que no adquiere carácter definitivo sino cuando cesa la posibilidad de tenerla encubierta por quien la está cometiendo (entre tantas otras, las SSTS 28.09.82 Ar. 5.302, 15.11.83 Ar. 5.602, 08.12.84 Ar. 5.251, 06.02.86, 22.09.86 Ar. 5.019, 25.09.86 Ar. 5.168, 21.09.87 Ar. 6.227, 27.01.90 Ar. 224, 29.10.90 Ar. 7.938, 28.01.91, 26.03.91 Ar. 1.901, 25.04.91 Ar. 5.230, 12.02.92 Ar. 970, 26.05.92 Ar. 3.608, 24.09.92 Ar. 6.809, 03.11.93 Ar. 8.536 y 29.09.95 Ar. 6.925). En concreto, esa ocultación no requiere ineludiblemente actos positivos, bastando para que no empiece a computarse la prescripción que el cargo que desempeñe el trabajador infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto el estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide, mientras perdura, que se inicie el cómputo de la pres-

cripción (ATS 12.06.02 Ar. 7.803, con cita de alguna de las sentencias previamente citadas).

4.- Significa lo anterior que en el caso de autos haya de rechazarse la denunciada infracción del art. 60 ET, siendo así que el inicial conocimiento de los hechos que la empresa tiene en enero de 2004 –tras comunicación de Solred– era de carácter genérico respecto de varios trabajadores y necesitaba de la consiguiente investigación para depurar las posibles e individuales responsabilidades, por lo que la práctica de la auditoría hasta el 20 de mayo suspendió el cómputo de la prescripción, lo mismo que la incoación del expediente disciplinario en 04/Junio, de manera que la notificación del despido en 21 de junio en forma alguna puede considerarse extemporánea y afectante a falta prescrita, al no haber transcurrido –con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se ha citado– ninguno de los plazos prescriptorios establecidos en el art. 60.2 ET, ni el corto de 60 días ni el largo de seis meses.

TERCERO.- 1.- En lo que se refiere a la segunda las infracciones se ha de indicar que con arreglo a la doctrina jurisprudencial dictada respecto de la calificación de los hechos y la valoración de las conductas en materia de despido, las infracciones que tipifica el art. 54.2 ET, para erigirse en causas que justifiquen sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado art. 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente (STS 30.05.92 Ar. 3.626).

Por ello, la actuación de las partes ha de ser enjuiciada a la luz de los principios de individualización y de proporcionalidad: a) individualización, en cuanto ha de estarse a las peculiaridades de cada caso sometido a decisión, con sus específicos elementos, entre los cuales cobra especial relieve el factor personal y humano; y b) proporcionalidad, en cuanto ha de establecerse un criterio gradualista para que exista la adecuada coherencia entre las conductas enjuiciadas, la sanción y las personas afectadas (STS 20.03.90 Ar. 2.182). De esta forma, con arreglo a esta teoría gradualista es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también, la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo (STS 17.11.88 Ar. 8.598).

Son manifestaciones de esta doctrina –que deriva de las SSTS 01.07.77 Ar. 3.276 y 26.11.77 Ar. 4.624, donde se excluye el rigor sancionador por el juez «a quo»– las SSTS 20.12.99 Ar. 2000\524; 10.11.98 Ar. 9.550; 18.06.93 Ar. 6.291; 22.01.93 Ar. 262; 15.01.93 Ar. 93; 14.07.92 Ar. 7.363; 23.06.92 Ar. 4.614; 30.05.92 Ar. 3.626; 13.03.91 Ar. 1.851; 16.05.91 Ar. 4.171; 30.04.91 Ar. 3.399; 04.02.91 Ar. 792; 23.01.91 Ar. 172; 19.10.90 Ar. 7.930; 24.09.90 Ar. 7.040; 07.05.90 Ar. 3.971; 03.05.90 Ar. 3.944; 06.04.90 Ar. 3.121; 29.03.90 Ar. 2.366; 21.03.90 Ar. 2.203; 20.03.90 Ar. 2.182;19.03.90 Ar. 2.173; 28.02.90 Ar. 1.248; 24.02.90 Ar. 1.222; 25.09.89 Ar. 6.484; 23.09.89 Ar. 6.475; 07.06.89 Ar. 4.549; 17.11.88 Ar. 8.598; 17.02.88 Ar. 734; 27.01.88 Ar. 59; 13.11.87 Ar. 7.868; 05.03.87 Ar. 1.336; 27.11.86 Ar. 6.522; 27.11.86 Ar. 6.729; 24.11.86 Ar. 6.500; 13.11.86 Ar. 6.336; 09.06.86 Ar. 3.498; 17.04.86 Ar. 2.196; 28.03.85 Ar. 1.406; 28.03.85 Ar. 1.404; 12.03.85 Ar. 1.321; 28.01.84 Ar. 111... Y de ella se hizo aplicación en las SSTSJ Galicia de 21.01.00 AS 103 y R. 5.385/99, 15.04.00 R. 1.248/00, 19.01.01 R. 570/00, 05.07.01 R. 2.775/01, 13.09.01 R. 3.334/01, 03.10.01 R. 4.202/01, 19.01.02 R. 6.063/01 y 13.09.02 R. 3.365/02, 21.03.03 R. 556/03, 24.09.03 R. 4.181/03, 25.09.03 R. 4.189/03, 10.10.03 R. 4.606/03, 08.03.04 R. 217/04, 14.05.04 R. 1.543/04 y 30.11.04 R. 5.227/04.

Pero no es menos cierto que tales afirmaciones se hacen bajo el presupuesto de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a

la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencian los arts. 5.a y 20.2 ET (SSTS 31.10.84 Ar. 5.360, 18.12.84 Ar. 6.408, 27.02.87 Ar. 1.133, 02.07.87 Ar. 5.060, 16.03.88 Ar. 1.950, 21.03.88 Ar. 2.333, 18.07.88 Ar. 6.171, 31.10.88 Ar. 8.189, 16.01.90 Ar. 128, 28.02.90 Ar. 1.248, 06.04.90 Ar. 3.121, 24.09.90 Ar. 7.040, 21.02.91 Ar. 854, 04.03.91 Ar. 1.822, 16.05.91 Ar. 4.171, 02.04.92 Ar. 2.590, 10.12.92 Ar. 10.074…).

2.- De otra parte se ha de recordar –entre las últimas, STSJ Galicia 24.09.03 R. 4.181/03– que:

* La transgresión de la buena fe constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato de trabajo –arts. 5.a) y 20.2 ET– y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la Empresa (SSTS 26.02.91 Ar. 875 y 18.05.87 Ar. 3.725);

* La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traduciéndose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como 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 (arts. 7.1 y 1.258 CC) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (SSTS 21.01.86 Ar. 312, 22.05.86 Ar. 2.609 y 26.01.87 Ar. 130);

* La esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS 08.02.91 Ar. 817 y 09.12.86 Ar. 7.294), siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad (SSTS 30.10.89 Ar. 7.462);

* De igual manera que no es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el art. 54.2.d) ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable (SSTS 30.04.91 Ar. 3.397, 04.02.91 Ar. 794, 30.06.88 Ar. 5.495, 19.01.87 Ar. 66, 25.09.86 Ar. 5.168 y 07.07.86 Ar. 3.963...);

* A los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción pasan a un primer plano la categoria profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, agravando la responsabilidad del personal directivo (asi, entre tantas otras, las SSTS 18.03.91 Ar. 1.872, 14.02.90 Ar. 1.086, 30.10.89 Ar. 7.462, 24.10.89 Ar. 7.424, 20.10.89 Ar. 7.532, 12.12.88 Ar. 9.595, 18.04.88 Ar. 2.978 y 16.02.86 Ar. 784) y muy especialmente en quien realiza funciones de Cajero (asÌ, en SSTS 12.05.88 Ar. 3.615 y 19.12.89 Ar. 9.250);

* En la materia de perdida de confianza no cabe establecer graduación alguna (SSTS 29.11.85 Ar. 5.886 y 16.07.82 Ar. 3.633) y el reintegro de la cantidad sustraida no obsta la procedencia del despido (SSTS 19.01.87 Ar. 68, 09.05.88 Ar. 3.579 y 05.07.88 Ar. 5.762).

3.- La aplicación de tal doctrina nos lleva en el caso de autos a considerar ajustada a Derecho la declaración de procedencia del despido y a rechazar la censura juridica relativa a los arts. 54 y 56 ET, pues la conducta del actor, utilizando su tarjeta para operaciones ficticias a traves de las cuales obtenia dinero en efectivo y causó a la empresa un perjuicio real de 166,48€ (importe total de la bonificación que correspondía por la utilización de la tarjeta Solred), necesariamente ha de entenderse que quebranta la buena de contractual y comporta la pérdida confianza en el empleado, revistiendo los caracteres de gravedad y culpabilidad que exige la causa justa de despido.

En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimaciÛn del recurso interpuesto por don S.C.G., confirmamos la sentencia que con fecha 07.09.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ourense, y por la que se rechazó la demanda formulada sobre despido y se absolvió a la empresa "C.E.S.,S.A".

4020 **Recurso nº 2.259/02**

S.S. ACCIDENTE DE TRABALLO. NON CONCORRE. INCAPACIDADE PERMANENTE QUE NON TEN RELACIÓN DE CAUSALIDADE CON ACCIDENTE IN ITINERE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diecisiete de diciembre de dos mil cuatro

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 2.259/02 interpuesto por don G.G.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 717/01 se presentó demanda por don G.G.G. en reclamación de accidente siendo demandado el INSS y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 2 de marzo de 2002 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- El demandante don G.G.G., nacido el 3 de septiembre de 1951, que figura afiliado y en alta en la Seguridad Social, Régimen General, con el número …, vino trabajando desde el 3 de mayo de 1999 para la empresa "N.E.C., S.A.", dedicada a la actividad de construcción y asegurada a efectos de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo con la Mutua "A.", haciéndolo como oficial de 1ª albañil y teniendo una base reguladora total mensual para la invalidez permanente absoluta y total derivadas de accidentes de trabajo de 1.134,78 euros y para las derivadas de enfermedad común de 861,46 euros, cesando el día 20 de septiembre de 2001 con despido conciliado ante el SMAC. Su base de cotización en marzo de 2000 fue de 1.136,52 euros para contingencias comunes y 1.174,71 para accidentes de trabajo y en octubre de 2000 y por contingencias comunes de 970,50 euros. 2º.- Con fecha 3 de abril de 2000 el actor sufrió un accidente de tráfico cuando iba a trabajar, accidente calificado de laboral in itinere, iniciando incapacidad temporal el mismo día con diagnóstico de esguince cervical y lumbar, en cuya situación permaneció hasta que fue dado de alta el 14 de julio por curación, teniendo la empresa autoasegurada la contingencia de incapacidad temporal. El actor impugnó el alta y su pretensión fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo mediante sentencia de fecha 29 de noviembre de 2000 por considerar que había curado las secuelas del accidente, esguinces cervical y lumbar leves, y que su proceso artrósico era degenerativo, sentencia confirmada por el T.S.J. de Galicia el 24 de julio de 2001. 3º.- El día 3 de agosto de 2000 el facultativo del Servizo Galego de Saúde expidió parte de baja por incapacidad temporal al demandante por cefaleas, dolor cervical y lumbar, dándolo de alta el 2 de febrero de 2001. A propuesta del Servizo Galego de Saúde, el Instituto Nacional de la Seguridad Social tramitó expediente de determinación de contingencias y resolvió que dicho proceso de incapacidad temporal derivaba de accidente laboral; presentada demanda por la empresa, el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo dictó sentencia el día 13 de diciembre de 2001 estimando la demanda y declarando que dicho proceso de incapacidad temporal derivaba de enfermedad común. Dicha sentencia fue recurrida por el trabajador y pende de ser resuelto el recurso ante el T.S.J. de Galicia. 4º.- El día 5 de marzo de 2001 el trabajador solicitó la invalidez permanente derivada de accidente de trabajo y el Equipo de Valoración de Incapacidades, previo informe emitido en fecha 25 de mayo, propuso de forma vinculante a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en Vigo, el día 28 de junio declarar al trabajador sin invalidez permanente y dándole 10 días para efectuar alegaciones, que presentó el día 24 de julio solicitando la invalidez total o subsidiariamente parcial por accidente laboral y subsidiariamente las mismas por enfermedad común, propuesta así asumida por dicho Instituto que dictó resolución con fecha 27 de julio denegándole la invalidez por no ser sus dolencias constitutivas de la misma. El día 22 de agosto interpuso el actor reclamación previa solicitando que los mismo que en el escrito de alegaciones, reclamación que, previa audiencia a la Mutua, le fue desestimada por dicho Instituto mediante resolución de fecha 9 de octubre. 5º.- El actor padece: ante-

cedentes de incapacidad temporal por lumbalgia en 1992 y enero de 2000, accidente laboral in itinere el 3 de abril de 2000 con diagnóstico de esguinces cervical y lumbar y traumatismo craneoencefálico sin ingreso siendo remitido a su domicilio con collarín cervical con el que estuvo un mes e hizo rehabilitación; refiere lumbociatalgia irradiada a miembros inferiores sobre todo al derecho, fue visto por cefaleas, va al psiquiatra privado cada dos meses por síndrome depresivo-ansioso con trastorno del sueño reactivo postraumático; aparato locomotor: cierta cifosis dorsal, movilidad de columna cervical y lumbar completas, fuerza y reflejos conservados en miembros superiores, hace puño y pinza con fuerza, rectificación de la lordosis fisiológica lumbar, lasegue derecho positivo, movilidad de caderas y rodillas completa, fuerza y reflejos en miembros inferiores conservados, dice no poder aguantar sentado en la camilla con las piernas estiradas, camina de punta y talón, no atrofias musculares, ejecuta flexión dorsal y plantar de pies y dedos; electromiograma de abril de 2001: patrón neurógeno crónico en miotomas L5-S1 de intesidad leve derecho y moderado izquierdo sin signos de denervación; resonancia cerebral: normalidad de tamaño y morfología del sistema ventricular sin desplazamiento de estructuras, no se aprecian alteraciones morfológicas y de señal a nivel de parénquima encefálica, pequeño pólipo en seno maxilar izquierdo menor de 1 centímetro; RX cervical: no datos patológicos significativos con correcta alineación de los muros vertebrales y movilidad normal de los diferentes segmentos cervicales tanto en flexión como en extensión; resonancia cervical: no se aprecian imágenes de hernias discales y la forma y señal de la médula espinal es normal; resonancia lumbar: importantes cambios degenerativos de discos intervertebrales lumbares prácticamente en su totalidad estando sólo respetado el L5-S1 con pérdida de altura y señal siendo de destacar los cambios en el espacio L3-L4 que se asocia a pequeñas protusiones del anillo fibroso hacia el canal raquídeo y en menor medida hacia el espacio vertebral con formación osteofítica, en el disco D12-L1 se aprecia la presencia de hernias intrasomáticas tanto hacia el platillo vertebral inferior de D12 como superior de L1, se descartan hernias discales, estenosis significativa del canal raquídeo; RX cervical: incipiente cervicoartrosis C5-C6 y C6-C7; Lumbar: importante lumboartrosis de predominio en L4-L5 y L5-S1 con anomalía de transición con lumbarización parcial de S1 y escoliosis levoconvexa; TAC: alineación de la columna lumbar conservada, cambios degenerativos con pérdida de altura del espacio intervertebral L3-L4 y alteración de la señal de los platillos vertebrales de L3-L4-L5, presencia de groseros osteofitos anteriores a múltiples niveles formando sindesmofitos en L1-L2, L3-L4 y L4-L5, diámetro del canal medular en L3-L4 por debajo de lo normal en relación con canal estrecho, no se objetivan alteraciones discales que sugieran patología herniaria; sistemas nervioso: pares craneales indemnes, prueba dedo-nariz correcta, Romberg negativo, marcha en tándem poco valorable; psíquicamente: inicialmente presentó anhedonia, irritabilidad anómala, ansiedad, insomnio, despertar precoz, retraimiento social e ideación de carácter depresivo, pero en diciembre de 2000 desapareció la ideación, y mejoró del sueño, irritabilidad y la frecuencia e intensidad de las cefaleas. 6º.- El demandante acredita 8.981 de permanencias en alta en la Seguridad Social a fecha 5 de marzo de 2001. No constan sus períodos cotizados. 7º.- En la demanda solicita el actor la invalidez permanente absoluta, total o parcial por accidente de trabajo y subsidiariamente por enfermedad común".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el Servizo Galego de Saúde, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don G.G.G. contra dicho demandado, al que absuelvo. Asimismo, desestimando la excepción de falta congruencia entre el expediente administrativo y la demanda pero acogiendo la de falta de agotamiento de la vía administrativa previa alegadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con la petición de invalidez permanente derivada de enfermedad común, debo desestimar y desestimo dicha pretensión formulada por el actor sin entrar en su examen, absolviendo en la instancia a dichos demandados. Y desestimando la demanda del actor contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua "A." y la empresa "N.E.C., S.A." en relación con su pretensión de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo, 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El actor fue declarado en vía administrativa, por resolución de la Dirección Provincial del INSS de Pontevedra de fecha 25 de abril 2002 –que obra incorporada a la pieza por ser de fecha posterior a la interposición del recurso-, y cuya unión a las presentes actuaciones se acordó por auto de fecha 13 de diciembre, en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de oficial 1ª -albañil-, derivada de enfermedad común. El actor interpuso demanda solicitando que le fuese reconocida la Invalidez Permanente en el grado de Incapacidad Permanente Total o subsidiariamente parcial derivada de accidente de trabajo, o bien derivada de la contingencia de enfermedad común. Y la sentencia de instancia, respecto de la reclamación de Invalidez por contingencia común aprecia la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa alegada por el INSS y la TGSS, y desestima la pretensión actora sobre reclamación de invalidez derivada de accidente de trabajo, absolviendo a todos los demandados, decisión que es impugnada por la representación letrada del actor, al objeto de obtener su revocación, articulando cuatro motivos de Suplicación, los dos primeros por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, destinados a la revisión de los hechos declarados probados, y los dos restantes destinados al examen de la normativa jurídica aplicada en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de revisión se interesa que el hecho probado primero quede redactado del modo siguiente: "El demandante don G.G.G., nacido el 3 septiembre de 1951, que figura afiliado y en alta en la Segurid Social, Régimen General, con el número …, vino trabajan desde el 3 de mayo de 1999 para la empresa "N.E.C., S.A.", dedicada a la actividad de construcción y asegurada a efectos de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo c la Mutua "A.", haciéndolo como oficial de 1 ° albañil y teniendo una base reguladora total mensual para la invalidez permanente absoluta y total derivadas de accidentes de trabajo de 1.134,78 euros y para las derivadas de enfermedad común de 861,46 euros, cesan el día 20 de septiembre de 2001 con despido conciliado ante SMAC. Su base de cotización en marzo de 2000 fue de 1.136,52 euros para contingencias comunes y 1.174,71 para accidentes de trabajo en octubre de 2000 y por contingencias comunes de 970,50 euros. El actor fue sometido el día 30.04.99 a un reconocimiento médico por la Mutua "A.", siendo el resultado de "apto para el trabajo" constando dicho informes en los folios 181, 182, 183 y 184 que se tienen aquí por reproducidos".

Y en el segundo de los motivos del recurso, se pretende la modificación del hecho probado segundo, para que quede redactado así: "Con fecha 3 de abril de 2000 el actor sufrió un accidente de trabajo cuando iba a trabajar, accidente calificado de laboral in itinere iniciando incapacidad temporal el mismo día, en cuya situación permaneció hasta que fue dado de alta el 14 de julio por cura teniendo la empresa autoasegurada la contingencia de incapacidad temporal. El informe de la Clínica Fátima, que lo atendió, dice lo siguiente:

<El paciente don G.G.G. fue atendido nuestro Servicio de Urgencias el día 3 de abril del presente año a consecuencia de un accidente de tráfico, presentando las siguientes lesione: esguince cervical y lumbar. Traumatismo cráneo encefálico con conmoción cerebral.

Fue tratado mediante anti-inflamatorios, relajantes musculares, collarín cervical, faja lumbar y posteriormente, tratamiento de fisioterapia.

Presentó clínica de cervicalgia y lumbalgia sin irradiaciones radiculares. En la exploración destacó una limitación severa de la flexión lumbar, destacándose el hallazgo de espondiloartrosis lumbar importante, recomendándosele la práctica de ejercicios para potenciar la musculatura de la espalda.

Refirió también, cefalea bilateral de predominio nocturno, siendo la exploración neurológica normal; se interpretó como una cefalea tensional, agravada por el accidente, que debe seguir siendo tratada por su Neurólogo de referencia.

Dicho paciente fue dado de alta definitiva el día 28 de agosto del presente año, restándole las siguientes secuelas: refiere cervicalgia y lumbalgia que empeora con esfuerzos agra vamiento de cefalea tensional >

El actor impugnó el alta y su pretensión fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo mediante sentencia de fecha 29 de noviembre de 2000 por considerar que había curado de las secuelas del accidente, esguinces cervical y lumbar leves y que su proceso artrósico era degenerativo, sentencia confirmada por el TSJ de Galicia el 24 de julio de 2001"

La Sala no acoge ninguna de las dos revisiones, por las siguientes consideraciones: a).- en primer lugar, porque no aportan ningún dato decisivo para la resolución del litigio, dado que el texto ofrecido no altera, en lo esencial, lo que el magistrado de instancia declara probado; y b).- por otra parte, los documentos en que se sustentan aparecen contradichos por otros que obran en las actuaciones, todos ellos valorados por el juzgador "a quo", cuya valoración, objetiva e imparcial, no se puede sustituir por la subjetiva versión de la parte recurrente.

TERCERO.- En el primero de los motivos del recurso destinado a censura jurídica, la parte recurrente denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 115.f) y g) y 137.5 de la Ley General de la Seguridad social de 1994. Se alega por la parte recurrente, en esencia, que no existe la menor duda sobre el hecho de que el actor está incapacitado para todo trabajo pese a la leve mejoría de su trastorno depresivo postraumático, y que por otra parte, no se ha puesto en duda el origen postraumático del problema psíquico del actor por lo que entendemos que al no haber sido declarado en Incapacidad Permanente Absoluta derivada de accidente de trabajo, se han infringido los preceptos denunciados.

Y en el segundo de los motivos de censura jurídica, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 115 f) y g) y 137.4 L.G.S.S., señalando que la situación del actor es incapacitante para su trabajo, y que solamente resta entrar a juzgar si el accidente in itinere ha supuesto o no una agravación de las secuelas artrósicas que el actor padecía con anterioridad al citado accidente.

Según el inalterado relato fáctico, consta que el demandante-recurrente, trabajador por cuenta ajena de la empresa "N.E.C., S.A.", con la categoría profesional de "Oficial 1ª-albañil", sufrió un accidente de tráfico ("accidente in itinere") el 3 de abril de 2000, iniciando proceso de incapacidad temporal que se prolongó hasta el 14 de julio de 2000, fecha en la que causó alta por curación. Y habiendo impugnado el actor el alta, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, dictó sentencia con fecha 29 de noviembre de 2000, desestimando la pretensión actora por considerar que había curado de las secuelas del accidente, y que su proceso artrósico era degenerativo, sentencia confirmada por el TSJ de Galicia el 24 de julio de 2001.

A lo anterior se puede añadir que, el día 3 de agosto de 2000 el facultativo del Servizo Galego de Saúde expidió al demandante parte de baja por incapacidad temporal por cefaleas, dolor cervical y lumbar, dándolo de alta el 2 de febrero de 2001. A propuesta de1 Servizo Galego de Saúde, el Instituto Nacional de la Seguridad Social tramitó expediente de determinación de contingencias y resolvió que dicho proceso de incapacidad temporal derivaba de accidente laboral; presentada demanda por la empresa, él Juzgado de lo Social número 2 de Vigo dictó sentencia el día 13 de diciembre de 2001 estimando la demanda y declarando que dicho proceso de incapacidad temporal derivaba de enfermedad común sentencia fue recurrida por el trabajador y anulada por sentencia de esta Sala de fecha 25 de octubre de 2004, que obra incorporada a la pieza de recurso.

Según el incombatido hecho probado quinto de la sentencia recurrida, el actor padece: "antecedentes de incapacidad temporal por lumbalgia en 1992 y enero de 2000, accidente laboral in itinere el 3 de abril de 2000 con diagnóstico de esguinces cervical y lumbar y traumatismo craneoencefálíco sin ingreso siendo remitido a su domicilio con collarín cervical con el que estuvo un mes e hizo rehabilitación; refiere lumbociatalgia irradiada a miembros inferiores sobre todo al derecho, fue visto por cefaleas, va al psiquiatra privado cada dos meses por síndrome depresivo-ansioso con trastorno del sueño reactivo postraumático; aparato locomotor: cierta cifosis dorsal, movilidad de columna cervical y lumbar completas, fuerza y reflejos conservados en miembros superiores, -hace puño y pinza con fuerza, rectificación de la lordosis fisiológica lumbar, lasegue derecho positivo, movilidad de caderas y rodillas completa, fuerza y reflejos en miembros inferiores conservados, dice no poder aguantar sentado en la camilla con las piernas estiradas, camina de punta y talón, no atrofias musculares, ejecuta flexión dorsal y plantar de pies y dedos; electromiograma de abril de 2001: patrón neurógeno crónico en miotomas L5-S1 de intensidad leve derecho y moderado izquierdo sin signos de denervación; resonancia cerebral: normalidad de tamaño y morfología del sistema ventricular sin desplazamiento de estructuras, no se aprecian alteraciones morfológicas y de señal a nivel de parénquima encefálica, pequeño pólipo en seno maxilar izquierdo menor de 1 centímetro; RX cervical: no datos patológicos significativos con correcta alineación de los muros vertebra-

les y movilidad normal de los diferentes segmentos cervicales tanto en flexión como en extensión; resonancia cervical: no se aprecian imágenes de hernias discales y la forma y señal de la médula espinal es normal; resonancia lumbar: importantes cambios degenerativos de discos intervertebrales lumbares prácticamente en su totalidad estando sólo respetado el L5-S 1 con pérdida de altura y señal siendo de destacar los cambios en el espacio L3-L4 que se asocia a pequeñas protusiones del anillo fibroso hacia el canal raquídeo y en menor medida hacia el espacio vertebral con formación osteofítica, en el disco DI 2-L 1 se aprecia la presencia de hernias intrasomáticas tanto hacia el platillo vertebral inferior de D12 como superior de L-1, se descartan hernias discales, estenosis significativa del canal raquídeo; RX cervical: incipiente cervicoartrosis C5-C6 y C6C7; Lumbar: importante lumboartrosis de predominio en L4-L5 y L5-SI con anomalía de transición con lumbarización parcial de S 1 y escoliosis levoconvexa; TAC: alineación de la columna lumbar conservada, cambios degenerativos con pérdida de altura del espacio intervertebral L3-L4 y alteración de la señal de los platillos vertebrales de L3-L4-L5, presencia de groseros osteofitos anteriores a múltiples niveles formando sindesmofitos en L1-L2, L3-L4 y L4-L5, diámetro del canal medular en L3-L4 por debajo de lo normal en relación con canal estrecho, no se objetivan alteraciones discales que sugieran patología herniaria; sistema nervioso: pares craneales indemnes, prueba dedo-nariz correcta, Romberg negativo, marcha en tándem poco valorable; psíquicamente: inicialmente presentó anhedonia, irritabilidad anómala, ansiedad, insomnio, despertar precoz, retraimiento social e ideación de carácter depresivo, pero en diciembre de 2000 desapareció la ideación, y mejoró del sueño, irritabilidad y la frecuencia e intensidad de las cefaleas".

Y a la vista de este cuadro de dolencias, y del accidente "in itinere" sufrido por el actor en el año 2000, dos son las cuestiones litigiosas a resolver: a).- de una parte, si las mismas derivan del accidente laboral y, en consecuencia, si la invalidez debe ser reconocida como derivada de la contingencia de accidente de trabajo; y, b).- por otro lado, si el citado cuadro de dolencias es constitutivo de Invalidez Permanente Absoluta o Total, cuestión esta subsidiaria de la anterior, dado que si se declara que las secuelas no derivan de accidente de trabajo, sería innecesario pronunciarse sobre el grado de invalidez

Y por lo que respecta a la contingencia de la Invalidez, del relato fáctico claramente se desprende que el cuadro patológico que padece el actor deriva de enfermedad común. En efecto, el cuadro de secuelas que presenta el trabajador se describe en el hecho probado quinto y que no se combate, y como consecuencia del accidente laboral sufrido por el trabajador en abril del 2000, tan solo presentó un esguince cervical y lumbar que sólo precisó de asistencia médica inicial de una hora, pasando el actor a su domicilio con collarín cervical, es decir, el esguince tuvo un carácter leve, sin lesiones óseas, sin que conste que el trabajador hubiese precisado de asistencia médica posterior, sin que el accidente sufrido haya tenido la más mínima repercusión en el estado clínico actual del paciente, que claramente tiene su origen en contingencias ajenas al accidente, siendo por tanto de índole común y no profesional, de ahí el acierto de la sentencia recurrida al calificar el estado clínico del demandante como derivado de enfermedad común.

En consecuencia, al faltar la necesaria conexión entre las lesiones que realmente limitan la capacidad funcional del actor y el accidente laboral sufrido con ocasión o por consecuencia del trabajo, es evidente que no se da la infracción denunciada del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, en ninguno de sus apartados; no constando acreditado que los padecimientos del actor, deriven de un accidente calificado como de trabajo, todo lo cual implica la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Y por todo ello:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del actor don G.G.G., contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Vigo, en autos núm. 717/2001, en proceso sobre Incapacidad Permanente derivada de accidente de trabajo, promovido por el citado recurrente, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, SERGAS, Mutua "A.", así como frente a las empresas "N.E.C., S.A.", debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha Sentencia.

4021 **Recurso nº 2.290/02**

S.S. ACCIDENTE DE TRABALLO. RECARGO DAS PRESTACIÓNS. CADUCIDADE DO EXPEDIENTE. APLICABILIDADE DO PRAZO DE CINCO ANOS. FIXACIÓN DO DIES A QUO. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA: CONCEPTO DE EMPRESARIO INFRACTOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diecisiete de diciembre de dos mil cuatro

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. 2.290/02 interpuesto por "A., 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 J.M.C.L. en reclamación de infracción medidas seguridad siendo demandado "A.E.C., S.A.", "F.M., S.A.", "A., S.A.", "H.C.M., S.L.", Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 76/00 sentencia con fecha treinta de enero de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"Primero.- El actor nació el dieciséis de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el número …, y prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada "F.M., S.A.", actividad montajes metálicos, con domicilio social en Polígono Industrial de …, A Coruña, con la categoría profesional de oficial 1ª calderero. La mencionada empresa subcontrató mediante contrato de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, con la empresa "A.E.C., S.A." con el objeto social de fabricación y montaje de todo tipo de construcciones metálicas, con su domicilio social en …, A Coruña, para la ejecución de una estructura metálica en el centro de trabajo de la empresa "A., S.A.", con domicilio social en Algeciras. Segundo.- Que el actor en fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa y cinco sufrió un accidente cuando procedía a soldar una viga metálica para colocar en paralelo a otra perteneciente a la estructura de la nave anexa. La viga a soldar era de tipo "PRAT" y era sostenida por una grúa móvil que la mantenía en contacto con la antigua viga "HB", unida, a su vez, a una estructura de celosía y a la viga de carril de la grúa-puente que operaba en la nave anexa utilizada para depositar los desbastes antes de su introducción en el horno. La plataforma de trabajo utilizada por el operario estaba construida por el conjunto "viga HB-estructura de celosía" (sobre esta última se habían extendido unas tablas para salvar los huecos). Durante la operación de trabajo, la grúa-puente de la nave anexa continuaba en servicio y circulando por su carril a una distancia de 78 cm. del lugar en que se encontraba el soldador. Para mantener las ruedas de la grúa sobre los raíles existen dos rodillos de grúa, situados uno al lado de la rueda y dispuestos horizontalmente que "abrazan" el rail por su estrechamiento inferior, evitando así que la grúa pueda descarrillar. Estos rodillos, sobresalen, aproximadamente 20 cm. de la viga carril, invadiendo la zona de celosía y barriendo una franja de la descrita plataforma de trabajo que se ve, por tanto, aun mas reducida El accidente se produjo por atrapamiento de la perna del productor en una de las pasadas de la grúa. Según declaró el gruista, en otras ocasiones había advertido la presencia de personas en las proximidades de la zona de transito de la grúa, procediendo a hacer sonar la señal acústica. En el caso del desplazamiento que dio lugar al accidente, no advirtió la presencia de ningún operario desde su puesto de trabajo, situado en el extremo opuesto de la grúa, a unos 20 metros de distancia y 1.15 metros pro debajo del nivel de al viga de carril, por lo que no hizo sonar la señal. La consecuencia fue el atrapamiento que le produjo, al actor, amputaciones traumática a nivel de 1/3 medio de la pierna izquierda. Tercero.- Que por la Inspección de Trabajo de Cádiz, en fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco se levantó acta de infracción, la cual se reproduce, imponiendo sanción por importe de quinientas dos

mil pesetas (502.000 pts) a la empresa "F.M., S.A." y en virtud de las siguientes conclusiones : 1º.- Que la plataforma de trabajo utilizada por el trabajador accidentado carecía de las dimensiones adecuadas y, sobre todo, de una eficaz protección frente al riesgo de atrapamiento o golpe por los rodillos, grúa u otra parte móvil de la grúa-puente. 2º.- Asimismo se aprecia que la empresa no adoptó las medidas organizativas necesarias para garantizar la seguridad del trabajador accidentado (falta de coordinación con "A., S.A."). Estos hechos constituyen sendas infracciones de lo dispuesto respectivamente, los artículos 89 y 102.9 (2) de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por OM 9.3 de 16 y 17 de marzo. Las infracciones se tipifican como graves en el artículo 10.9 de la Ley 8/1988 de 7 de abril y 15 de abril de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Las sanciones se proponen en el grado máximo de conformidad con los artículos 36 y 37 de la Ley antes citada, valorándose como criterio de agravación el perjuicio causado al trabajador. Se propone, además, la imposición del recargo del 30% sobre las posibles prestaciones económicas del accidente de don J.M.C.L., de conformidad con el artículo 123.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29.06) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social". Cuarto.- Que por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de A Coruña, de fecha treinta de mayo de mil novecientos noventa y ocho, previa propuesta del Equipo Valoración Incapacidades de fecha doce de abril de mil novecientos noventa y seis, se concede al actor la invalidez permanente en grado de total derivada de accidente de trabajo, según establece el artículo 137 punto 4 Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, con base reguladora de ciento sesenta y tres mil tres pesetas (163.003 pts), con un porcentaje de pensión del 55% Quinto.- Que el actor formuló la preceptiva reclamación previa en fecha de veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve siendo desestimada pro silencia administrativo al no recaer resolución expresa".

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

"FALLO: Que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por los representantes legales de las empresas "A.E.C., S.A.", y "A., S.A." y desestimando la excepción de caducidad formulada por los representantes legales de "A.E.C., S.A.", "F.M., S.A." y "H.C.M., S.L." estimando la demanda interpuesta por don J.M.C.L. contra "A.E.C., S.A.", "F.M., S.A.", "A., S.A.", debía de condenar y condenaba a "F.M., S.A.", "H.C.M., S.L.", "A.E.C., S.A." y "A., S.A." como empresas responsables solidarias al abono del recargo del 505 de las prestaciones económicas que se están abonando desde el dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, en cuantía de noventa y dos mil trescientas cuarenta y dos pesetas mensuales (92.342 pts) por accidente de trabajo. Quedando absueltos el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, de los pedimentos contenidos en la misma."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, tras desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva y caducidad, acoge la demanda interpuesta por el trabajador don J.M.C.L., condenando a las empresas demandadas "F.M., S.A.", "H.C.M., S.L.", "A.E.C., S.A." y "A., S.A." como responsables solidarias al abono del recargo del 50% de la prestación de Incapacidad Permanente Total que le ha sido reconocida al actor, absolviendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social. Esta decisión, es impugnada, exclusivamente, por una de las empresas, en concreto, por "A., S.A.", la cual, sin cuestionar la declaración de hechos probados, articula tres motivos de Suplicación por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, dedicados a la denuncia de infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- El orden de los motivos del recurso debe ser alterado, por obvias razones de índole procesal, dado que en el segundo de los motivos la empresa recurrente alega la caducidad del expediente, y de prosperar el mismo se hace innecesario el examen de los dos restantes. En dicho motivo segundo, se denuncia infracción, por no aplicación, de los artículos 42.2 y 44.1 y 2 de la Ley 30/1992, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de los artículos 1 y 14 de la Orden de 18 de enero de

1996, dictada en desarrollo del R.D. 1.300/1995, denunciando la infracción del artículo 1.1.d) de este último R.D., argumentando, en esencia, que de todos estos preceptos se deduce que, el Procedimiento Administrativo por el que se declara el Recargo de Prestaciones por faltas de medidas de seguridad e higiene, es objeto de regulación en nuestro ordenamiento en el RD. 1.300/1995 y la Orden de 18 de enero de 1996, dictada en su aplicación y desarrollo. Al mismo tiempo, el plazo máximo para resolver el procedimiento de declaración del Recargo de Prestaciones por faltas de medidas de seguridad e higiene es de 135 días desde la fecha de su incoación. Al regir, en dicho procedimiento, tal y como estipula el art. 1 de la Orden 18 de enero de 1996, los principios generales y disposiciones de común aplicación contenidas en la Ley 30/1992, es obvio que resultan de plena aplicación los art. 42 y 44, del último cuerpo normativo mencionado, que, establecen la caducidad de los expedientes sancionadores o susceptibles de producir efectos desfavorables para los interesados, en aquellos casos en que se supere el plazo máximo fijado para resolver. No ofrece la menor duda, por otro lado, el hecho de que el Procedimiento de Recargo de prestaciones es de naturaleza sancionadora o susceptible de producir efectos desfavorables para el administrado, y por tanto sujeto a plazo de caducidad, ya que, como en doctrina unificada ha establecido el Tribunal Supremo, el Recargo de Prestaciones por faltas de medidas de seguridad e higiene, es una pena o sanción que se añade a la prestación que tiene una naturaleza innegablemente punitiva y sancionadora. Por tanto, resulta que, según consta en la prueba propuesta por la parte actora, folio 199, el procedimiento se inició de oficio, de conformidad con lo establecido en el art. 3.2 de la orden 18 de enero de 1996, mediante escrito dirigido al Instituto Nacional de la Seguridad Social por parte del Inspector de Trabajo y Seguridad Social, y que la tramitación del expediente administrativo, aunque medió procedimiento penal incoado por denuncia del propio don J.M.C.L. en fecha 20.12.95, según consta en el folio 45 de la prueba de la parte actora, nunca pudo estar suspendido, por cuanto que, el art. 16.2.2 de la orden 18.01.96 únicamente articula la suspensión del expediente de Recargo, cuando se conozca la existencia de algún procedimiento en vía penal por los mismo hechos. Y del expediente administrativo del Recargo y del Procedimiento Penal no se denota que el INSS conociera la tramitación del procedimiento penal.

El motivo no resulta acogible, por cuanto el plazo para exigir el recargo por falta de medidas de seguridad es de cinco años, según tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial aplicando lo dispuesto en el art. 43 LGSS. A este respecto cabe señalar que el TS se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta cuestión. Así, podemos citar la Sentencia de 12 de febrero de 1999 (RJ 1999/1.797), en la que el TS ha razonado que la cuestión de determinar el «dies a quo» a partir del cual debe realizarse el cómputo del plazo de prescripción de la acción para pedir responsabilidad a la empresa por la muerte de un trabajador acaecida en accidente laboral, habiéndose seguido causa penal previamente a la interposición de la demanda, esto es, si debe iniciarse a partir del día del accidente o a partir del momento en que el proceso penal finaliza. Señala la Sala que, según la doctrina, el día inicial de los efectos prescriptivos no puede fijarse con carácter general, sino que el plazo arranca en el día en que las acciones pudieron ejercitarse, y en base a ello, desestima el recurso al entender que, en el caso enjuiciado, hubo de seguirse un proceso penal para la averiguación de si el hecho origen de la indemnización pretendida era constitutivo de infracción punible, por lo que el «dies a quo» no es otro que el de la fecha del Auto que acordó el sobreseimiento provisional de la causa, y por tanto la acción no estaba prescrita. Y lo mismo cabe afirmar en el caso enjuiciado, en el que, a pesar de que en el relato fáctico se omita tal circunstancia, lo cierto es que también aquí se siguió un proceso penal, y con independencia de que del mismo haya tenido o no conocimiento el INSS, lo cierto es que dicho proceso interrumpe la prescripción y suspende los plazos de caducidad, y cuando el actor el 21 de diciembre de 1999 insta la resolución del INSS en el expediente de recargo incoado por la Entidad Gestora con fecha 7 de mayo de 1996 (folio 342 de las actuaciones), su acción no se hallaba prescrita, ni había caducado el expediente administrativo interrumpido o suspendido mientras se tramitó el proceso penal.

TERCERO.- En el motivo inicial destinado a censura jurídica, la empresa recurrente denuncia infracción, del artículo 123 de la LGSS, así como de la doctrina jurisprudencial que se señala, citando las SSTS de 02.10.00, 20.03.97, 11.07.97, 31.01, 12.02 y 20.05.94,

08.03 y 16.11.93, argumentando, en esencia, que de la lectura de los hechos declarado probados y de los fundamentos de Derecho, se desprende claramente que la sentencia conculca lo estipulado en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social, así como la Jurisprudencia dictada al respecto de las responsabilidades que, en el marco del Recargo de Prestaciones nacen cuando son diversas las personalidades Jurídicas que intervienen en un mismo proceso productivo, en el mismo centro de trabajo y de manera conexa, exigiendo la norma la existencia de un empresario infractor. De esta manera, y teniendo en cuenta las consideraciones y razonamientos de la sentencia, se impone a mi representada la responsabilidad del Recargo de Prestaciones, al entender que, la ahora recurrente en suplicación, "A., S.A." era el empleador directo y propio del trabajador siniestrado, añadiendo que la imputación que se efectúa a la recurrente para imponerle el Recargo de Prestaciones, consiste en ser la titular del vínculo jurídico laboral con el trabajador siniestrado, don J.M.C.L., no es cierta tal y como notoriamente se deduce del Hecho Probado Primero en el que textualmente se afirma: "El actor… prestaba sus servicios por cuenta ajena y bajo la dependencia de la empresa codemandada "F.M., S.A.", actividad montajes metálicos…". Quiere ello decir que, difícilmente se puede tener por empresario infractor, y por ende responsable solidario en el pago del Recargo de Prestaciones a la mercantil "A., S.A.", si previamente no ha realizado una conducta negligente o inadecuada, o ha actuado con una absoluta ausencia de los cuidados precisos o no ha adoptado medidas evitadoras del riesgo siendo ello imputable de alguna de las maneras que admite el derecho a la empresa a quien se exige la responsabilidad del Recargo de Prestaciones, señalando que la mercantil "A., S.A.", no es la titular de la relación laboral con el reclamante del recargo. De manera que no erigiéndose la recurrente en empresario infractor, queda obviamente rota la relación de causalidad que, necesariamente habría de existir, entre las lesiones sufridas por don J.M.C.L. y la responsabilidad que se le imputa a "A., S.A."

CUARTO.- Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el inatacado relato histórico de la sentencia recurrida, y a los fines discutidos en el presente "litigio", pueden resumirse así: A).- El actor, nacido el 16 de abril de 1959, cuando prestaba servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada "F.M., S.A.", actividad montajes metálicos, con la categoría profesional de oficial 1" calderero, sufrió un accidente de trabajo. La mencionada empresa subcontrató mediante contrato de fecha 25 de agosto de 1994, con la empresa "A.E.C., S.A." con objeto social de fabricación y montaje de todo tipo de construcciones metálicas, la ejecución de una estructura metálica en el centro de trabajo de la empresa "A., S.A.", con domicilio social en Algeciras. B).- El actor, en fecha 22 de octubre de 1995, sufrió un accidente cuando procedía a soldar una viga metálica para colocarla en paralelo a otra perteneciente a la estructura de la nave anexa. La viga a soldar era de tipo "PRAT" y estaba sostenida por una grúa móvil que la mantenía en contacto con la antigua viga "HB", unida, a su vez, a una estructura de celosía y a la viga de carril de la grúa-puente que operaba en la nave anexa utilizada para depositar los desbastes antes de su introducción en el horno. La plataforma de trabajo utilizada por el operario estaba construida por el conjunto "viga HB-estructura de celosía". Durante la operación de trabajo, la grúa-puente de la nave anexa continuaba en servicio y circulando por su carril a una distancia de 78 cm. del lugar en que se encontraba el soldador. Para mantener las ruedas de la grúa sobre los raíles existen dos rodillos de guía, situados uno al lado de la rueda y dispuestos horizontalmente que "abrazan" el raíl por su estrechamiento inferior, evitando así que la grúa pueda descarrilar. El accidente se produjo por atrapamiento de la pierna del productor en una de las pasadas de la grúa. Según el gruista, en otras ocasiones había advertido la presencia de personas en las proximidades de la zona de tránsito de la grúa, procediendo a hacer sonar la señal acústica. En el caso del desplazamiento que dio lugar el accidente, no advirtió la presencia de ningún operario desde su puesto de trabajo, situado en el extremo opuesto de la grúa, a unos 20 metros de distancia y 1,15 metros por debajo del nivel de la viga de carril, por lo que no hizo sonar la señal. La consecuencia fue el atrapamiento que le produjo al actor, amputación traumática a nivel del 1/3 medio de la pierna izquierda. C).- Por la Inspección Provincial de Trabado de Cádiz, en fecha 24 de octubre de 1995, se levantó acta de infracción, por la que se impuso sanción por importe de quinientas dos mil pesetas (502.000 ptas.) a la empresa "F.M., S.A." y en virtud de las siguientes conclusiones: "Que la plataforma de trabajo utilizarla por el trabajador accidentado carecía de las dimensiones adecuadas y, sobre todo, de una eficaz protección frente al

riesgo de atrapamiento o golpe por los rodillos, grúa u otra parte móvil de la grúa-puente. 2°) Asimismo se aprecia que la empresa no adoptó las medidas organizativas necesarias para garantizar la seguridad del trabajador accidentado (falta de coordinación con "A., S.A."). Estos hechos constituyen sendas infracciones de lo dispuesto respectivamente, los artículos 89 y 102.9 (2) de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por O.M. 9.3 de 16 y 17 de marzo. Las infracciones se tipifican como graves en el artículo 10.9 de la Ley 8/1988, de 7 de abril y 15 de abril de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Las sanciones se proponen en el grado máximo de conformidad con los artículos 36 y 37 de la Ley antes citada, valorándose como criterio de agravación el perjuicio causado al trabajador. Se propone, además, la imposición del recargo del 30% sobre las posibles prestaciones económicas del accidente de don J.M.C.L., de conformidad con el artículo 123.1 del R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio (B.O.E. 29.06) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Lev General de la Seguridad Social" D).- Que por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de A Coruña, de fecha 30 de mayo de 1998, previa propuesta del E.V.I. de fecha 12 de abril de 1996, se concede al actor la incapacidad permanente en grado total derivada de accidente de trabajo, según establece el artículo 137 punto 4 del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, con base reguladora de ciento sesenta y tres mil tres pesetas (163.003 ptas.), con un porcentaje de pensión de 55%".

QUINTO.- Pues bien, partiendo de las circunstancia fácticas expuestas debe determinarse si se ha incumplido por la empresa recurrente "A., S.A." alguna medida de seguridad causante del accidente, debiendo determinarse si debe responder o no solidariamente con las restantes empresas condenadas al abono del recargo fijado por el INSS, por tener la condición de empresario infractor. 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.

Así, es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida en la sentencia del T.S. de 02.10.00 que con relación a este singular recargo en las prestaciones, 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. 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, 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).

Proyectada esta doctrina al caso de autos, y por lo que a la responsabilidad del accidente se refiere, cabe señalar que la empresa recurrente ha infringido lo dispuesto en el artículo 4.2.d) de Estatuto de los Trabajadores, en el que se establece «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene», derecho que ratifica el artículo 19.1 del mismo Texto Legal al decir que «el trabajador en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene»; estos preceptos configuran el llamado «deber de seguridad» o «deuda de seguridad» de la empresa con sus trabajadores. De otro lado, también se ha infringido el artículo 7.2 de la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971, por lo que se aprobó la Ordenanza Laboral de Seguridad e Higiene en el Trabajo que concreta el alcance de las obligaciones del empresario al señalar que debe "adoptar cuantas medidas fueron necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa", facilitando instrucción adecuada al personal antes de que comience a desempeñar cualquier puesto de trabajo, acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle (art. 7.3 de la referida Ordenanza)y sobre la forma, métodos y procesos que deban observarse para prevenirlos o evitarlos; asimismo esta orden no se limita sólo a detallar los mecanismos y medidas de protección sino que exige su efectivo uso en debidas condiciones por parte de quienes intervienen en el proceso productivo de manera tal que la responsabilidad de la empresa no acaba con la puesta a disposición de sus trabajadores de medidas precautorias sino que exige la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas, y en este sentido hay que decir que lo esencial para que proceda declarar la responsabilidad empresarial prevista en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social no consiste en analizar si el trabajador ha contribuido a la producción del accidente por su actuación improcedente o dolosa, sino en determinar si el empresario infringió alguna norma de seguridad que de haberse cumplido lo habría evitado o al menos habría paliado sus consecuencia dañosas.

En el caso que aquí nos ocupa estamos ante un trabajador que estaba ejecutando una actividad en altura, colocación-soldadura de una viga, desarrollándose trabajos en una nave anexa para "A., S.A." pese al riesgo que ello comportaba, sin que la referida empresa hubiese informado a su personal (en este caso al gruista) de la presencia del personal en la zona en que se procedía al izado de la viga, así consta en el informe de la Inspección de Trabajo. En el que también consta que el encargado de la empresa empleadora del actor "F.M., S.A." solicitó del gruista y del operador de cabina de la empresa "A., S.A." la suspensión de la actividad de la grúa-puente mientras se procedía al izado de la pieza, quienes se opusieron por carecer de autorización para ello, entonces se consultó con el jefe de línea de dicha empresa, quien mostró su negativa a tal paralización o suspensión momentánea de la actividad, razones estas que justifican, sobradamente, la imposición de la sanción a la empresa recurrente y su consideración como empresario infractor, dado que pese al riesgo que conllevaba el trabajo a realizar, no adoptó ninguna medida de prevención a fin de evitar el accidente.

A la vista de lo expuesto entendemos, en coincidencia con la Juez de instancia, que se dan todos los requisitos exigibles para dar lugar al recargo de prestaciones solidariamente con el resto de la empresas (cuyas omisiones

del deber de seguridad no resulta procedente analizar), y ello porque ha habido un accidente con lesión de un trabajador y el accidente que fue debido al incumplimiento de la norma de seguridad indicada anteriormente pues, como queda dicho, el trabajador intervenía ocupándose de la colocación en altura de una viga con riesgo de atropamiento por desarrollarse actividad paralela sin que se hubieran adoptado las medidas previstas para evitar el accidente. Añadir, por último, que la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales no es aplicable al caso dado que el accidente enjuiciado ocurrió el 22 de octubre de 1995 y la entrada en vigor de la misma tuvo lugar el 10 febrero de 1996.

SEXTO.- En el último de los motivos del recurso, la empresa recurrente denuncia infracción del artículo 16 de la Orden de 18.01.96, en relación con el artículo 12 de la Orden de 23 de noviembre de 1982, argumentando, en esencia, que las disposiciones indicadas exigen que, en materia de prevención de riesgos laborales, se haga constar que norma ha sido infringida así como la causa concreta de las enumeradas en el artículo 123 LGSS, y todo ello derivado del mandato constitucional establecido en el art. 24 de la Constitución Española que, entre otros Derechos salvaguarda el Derecho a la defensa, el Derecho a ser informados de la acusación o a la presunción de inocencia, añadiendo que resolución judicial no se concreta el precepto en materia de prevención de riesgos laborales presuntamente infringido y tampoco se cita cual de las causas de las establecidas en el artículo 123 LGSS ha servido de base para imponer el Recargo de Prestaciones, lo que atenta frontalmente al Derecho de defensa. Y que el hecho de que la normativa contenida en el art. 16 de la Orden de 18.01.96 y en el antiguo art. 12 de la Orden de 23 de noviembre de 1982, haga referencia a la resolución administrativa de Recargo de Prestaciones, no puede servir para que se exima al órgano judicial de cumplir con los requisitos de motivación allí establecidos, toda vez que si ello es exigible a la administración en el ejercicio de la imposición del Recargo de Prestaciones, cuanto más no va a serlo para los órganos judiciales, más si cabe en un caso como éste ante el que nos encontramos en el que no ha habido previo pronunciamiento administrativo.

Este motivo tampoco resulta acogible, por cuanto la sentencia recurrida, según se desprende del Fundamento de Derecho Sexto, toma como elementos justificativos de la sanción impuesta, los hechos descritos en el Informe de la Inspección Provincial de Trabajo de Cádiz, y se apoya en la normativa que se cita en el mismo. En efecto, en dicho fundamento se describen los hechos motivadores del accidente, defectuosa maniobra de la grúa, carecer de las dimensiones adecuadas la plataforma utilizada por el trabajador, y por lo que se refiere a la empresa recurrente, cita concretamente falta de coordinación en las adecuadas medidas de protección entre "A., S.A." y la empresa empleadora del actor "F.M., S.A.", analizando profusamente la cuestión de la responsabilidad solidaria en el abono del recargo de la prestación, con cita de la normativa adecuada. En consecuencia, la resolución recurrida no ha infringido ninguna de la normativa que se denuncia, por lo que procede desestimar el recurso y dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, con las consecuencias legales previstas en los artículos 202 y 233 ambos de la Ley de Procedimientos Laboral. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada "A., S.A.", contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago de Compostela, de fecha 30 de enero de 2001, recaída en proceso sobre recargo por infracción de medidas de seguridad, en proceso promovido por el actor don J.M.C.L., frente a la empresa recurrente, así como frente a las demandadas "F.M., S.A.", "H.C.M., S.L.", "A.E.C., S.A.", debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

4023 **Recurso nº 5.268/04**

S.S. INCOMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. SECRETARIA DE XULGADO DE PAZ. NON HAI DEPENDENCIA E NON EXISTE RELACIÓN LABORAL CO CONCELLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Mª Cabanas Gancedo

A Coruña, a veinte de diciembre de dos mil cuatro

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. 5.268/04, interpuesto por doña M.P.C. 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 doña M.P.C. en reclamación de Incompetencia, siendo demandado Concello de A., Consellería de Xustiza, Interior e Administración Local-Xunta de Galicia y Ministerio de Defensa, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 608/03 sentencia con fecha 31 de julio de 2004, por el Juzgado de referencia, que estimo la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La demandante, doña M.P.C., en fecha 17.05.79, fue propuesta por el ya desaparecido Juzgado de distrito de F. para desempeñar las funciones de secretaria del Juzgado de Paz de A., propuesta aprobada por la Dirección General de Justicia, mediante resolución de 06.06.79, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º del Reglamento Orgánico del Secretariado de Justicia Municipal de 12 de junio de 1970. En dicha resolución se disponía que la interesada percibiese la indemnización reconocida en la Disposición Final 4ª de la Ley 101/1966, de 28 de diciembre, sobre retribución de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. En fecha 2 de julio de 1979, la actora tomó posesión de su cargo como secretaria del Juzgado de Paz de A., que se encuentra ubicado en dependencias municipales (Folios 119, 265, 266) 2.- Desde su nombramiento, doña M.P.C. viene percibiendo de la Consellería de Xustiza, una gratificación trimestral que durante el año 2003, ascendió a la suma de 292,19 euros, incrementada un 2% en el año 2004 (folios 269 y 293) 3.- Desde al menos el año 1995, la actora venía percibiendo también del Concello de A. una cantidad mensual de 240,40 euros, en concepto de "reparto notificaciones Juzgado-A.". En fecha 17.01.02, la Alcaldía le solicitó a la Secretaría Generala del Ayuntamiento que emitiese el oportuno informe sobre la legalidad del importe mensual que se le abonaba a doña M.P.C. y la clase de relación contractual existente entre ella y el Ayuntamiento. En cumplimiento de dicho mandato, el Sr. Secretario, en fecha 30.01.02, emitió el informe obrante a los folios 119 a 122 y cuyo contenido se tiene aquí por reproducido, en el que concluye que *"la designación y desempeño del puesto por doña M.P.C. es ajustada a derecho, y en cuanto a la relación existente con este Concello (…), estamos en presencia de una designación para el ejercicio de funciones públicas, que no implica consiguientemente la integración en ningún Cuerpo de la Administración de Justicia, ni en la Administración Municipal"*. (Folios 22, 116, 118) 4.- Por resolución de 30.05.03, la Alcaldía del Concello de A. dispuso que por la Tesorería Municipal se dejasen de abonar a doña M.P.C., las cantidades que hasta el momento se le venían abonando mensualmente con cargo a los presupuestos municipales. La anterior resolución se le notificó a la actora en fecha 1 de julio de 2003 y no conforme con ella, formuló reclamación previa ante el Concello, que fue desestimada por resolución expresa de 01.09.03 (Folios 123 y 4ª 6) 5.- En fecha 9 de abril de 2002, la Juez de Paz de A. y la actora, como secretaria de dicho Juzgado, elaboraron un informe, obrante a los folios 26 y 27 y cuyo contenido se tiene aquí por reproducido, mediante el cual ponían en conocimiento del Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil de Ferrol, que el día 6 de abril de ese mismo años, se había celebrado un matrimonio en las instalaciones del Juzgado de Paz, sin la previa tramitación del preceptivo expediente. En la celebración de dicho matrimonio intevino el Alcalde de A., don J.M.C.F. y como personal del Concello, auxiliando al Alcalde en el acto de la boda civil, intervino también doña M.R.S. Para comprobar los hechos denunciados, por si pudieran ser constitutivos de delitos, se incoaron Diligencias Previas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Dos de Ferrol, tramitadas con el nº 457/2002. El Alcalde de A. y doña M.R.S. fueron citados para declarar como imputados y la actora fue citada para prestar declaración como denunciante. Una vez practicadas las diligencias necesarias para esclarecer los hechos, el Juzgado de Instrucción, por Auto de 25.11.03, acordó que continuase la tramitación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado, por si los hechos imputados a don J.M.C.F. y a doña M.R.S. pudiesen ser constitutivos de un presunto delito de "prevaricación administrativa". (Folios 24 a 113).- 6.- En fecha 15 de julio de 2003 en un cartel situado en el Juzgado de Paz de A., se podía leer el siguiente comunicado. "Debido a la supresión por parte del Concello de A. de la aportación que

mantenía para el funcionamiento de este Juzgado, el horario de oficina queda limitada de 10:30 a 11:30 horas". El horario realizado por la demandante con anterioridad a esa fecha, era de 10:30 a 13:30 horas, el mismo que efectuaba su predecesor en el puesto (folios 294, 295 y 296. Interrogatorio de doña M.P.C.) 7.- En el año 1994, la actora, junto con otros Secretarios de Juzgados de paz de poblaciones inferiores a 7000 habitantes, formularon demanda, de la que conoció el Juzgado de lo Social nº Uno de Ferrol, en autos nº 831/94, por la que pretendían que se declarase el carácter laboral de la relación con el Ministerio de Justicia y en consecuencia su condición de contratados laborales fijos. La demanda fue desestimada por sentencia de 02.12.94, posteriormente confirmada por otra de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictada en fecha 30.09.97, que desestimó el recurso de suplicación planteado por los actores, argumentando que *"se trata de una relación administrativa y no laboral, ya que los actores fueron nombrados por la Administración, basándose en la aplicación de normas administrativas y no laborales, con lo que queda excluida su condición de personal laboral; sin que sea obstáculo a ello el hecho de la percepción de unas cantidades trimestrales en concepto de gratificación, no salario, ni el cumplimiento de un horario impuesto por el Ministerio de Justicia, porque tales circunstancias también concurren en la contratación administrativa, la cual no por ello se transforma en laboral"*. (Folios 268 a 272) 8.- De conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, el Concello de A. percibió de la Consellería de Xustiza, Interior e Administración Local, durante el año 2003, la cantidad de 1.793,34 euros por la atención de los conceptos a los que se refieren los artículos 50 y 51 de la mencionada Ley. Por acuerdo del Consello da Xunta de Galicia de 12 de febrero de 2004, se aprobaron los módulos de distribución de la subvención que figura consignada en el presupuesto de la Consellería de Xustiza, Interior e Administración Local, destinada a satisfacer los gastos de funcionamiento de los Juzgados de Paz, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial. Con la finalidad de clarificar el destino que las Corporaciones Locales deben dar a dicha subvención, y homogeneizar los criterios a seguir en lo relativo a su inversión y gastos que puedan ser satisfechos con cargo a los fondos transferidos, el Delegado Provincial, por resolución de 21.04.04, le comunicó al Concello de A. lo siguiente. *"con cargo a dichas subvenciones se podrán satisfacer los "gastos en bienes corrientes y servicios" e "inversiones reales", siempre que se destinen a atender los gastos de funcionamiento de los Juzgados de Paz, excepto los "gastos de personal" en metálico o en especie. En consecuencia con lo anterior, se podrán atender con cargo a la citada subvención los gastos derivados de las indemnizaciones por razón de servicio del personal de la Administración de Justicia"*. (Folios 290 y 292) 9.- La demandante es la esposa de don M.R.D., concejal del B.N.G. en el Concello de A. 10.- En la sesión ordinaria celebrada por el Pleno del Concello de A., el día 31 de julio de 2003, el concejal Sr. I.R. solicitó al Alcalde que revocase la resolución por la que se acordaba suprimir la cantidad mensual que se le venía abonando a la demandante, a lo que el Alcalde se opuso por las razones que constan en el acta de la sesión obrante a los folios 238 a 249 y cuyo contenido se tiene aquí por reproducido".

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 Concello de A. y la Consellería de Xustiza, Interior e Administración Local de la Xunta de Galicia frente a la demanda formulada contra dichas administraciones y contra el Ministerio de Defensa por doña M.P.C., sin entrar en el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo en la instancia a dichas entidades codemandadas de las pretensiones deducidas en su contra por la actora, 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que, con estimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, desestimación de la demanda y sin entrar a conocer en el fondo del asunto, absolvió en la instancia a las entidades codemandadas de las peticiones de ésta; 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 la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por inaplicación, del artículo 1 del TRLPL.

SEGUNDO.- El recurso no es viable, pues, a la vista, por una parte, de los datos, que se recogen en la relación impugnada, para fundamentar la excepción mencionada -referentes a que la demandante fue propuesta, en fecha 17 de mayo de 1979, por el extinguido Juzgado de Distrito de F., para desempeñar las funciones de secretaria del Juzgado de Paz de A., la que fue aprobada por resolución de la Dirección General de Justicia, de 12 de junio de 1970, en la que, entre otros extremos, se disponía que la misma percibiría la indemnización, reconocida en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 101/1966, de 28 de diciembre, sobre retribución de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; que, el 2 de julio de 1979, tomó posesión de cargo de Secretaria del Juzgado de Paz de A., ubicado en las dependencias municipales de esta localidad; que, desde su nombramiento, vino percibiendo de la Consellería de Xustiza una gratificación trimestral, que, durante el año 2003 ascendió a la suma de 292,19 €, y que se incrementó en un 2% en el 2004; que, al menos desde 1995, vino percibiendo, también, la cantidad de 240,40 €, del Concello de A., en concepto de "reparto de notificaciones Juzgado –A."; que, por resolución de la Alcaldía del Concello de A., de 30 de mayo de 2003, se acordó, que, por la Tesorería Municipal, se dejaren de satisfacer a la demandantes las cantidades, que se le venían abonando, mensualmente, con cargo a los presupuestos municipales; y que, en fecha 15 de julio de 2003, expuso un cartel, en el Juzgado de Paz de A., en el que se podía leer que "debido a la supresión por parte del Concello de A. de la aportación que mantenía para el funcionamiento de este Juzgado, el horario de oficina queda limitado de 10'30 a 11'30 horas" –con anterioridad a dicha fecha, la demandante, al igual que lo había hecho su predecesor en el puesto, venía realizando un horario de 10'30 a 13'30 horas-; y, por otra, de la normativa existente sobre la presencia de las notas necesarias para que una relación de prestación de servicios entre las partes, pueda ser considerada incluida en el ámbito de los contratos de trabajo, y de la doctrina jurisprudencia que la interpreta -que inciden, entre otros extremos, en que el ET 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 (artículo 1.1. ET); en que es irrelevante la calificación que las partes otorguen a su contrato, porque la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan (sentencias del TS de 20 de septiembre de 1995, 15 de junio de 1998, 20 de julio y 29 de diciembre de 1999, etc); en que la dependencia (entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa), y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato (sentencias del mismo Tribunal de 14 de febrero de 1994, 10 de abril y 20 de septiembre de 1995, 22 de abril de 1996, 28 de octubre de 1998, 29 de diciembre de 1999, etc); la Sala llega a la conclusión de que, en el caso, que es objeto de análisis –en el que la actora solicitó, en el escrito inicial, que se declare su derecho a percibir, del Ayuntamiento demandado, una prestación económica, en la cuantía mensual de 240,40 €, con efectos de mayo de 2003, porque le había sido reconocida, en su condición de Secretaria del Juzgado de Paz del correspondiente Municipio, en concepto de "reparto notificaciones Juzgado –A.", al menos desde el año 1995, y le fue retirada el 30 de mayo de 2003-, la Sala llega a la conclusión de que no está presente la nota de dependencia, que, entre otras, se exige, a tenor de lo anteriormente expuesto, para que una relación del tal tipo, pueda ser considerada como, en cuanto laboral, sujeta al ámbito del ET; dado que no cabe considerar como llevada a cabo dentro del ámbito organicista y de dirección del Concello demandado, una actividad, como es la de reparto de notificaciones del Juzgado de Paz de la localidad, que no era propia del citado Concello, sino de este Organismo judicial, y que, por consiguiente, se llevaba a cabo, de acuerdo con directrices, exclusivamente judiciales –es cierto que en el artículo 50.3 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, se señala que, en los Juzgados de Paz de poblaciones de menos de 7.000 habitantes, corresponderá al Ayuntamiento nombrar a una persona idónea para el desempeño de la Secretaría, comunicándolo al Ministerio de Justicia para su aprobación; que, el artículo 51.1 de la misma se determina que, en los Juzgados de Paz se prestará servicio por personal dependiente del Ayuntamiento…; y que, en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia,

aparece, consignada en sus presupuestos, una subvención para todo ello; pero lo expuesto no es obstáculo para la mencionada apreciación, porque la participación que corresponde a los Ayuntamientos en el nombramiento de los Secretarios de Juzgados de Paz de poblaciones inferiores a 7.000 habitantes; y su obligación de facilitar medios personales y materiales para que puedan éstos desarrollar adecuadamente su función, no pasan de ser actividades de colaboración y apoyo, para el normal funcionamiento de los mismos, pero que, sin embargo, bajo ningún concepto, y así lo reconoce, incluso, el artículo 51.1 de la Ley 38/1988 citada, cuando después de referirse a que "en los Juzgado de Paz se prestará servicio por el personal dependiente del Ayuntamiento…", añade que "… sin perjuicio de la normativa aplicable al ejercicio de su función", cabe calificar como de organización y dirección de dicha función-

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por doña M.P.C., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Ferrol, en fecha 31 de julio de 2004; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

4024 **Recurso nº 3.255/04**

S.S. CONTRATO FRAUDULENTO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS PRECEDIDO DUNHA LOGO DA CONTRATACIÓN TEMPORAL DA MESMA NATUREZA EFECTUADA, PRACTICAMENTE SEN SOLUCIÓN DE CONTINUIDADE, A TRAVÉS DUNHA EMPRESA DE TRABALLO TEMPORAL.

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

A Coruña, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro

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. 3.255/04 interpuesto por don J.L.A.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.A.R. en reclamación de despido, siendo demandado "G.S.C., S.A." y "A.R.H.E.T.T., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 149/04 sentencia con fecha tres de mayo de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

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

"1.- El actor, don J.L.A.R., mayor de edad, con D.N.I. núm. …, vino prestando servicios como Peón de Limpieza en el Puerto de S., desde el 30 de octubre de 2002 hasta 16 de mayo de 2003, por cuenta de la codemandada "A.R.H.E.T.T., S.A.", dándose por saldada, finiquitada y extinguida la relación laboral en dicha fecha. 2.- Con fecha 19 de mayo de 2003 la codemandada "G.S.C., S.A." suscribe un contrato laboral con el demandante con la categoría profesional de peón y un salario mensual, según acuerdo, de 619,84 euros con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias, prestando sus servicios en la Limpieza de Portos de Galicia de la Zona Norte. 3.- Que con fecha 16 de enero de 2004 el actor es despedido, reconociendo "G.S.C., S.A." la improcedencia del despido en la misma fecha y consignando en el Juzgado de lo Social de A Coruña la cantidad de 750,60 euros en concepto de indemnización. 4.- El actor no ha sido representante legal de los trabajadores en el último mes. 5.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el S.M.A.C. el 23 de febrero de 2004, con el resultado de "SEN AVINZA"".

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

"FALLO: Que estimando la falta de legitimación pasiva alegada de la codemandada "A.R.H.E.T.T., S.A.", así como la caducidad de la acción entablada con la misma, y entrando a conocer sobre el fondo, debo estimar y estimo parcialmente la demanda, declarando la improcedencia del despido del actor don

J.L.A.R., convalidando la cantidad abonada como indemnización por la codemandada "G.S.C., S.A.", sin derecho al percibo de salarios de tramitación y absolviendo a dicha codemandada de las pretensiones deducidas contra la misma".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimo en parte la demanda, declarando la improcedencia del despido del actor, convalidando la cantidad abonada como indemnización por la codemandada "G.S.C., S.A." sin derecho al percibo de salarios de tramitación absolviendo a dicha demandada de las pretensiones deducidas contra la misma.

Se alza en suplicación la representación procesal del trabajador accionante, 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 fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- El trabajador accionante interpone recurso de suplicación en base a dos motivos y en el primero correctamente amparado en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar pretende la Modificación del HDP 1º a fin de que se sustituya su texto por otro del siguiente tenor literal: "En fecha 30.10.02, el actor es contratado por "A.R.H.E.T.T., S.A.", con objeto de que prestase servicios de peón de limpieza en la empresa usuaria "G.S.C., S.A.", con centro de trabajo en el puerto de S.. A tal efecto, se suscribe contrato por obra o servicio "para realizar labores de peón durante la limpieza de choque que tendrá lugar en el puerto de S.", en el que se fija un salario anual por importe de 8.460,6 euros (equivalentes a 705,05 euros /mes con inclusión del prorrateo de pagas extras) y se indica una jornada de lunes a viernes. Llegado el 16.05.03 (viernes) la ETT le da de baja en la SS. La nomina que según "A.R.H.E.T.T., S.A." finiquitaría, saldaría e indemnizaría tal relación laboral no figura firmada por el productor. Del prorrateo de pagas extras abonado al productor en las nominas (109,26 euros) se deduce que solo se le abonaban dos pagas extras".

2.- En segundo lugar pretende la revisión del HDP 2 y que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor literal: "el día 19 de mayo del 2003 (lunes siguiente al viernes en que deja de cotizar "A.R.H.E.T.T., S.A.") el actor es contratado por "G.S.C., S.A." mediante contrato por obra y servicio determinado, con categoría profesional de peón de limpieza y centro de trabajo en "Puerto de S., zona Norte Coruña Portos Galicia" si bien en certificado de empresarial se indica como centro de trabajo el Puerto de S.. El productor pasa a percibir por tales servicios 619,84 euros con inclusión del prorrateo de dos pagas extras de julio y navidad). La actividad económica de la empresa que se reseña en el indicado contrato de trabajo es de "servicios de limpieza". Si bien se alude en diversas ocasiones a un "convenio de aplicación" no se detalla que convenio seria aludido.

En cuanto a la modificación interesada en primer lugar y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 85, 89 y 90, 39 a 45 de los autos, la misma estima la sala que ha de prosperar al apoyarse en documental hábil al efecto y desprenderse el texto propuesto del contenido de los citados documentos, a excepción del ultimo párrafo del hecho que pretende modificar, el cual por su contenido conclusivo-valorativo no debe figurara en el relato fáctico.

En cuanto a la modificación interesada en segundo lugar y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 57 a 61 ambos inclusive, así como los folios 94, 95 y 96 y 97 a 108, y 45 a 53 de los autos, la misma ha de correr igual suerte estimatoria, al apoyarse igualmente en documental hábil y resultar el texto propuesto del contenido de los documentos invocados.

TERCERO.- La parte recurrente en el segundo motivo del recurso, correctamente amparado en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia infracciones jurídicas, concretamente infracción por interpretación errónea de los artículos 56,y 59.3 del ETT en relación con lo dispuesto en el artículo 3.1 apartados b) y c) de dicho cuerpo legal, del artículo 7.2 de la ley 14/1994, de 1 de junio, así como de la jurisprudencia de la que son ejemplos las sentencias dictadas

por la sala de lo social del TS de 25 de febrero de 1993 y de 8 de junio de 1998, asimismo denuncian infracción por no aplicación del convenio colectivo de limpieza de edificios y Locales de A Coruña, en concreto de sus tablas saláriales y subsidiariamente a lo anterior, entiende en todo caso infringido, por no aplicación el artículo 39 del Convenio colectivo Interprovincial de limpieza publica, recogida de basuras, riegos etc.

En definitiva, pretende la recurrente que debe computarse al efecto la mayor duración de la relación laboral, así como un mayor salario a, a efectos del señalamiento de superior indemnización y del devengo de los salarios de tramitación.

En primer lugar y respecto de la antigüedad, alega la recurrente que desde el 13.10.02, el productor trabaja como peón de limpieza en el Puerto de S., cuya contrata de limpieza tiene adscrita "G.S.C., S.A.". Del 30.11.02 al 16.05.03 dicha prestación de servicios se hizo sin la intermediación de la ETT, y a partir de esa fecha, los servicios se prestaron mediante contrato "directo" con la empresa antes cesionaria. Por ello el carácter fraudulento de los contratos temporales para obra o servicio determinado, a los que se acogen tanto la "A.R.H.E.T.T., S.A." como luego "G.S.C., S.A.", deja poco margen de duda por las razones que alega: Por todo lo cual estima que su extinción mediante despido abr de ser indemnizada computando todo el tiempo de prestación de servicios.

Pues bien respecto de ello cabe decir que ha de seguirse la tesis del recurrente, por las siguientes razones: por el hecho de que el contrato temporal celebrado directamente con la empresa demandada "G.S.C., S.A." (para obra o servicio determinado), lo mismo que el contrato celebrado como consecuencia de la puesta a disposición por la empresa de trabajo temporal, también lo era para obra o servicio determinado, porque el demandante realizo siempre las mismas tareas y las mismas funciones, y además no mediando mas que 3 días entre la terminación de un contrato y a la celebración del siguiente, y sin que conste firmado por el demandante el finiquito del primer contrato; habiendo además de traer aquí a colación la doctrina de la sentencia del TS de 18 de septiembre de 2001, recaída en recurso de casación para unificación de doctrina en el sentido de que la indemnización por despido debe serlo en base a todo el tiempo de prestación de servicios, en caso de pluralidad de supuestos contratos temporales "cuando no hay solución de continuidad entre los contratos temporales o medie una breve interrupción, inferior al plazo de caducidad de la acción de despido. Que asimismo es aplicable la doctrina de la sentencia del TS de 22 de octubre de 1999 (RJ 177/1999) en el sentido de que el contrato de puesta a disposición no puede ser vía para alterar el régimen general de contratación temporal, sino únicamente instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria; por todo ello esta sala estima, siguiendo el criterio señalado en la sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 9 de mayo de 2002 (Rec. 9.444/2001) que a efectos de la fijación de la pertinente indemnización por despido ha de tenerse en cuenta no solo el tiempo de prestación de servicios en que fue contratado directamente por la empresa "G.S.C., S.A.", sino acumulando el anterior en que se presto servicios mediante un contrato de puesta a disposición a través de una empresa de trabajo temporal, teniendo en cuenta, que además en el caso de autos, hay solución de continuidad desde la primera prestación de servicios, para realizar la misma función y actividad; básicamente porque otra solución conllevaría la ineficacia de lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 14/1994, de 1 de junio por el que se regulan las empresas de trabajo temporal en relación con su artículo 6º dos. Y porque dicha solución viene apuntada en lo que dispone el artículo 7.2 de la ley 14/1994 modificada por la ley 29/1999. porque además llegar a otra conclusión supondría hacer estéril aquel periodo de puesta a disposición para el calculo de la antigüedad de la relación laboral a efectos de señalar las consecuencias del despido improcedente del demandante, y además las consecuencias de dicho despido improcedente solo han de proyectarse sobre la empresa actual, inicialmente en calidad de usuaria.

Que respecto del salario estima la recurrente que el salario regulador del despido, debe ser el que debería percibir el actor, o sea el previsto en el convenio colectivo de empresas de limpieza de edificios y locales, por cuanto que es este el convenio que la empresa "G.S.C., S.A." aplica a una parte de los trabajadores, o subsidiariamente y aun admitiendo que se aplique el salario previsto en el convenio de limpieza publica, recogida de basuras, riegos etc que estima la empresa que seria el aplicable, alega la recurrente, que dado que dicho convenio en el artículo 39, prevé tres pagas extras, una a abonar el 30 de junio, otra el 31 de diciembre y otra el 31 de marzo, las dos primeras por importe de 30

días de salario cada una y la ultima de 15 días de salario, por lo que el salario del trabajador no seria el de 619,84 euros, (importe que solo incluiría el prorrateo de dos pagas extras), sino también el prorrateo de la tercera paga o sea 22,14 euros (265,64 euros, correspondientes a quince días de paga), de lo que resultaría un salario mensual debido de 641,98 euros.

Pues bien respecto de ello decir que, en efecto el salario a percibir a efectos del despido, es según la jurisprudencia mayoritaria, no el efectivamente percibido, sino el que se debería percibir, y será este el que debe tomarse como modulo para el calculo del quantum indemnizatorio. Y dicho salario que corresponde percibir al trabajador estima la sala estimando la petición subsidiaria que en efecto es el previsto en el convenio colectivo de limpieza publica, recogida de basuras, riegos, etc, y puesto que dicho convenio carece de tablas saláriales, habría que estar a lo pactado entre empresa y trabajador, o sea el de 619,25 euros; ahora bien dado que en efecto el artículo 39 de convenio colectivo prevé tres pagas extras, a abonar una el 30 de junio, otra el 31 de diciembre y la tercera el 31 de marzo, esta ultima por importe de 15 días de salario y las otras dos por importe de 30 días, por tanto y entendiendo que el convenio colectivo aplicable es el de Limpieza publica, el salario debido al trabajador seria el de resultado de sumar al importe de 619,84 euros, (que solo incluye el prorrateo de dos pagas extras, el prorrateo de la tercera paga, esto es 22,14 euros (265,64 euros correspondientes a 15 días de salario base)divididos entre doce meses) de donde resulta un salario mensual de 641,98 euros superior al que toma en consideración la empresa primero y luego la sentencia de instancia para el calculo de la indemnización por despido.

Por consiguiente y partiendo de antigüedad de 30.10.02 y del salario de 641,98 euros, sobre dichos módulos debe calcularse la indemnización por despido que en consecuencia asciende a la cantidad de 1.203,75 euros; y en consecuencia y siendo la indemnización ofertada y consignada por la empresa "G.S.C., S.A." inferior a la legal, la consignación efectuada no produce el efecto de enervar el devengo de los salarios de tramitación a favor del trabajador.
Por todo lo cual y apreciando que la sentencia de instancia ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo, procede la estimación sustancial del recurso, en los términos expuestos.

Fallamos

Que estimando sustancialmente el recurso de Suplicación interpuesto por don J.L.A.R. contra la sentencia de fecha tres de mayo de dos mil cuatro, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de A Coruña, en proceso promovido por el recurrente frente a "G.S.C., S.A." y "A.R.H.E.T.T., S.A.", y revocando la sentencia de instancia, debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido efectuado, condenando a "G.S.C., S.A." a estar y pasar por esta declaración y a optar entre readmitir al actor y el abono de la indemnización legal de por importe de 1.203,75 euros, condenando la demandada al abono de los salarios dejados de percibir desde el despido.

4025 **Recurso nº 5.114/04**

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. ACOSO MORAL E DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS SINDICAIS. NON SE ACREDITAN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro

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. 5.114/04 interpuesto por la empresa "C.C., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.J.F.F., doña G.F.F., doña M.L.G.R. y doña M.L.L.P. en reclamación de Tutela de Derechos Fundamentales, siendo demandado "C.C., S.A.", compareciendo el Ministerio Fiscal, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 212/2004 sentencia con fecha veintiuno de julio de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Las actoras vienen prestando servicios para la demandada con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios anuales:

NOMBRE	CATEGORÍA	SALARIO
Doña M.J.F.F.	Auxiliar de fabricación	10.401 euros
Doña G.F.F.	Auxiliar de fabricación	10.481,04 euros
Doña M.L.G.R.	Auxiliar de fabricación	5.213,64 euros
Doña M.L.L.P.	Auxiliar de fabricación	10.436,28 euros

SEGUNDO.- La empresa "C.C., S.A." se dedica a la actividad de alimentación y fue aperturada en el año 1999. TERCERO.- Las primeras elecciones sindicales celebradas en la empresa tuvieron lugar el 15 de diciembre de 2000, y como resultado fueron elegidas como miembro del comité de empresa cuatro trabajadoras por el sindicato CC.OO. Sra. F.P., doña M.L.L.P., doña M.J.F.F. y doña M.L.G.R. Por el sindicato C.I.G., una trabajadora: Sra. F.L. CUARTO.- El 11 de febrero de febrero de 2002 la inspección de trabajo levantó el acta 163/02 contra la hoy demandada en materia de prevención de riesgos laborales por el accidente sufrido por la trabajadora doña V.F.F. (damos su contenido por reproducido). Por resolución de la autoridad laboral de fecha 19 de junio de 2002 se confirma dicha acta. QUINTO.- El 14 de febrero de 2002 la inspección laboral levantó acta 186/02 por infracción de normas laborales: modificación de condiciones sustanciales de trabajo impuestas unilateralmente, en concreto por mudanza de los horarios de trabajo y horas extraordinarias (damos su contenido por reproducido). Por resolución de la autoridad laboral de 19 de junio de 2002 se confirmó el acta de infracción. SEXTO.- El 18 de septiembre de 2003, la inspección de trabajo levantó el acta 1.248/03 por infracción de lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores por parte de la empresa, consistente en la imposición unilateral de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo al proceder a la variación de la semana pactada de vacaciones para todos los trabajadores en los meses de julio y agosto (damos su contenido por reproducido). La autoridad laboral por resolución de 2 de febrero de 2004 confirmó dicha acta de infracción. La inspección de trabajo remitió en su día dicha acta de infracción al Ministerio Fiscal por si los hechos pudieran ser constitutivos de un delito contenido en el artículo 315 C P. La Fiscalía procedió a incoar diligencias informativas que fueron remitidas al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros. SÉPTIMO.- El trece de febrero de 2004 la inspección de trabajo levantó el acta 160/04 por infracción del artículo 31.2 del Convenio Colectivo y por modificación unilateral por parte de la empresa de las vacaciones (damos su contenido por reproducido). OCTAVO.- Las funciones propias de la categoría de auxiliar de fabricación en una empresa de producción de conservas del tipo de la demandada son las siguientes: descarga, estirar para descongelar, recoger para lavado, emparrillado, rehacer palets en cocción, troceado, empaquetado y otras análogas. Algunas de ellas como el empaquetado resultan más descansadas físicamente y otras como la descarga, el lavado de pescado como el pulpo o rehacer palets, exigen un notable esfuerzo físico por suponer la carga de pesos, o si se realizan en cámaras frigoríficas por las bajas temperaturas de ésta, hasta el punto de que en este caso se precisa de prendas especiales. NOVENO.- En los meses de junio a septiembre se procede en la empresa demandada un repunte de producción por coincidir normalmente con la campaña del berberecho del Reino Unido, y por el desembarco de bonito, en este último caso entre julio y octubre. En el mes de diciembre hay una parada productiva, y la empresa acostumbra a no funcionar desde el 15 de diciembre al 15 de enero, periodo en el que no se hace en la misma más que funciones de limpieza y mantenimiento. DÉCIMO.- Con motivo de dicha parada productiva, la empresa siempre ha concedido las vacaciones exclusivamente en diciembre, enero y Semana Santa. Por este motivo el sindicato CC.OO. formuló con fecha de 25 de febrero de 2003 una papeleta de conciliación de Convenio Colectivo ante el S.M.A.C. Las partes aceptaron someterse al Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo (AGA) designándose como mediador a don Carlos Doménech de Aspe. El 14 de marzo de 2003 las partes llegaron al siguiente acuerdo: "1º.- La semana de vacaciones del 15 al 21 de diciembre de 2003 se traslada para ser disfrutada por todos los trabajadores rotativamente en los meses de julio y agosto de 2003. 2º.- En octubre de 2003, las partes se reunirán con el objeto de negociar el calendario de vacaciones del año 2004". UNDÉCIMO.- En el mes de julio de 2003, la empresa no había establecido ningún calendario de vacaciones para dar cumpli-

miento al acuerdo del AGA. Tras los diversos requerimientos de los miembros del Comité de Empresa para que se fijase el calendario de vacaciones la empresa se las concedió del día 07.07.03 al 13.07.03 a las cinco miembros del comité de empresa. La trabajadora doña E.S.R. solicitó el disfrute de las vacaciones en el mes de agosto y se las concedieron del 7 al 13 de julio. El Sr. J.M.G.R., gerente del centro, llamó una por una a casi todas las restantes trabajadoras a su despacho para preguntarles sobre la fecha en la que querían disfrutar de las vacaciones. Once trabajadoras solicitaron y vieron concedidas sus vacaciones en el mes de agosto. Las restantes trabajadoras firmaron un escrito elaborado por la empresa con el siguiente tenor literal: "como trabajadora de "C.C., S.A." elijo disfrutar las vacaciones que me faltan de 2003, preferentemente en diciembre del citado año". DUODÉCIMO.- Tras disfrutar de las vacaciones en el mes de julio, y al reincorporarse a su trabajo, la Sra. E.S. es destinada por la gerencia a realizar permanentemente trabajos en el exterior, del tipo de cortar maleza, cortar leña, picar hielo, limpiar contenedores de basura y limpiar atún. DECIMOTERCERO.- Antes del disfrute de las vacaciones de 2003, las miembros del Comité de Empresa realizaban mayoritariamente funciones de empaquetamiento y rotativamente otras funciones consideradas mas pesadas como el lavador de atún, la colocación de palés o la descarga de camiones. Hasta agosto de 2003 lo normal era que prácticamente todas las auxiliares de fabricación rotasen por los trabajos más pesados para que no fueran desempeñados siempre por las mismas empleadas. Desde agosto de 2003 las trabajadoras miembros del Comité de empresa no volvieron a ser llamadas a la sección de empaquetamiento, y fueron destinadas de forma permanente a realizar trabajos más pesados, evitando siempre concederles tiempos de descanso entre el desempeño de tareas. DECIMOCUARTO.- De las trabajadoras que disfrutaron de sus vacaciones en los meses de julio y agosto, 11 de ellas disfrutaron de los restantes días entre el 15 y el 19 de diciembre. Cinco trabajadoras, incluidas todas las miembros del Comité de Empresa, tres días antes del inicio de las vacaciones de diciembre recibieron una comunicación verbal de que tendrían que trabajar los días 22, 24, 26, 29 y 31 de diciembre. En estas fechas la empresa estaba parada por lo que apenas les fueron encomendadas algunas funciones de limpieza. DECIMOQUINTO.- Durante una reunión entre los miembros del Comité de empresa (excepto doña M.L.G.R.), y el gerente en el mes de mayo o junio de 2003, el Sr. G.R. insultó a las trabajadoras con expresiones del tipo "zorra, terrorista, hipócrita o falsa". En otra reunión, presente el inspector de trabajo, les dijo que se "anduviesen con cuidado" y que "les hacía falta un negro en la cama". Sobre estos hechos, y en general, sobre los delitos imputados a la empresa demandada, las actoras declararon ante el Juzgado de Paz de Carnota en calidad de ofendidas y perjudicadas. En el Juzgado de Instrucción de Muros, en las diligencias previas 131/2004 declararon en calidad de imputados don C.C.V., encargado de la empresa y don J.M.G.R. DECIMOSEXTO.- Doña M.L.L.P. causó baja médica el 4 de marzo de 2004, y fue dada de alta el 25 de junio de 2004. Doña M.L.G.R. causó baja médica en marzo de 2004 y actualmente se encuentra en situación de alta. Desde que se incorporó doña M.L.G.R., que realiza jornada de tarde, no fue incluida en turnos de rotación de trabajos que hacían sus compañeras de turno, por lo que a veces permanecía sola realizando las mismas funciones, mientras las demás cambiaban de sección. DECIMOCTAVO.- Doña G.F.F. se encuentra en tratamiento desde mayo de 2004 en la USM del Hospital Virxe da Xunqueira de Cee, remitida por el médico de cabecera por cuadro de ansiedad reactiva a conflicto laboral. Presentaba ansiedad intensa somatizada con facilidad para el desbordamiento ansioso. Alteración del ritmo nictameral con descuido personal y de las actividades que mantiene con dificultad. Ansiedad somatizada y vivencial moderada, de aparición paroxística reactiva ante situaciones determinadas estresógenas. Se pauta psicoterapia y tratamiento de clorazepato y mirtazaina. El diagnóstico es trastorno de adaptación, reacción de ansiedad. Doña M.J.F.F. es también remitida por el médico de cabecea a la misma USM. Se le diagnostica igualmente trastorno de adaptación, reacción de ansiedad, y se le pauta el mismo tratamiento. Presentaba intensa ansiedad somatizada con preocupaciones anticipatorios rumiativas y reactividad intensa a comentaros sobre la actividad laboral. Desanimada con porte ansioso y desbordamiento emotivo en forma de llanto. Alteración del ritmo nictameral con descuido personal y de actividades que mantiene con dificultad. Ansiedad somatizada y vivencial moderadas, de aparición paroxística ante situaciones determinadas estresógenas. DECIMONOVENO.- En los partes médicos de baja de las cuatro trabajadoras, todos de fecha de 04.03.04 consta como diagnóstico "síndrome ansioso-depresivo" y la contingencia de la situación de IT la

de enfermedad común. Las trabajadoras impugnaron esta contingencia e interesan que se fije como tal la de accidente laboral".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar la demanda interpuesta por doña M.J.F.F., doña G.F.F., doña M.L.G.R. y doña M.L.L.P. contra la empresa "C.C., S.A." declarando la nulidad radical de la actuación empresarial de acoso moral y vulneración del derecho a la libertad sindical, condenando a la demandada al cese inmediato de su comportamiento, reponiendo a las actoras en la integridad de sus derechos, y condenándola a abonar a cada una de las actoras la siguiente cantidad en concepto de indemnización: A doña M.J.F.F.: treinta y un mil doscientos tres euros (31.203 euros). A doña G.F.F.: treinta y un mil cuatrocientos cuarenta y tres euros y doce céntimos (31.443,12). A doña M.L.G.R.: quince mil seiscientos cuarenta euros con noventa y dos céntimos (15.640,92). A doña M.L.L.P.: treinta y un mil trescientos ocho euros con ochenta y cuatro céntimos (31.308,84)."

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, estimando la demanda, de tutela de derechos fundamentales, declaró la nulidad radical de la actuación empresarial de "acoso mor" y vulneración del derecho a la "libertad sindical", condenando a la empresa "C.C., S.A." al cese inmediato de su comportamiento, reponiendo a las actoras en la integridad de sus derechos y condenándola a abonar a cada una de aquéllas, en concepto de indemnización las siguientes cantidades: a doña M.J.F.F.: treinta y un mil doscientos tres euros (31.203 euros); a doña G.F.F.: treinta y un mil cuatrocientos cuarenta y tres euros y doce céntimos (31.443,12); a doña M.L.G.R.: quince mil seiscientos cuarenta euros con noventa y dos céntimos (15.640,92); a doña M.L.L.P.: treinta y un mil trescientos ocho euros con ochenta y cuatro céntimos (31.308,84). Decisión judicial que es recurrida por la representación letrada de la empresa condenada, pretendiendo la revisión de los hechos declarados probados y censurando el derecho aplicado en la sentencia

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, solicitada en la suplicación, se pretende la modificación de los ordinales primero, tercero, séptimo, octavo, y decimoquinto.

TERCERO.- La primera revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el hecho probado primero por otro donde se diga: "Las actoras vienen prestando servicios para la demandada con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios anuales:

NOMBRE	CATEGORÍA	SALARIO
Doña M.J.F.F.	Auxiliar de fabricación	10.401 euros
Doña G.F.F.	Auxiliar de fabricación	10.481,04 "
Doña M.L.G.R.	Auxiliar de fabricación	5.213,64 "
Doña M.L.L.P.	Auxiliar de fabricación	10.436,28 "

Las antigüedades de doña M.J.F.F. del 06.09.99, de doña G.F.F. del 26.08.99, de doña M.L.G.R. del 13.09.99 y de doña M.L.L.P. del 06.09.99". Es decir, trata de que se incorporen los datos de antigüedad de las actoras en la empresa. Modificación que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental (contratos de trabajo, hojas de salarios –folios 229 a 248, 155 a 161 y 249 a 322 de los autos-) es irrelevante a los efectos de la resolución de la "litis" de conformidad con lo que se razonará en el fundamento de derecho.

CUARTO.- Se solicita, igualmente, la revisión del hecho probado tercero por entender que había habido error en la trascripción del segundo apellido de la Sra. M.J.F.F. al constar en el hecho debatido como Sra. F.P., cuando no es así, debiendo quedar redactado del tenor literal siguiente: "Las primeras elecciones sindicales celebradas en la empresa tuvieron lugar el 15 de diciembre de 2000, y como resultado fueron elegidas como miembro del comité de empresa cuatro trabajadoras por el sindicato C.C.O.O.: doña M.J.F.F., doña M.L.L.P., Sra. F.F. y doña M.L.G.R. Por el sindicato C.I.G., una trabajadora: Sra. F.L." Modificación, que igualmente se acepta al estar acreditado documentalmente, si bien como se razonará posteriormente, es igualmente irrelevante a los efectos de la resolución de la "litis".

QUINTO.- Se interesa, la modificación del hecho probado séptimo, a fin de que se adicione al mismo un párrafo del siguiente tenor: "contra la citada acta la empresa ha pre-

sentado el correspondiente recurso de alzada". Adición que igualmente se acepta al estar debidamente acreditada por la documental (folios 402 a 406 de los autos), si bien es irrelevante.

SEXTO.- Pide, igualmente, la modificación del ordinal octavo, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "El personal de auxiliar de fabricación viene definido en el Convenio Colectivo de aplicación como aquel "operario que ayuda en su labor a Oficiales y realiza cuantas operaciones se le encomiendan en orden secundario, bajo la vigilancia y dirección del personal de mayor competencia. Las funciones propias de la categoría de auxiliar de fabricación en una empresa de producción de conservas del tipo de la demandada son las siguientes: descarga, estirar para descongelar, recoger para lavado, emparrillado, rehacer palets en cocción, troceado, empaquetado y otras análogas. Algunas de ellas como el empaquetado resultan más descansadas físicamente y otras como la descarga, el lavado de pescado como el pulpo o rehacer palets, exigen un notable esfuerzo físico por suponer la carga de pesos, o si se realizan en cámaras frigoríficas por las bajas temperaturas de ésta, hasta el punto de que en este caso se precisa de prendas especiales". Modificación que no se acepta –salvo lo que ya consta acreditado- al implicar calificaciones o valoraciones mas propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato de hechos probados.

SÉPTIMO.- En último término, interesa la modificación del ordinal decimoquinto, a fin de que se adicione un párrafo del tenor literal siguiente: "Sobre los hechos de este procedimiento, y en general, sobre los delitos imputados a la empresa demandada, las actoras declararon ante el Juzgado de Paz de Carnota en calidad de ofendidas y perjudicadas. En el Juzgado de Instrucción de Muros, en las diligencias previas 131/2004 declararon en calidad de imputados don C.C.V., encargado de la empresa y don J.M.G.R. El citado Juzgado de Instrucción en las diligencias previas 739/2003 por auto de 2 de agosto de 2004 decretó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa al no quedar debidamente justificada la perpetración del delito y la acumulación a este procedimiento de las diligencias previas 131/2004". Adición que si bien se acepta, al estar acreditada documentalmente, es irrelevante de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

OCTAVO.- Respecto al examen de las normas sustantivas que se denuncian como infringidas, en concreto, infracción por aplicación indebida de los arts. 13 de la L.O. de Libertad Sindical, 175, 176 y 177.4 de la L.P.L., y 14 y 15 de la Constitución Española, en relación con los arts. 96 y 179.2 de la L.P.L. y 4.2.d) y e) del Estatuto de los Trabajadores y distinta doctrina jurisprudencial (que cita y se tiene por reproducida), así como infracción, por aplicación indebida, de los arts. 177.3 y 80 de la L.P.L. 1101 y 1902 del Código Civil, en relación con el art. 181 de la L.P.L. alegando en esencia: A) Inexistencia de lesión alguna a los derechos fundamentales de las actoras, negando vulneración del derecho a la libertad sindical y la existencia de acoso moral o mobbing, así como la excepción de falta de legitimación activa de las actoras al haber actuado en nombre propio, y no como miembros del comité de empresa; B) defecto legal en el modo de promover la demanda, al no expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada y que a la hora de fijar la indemnización se ha limitado a pedir por igual tres años de salario, sin especificar, ni cuantificar la clase de perjuicios causados: de tipo económico, profesional, como ciudadano, de carácter sindical, daños en la salud, prestaciones sociales, etc. ni ha interesado expresamente la declaración de nulidad de la actuación del empleador; y C) con carácter subsidiario (de no prosperar los motivos anteriores), o bien no se fije indemnización alguna, por cuanto la vulneración de cualquier derecho fundamental no produce por sí sola el pago de la indemnización, o bien se modifique el "quantum" indemnizatorio por excesivo, en tanto que debe atenderse para su determinación a las circunstancias concurrentes, de lugar y tiempo, así como a criterios de proporcionalidad en relación con las indemnizaciones que se acostumbran a señalar en casos semejantes.

NOVENO.- Como trámite previo, por ser materia de orden público, -apreciable incluso de oficio-, procede analizar las excepciones formuladas, de defecto legal en el modo de proponer la demanda por falta de concreción, y de falta de legitimación activa. Con relación a la primera, (por no ajustarse lo interesado en el suplico a lo prescrito en el art. 180 de la L.P.L., al no interesarse la nulidad radical de la conducta empresarial), no puede merecer favorable acogida, pues, si bien y de conformidad con el art. 180 de la L.P.L.: "la sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador… ordenará

el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como a la reparación de las consecuencias derivas del acto, incluida la indemnización que procediera", el hecho de que la parte demandante no interese expresamente la declaración de la nulidad de la actuación del empleador, no impide que este pedimento esté implícito en la solicitud de cese inmediato del comportamiento vulnerador de derechos fundamentales. En todo caso, no se causa ninguna indefensión a la parte demandada, que pudo preparar perfectamente su defensa y conocía exactamente cuales eran las pretensiones formuladas en su contra, pudiendo elaborar la contestación y preparar sus medios de prueba sin ninguna restricción. Y por lo que respecta a la segunda excepción, (que las actoras al haber actuado en nombre propio y no como miembros del comité de empresa, no podían denunciar la vulneración del derecho a la libertad sindical), igualmente se rechaza, pues, de conformidad con el art. 175 de la L.P.L.: "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".

DÉCIMO.- Entrando en el fondo del asunto, el problema que se suscita en la presente "litis", consiste en determinar, si se ha producido una vulneración del derecho a la libertad sindical, es decir, si las trabajadoras, como consecuencia de su actividad como representantes de los trabajadores al ser miembros del comité de empresa, son objeto de persecución por parte de la empresa, habiéndose producido un atentado a la libertad sindical, o, si se da la figura del acoso laboral o mobbing; o, en todo caso, si la actuación de la empresa es atentatoria a derechos fundamentales… "a la consideración debida a la dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales…" (art. 4.1.e Estatuto de los Trabajadores) y a que se refiere el art. 181 de la L.P.L. pues, a pesar, de que la equívoca dicción del capítulo XI de la L.P.L., "de la tutela de los derechos de libertad sindical", pudiera entenderse que únicamente la "libertad sindical", queda bajo la tutela de estas normas, es lo cierto que a tenor de lo dispuesto en el art. 181, dicha modalidad procesal, se extiende a la protección de "todos los derechos fundamentales" que se susciten en el ámbito de las relaciones laborales.

UNDÉCIMO.- Como antecedentes de la cuestión litigiosa y así se desprende del relato de hechos probados, (tal como ha quedado redactado), deben destacarse los siguientes: A) Las actoras vienen prestando servicios para la demandada con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios anuales:

NOMBRE	CATEGORÍA	SALARIO
Doña M.J.F.F.	Auxiliar de fabricación	10.401 euros
Doña G.F.F.	Auxiliar de fabricación	10.481,04 "
Doña M.L.G.R.	Auxiliar de fabricación	5.213,64 "
Doña M.L.L.P.	Auxiliar de fabricación	10.436,28 "

Las antigüedades de doña M.J.F.F. del 06.09.99, de doña G.F.F. del 26.08.99, de doña M.L.G.R. del 13.09.99 y de doña M.L.L.P. del 06.09.99. B) La empresa "C.C., S.A." se dedica a la actividad de alimentación y fue aperturada en el año 1999. C) Las primeras elecciones sindicales celebradas en la empresa tuvieron lugar el 15 de diciembre de 2000, y como resultado fueron elegidas como miembro del comité de empresa cuatro trabajadoras por el sindicato C.C.O.O.: doña M.J.F.F., doña M.L.L.P., Sra. F.F. y doña M.L.G.R. Por el sindicato C.I.G., una trabajadora: Sra. F.L. D) El 11 de febrero de 2002 la inspección de trabajo levantó el acta 163/02 contra la hoy demandada, en materia de prevención de riesgos laborales por el accidente de trabajo sufrido por la trabajadora doña V.F.F. (damos su contenido por reproducido). Por resolución de la autoridad laboral de fecha 19 de junio de 2002 se confirma dicha acta. E) El 14 de febrero de 2002 la inspección laboral, levantó acta 186/02 por infracción de normas laborales: modificación de condiciones sustanciales de trabajo impuestas unilateralmente, en concreto por mudanza de los horarios de trabajo y horas extraordinarias (damos su contenido por reproducido). Por resolución de la autoridad laboral de 19 de junio de 2002 se confirmó el acta de infracción. F) El 18 de septiembre de 2003, la inspección de trabajo levantó el acta 1.248/03 por infracción de lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores por parte de la empresa, consistente en la imposición unilateral de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo al proceder a la variación de la semana pactada de vacaciones, para todos los trabajadores en los meses de julio y agosto (damos su contenido por reproducido). La autoridad laboral por

resolución de 2 de febrero de 2004 confirmó dicha acta de infracción. La inspección de trabajo remitió en su día dicha acta de infracción al Ministerio Fiscal por si los hechos pudieran ser constitutivos de un delito contenido en el artículo 315 C.P. La Fiscalía procedió a incoar diligencias informativas que fueron remitidas al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, el que por auto de 2 de agosto de 2004 decretó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. G) El trece de febrero de 2004 la inspección de trabajo levantó el acta 160/04 por infracción del artículo 31.2 del Convenio Colectivo y por modificación unilateral por parte de la empresa de las vacaciones (damos su contenido por reproducido). Contra la citada acta la empresa ha presentado el correspondiente recurso de alzada. H) Las funciones propias de la categoría de auxiliar de fabricación en una empresa de producción de conservas del tipo de la demandada son las siguientes: descarga, estirar para descongelar, recoger para lavado, emparrillado, rehacer palets en cocción, troceado, empaquetado y otras análogas. Algunas de ellas como el empaquetado resultan más descansadas físicamente y otras como la descarga, el lavado de pescado como el pulpo o rehacer palets, exigen un notable esfuerzo físico por suponer la carga de pesos, o si se realizan en cámaras frigoríficas por las bajas temperaturas de ésta, hasta el punto de que en este caso se precisa de prendas especiales. I) En los meses de junio a septiembre se produce en la empresa un repunte de producción, por coincidir normalmente con la campaña del berberecho del Reino Unido, y por el desembarco de bonito, en este último caso entre julio y octubre. En el mes de diciembre hay una parada productiva, y la empresa acostumbra a no funcionar desde el 15 de diciembre al 15 de enero, periodo en el que no se hace en la misma más que funciones de limpieza y mantenimiento. J) Con motivo de dicha parada productiva, la empresa siempre ha concedido las vacaciones exclusivamente en diciembre, enero y Semana Santa. Por este motivo el sindicato CC.OO. formuló con fecha de 25 de febrero de 2003 una papeleta de conciliación de Convenio Colectivo ante el S.M.A.C. Las partes aceptaron someterse al Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo (AGA) designándose como mediador a don C.D.A. El 14 de marzo de 2003 las partes llegaron al siguiente acuerdo: "1º.- La semana de vacaciones del 15 al 21 de diciembre de 2003 se traslada para ser disfrutada por todos los trabajadores rotativamente en los meses de julio y agosto de 2003. 2º.- En octubre de 2003, las partes se reunirán con el objeto de negociar el calendario de vacaciones del año 2004". K) En el mes de julio de 2003, la empresa no había establecido ningún calendario de vacaciones para dar cumplimiento al acuerdo del AGA. Tras los diversos requerimientos de los miembros del Comité de Empresa para que se fijase el calendario de vacaciones la empresa se las concedió del día 07.07.03 al 13.07.03 a las cinco miembros del comité de empresa. La trabajadora doña E.S.R. solicitó el disfrute de las vacaciones en el mes de agosto y se las concedieron del 7 al 13 de julio. Don J.M.G.R., gerente del centro, llamó una por una a casi todas las restantes trabajadoras a su despacho para preguntarles sobre la fecha en la que querían disfrutar de las vacaciones. Once trabajadoras solicitaron y vieron concedidas sus vacaciones en el mes de agosto. Las restantes trabajadoras firmaron un escrito elaborado por la empresa con el siguiente tenor literal: "como trabajadora de "C.C., S.A." elijo disfrutar las vacaciones que me faltan del 2003, preferentemente en diciembre del citado año". L) Tras disfrutar de las vacaciones en el mes de julio, y al reincorporarse a su trabajo, doña E.S., es destinada por la gerencia a realizar permanentemente trabajos en el exterior, del tipo de cortar maleza, cortar leña, picar hielo, limpiar contenedores de basura y limpiar atún. M) Antes del disfrute de las vacaciones de 2003, las miembros del Comité de Empresa realizaban mayoritariamente funciones de empaquetamiento y rotativamente otras funciones consideradas mas pesadas como el lavado de atún, la colocación de palés o la descarga de camiones. Hasta agosto de 2003 lo normal era que prácticamente todas las auxiliares de fabricación, rotasen por los trabajos más pesados para que no fueran desempeñados siempre por las mismas empleadas. Desde agosto de 2003 las trabajadoras miembros del Comité de empresa no volvieron a ser llamadas a la sección de empaquetamiento, y fueron destinadas de forma permanente a realizar trabajos más pesados, evitando siempre concederles tiempos de descanso entre el desempeño de tareas. N) De las trabajadoras que disfrutaron de sus vacaciones en los meses de julio y agosto, 11 de ellas disfrutaron de los restantes días entre el 15 y el 19 de diciembre. Cinco trabajadoras, incluidas todas las miembros del Comité de Empresa, tres días antes del inicio de las vacaciones de diciembre, recibieron una comunicación verbal de que tendrían que trabajar los días 22, 24, 26,

29 y 31 de diciembre. En estas fechas la empresa estaba parada por lo que apenas les fueron encomendadas algunas funciones de limpieza. Ñ) Durante una reunión entre los miembros del Comité de empresa (excepto doña M.L.G.R.), y el gerente, en el mes de mayo o junio de 2003, don J.M.G.R., insultó a las trabajadoras con expresiones del tipo "zorra, terrorista, hipócrita o falsa". En otra reunión, presente el inspector de trabajo, les dijo que se "anduviesen con cuidado" y que "les hacía falta un negro en la cama". Sobre estos hechos, y en general, sobre los delitos imputados a la empresa demandada, las actoras declararon ante el Juzgado de Paz de Carnota en calidad de ofendidas y perjudicadas. En el Juzgado de Instrucción de Muros, en las diligencias previas 131/2004 declararon en calidad de imputados don C.C.V., encargado de la empresa y don J.M.G.R. El citado Juzgado de Instrucción en las diligencias previas 739/2003 por auto de 2 de agosto de 2004, decretó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, al no quedar debidamente justificada la perpetración del delito y la acumulación a este procedimiento de las diligencias previas 131/2004. O) Doña M.L.L.P. causó baja médica el 4 de marzo de 2004, y fue dada de alta el 25 de junio de 2004. Doña M.L.G.R. causó baja médica en marzo de 2004 y actualmente se encuentra en situación de alta. Desde que se incorporó doña M.L.G.R., que realiza jornada de tarde, no fue incluida en turnos de rotación de trabajos que hacían sus compañeras de turno, por lo que a veces permanecía sola realizando las mismas funciones, mientras las demás cambiaban de sección. P) Doña G.F.F. se encuentra en tratamiento desde mayo de 2004 en la USM del Hospital Virxe da Xunqueira de Cee, remitida por el médico de cabecera por cuadro de ansiedad reactiva a conflicto laboral. Presentaba ansiedad intensa somatizada con facilidad para el desbordamiento ansioso. Alteración del ritmo nictameral con descuido personal y de las actividades que mantiene con dificultad. Ansiedad somatizada y vivencial moderada, de aparición paroxística reactiva ante situaciones determinadas estresógenas. Se pauta psicoterapia y tratamiento de clorazepato y mirtazaina. El diagnóstico es trastorno de adaptación, reacción de ansiedad. Doña M.J.F.F. es también remitida por el médico de cabecea a la misma USM. Se le diagnostica igualmente trastorno de adaptación, reacción de ansiedad, y se le pauta el mismo tratamiento. Presentaba intensa ansiedad somatizada con preocupaciones anticipatorios rumiativas y reactividad intensa a comentaros sobre la actividad laboral, desanimada con porte ansioso y desbordamiento emotivo en forma de llanto, alteración del ritmo nictameral con descuido personal y de actividades que mantiene con dificultad. Ansiedad somatizada y vivencial moderada, de aparición paroxística ante situaciones determinadas estresógenas. Q) En los partes médicos de baja de las cuatro trabajadoras, todos de fecha de 04.03.04 consta como diagnóstico "síndrome ansioso-depresivo" y la contingencia de la situación de IT la de enfermedad común. Las trabajadoras impugnaron esta contingencia e interesan que se fije como tal la de accidente laboral.

DUODÉCIMO.- Esto sentado, la censura jurídica formulada, ha de estimarse en parte, por cuanto no ha quedado acreditado, (al respecto no se ha practicado prueba alguna), que las actoras, como consecuencia de su actividad sindical, hubieran quedado discriminadas, pues de conformidad con los arts. 28.1 de la Constitución Española, "la libertad sindical comprende el derecho, a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas…", señalando el art. 2.1 de la LOLS que: "la libertad sindical comprende: a) el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o a extinguirlos por procedimiento democráticos, b) el derecho del trabajador a afiliarse a un sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separase del que estuviera afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato, c) el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato; y d) el derecho a la actividad sindical", sin que en modo alguno, se haya probado cual ha sido la actividad sindical por las que han sido represaliadas, pues aun siendo evidente que existía una situación de conflicto, (por la actividad reivindicativa desarrollada, junto con las demás trabajadoras), en todo momento actuaron en nombre propio y no como miembros del comité de empresa, (estando acreditado, que la quinta integrante del comité no es demandante); y sin que tampoco sea encuadrable la conducta de la empresa en el hostigamiento laboral o mobbing, (que también se denuncia), pues aún cuando no existe una definición legal del 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, manifestada 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 determinando en ocasiones el abandono del 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, comprendida la protección frente a ofensas verbales…". Ahora bien, no ofrece duda a esta Sala que la actuación de la empresa no está exenta de reproche, pues es evidentemente discriminatoria y atentatoria a derechos fundamentales (art. 14 Constitución Española), "… y a la consideración debida a la dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales" (art. 4.2.e ET), pues, son efectivamente actos discriminatorios o vejatorios que afectan a la dignidad, los trabajos encomendados por la empresa a las trabajadoras de cortar maleza, cortar leña, limpiar contenedores, limpiar atún, y otras funciones consideradas mas pesadas, pues, lo normal era que prácticamente todas las auxiliares de fabricación, rotasen en los trabajos mas pesados, pero que no fueran desempeñados siempre por los mismos trabajadores, y desde agosto de 2003, (está acreditado) que las demandantes, ahora recurridas, no volvieron a ser llamadas a la sección de empaque y fueron destinadas de manera permanente a realizar los trabajos mas pesados, evitando siempre concederles tiempos de descanso, habiendo sido objeto de insultos con expresiones como "zorra, terrorista, hipócrita, falsa", y en presencia del inspector de trabajo, con expresiones como "anduviesen con cuidado", "les hacía falta un negro en la cama", hechos sobre los que se siguieron Diligencias Previas que fueron archivadas y aun siendo cierto que causaron baja médica con diagnóstico de "trastorno de adaptación con reacción de ansiedad", (dos de ellas, se encuentran actualmente de alta) en ningún caso presentan un informe demostrativo de la existencia de daño psicológico u hostigamiento laboral, persistente.

DECIMOTERCERO.- En cuanto a que no procedía indemnización o, que, en todo caso, debía graduarse o ponderarse, al no ofrecer duda que la vulneración de derechos fundamentales es compatible con la reparación de los daños producidos, y que para la determinación del "quantum" indemnizatorio, deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes, de lugar, tiempo, situación de superioridad del causante, entidad del daño, etc, así como a criterios de proporcionalidad, en atención a ello, y de conformidad con el criterio mantenido por la Sala en supuestos similares, se entiende que la cifra señalada, es excesiva pues, aún admitiendo la gravedad de la vejación a que fueron sometidas, se estima como mas adecuada la de 3.000 €; por lo que procede, en consecuencia, estimar en parte el recurso y revocar parcialmente el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "C.C., S.A.", contra la sentencia de fecha veintiuno de julio de dos mil cuatro, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Santiago de Compostela, en proceso promovido por doña M.J.F.F., doña G.F.F., doña M.L.G.R. y doña M.L.L.P. frente a la recurrente, y revocando parcialmente la misma, debemos declarar y declaramos la nulidad radical de la actuación empresarial de vulneración de derechos fundamentales, condenando a la demanda al cese inmediato en su comportamiento, reponiendo a las actoras en la totalidad de sus derechos y condenandolo a abonar a cada una de aquellas la cantidad de tres mil euros (3,000 €).

4026 Recurso nº 5.421/04

S.S. INCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS PARA A PRÁCTICA DUN DESPEDIMENTO OBXECTIVO, QUE XUSTIFICAN A SÚA DECLARACIÓN DE NULIDADE.

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

A Coruña, a veintidós de diciembre de dos mil cuatro

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. 5.421/04 interpuesto por el demandante don R.P.C. y el codemandado "C., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.P.C. en reclamación de despido, siendo demandado "C., S.L.", "C.G.Q., S.L.", "G., S.L.", "C.R.G., S.L.", la Confederación Gallega de Minusválidos y don S.C.E., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 303/04 sentencia con fecha veinticuatro de agosto de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

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

1º. Don R.P.C., mayor de edad, con DNI núm. …, viene prestando servicios por cuenta de la entidad mercantil "C., S.L." desde el día 08.02.02 con la categoría profesional de técnico y con un salario mensual de 1.514,33 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. No ostenta ni ostentó en el último año la condición de Delegado del Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical. 2º. En fecha 23.03.04 la entidad mercantil "C., S.L." notificó al trabajador demandante la siguiente carta de despido: *"... a partir del día de la fecha se procede a la extinción de su contrato por las causas señaladas en el artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, en base/ Que las modificaciones en el sistema de producción de la empresa y la situación de pérdidas económicas que viene sufriendo en los últimos años hacen necesario una reorganización para superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la misma./ Así mismo con la presente comunicación se pone a su disposición la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades./ En sustitución del preaviso de 30 días recogido en el artículo 53.c del Estatuto de los Trabajadores se procederá al abono de los citados días".* 3º. El demandante inició su prestación de servicios por cuenta de la entidad mercantil "C.R.G., S.L." en fecha 04.01.95, en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo indefinido, con la categoría profesional de auxiliar administrativo, al amparo del Real Decreto 1.368/1985, de 17 de julio. Dicha contratación finalizó en fecha 18.02.97, firmando el demandante el correspondiente documento de liquidación e finiquito. 4º. El demandante inició su prestación de servicios por cuenta de la entidad mercantil "G., S.L." en fecha 19.02.97, en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo indefinido, con la categoría profesional de director-gerente, al amparo del Real Decreto 1.368/1985, de 17 de julio. Dicha contratación finalizó en fecha 20.11.00, firmando el demandante el correspondiente documento de liquidación y finiquito. 5º. El demandante inició su prestación de servicios por cuenta de la entidad mercantil "C.G.Q., S.L." en fecha 21.11.00, en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo indefinido, con la categoría profesional de técnico de gestión, al amparo del Real Decreto 1.368/1985, de 17 de

julio. Dicha contratación finalizó en fecha 07.02.02, firmando el demandante el correspondiente documento de liquidación y finiquito. 6º. El demandante inició su prestación de servicios por cuenta de la entidad mercantil "C., S.L." en fecha 08.02.02, en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo indefinido, con la categoría profesional de técnico, al amparo del Real Decreto 1.368/1985, de 17 de julio. 7º. La entidad mercantil "C.R.G., S.L.", con domicilio social en la calle …, de Santiago de Compostela, fue constituida en fecha 31.05.94, siendo socios fundadores la Confederación Gallega de Minusválidos, con un total de 98 participaciones sociales, y don J.J.M.G. y don A.M.P.R., con una participación social cada uno. El objeto de dicha mercantil, ampliado en fecha 04.06.99, consiste en la *"integración de personas con discapacidad mediante la realización de la actividad de recogida, recuperación, reciclaje y comercialización de papel y cartón usado. Y además se dedicará a las siguientes actividades: recuperación de productos, cinematografía, comercio al por mayor, industrias de productos alimenticios, confección textil, edición, educación, informática, investigación, juego, material electrónico, operadores de cámara, ortopedia, radiodifusión, servicios de limpieza, servicios prestados a las empresas, telecomunicación, televisión y vídeo"*. En fecha 08.03.04 fue designada como administrador único la entidad mercantil Galega de Economía Social, S. L., constituida en fecha 12.12.03 y representada por don S.C.E. 8º. La entidad mercantil "G., S.L.", con domicilio social en la calle …, de Santiago de Compostela, fue constituida en fecha 13.12.96, siendo socios fundadores la Confederación Gallega de Minusválidos con un total de 250 participaciones sociales y la Federación de Asociacións de Xordos do País Galego con un total de 250 participaciones sociales, siendo administrador único don J.J.R.F. El objeto de dicha mercantil, modificado en fecha 07.07.98, consiste en la *"Manufacturación, venta y comercialización por cualquier título de piezas, equipos y componentes para el automóvil y especialmente, el forrado de volantes, cosido y remate de los mismos. La actividad social será desarrollada preferentemente por trabajadores que padezcan cualquier tipo de discapacidad física, psíquica y sensorial por cuanto la razón de ser de la sociedad, independientemente de su ánimo de lucro, que configura su carácter mercantil, es realizar una labor social de integración de dichas personas"*. La representación de la sociedad corresponde a un órgano de administración –Consejo de Administración–, de forma colegiada. En fecha 24.04.01 fue ampliado el capital social de la mercantil "G., S.L." asumiendo: la entidad mercantil "F.G., S.A." un total de 12.000 participaciones sociales; la entidad mercantil "D.M.E., S.A." un total de 10.000 participaciones sociales; la Confederación Gallega de Minusválidos un total de 9.000 participaciones sociales y la Fundación FAXPG un total de 9.000 participaciones sociales. 9º. La entidad mercantil "C.G.Q., S.L.", con domicilio social en la calle …, de Santiago de Compostela, fue constituida en fecha 02.12.98, siendo único socio fundador la Confederación Gallega de Minusválidos con un total de 500 participaciones sociales, y administrador único don J.J.R.F. El objeto de dicha mercantil, modificado en fecha 07.07.98, consiste en la "Integración de personas con minusvalía, a través de la venta menor de libros, periódicos y revistas, vídeos, enciclopedias, servicios de heladería, chocolaterías, horchaterías, golosinas, artículos de regalo, servicios de información turística. Además la Sociedad se dedicará a las siguientes actividades: comercio al por mayor de productos alimenticios, confección textil, educación, informática, material electrónico, operadores de cámara, radiodifusión, servicios de limpieza, servicios prestados a empresas, telecomunicación, televisión y vídeo". En fecha 08.03.04 fue designado administrador único la entidad mercantil "G.E.S., S.L.", constituida en fecha 12.12.03 y representada por don S.C.E. 10º. La entidad mercantil "C., S.L.", con domicilio social en la calle …, de Santiago de Compostela, fue constituida en fecha 25.01.01, siendo socio fundador la Confederación Gallega de Minusválidos con un total de 255 participaciones sociales y la sociedad Amizade con un total de 245 participaciones sociales, siendo nombrado administrador único don J.P.M. El objeto de dicha mercantil, subsanado en fecha 22.03.01, consiste en la *"Integración de personas con minusvalía, así como actividades de ajuste personal, a través de la elaboración, transformación, venta y comercialización de todo tipo de productos relacionados con la madera y el metal, así como cualquier otro análogo o complementario; además se dedicará al comercio al por mayor y al por menor de confección textil, y a la prestación de servicios informáticos"*. En fecha 08.03.04 fue designado administrador único la entidad mercantil "G.E.S., S.L.", constituida en fecha 12.12.03 y representada por don S.C.E. 11º. La entidad mercantil "C., S.L." obtuvo en el ejercicio fiscal del año 2001 un resultado negativo en su cuenta de pérdidas y ganancias, con un resul-

tado de 25.301,85 euros de pérdidas. 12º. La entidad mercantil "C., S.L." obtuvo en el ejercicio fiscal del año 2002 un resultado negativo en su cuenta de pérdidas y ganancias, con un resultado de 37.850, 97 euros de pérdidas. 13º. El valor contable de la entidad mercantil "C., S.L." a día 30.06.03 era inferior a la mitad de su capital social, por lo que la empresa se encontraba en quiebra técnica, estando inmersa en causa de disolución. 14º. En fecha 07.01.04 la fundación ONCE le concedió a la entidad mercantil "C., S.L." el importe de 96.000 euros, en concepto de ayuda económica destinada *"a la consolidación del Centro Especial de Empleo ""C., S.L."' que será abonada con posterioridad a la remisión de las facturas que acrediten estar llevando a cabo el proyecto".* 15º. En fecha 03.03.0 (sic) la Fundación "La Caixa" otorgó una colaboración económica por importe de 21.000 euros al proyecto *"Ampliación del CEE "C., S.L." mediante la adquisición de equipamiento",* presentado por la Confederación Gallega de Minusválidos, entidad que tiene como finalidad promover y coordinar la defensa de los derechos de las personas con discapacidad de cara a su plena integración. 16º. Las funciones desarrolladas por el trabajador demandante y por cuenta de la entidad mercantil "C., S.L.", durante la vigencia de su relación laboral, consistían en la realización de labores administrativas (proveedores, clientes, presupuestos, facturas, etc.). Actualmente dichas funciones son efectuadas desde Santiago de Compostela, realizándose en dicha mercantil funciones meramente de taller, preparando la madera que le suministra la entidad mercantil "P.H., S.L.", único cliente de la mercantil "C., S.L.", que es la que finalmente vende. Actualmente la entidad mercantil "C., S.L." dispone de una plantilla de seis trabajadores que prestan sus servicios en el taller de la mercantil, del que el Sr. F.P. efectúa funciones de encargado. 17º. Se intentó sin avenencia 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 la demanda interpuesta por don R.P.C. contra la entidad mercantil "C., S.L.", la entidad mercantil "C.G.Q., S.L.", la entidad mercantil "G., S.L.", la entidad mercantil "C.R.G., S.L.", la Confederación Gallega de Minusválidos y don S.C.E., declaro nulo el despido del trabajador demandante y, en consecuencia, condeno a la entidad mercantil "C., S.L." a su readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el pago de los salarios de tramitación previstos en el párrafo a) de esta resolución, a) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuese anterior a esta sentencia y fuese probado por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador se concreta en 50,48 euros diarios. En todo caso deberá mantener al trabajador de alta en la Seguridad Social durante el período de devengo de los salarios de tramitación. Quedan absueltos de todos los pedimentos de la demanda la entidad mercantil "C.G.Q., S.L.", la entidad mercantil "G., S.L.", la entidad mercantil "C.R.G., S.L.", la Confederación Gallega de Minusválidos y don S.C.E.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgador de instancia estima la demanda, declarando nulo el despido del trabajador demandante don R.P.C., y en consecuencia condeno a la entidad mercantil "C., S.L." a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a razón del salario diario de 50,48 euros diarios, absolviendo a las restantes codemandadas "C.G.Q., S.L.", la entidad mercantil GAREBOL S.L., "C.R.G., S.L." y la Confederación Gallega de Minusválidos y don S.C.E., de todos los pedimentos de la demanda.

Frente a esta resolución interponen recurso ambas partes, construyéndose el del trabajador-accionante a través de dos motivos de suplicación, pretendiendo en el primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas solicitando en definitiva la condena de todas las empresas demandadas por la existencia de grupo e empresarial.

Y articulando el de la empresa demandada, también en base a dos motivos, correc-

tamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la LPL, pretendiendo en primer lugar la revisión fáctica y censurando jurídicamente el pronunciamiento que impugna, postulando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestime la demanda planteada.

Recurren actora y demandadas contra sentencia que declaró nulo el despido del primero, en definitiva, instando las partes la declaración de existencia de grupo empresarial con declaración de responsabilidad de las codemandadas y calificación de nulidad de la resolución impugnada y subsidiariamente se revoque la sentencia y se declare el cese conforme a derecho y entre a resolver la procedencia o improcedencia, manteniendo la absolución del resto de las codemandadas, respectivamente.

SEGUNDO.- La parte actora-recurrente interpone recurso de suplicación en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la LPL, pretendiendo en le primero la revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

La primera cuestión a resolver en el presente recurso, por la incidencia que su solución puede tener sobre el devenir del mismo, versa por tanto sobre la admisión o no de los documentos aportados por la parte recurrente en la fase del recurso, y que si bien no dio lugar a la tramitación del breve incidente establecido en el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, es lo cierto que la parte recurrente solicita la admisión de los documentos en el propio escrito de formalización de recurso, y como de éste se dio traslado a la parte actora para impugnación, la cual pudo haber formulado las alegaciones que estimó pertinentes al respecto, por lo que se estima cumplido el trámite citado anteriormente.

Es conforme a la naturaleza excepcional del recurso de casación –y del de suplicación-, que, en esta fase del recurso, no se admita la introducción de hechos nuevos –distintos de los alegados y debatidos en la instancia–, ni, tampoco, la proposición de ningún medio probatorio. Consecuentemente a este predicado, el artículo 231 LPL –enclavado dentro «de las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación»–, preceptúa que «la Sala no admitirá a las partes documento alguno, ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos». Ahora bien, como excepción a este principio de carácter general –y sin duda, como concesión al «ius litigatoris»– seguidamente el precepto señala la salvedad referida a «algún documento de los comprendidos en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o escrito que contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental».

En el supuesto, que ahora se examina, la parte recurrente ha presentado, en el escrito de formalización del recurso, unos documentos. Habrá de examinarse, pues, el carácter de los documentos aportados y si los mismos pueden incluirse en las excepciones del artículo 506 LECiv y, posteriormente, caso afirmativo, su valoración y posterior incidencia sobre la resolución del recurso.

Pues bien, respecto de ello cabe decir que, dichos documentos no deben ser admitidos, pues aun siendo de fecha posterior es obvio que va referido a hechos anteriores, por ello no puede incluirse en los documentos a que alude el artículo 506 de la LECiv (hoy 270 de la LEC) al no reunir los requisitos al efecto, por ello no encuentra debido encaje para su admisión en el artículo 506.3º LECiv, relativo a los documentos «que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación expresada en el párrafo segundo del artículo 504».Y ello ya que, como se ha dicho, sin perjuicio de su fecha, los hechos que contiene era posible obtenerlos con anterioridad al juicio. Siendo además irrelevantes, al no acreditan en principio la concurrencia de responsabilidad solidaria, siendo obvio que no cabe equiparar grupo empresarial a responsabilidad solidaria del grupo.

El trabajador recurrente, en el primer motivo del recurso, pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto pretende las siguientes revisiones: 1.- En primer lugar pretende la Modificación del HDP 5 y que se sustituya su texto por otro con el siguiente tenor: "El demandante suscribió un contrato de trabajo con la entidad mercantil "C.G.Q., S.L." el día 21.11.00 con la categoría profesional de técnico de gestión, al amparo del Real decreto 1.368/1985, de 15 de julio, sin que prestara sus servicios en dicha empresa, pues en ese periodo estuvo realizando un curso de formación."

2.- En segundo lugar pretende la Modificación del HDP 6 y que se sustituya su texto con otro con el siguiente tenor:" El

demandante inicio su prestación de servicios, por cuenta de la entidad mercantil "C., S.L." "en fecha 8 de febrero del 2002, en virtud de suscripción de contrato de trabajo indefinido con categoría profesional de técnico, al amparo de lo establecido en el real decreto 1.368/1985, de 17 de julio. En las hojas de salarios suscritas por la empresa en todos los meses en que estuvo en activo se le reconoce una antigüedad de 21 de noviembre del 2000."

3.- En tercer lugar pretende adicionar al HDP 10 una nueva frase en la que se recoja que "… el capital social era de 500.000 pesetas…".

4.- En ultimo lugar se pretende adicionar un nueva frase en el HDP 16 que diga: "…. le han subido el sueldo pero ha de irse R..."

Que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia sólo impugnable cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos. Naturalmente, el éxito de este motivo por obvias razones de economía procesal, queda condicionado a lo trascendente de la rectificación, eliminación o adición pretendida, de manera que, aun evidenciando el error, no debe prosperar el motivo si no hubiera de incidir en el signo del pronunciamiento.

Que respecto a la modificación interesada en primer lugar y que tiene su apoyatura a procesal en testifical e interrogatorio de partes practicada en el acto del juicio, la misma estima la sala que no puede prosperar al no basarse en prueba documental o pericial, sino en testifica e interrogatorio de partes, manifiestamente inhábil para la revisión.

En cuanto a la modificación interesada en segundo lugar y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 107 al 112 y 119 al 122 de los autos, la misma estima la sala que no puede prosperar al apoyarse en documentos que ya han sido valorados por la juzgadora de instancia, y al no acreditarse que la misma haya incurrido en error en la valoración de los mismos sin que se a licito sustituir la valoración objetiva e imparcial del juzgador por la subjetiva e interesada del recurrente.

En cuanto a las adiciones interesadas en tercer y último lugar, la misma estima la sala que no han de prosperar, al carecer de trascendencia y no incidir en el signo del pronunciamiento.

La parte recurrente en el segundo motivo del recurso denuncia infracciones jurídicas, concretamente infracción del artículo 51 de la LPL, en relación con el artículo 42 y 43 del ETT. Alegando en síntesis que si bien la sentencia que se recurre condena únicamente a la empresa "C., S.L.", la ultima en la que trabajo el actor, absolviendo al resto de los codemandados, por entender que no existe responsabilidad solidaria, lo cierto es que estima que en presente caso las empresas codemandas si bien tiene actividades distintas bajo la dirección de la confederación gallega de minusválidos todas tiene un fondo común que es la integración social de los minusválidos con la nacimiento de centro especiales regulados por ley, que el actor estuvo trabajando para todas las empresas, y que en definitiva deben responder solidariamente todas las empresas del grupo empresarial dirigido por la confederación y las cuatro empresas demandadas en la que trabajo el actor.

El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia. Así ya se afirmó que «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (Sentencias de 30 de enero [RJ 1990\233], 9 de mayo de 1990 [RJ 1990\3983] y 30 de junio de 1993 [RJ 1993\4939]). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1993, «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son». La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. de 6 de mayo de 1981 [RJ 1981\2103] y 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6973]). 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de

las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1985 [RJ 1985\1270] y 7 de diciembre de 1987 [RJ 1987\8851]). 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6094], 3 de marzo de 1987 [RJ 1987\1321], 8 de junio de 1988 [RJ 1988\5251], 12 de julio de 1988 [RJ 1988\5809] y 1 de julio de 1989 [RJ 1989\5421]). 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8583] y 30 de junio de 1993). Y todo ello teniendo en cuenta 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 (RCL 1980\607) (SS. de 26 de noviembre de 1990 [RJ 1990\8605] y 30 de junio de 1993 que, expresamente, la invoca)».

En el caso de autos, como acertadamente razona la juzgadora de instancia, estima que si bien es cierto que entre la mercantil "C., S.L." y aquellas otras respecto de las cuales el trabajador pretende extender, solidariamente la responsabilidad de esta ultima, existen evidentes coincidencias, tales como domicilio social, la participación societaria de la confederación galena de minusválidos, el nombramiento del administrador de la entidad Galega de Economía Social SL, e incluso el objeto social, cual es la integración de minusválidos a través de realización de tareas relacionadas con el comercio al por mayor confección, textil, servicios informáticos, video, televisión etc., si bien cada una de las empresas codemandadas pertenecen a sectores diferenciados, y la identidad de socios, todo lo cual induce a pensar en la existencia de grupo empresarial, sin embargo no consta acreditada la concurrencia de elementos adicionales, que harían factible la extensión de responsabilidad, pues no consta acreditada la existencia de confusión de plantillas, ni trasvase de trabajadores, constando únicamente la existencia de contratado s de trabajo, diferentes suscritos por el trabajador con las diferentes empresas demandadas, con categorías profesionales distintas y extinguido s todos ellos en su momento con el correspondiente finiquito y seguidos de nuevas contrataciones, no acreditándose interferencias de las citadas empresas en su conjunto en la prestación de servicios por parte del actor, ni tampoco que sus retribuciones fueran abonadas indistintamente por una otra mercantil, ni consta acreditada la existencia de confusión de patrimonios, sin datos económicos sobre la existencia de una caja única con la consiguiente apariencia externa, ni consta acreditada la utilización abusiva o fraudulenta de personalidad jurídica independiente de cada una de las mercantiles codemandadas ni en definitiva los elementos adicionales que la jurisprudencia exige para extender la responsabilidad por las deudas contraídas por la mercantil "C., S.L." con el trabajador demandante a todas y cada una de las empresas codemandadas, por todo lo cual no cabe derivar una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por "C., S.L." con el actor a las restantes empresas. Por lo que no apreciándose las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo, procede la desestimación del recurso interpuesto por la parte actora.

TERCERO.- La empresa "C., S.L.", interpone recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia en base a tres motivos, correctamente amparados en los apartados a) b) y c) del artículo 191 de la LPL, pretendiendo en el primero la nulidad de la sentencia, y que se repongan los autos al momento inmediatamente anterior a cometerse la infracción y se dicte nueva sentencia satisfaciendo el derecho a la tutela judicial efectiva ; pretendiendo en el segundo revisiones fácticas y denunciando en el ultimo infracciones jurídicas,

La empresa recurrente en el primer motivo del recurso, amparado en el apartado a) del artículo 191 de la LPL, solicita la reposición de los autos al momento anterior a dictar sentencia, por infracción de los artículos 80.1c) y d), art. 97.2 de la LPL, en relación con el artículo 399.3 de la LEC, así como los artículos 209, regla 4º, 216 y 218.1 de la LEC a artículo 24.1 y 2 de la CE por incongruencia extra petita con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión. alegando que el actor en su demanda se limito a solicitar de forma genérica y rutinaria en el suplico, la nulidad o en u caso la improcedencia del despido, pero sin que en el relato fáctico ni jurídico de dicho escrito se haga la mas mínima alegación que ponga en tela de juicio la validez de la comunicación del cese que en su día le entrego a empresa por adolecer de un

vicio de nulidad por ausencia del requisito del artículo 53.4 del ETT, que en el debate del acto del juicio, la supuesta nulidad de la decisión extintiva por defecto de forma en la comunicación de cese no fue objeto de controversia y ante esa in concreción la juzgadora debió advertir al demandante de que subsanara el defecto y al haber estimado la demanda en base a esa defectuosa solicitud de nulidad les coloca estiman en una situación de indefensión proscrita por el artículo 24 de la CE por lo que estima que estamos ante una incongruencia extra petita.

Dado que el tenor literal del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 es prácticamente igual al derogado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, nada impide reproducir la inveterada doctrina mantenida por esta Sala sobre la incongruencia.

Como recordaron las sentencias de esta Sala de 19 de junio, 24 de octubre, 5 (AS 1995\4.605) y 30 de diciembre de 1995, 10 de enero de 1996, 14 de febrero y 20 de junio de 1996; 7 de enero, 2 y 18 de marzo, 20 de noviembre de 1997 (AS 1997\3.959); 13 de enero (dos), 17 de febrero de 1998 (AS 1998\187), 13 de junio de 2000 (AS 2000\2.642) y 3 de abril de 2001 –glosando la doctrina del Tribunal Supremo– «Sobre los Tribunales pesa el deber de que, al dictar sus sentencias, éstas sean claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate», deber que les viene impuesto por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación subsidiaria a la Ley de Procedimiento Laboral en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional Primera, número 1, de esta última. La claridad significa la posibilidad de que su contenido sea comprendido sin dificultad; la precisión implica que se decidan de forma inequívoca las cuestiones controvertidas, utilizando para ello las expresiones adecuadas. Y «por congruencia ha de entenderse –como enseña el Tribunal Supremo en sentencias de 11 de febrero de 1981 (RJ 1981\672), con cita de las de 30 de marzo de 1970 (RJ 1970\1.258) y 7 de abril de 1979 (RJ 1979\1.651); de 16 de octubre de 1981 (RJ 1981\3.986); 1 de julio (RJ 1982\5.328) y 23 de octubre de 1982 (RJ 1982\6.234), y 15 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6.218)–, la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión que constituye el objeto del pleito; se presenta o aparece como una relación de conformidad entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia, como es lógica, puesto que se trata de un requisito de la misma, y el otro término de comparación es el constituido por la demanda y las demás pretensiones deducidas oportunamente en la litis; pero de la sentencia solamente ha de tomarse en consideración su parte dispositiva o fallo, lo que quiere decir que una sentencia no es incongruente si su fallo se conforma con lo postulado por las partes, aunque no lo haga en su fundamentación. Y por correlación entre pretensión y fallo se entiende la adecuación entre una y otro, por lo que la congruencia exige lo siguiente: a) que el fallo no contenga más de lo pretendido por las partes, y se falta en este requisito, incurriendo en "incongruencia positiva", cuando la parte dispositiva de la sentencia concede o niega lo que por nadie se ha pedido; b) que el fallo no contenga menos de lo pretendido por las partes, incurriendo en "incongruencia negativa u omisiva" cuando omite la decisión sobre alguna o algunas de las pretensiones, y c) que el fallo no contenga nada distinto de lo pretendido, y se falta a este requisito, incurriendo en "incongruencia mixta", cuando la parte dispositiva de la sentencia sustituye alguna de las pretensiones formuladas por las partes por otra que no ha sido formulada».

Así las cosas, ninguna duda cabe de que por la Juez «a quo» no se ha incurrido en el vicio de incongruencia extra petita, pues la suplica de la demanda se formula en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada, la cual consiste en que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad y en su caso la improcedencia del despido.

En el segundo motivo del recurso, pretende la recurrente, la revisión de los hechos declarados probados y en concreto pretende dos supresiones de dos afirmaciones contendidas en el 2ª del fundamento jurídico primero (pagina 5 de la sentencia) y al principio del primer párrafo del fundamento jurídico segundo 8 pagina 8 de la sentencia) en base a la existencia de una manifiesto error judicial.

La Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995\1.144, 1.563) en el art. 191 recoge los tres motivos del recurso, aludiendo el apartado b) a revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. La doctrina jurisprudencial ela-

borada en torno a este motivo se puede resumir sistematizándola –como hace la STSJ Andalucía/Málaga de 07.04.00 (AS 2000\1.644)–, por un lado, sobre las declaraciones atinentes al hecho probado objeto de revisión; por otro, sobre las declaraciones referentes a la forma en que dicha revisión debe llevarse a cabo. En relación con el hecho probado se exigen como requisitos: a) La concreción exacta del que haya de ser objeto de revisión; b) La provisión del sentido en que ha de ser revisado, es decir, si hay que adicionar, suprimir o modificar algo. En cualquier caso, y por principio se requiere que la revisión tenga trascendencia o relevancia para provocar la alteración del fallo de la sentencia; y c) La manifestación clara de la redacción que debe darse al hecho probado, cuando el sentido de la revisión no sea la de su supresión total. Por lo que se refiere a la forma de instrumentalizar la revisión: a) Se limitan doblemente los medios que pongan en evidencia el error del juzgador; por una parte, porque de los diversos medios probatorios existentes únicamente puede acudirse a la prueba documental, sea ésta privada –siempre que tenga carácter indubitado– o pública, y a la prueba pericial; por otra, porque tales medios de prueba, como corresponde a un recurso extraordinario, sólo pueden obtenerse de los que obran en autos o se hayan aportado conforme al art. 231 LPL; b) No basta con que la revisión se base en un documento o pericia, sino que es necesario señalar específicamente el documento objeto de la pretendida revisión; c) El error ha de evidenciarse esencialmente del documento alegado en el que se demuestre su existencia, sin necesidad de que el recurrente realice conjeturas, hipótesis o razonamientos; por ello mismo se impide la inclusión de afirmaciones, valoraciones o juicios críticos sobre la prueba practicada. Esto significa que el error ha de ser evidente, evidencia que ha de destacarse por sí misma, superando la valoración conjunta de las pruebas practicadas que haya podido realizar el juzgador «a quo» y d) No pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso.

Que la parte recurrente intenta suprimir las afirmaciones realizadas por el juzgador de instancia, contenidas en los fundamentos de derecho, en los términos que concreta, y es claro que los fundamentos de derecho son razonamientos jurídicos y no hechos declarados probados, y además la revisión ha de basarse como se ha dicho en pruebas documentales o periciales, sin que se haga referencia a las mismas en el citado motivo del recurso, lo cual obviamente conduce a la desestimación de este motivo del recurso.

La empresa recurrente en el ultimo motivo del recurso denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 53.1ª9 y 53.4 del ETT, del artículo 122.1 y 2 a 9 de la LPL y de la jurisprudencia. alegando en sintáis que la carta entregada en su día al demandante, contiene la referencia a las causa de extinción (económicas por perdidas durante varios ejercicios y organizativas) y si bien no se hace referencia al importe de las perdidas o disminución progresiva de la clientela y de ventas tal situación no era ajena al actor por las funciones de gerencia que desarrollaba, de todo lo cual se concluye la inexistencia de indefensión para el actor, y por ello la carta de cese cumple todos los requisitos formales que marca el art. 53 del ETT y por ello la sentencia debió entrar en el fondo declarando la procedencia del cese en base a las pruebas practicadas.

Como se expone en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 31 de enero del año 2000 (AS 2000\100):

«En relación con los requisitos formales de la extinción existen dos cuyo incumplimiento provoca la declaración de nulidad del despido y que son la comunicación escrita al trabajador expresando la causa y la puesta a su disposición, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades, excepto en el caso de que la extinción sea por causas económicas si el empresario hace constar en la carta la imposibilidad de hacerlo.

Los Tribunales vienen siendo especialmente exigentes en el control del requisito de la comunicación escrita, porque entienden que a diferencia de lo que ocurre en el despido disciplinario, por el que el trabajador tiene, aunque sea vagamente, una idea de lo que se le imputa, en el despido objetivo lo que legitima la decisión del empresario es una causa que puede ser completamente desconocida para el trabajador.

Debe, por lo tanto, exigirse que la carta contenga elementos suficientes para que el trabajador pueda organizar su defensa».

Expone, por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 20 de octubre de 1999 (AS 1999\3.485):

En relación con los requisitos formales de la comunicación escrita en estos casos la Sala ha venido indicando que (por todas Sentencia de 13 de mayo de 1998 [AS 1998\5.607]) «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 que hacer, 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 pudiera atravesar la empresa».

En el caso que nos ocupa, la empresa ha comunicado por escrito la extinción al actor, y dicha comunicación, como acertadamente razona la juez de instancia, no cumple los requisitos exigidos, pues se limita a alegar una modificación del sistema de producción y una situación de perdidas económicas, pero sin concretar el montante total de las citadas perdidas alegadas, la evolución de las mismas a lo largo de los últimos años, si dicha situación es permanente o se prevé su recuperación, en que consiste la modificación del sistema de producción alegado etc., en definitiva falta en la carta dato concreto que permita al trabajador afectado conocer realmente la situación negativa de la empresa y la necesidad de ello conlleva de amortizar su puesto de trabajo, por todo lo cual e se estima acertada la declaración de nulidad del despido, en base al artículo 53 del ETT, por todo lo cual y no apreciándose que la sentencia haya incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, procede la desestimación del recurso interpuesto por la empresa.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos por el demandante don R.P.C. y el codemandado "C., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Pontevedra, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil cuatro, dictada en autos núm. 303/04 seguidos a instancia de don R.P.C. contra "C., S.L.", "C.G.Q., S.L.", "G., S.L.", "C.R.G., S.L.", la Confederación Gallega de Minusválidos y don S.C.E. sobre despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

4027 **Recurso nº 4.068/04**

S.S. NULIDADE DE SENTENZA. INCONGRUENCIA. NULIDADE DO PREAVISO SEN PRONUNCIAMENTO RELATIVO Á NULIDADE DAS ACTUACIÓNS POSTERIORES.

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

A Coruña, a veintiocho de diciembre de dos mil cuatro

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. 4.068/04, interpuesto por "A.V., S.L." 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 "A.V., S.L." en reclamación de Otros Extremos, siendo demandado

C.I.G., U.G.T. y CC.OO., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 367/04 sentencia con fecha 10.06.04, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- En fecha 2 de abril de 2004, el Sindicato CIG presentan en la oficina de registro electoral preaviso para la celebración de elecciones en la empresa "A.V., S.L.", centro de trabajo "C.", Coruña, registrado el día 6. En dicho escrito se hace constar que el número de trabajadores es de 12, previéndose la elección para el mes de mayo. Con fecha 23 de abril el mismo sindicato subsana el preaviso señalado, indicando que dado que la empresa tiene dos centros de trabajo, uno el ya reseñado, y otro en la Estación de Autobuses de La Coruña, con un total de 12 de trabajadores, con lo que la elección a celebrar se refiere ambos centros. SEGUNDO.- Estas se celebran el día 10 de mayo de 2004, resultando elegido un representante de la CIG, siendo la única candidatura presentada. TERCERO.- En el centro de trabajo "C." la empresa únicamente tiene dos trabajadores fijos, y el resto en la otra empresa. CUARTO.- La empresa actora impugna el primer preaviso ante la Oficina Pública de Elecciones Sindicales, dictándose Laudo Arbitral en fecha 23 de abril de 2004, declarando la incompetencia del órgano arbitral, al entender que la impugnación de los preavisos electorales es materia a dirimir directamente ante los órganos de la jurisdicción social, no siendo materia electoral propiamente dicha a efectos procesales. QUINTO.- 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 "A.V., S.L.", declarando la nulidad del preaviso electoral número 96/04 presentado el día 2 de abril de 2004, pero sin hacer pronunciamiento alguno sobre los efectos en las elecciones celebradas el día 10 de mayo de 2004, al tratarse de proceso con ámbito electoral distinto, condenando a las demandadas, CONFEDERACION ITNERSINDICAL GALEGA (CIGA), U.G.T. y CC.OO., a estar y pasar por la presente declaración."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda formulada por "A.V., S.L.", declaró la nulidad del preaviso electoral nº 96/04, presentado el día 2 de abril de 2004, pero sin hacer pronunciamiento alguno sobre los efectos en las elecciones celebradas el día 10 de mayo de 2004, al tratarse de proceso con ámbito electoral distinto, condenando a las demandadas CIG, UGT y CCOO, a estar y pasar por tal declaración y frente a dicha resolución se alza en suplicación la parte actora articulando su recurso en atención a tres motivos, en el primero de los cuales insta la nulidad de las actuaciones, al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral; en el segundo, con apoyo en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la revisión de los hechos probados y en el tercero, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende el examen de la normativa, denunciando diversas infracciones, para solicitar, en el suplico del recurso, que se dicte sentencia por la que se anule la misma, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que se produjo la infracción procedimental a que se refiere el hecho primero del recurso o, en otro caso, se estime íntegramente la demanda y se declare la nulidad del preaviso electoral nº 96/04, presentado por el sindicato CIG para la celebración de elecciones en el centro de trabajo de "C.", de la empresa "A.V., S.L.", así como la de cuantas actuaciones dimanen de dicho preaviso, entre ellas la elección celebrada el día 10 de mayo de 2004, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a su efectivo acatamiento.

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso, solicita la empresa recurrente la nulidad de lo actuado, al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, entendiendo infringidos los artículos 216 y 218 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, relativos a los principios de congruencia y justicia rogada, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, regulador del derecho a la tutela judicial efectiva proscribiendo la indefensión.

Arguye que el Juzgador de instancia, tras declarar la nulidad del preaviso, no se pronuncia acerca de la nulidad de las actuaciones posteriores que, a juicio de la parte recurrente, dimanan del mismo, por lo que,

asevera, la sentencia no es congruente con lo alegado en tiempo procesal oportuno por dicha parte actora, al no dar respuesta a una de sus pretensiones, por lo que la empresa recurrente solicita la nulidad de actuaciones.

Así las cosas, la Sala entiende concurrente causa de nulidad determinante de la retroacción de lo actuado, y es que la sentencia de instancia, después de pronunciarse, de modo expreso e inconcuso, en relación con la nulidad del preaviso que denomina inicial, aseverando que es lo único que se impugna en la demanda, añade que "la declaración de nulidad que ahora se realiza no puede afectar más que al proceso electoral que en su caso hubiere surgido de dicho preaviso, por lo que no afecta a la elección celebrada que nace del preaviso, incluso con ámbito distinto, presentado el 23 de abril, puesto que el posible defecto que se denuncia fue subsanado", llevando a cabo una suerte de ficción tendente a considerar que las elecciones para Delegados de Personal celebradas el día 10 de mayo de 2004, en las que resultó elegido un representante de la CIG, única candidatura presentada, dimanaron de un nuevo preaviso, lo que no se compadece, en modo alguno, con lo que se deriva de lo actuado pues, como se desprende de un análisis complementario e integrador de los elementos de prueba de autos, la documentación relativa a la referida elección pone de relieve que el preaviso fue, en todo momento, el que responde a la numeración 96/04, sin que se hubiese promovido nuevo preaviso sino que, el sindicato promotor, entendiendo que la simple mención de la existencia de otro centro de trabajo de la empresa con un total de 12 trabajadores era suficiente para obviar y subsanar las irregularidades o defectos de que adoleciese el preaviso, siguió adelante en el proceso electoral sin presentar uno nuevo y ni siquiera modificó las fechas previstas para la celebración de la misma, por lo que, la resolución del Juez de instancia al resolver declarando la nulidad del preaviso número 96/04, sin pronunciarse acerca de las consecuencias derivadas del mismo, esto es de "cuantas actuaciones dimanen de dicho preaviso" como solicita la demandante, deviene afecta de incongruencia omisiva, pues no puede colegirse otra cosa de la aseveración contenida en el fundamento jurídico único "in fine" al señalar que "todas las alegaciones sobre la validez o no de la acumulación de centros no son tenidas en cuenta dado que afectan a proceso distinto", y como quiera que el principio de congruencia exige que el órgano jurisdiccional resuelva todas las cuestiones planteadas y debatidas en el proceso - Sentencias, entre otras, del Tribunal Constitucional 3/89, de 18 de enero; 125/89, de 12 de julio; 171/93, de 27 de mayo -de tal manera que, cuando se omite la decisión sobre el objeto procesal delimitado por la pretensión y la oposición a ella, se incurre en denegación de la tutela judicial efectiva por incongruencia, la Sala, apreciando la infracción de las normas reguladoras de la sentencia - artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral- considera procedente anular la resolución recurrida, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la conclusión del acto del juicio, a fin de que por el Juzgador de instancia se dicte nueva sentencia resolviendo todos los puntos litigiosos que han sido planteados por las partes.

Fallamos

Declaramos la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Ciudad, con fecha 10.06.04, en los presentes autos nº 367/04, sobre nulidad de preaviso electoral, seguidos a instancia de "A.V., S.L." frente a CIG, UGT y CCOO y, en consecuencia, reponemos las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la conclusión del acto de juicio, a fin de que por el Magistrado de instancia se dicte nueva sentencia resolviendo todos los puntos litigiosos que han sido planteados por las partes.

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

XURISPRUDENCIA SOBRE SEGURIDADE SOCIAL DO TRIBUNAL DE XUSTICIA DAS COMUNIDADES EUROPEAS

- Comentarios
- Comentarios ás Sentenzas
- Selección de Sentenzas

REVISTA GALEGA DE SOCIAL

COMENTARIOS

XURISPRUDENCIA DE SEGURIDADE SOCIAL DA UNIÓN EUROPEA

No segundo semestre do ano 2004 producíronse pronunciamentos do Tribunal de Xustiza que incorporan criterios ás veces novedosos, que haberá que ter en conta na interpretación dos Regulamentos de coordinación. Quizais os asuntos prantexados non senten unha doutrina con alto valor estratéxico, quizais coa excepción do primeiro que se vai comentar, pero resolven aspectos dubidosos atinxentes a varias prestacións dos sistemas públicos de Seguridade Social.

A primeira sentenza que hai que comentar está datada o 8 de xullo 2004, asuntos acumulados C-501/01 e C-31/02, **Gaumain Cerri e María Barth**. Ten un interese indubidábel, xa que se afronta ás prestacións de dependencia, neste caso as recoñecidas pola República Federal de Alemaña. No primeiro caso, se trataba dunha prestación consistente na asunción das cotizacións do seguro de vellez de dúas persoas que se adicaban gratuitamente ao coidado da súa filla dependente, que deixou de pagar a entidade competente polo dobre motivo de que a dita actividade non se desenvolvía con carácter profesional e de que os coidadores non residían en territorio alemán, senón que eran traballadores fronteirizos que residían en Francia e traballaban a tempo parcial en Alemaña. No segundo, se trataba dunha muller que, con carácter non profesional, coidaba a un home dependente en Alemaña, sucedento que residía en Bélxica. Como contraprestación recibía, ademais dunha cantidade ao redor de 400 euros, o pagamento das cotizacións do seguro de vellez igualmente das outras dúas persoas. Tamén neste caso a entidade alemana interrompeu o referido pagamento.

A doutrina que senta a sentenza parte, en primeiro termo, de entender que as prestacións do seguro de dependencia merecen a consideración de prestacións de enfermidade, como xa se adiantara no anterior asunto *Molenaar* (C-160/96). O tema ten moito interese, porque implica que as prestacións que se artellen para afrontar a dita continxencia se van considerar incluídas no ámbito de aplicación do Regulamento comunitario, á marxe da cualificación concreta que lles recoñeza cada Estado membro. E, en segundo, xa que se aplica a normativa de coordinación, non cabe que se lle denegue a prestación ao coidador da persoa dependente baixo o argumento de que non reside no Estado que recoñece e financia as correspondentes prestacións.

Un segundo pronunciamento que convén anotar é o que resolve o asunto C-341/03, **Comisión e República Helénica,** sentenza do 7 outubro 2004. Non se refire á normativa de coordinación, senón á Directiva 98/49/CE, do Consello, do 29 xuño 1998, relativa á salvagarda dos dereitos a pensión complementaria dos traballadores por conta allea e por conta propia que se desprazan no interior da Comunidade. Trátase, neste caso, de declarar o incumprimento da República grega da obriga de traspoñer a citada norma derivada, coa correspondente condena en costas. Non ten este caso maior interese práctico que salientar a vixencia da dita Directiva, que afronta o nivel complementario da Seguridade Social desde a perspectiva do mantemento e consolidación dos dereitos adquiridos e dos dereitos en vías de adquisición.

Unha curiosa cuestión prexudicial prantexouse no asunto C-193/03, **Robert Bosch**, sentenza do 14 outubro. Outra vez volve ao coñecemento da Corte o recorrente tema dos últimos anos das prestacións de asistencia sanitaria e, máis en concreto, do reembolso de gastos. Sometíase a axuizamento a admisibilidade dunha práctica que consistía, para o suposto de asistencia sanitarias inferiores a certas contías *-in casum,* 200 marcos alemáns-, no reintegro da totalidade dos gastos médicos omitindo o sistema previsto no art. 34 do Regulamento 574/1972, que é o precepto que regula os requisitos e o procedemento do reembolso para os casos en que non se lle dispensa á persoa beneficiaria a prestación en especie de xeito gratuíto en orixe. A Corte entendeu que, en canto este sistema tiña unhas consecuencia polo menos non desfavorables en relación coa aplicación do referido precepto, non vulnera a normativa comunitaria. Á marxe da súa potencialidade práctica para casos de sistemas mutualísticos substitutivos baseados na técnica do reintegro, a sentenza lembra unha vez máis como paseniñamente se expande a práctica de requirir e obter a prestación en especie noutro Estado membro, xa se trate de circunstancias acaecidas cando o interesado se despraza ou mesmo de casos nos que o desprazamento se produce coa finalidade directa de se someter a tratamento médico. Desde logo, a consideración desta materia no ámbito da libre prestación de servizos, en doutrina que parte das sentenzas do 28 abril 1998, asunto C-158/1996, *Kohll* e asunto 120/1995, *Dekker*, desencadeou unha enxurrada de pronunciamentos que aínda non rematou e que tende a poñer en confrontación unha visión ampla do dito dereito fundamental comunitario coa sostenibilidade dos sistemas nacionais de Seguridade Social.

E finalmente hai que anotar o asunto C-372/02, **Adánez Vega**, sentenza do 11 novembro 2004, referida a un nacional español que traballara na República Alemana e que, logo de prestar o servizo militar no Reino de España, volveu a Alemaña e solicitou a prestación por desemprego. Prantéxase en primeiro termo un problema de lei aplicábel, porque, logo do tempo de servizo militar, se deixou de rexer pola lexislación española, sen que se sometera a outra por mor dunha actividade profesional. Xa que logo, se lle aplica a lexislación do Estado de residencia que, no caso, era a alemana, en cumprimento do art. 13.2 f) do Regulamento 1.408/1971 e da doutrina xudicial sentada no asunto C-275/96, Kuusijärvi. Concluíndose polo tanto en que había que estar ás normas de desemprego deste ordenamento xurídico. Sen que se poda considerar emprego a realización do servizo militar en España para que se estivese ao art. 71.1 b) do Regulamento 1.408/1971, segundo o que nestes casos as prestacións por paro forzoso as percibiría de acordo co disposto na lexislación do Estado do último emprego. Dito isto, e canto ao cómputo do período de servizo militar para causar o calcular a prestación por desemprego alemana, o Tribunal parte de que o problema da totalización de cotizacións é independente do da lei aplicábel. Aos efectos do Regulamento de coordinación, o termo "traballador" abran-

gue a toda persoa asegurada, de xeito que cómpre verificar se durante o servizo militar o interesado estivo asegurado. Se así foi, e non hai cotizacións en Alemaña logo do servizo en España, este período quedaría en todo caso excluído de totalización por mor da excepción prevista no art. 67.3 do reiterado Regulamento.

Trátase, en fin, dun complexo suposto fáctico no que os feitos determinan unha doutrina moi concreta, pero que pon de relevo outra vez os particulares problemas que amosa a prestación de desemprego tanto para identificar a lei aplicábel canto para establecer con seguridade os períodos de seguro que deben tomarse en consideración.

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social

Universidade de Vigo

REVISTA GALEGA DE

COMENTARIOS ÁS SENTENZAS

TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. VULNERACION DO DEREITO DE FOLGA NA DESIGNACION DE SERVIZOS MINIMOS. OBRIGAS DOS TRABALLADORES QUE NON SECUNDAN A FOLGA

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 20 de xullo do 2004)

Normas aplicadas:

Art. 28 C.E.

Arts. 6 e 10 D.L.R.T.

Desestímase o recurso de suplicación e a demanda de tutela de dereitos fundamentais na que se pretendía que se declarara a violación do dereito de folga do sindicato demandante.

A Sala aplica neste pronunciamento a doutrina xudicial ben decantada referida á distribución da carga da proba e conclúe que non hai indicios dabondo como para que a empresa teña que acreditar o móbil da súa actuación alleo á vulneración do dereito de folga. Desde a perspectiva probatoria, pouco habería que engadir. Porén, a demanda prantexa cuestións de interese que merecen unha breve consideración. Dunha parte, hai que aludir á carga documental que a empregadora lle impón aos traballadores que non secundan a folga e aos que son designados como servizo mínimo. O Tribunal non aprecia vulneración nesta esixencia, e desde logo non a pode haber en relación cos traballadores que non exercen o seu dereito fundamental. Canto aos designados para a salvagarda dos servizos esenciais, tampouco require unha alongada argumentación se se ten en

conta que as referidas cargas documentais teñen o interese correspondente a unha axeitada xestión laboral en relación con descontamentos de salarios, control de baixas médicas e outros aspectos relativos á documentación de incidencias.

Doutra parte hai que comentar a argumentación da demandante de que a elección das persoas para servizos mínimos foi abusiva porque recaeu desproporcionadamente en facultativos afiliados á organización sindical convocante. Que non foi así se acredita, segundo o Tribunal, tendo en conta que a parte empresarial probou non ter coñecemento do dato filiativo das persoas pertencentes ao referido sindicato. Sen prexuízo de que, in casum, así fora, se suscita unha discusión nun dos temas máis delicados referentes ao denominado "complemento técnico" da empresa posterior á fixación de servizos mínimos: o da posíbel elección discriminatoria ou contraria a dereitos fundamentais das persoas designadas para os mesmos. É un lugar común dicir que os maiores problemas na determinación destes servizos están transitando da xurisdición contencioso-administrativa á social e eis un dos máis evidentes. Mágoa que, neste caso, e quizais polos feitos concorrentes, a Sala non tivese que afinar a súa argumentación ao respecto. Pero de seguro que haberá moitas ocasións en adiante.

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade de Vigo

AUDIENCIA AO DEMANDADO REBELDE. DOUTRINA XERAL E EVOLUCION XUDICIAL. RELACION CO INCIDENTE DE NULIDADE DE ACTUACIONS

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 17 de setembro do 2004)

Normas aplicadas:

Art. 240 LOPJ

Art. 501 LAC

Art. 183 LPL

Rexéitase a audiencia ao demandando rebelde porque non procede á vista das circunstancias fácticas concorrentes, tendo en conta que non se interpuxera incidente de nulidade de actuacións.

Nesta sentenza, de indubidábel interese polo resumo de doutrina xudicial que incorpora e da evolución da mesma, se enuncia a actual xurisprudencia relativa aos límites entre a audiencia ao demandado rebelde e o incidente de nulidade. O suposto fáctico consistía nun procedemento laboral no que a empresa demandada e executada fora en ámbolos dous casos citada por editos. Notificado á empresa polo Boletín Oficial da Provincia o auto de extinción do contrato ditado ao amparo do art. 279 LPL, interpón escrito manifestando non ter recibido coñecemento das actuacións xudiciais ao que segue providencia xudicial téndoa por comparecida e notificándolle a sentenza de despedimento improcedente e o auto referido. A empresa interpón recurso de suplicación, ao que o maxistrado xuíz actuante entende por auto que non hai lugar. Seguidamente, a empresa presenta demanda diante do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza de acordo co art. 183 LPL instando audiencia do demandado rebelde.

Desde logo, o suposto prantexado non se axusta a ningún dos casos previstos no art. 501 da LAC, ao que remite o dito art. 183 da lei rituaria laboral. Porén, hai que ter en conta unha corrente flexibilizadora auspiciada polo TC e máis polo TS coa finalidade de non lle causar indefensión a persoas físicas ou xurídicas en situacións próximas ás contidas no texto procesual civil. Dita corrente xermolou nuns anos nos que non existía o incidente de nulidade de actuacións, derrogado pola reforma do proceso civil sucedida no ano 1984 (Lei 34/1984, do 6 de agosto). Pero o rexurdimento deste proceso, coa Lei Orgánica 5/1997, do 4 de decembro, de modificación da LOPX, necesariamente debe ter repercusión na corrente flexibilizadora anterior. E así é, sucedendo que a nova doutrina xurisprudencial, da que esta sentenza anotada se fai eco, retorna a unha concepción máis restritiva da demanda de audiencia ao demandado rebelde e máis obediente á redacción da norma procesual.

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade de Vigo

EXCEDENCIA VOLUNTARIA. DEREITO PREFERENTE DE REINGRESO NAS VACANTES DE IGUAL OU SIMILAR CATEGORÍA.

(A propósito da STSX de Galicia, Sala do Social, de 19 de novembro de 2004)

Tópicos xurídicos:

EXCEDENCIA. Supostos.

EXCEDENCIA VOLUNTARIA. Criterios xerais. Doutrina xeral. Efectos.

SUSPENSIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO. Doutrina xeral. Dereito de reserva do posto de traballo. Supostos.

Normas aplicadas:

Arts. 45, 46.2 e 5) E.T.

Resumo: Análise do contido do dereito preferente de reingreso nunha vacante de iguais ou similares características ao posto deixado polo traballador excedente, ¿vacante de igual categoría ou para o desempeño de iguais funcións?

1. Como se sabe, o artigo 46 do Estatuto dos Traballadores, que regula as excedencia forzosas e voluntarias dos traballadores, dispón respecto desta segunda modalidade de que: "o traballador con polo menos unha antigüidade na empresa dun ano, ten dereito a que se lle recoñeza a posibilidade de situarse en excedencia voluntaria por un prazo non menor a dous anos e non superior a cinco". Esta dicción reprodúcese pola normativa específica do sector das Caixas de Aforros (artigo 62 do convenio vixente no 2001/2002, e artigo 57 do convenio para os anos 2003/2006), que tan só varía o prazo mínimo, reducíndoo a seis meses, sen modificar o tempo de servizos do persoal que o solicita nin o prazo máximo de cinco anos. Maila todo, a excedencia que se analiza no presente caso non cumpre o anteriormente disposto, o que resulta xustificado en tanto estas disposicións operan como "mínimos" susceptíbeis de mellora polo mutuo acordo de ambas partes.

No presente suposto, o traballador, que ingresara na Caixa de Aforros Provincial de Pontevedra o 26 de maio de 1997 como xestor de empresas coa categoría profesional de titulado superior B, interesou a 29 de setembro do mesmo ano unha excedencia voluntaria por dous anos –que lle foi concedida- a fin de dedicarse aos negocios familiares.

2. Nembargante, a cuestión litixiosa non se prantexa a este respecto, senón que xurde en relación co "dereito preferente de reingreso nunha vacante de iguais ou similares características ás súas que se producise na entidade", que conserva o empregado excedente (artigo 46 ET; 62 e 57 dos Convenios das Caixas de Aforros de 2001/2002 e 2003/2006 respectivamente).

Xa que logo, a cuestión litixiosa proxéctase á determinación da existencia ou inexistencia de vacante de iguais ou similares características ás do recorrente cando solicitou a excedencia, o que esixe a previa determinación de que se entende como tal: se ben a vacante de igual categoría ou pola contra, a vacante para o desempeño das mesmas funcións.

3. A estes efectos, resulta primordial o proceso de fusión ao que se viu sometida a inicial entidade contratante –Caixa de Aforros Provincial de Pontevedra-, que tras fusionarse con outras Caixas de Aforros veciñas –Caixa de Aforros de Vigo e Ourense-, en data 28 de xuño de 1999, que formou unha nova mercantil: Caixanova. Este proceso orixinou unha reestruturación de cadro de persoal, unha reasignación de funcións e categorías, así como a anulación do posto do traballo concreto que ocupaba o actor.

O traballador excedente da Caixa de Aforros de Pontevedra, solicitou o seu reingreso en Caixanova o 20 de novembro do 2000. Tras unha primeira resposta da entidade comunicándolle a inexistencia de vacantes de "igual ou similar categoría" -11/12/00-, o actor volve a solicitar o seu reingreso en novembro de 2001, manifestando a súa disposición ao desempeño de postos de inferior categoría. Nese mesmo ano, a Caixa ofértalle a posibilidade de reintegrarse como xefe de sexta –categoría equivalente a titulado superior B- cun posto de xestor de empresas nunha nova oficina aberta en Córdoba. O agora demandante, residente en Vigo –e cuxo traballo na entidade se desenvolvera nesta cidade-, rexeitou a oferta.

Os feitos probados da sentenza, buscan probar a efectiva existencia de vacantes tanto de igual categoría como de igual función. A estes efectos, relaciónanse tanto as baixas definitivas levadas a cabo na entidade dende 1999 –de traballadores con "igual ou similar categoría profesional", como as novas contratacións realizadas entre 2001 e 2003 –para persoas con igual ou similar categoría profesional-, sen esquecer as convocatorias internas de concurso –no 2001 e 2003- para a provisión de prazas vacantes para o desempeño da mesma función que o actor desenvolvera no seu momento: xestor de empresas.

4. Analizado pois, o proceso de solicitude, parece claro que dúas cuestións se determinan cruciais:

- ¿Considérase a vacante nun centro de traballo que esixe o cambio de residencia do actor, unha "vacante de iguais ou similares características"?

- Dado que a función de xestor de empresas desempeñada polo actor con categoría de titulado superior B, pasou a realizarse por persoas con categoría igual ou inferior a oficial de primeira, ¿qué se considera por "vacante de iguais ou similares características"?

A primeira pregunta atopa contestación positiva na xurisprudencia, que –dado que o convenio de referencia nada di ao respecto- entende efectivamente satisfeito o contido do artigo 46 ET cando a empresa ofrece vacantes en localidades diferentes daquelas en que desempeñaba as súas tarefas o excedente voluntario nun momento anterior.

Nembargante, a resposta á segunda cuestión depende do convenio colectivo aplicable ao caso concreto. No presente caso, se ben o artigo 60 do Convenio Colectivo de Caixas de Aforros do 2001/2002 se refire ao reingreso "en vacante de igual ou similar categoría", o artigo 57 do Convenio vixente entre 2003 e 2006 fala do reingreso "en funcións iguais ou similares".

Así as cousas, o primeiro é determinar cal é convenio colectivo aplicable, e posteriormente, determinar se existe unha vacante de acordo co esixido por este. Tendo en conta as datas en que o traballador solicitou a súa reincorporación laboral, a norma aplicable ao seu reingreso é o convenio vixente nos anos 2001 e 2002, de modo que, a discutida reincorporación se proxecta á existencia ou non de vacante de Titulado Superior B, con total independencia das tarefas desenvolvidas.

Consecuentemente, a proba da existencia efectiva de praza vacante de igual categoría á do actor -aínda que con diferentes funcións-, é causa suficiente para determinar o seu dereito ao reingreso así como á satisfacción dunha indemnización polos danos e prexuízos ocasionados pola súa tardía incorporación.

MÍRIAM TRILLO OJEA

Área de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da Universidade de Vigo.

ACORDO COS REPRESENTANTES DOS TRABALLADORES EN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPREGO. NULIDADE. FRAUDE DE LEI E ABUSO DE DEREITO. GRUPO EMPRESARIAL (A propósito da STSJ de Galicia, Sala do Social, do 12 de novembro de 2004)

Tópicos xurídicos:

GRUPO DE EMPRESAS. Requisitos xurisprudenciais. Responsabilidade solidaria: teoría do levantamento do veo.

FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Responsabilidade directa. Determinación do número de traballadores. Grupo de empresas.

DESPEDIMENTO COLECTIVO. Acordo cos representantes dos traballadores. Nulidade. Fraude de lei e abuso de dereito. Grupo empresarial.

Normas aplicadas:

Arts. 33.8, 51 e 52.c) E.T.

Arts. 6.4, 7.2 e 1.269 Código Civil

Confírmase a sentenza de instancia. A sentenza de suplicación reafirma a existencia de grupo de empresas por concorrer os requisitos xurisprudenciais para iso. En consecuencia, ratifica a nulidade do acordo cos representantes legais dos traballadores recaído en expediente de regulación de emprego por existencia de fraude e abuso de dereito na súa conclusión. Estima viciado o consentimento prestado no devandito acordo polos

traballadores para a extinción dos seus contratos por descoñecemento destes e ocultación da empresa da situación económica real desta e da existencia de grupo de empresas.

Dos feitos declarados probados dedúcese que a empresa HANAFESA en xuño de 2003 solicitou a declaración de expediente de suspensión de pagamentos e procedeu á extinción dos contratos da totalidade do seu equipo. Para iso, entregou cartas de despedimento obxectivo a seis traballadores e, con escasos días de diferenza, instou expediente de regulación de emprego para que a autoridade laboral autorizase a extinción dos contratos da totalidade do seu equipo, que quedara reducida a vinte e un traballadores -menos de vinte e cinco-, coas conseguintes repercusións que iso supón no pagamento das indemnizacións para o Fondo de Garantía Salarial. Previa ou simultaneamente, a empresa dispersara a outra parte importante do seu equipo en dúas empresas afíns, como se constata do informe sobre a vida laboral do equipo dos traballadores e a evolución de altas e baixas sen solución de continuidade no equipo das tres empresas implicadas, emitido pola Tesouraría Xeral da Seguridade Social. Estas dúas empresas estaban participadas por HANAFESA e as tres tiñan unha dirección única e un conxunto de accionistas maioritariamente común. Ademais, algúns traballadores prestaban servizos indistintamente para as tres empresas, que tamén compartían talleres e tiñan clientes comúns.

Na tramitación do ERE, tras o preceptivo período de consultas, as partes chegan ao acordo de aceptar as extincións contractuais con data trinta de xuño. Contra este acordo, os seis traballadores que foran obxecto de despedimento obxectivo presentaron escrito ante a autoridade laboral alegando indicios de fraude de lei e posible abuso de dereito e solicitando a súa remisión á autoridade xudicial para a posible declaración de nulidade. A autoridade laboral, recibidos o informe da Inspección de Traballo e o escrito de alegacións da empresa, aprecia que pode existir fraude ou abuso de dereito na conclusión do acordo e remíteo, con suspensión do prazo para ditar a resolución, á autoridade xudicial.

O delegado sindical non se chegou a incluír no expediente de regulación de emprego por causar baixa voluntaria ao pasar a unha empresa afín. Ademais, despois da remisión á autoridade xudicial do acordo para os efectos da súa posible declaración de nulidade, a empresa comunica á autoridade laboral que, dos vinte traballadores incluídos no ERE, dez traballadores solicitaran baixa voluntaria na empresa tras concertar contratos de traballo con outras mercantís.

O xuíz do social aprecia fraude de lei e abuso de dereito na conclusión do acordo colectivo e declara a súa nulidade. Contra a sentenza interpoñen recurso de suplicación as empresas codemandadas. As tres codemandadas interesan a revisión dalgúns dos feitos declarados probados. Tal alteración desestímase sobre a base da natureza extraordinaria do recurso de suplicación e o principio de inmediación do proceso laboral, que atribúe a competencia valorativa da proba ao Maxistrado a quo que coñeza directamente do asunto, debendo limitarse o Tribunal ad quem a efectuar un mero control da legalidade da sentenza e revisar as súas conclusións de feito só excepcionalmente, ante un erro manifesto do Xuíz de instancia.

Xa en sede xurídica substantiva, discútese en primeiro termo sobre a existencia de grupo de empresas entre as codemandadas e as conseguintes responsabilidades. O Tribunal recorda a aplicación na orde social da doutrina xurisprudencial do levantamento do veo da personalidade xurídica para a busca do empresario real, así como a comunicación de responsabilidades entre as empresas do grupo se concorren algúns dos requisitos

xerais -confusión de equipos, confusión de patrimonios ou caixa única e dirección unitaria ou aparencia externa de unidade empresarial-, e considera esta doutrina considera plenamente aplicable ao suposto axuizado, no que concorren varios deses requisitos.

En segundo lugar, o Tribunal nin sequera entra a deliberar, por falta do substrato probatorio esencial, se a reiteración na contratación de traballadores con contratos de obra e servizo á finalización da obra é fraudulenta ou se a causa da temporalidade é certa. A empresa solicita esa comprobación para os efectos de computar ou non, no momento en que se procede ao despedimento obxectivo dos seis traballadores coadxuvantes coa autoridade laboral, como traballadores da empresa aos traballadores con contratos temporais extinguidos. En definitiva, pretende que a determinar se, no devandito momento, a empresa tiña ou non que acudir ao expediente de regulación de emprego para a extinción dos contratos. O Xulgador estima que, segundo se deduce do relato fáctico, falta unha identificación expresa de cada traballador, con proba da súa vinculación contractual temporal á empresa, así como da certeza da causa de temporalidade extintiva da súa relación laboral.

En terceiro termo, o Tribunal rexeita a responsabilidade directa do Fondo de Garantía Salarial ex art. 33.8 ET no abono do 40% das indemnizacións que correspondan por despedimentos por causa económica, solicitada pola empresa demandada por tratarse dunha empresa con menos de vinte e cinco traballadores e en suspensión de pagamentos. Argumenta a Sala que do relato dos feitos se deduce que a redución dos traballadores en equipo]>, ata alcanzar un número inferior a vinte e cinco, se produce por despedimentos e, especialmente, por baixas pactadas, mediante o transvasamento de traballadores ás outras dúas empresas do grupo. De aí conclúe que o equipo de referencia a computar, para os efectos de determinar a responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial, debe ser o equipo total de citado grupo que, no seu conxunto, supera sobradamente os vinte e cinco traballadores.

Por último, confirma o Tribunal a existencia dunha dobre fraude de lei na tramitación do expediente de regulación de emprego. Por unha parte, a redución artificial do equipo para endosar ao Fondo de Garantía Salarial a responsabilidade directa do 40% das indemnizacións. E, por outra parte, o transvasamento de traballadores pola empresa ás outras dúas empresas do grupo codemandadas, ocultándolles a existencia do grupo, así como os resultados económicos do exercicio inmediatamente anterior. A sentenza declara viciado o consentimento prestado polos traballadores no expediente de regulación de emprego para a extinción dos seus contratos polas causas económicas que alega a empresa, polo seu descoñecemento da capacidade económica real da empresa e do grupo. Os traballadores descoñecen, ao prestar o seu consentimento á extinción contractual colectiva, a propia realidade das perdas económicas que se invocan para sustentar tal extinción, o que, á súa vez, orixina un claro abuso do dereito en prexuízo dos traballadores.

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

Prof[a]. Titular EU de Dereito do Traballo e da Seguridade Social

da Universidade de Vigo.

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

SELECCIÓN DE SENTENZAS

Sentenza do Tribunal de Xustiza do 11 de novembro de 2004

«Regulamento (CEE) nº 1.408/71 - Determinación da lexislación aplicable - Prestacións por desemprego - Requisitos de totalización dos períodos de seguro ou de emprego - Medida nacional que non computa un período de servizo militar obrigatorio realizado noutro Estado membro»

No asunto C-372/02,

que ten por obxecto unha petición de decisión prexudicial formulada, conforme ao artigo 234 CE,

polo Bundessozialgericht (Alemaña), mediante resolución do 15 de agosto de 2002, recibida no Tribunal de Xustiza o 16 de outubro de 2002, no procedemento entre

Roberto Adanez-Veiga

e

Bundesanstalt für Arbeit,

O Tribunal de Xustiza,

integrado polo Sr. P. Jann (Relator), Presidente de Sala, e os Sres. A. Rosas e S. von Bahr, Xuíces;

Avogado Xeral: Sr. F.G. Jacobs;

Secretario: Sr. R. Grass;

consideradas as observacións escritas presentadas: en nome do Sr. Adanez-Vega, polo Sr. J. López Lerma; en nome do Goberno alemán, polo Sr. M. Lumma, en calidade de axente; en nome do Goberno portugués, polos Sres. L.I. Fernandes e S. dá Nóbrega Pizarro, en calidade de axentes; en nome da Comisión das Comunidades Europeas, pola Sra. H. Michard e o Sr. H. Kreppel, en calidade de axentes;

oídas as conclusións do Avogado Xeral, presentadas en audiencia pública o 25 de marzo de 2004;

dita a seguinte

SENTENZA

1. A petición de decisión prexudicial ten por obxecto a interpretación dos artigos 3, 13, apartado 2, 67 e 71 do Regulamento (CEE) nº 1.408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias, que se desprazan dentro da Comunidade, actualizado mediante o Regulamento (CEE) nº 2.001/83 do Consello, do 2 de xuño de 1983 (DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53), na súa versión modificada polo Regulamento (CEE) nº 2.195/91 do Consello, do 25 de xuño de 1991 (DO L 206, p. 2; a partir deste momento, «Regulamento nº 1.408/71»).

2. A devandita petición inscríbese no marco dun litixio entre o Sr. Adanez-Vega e o Bundesanstalt für Arbeit (Oficina Federal de Emprego; a partir deste momento, «Bundesanstalt»), relativo á negativa deste a concederlle unha prestación ou subsidio por desemprego.

Marco xurídico

Normativa comunitaria

Definicións

3. Segundo o artigo 1, letra s), do Regulamento nº 1.408/71, «as expresións períodos de emprego ou períodos de actividade por conta propia designan os períodos definidos ou admitidos como tales pola lexislación baixo a cal fosen cubertos, así como todos os períodos asimilados na medida en que sexan recoñecidos por esta lexislación como equivalentes aos períodos de emprego ou aos períodos de actividade por conta propia».

Normas de conflito de leis

4. O artigo 13 do Regulamento nº 1.408/71 establece:

«1. [...] as persoas ás cales sexa aplicable o presente Regulamento só estarán sometidas á lexislación dun único Estado membro. Esta lexislación será determinada conforme ás disposicións do presente Título.

2. Sen prexuízo das disposicións dos artigos 14 ao 17:

a) A persoa que exerza unha actividade por conta allea no territorio dun Estado membro estará sometida á lexislación deste Estado, mesmo cando resida no territorio doutro Estado membro ou aínda que a empresa ou o empresario que a ocupa teña a súa sede ou o seu domicilio no territorio doutro Estado membro;

[…]

e) a persoa chamada ou volta a chamar ao servizo militar ou ao servizo civil dun Estado membro, estará sometida á lexislación dese Estado. […];

f) a persoa á que deixe de serlle aplicable a lexislación dun Estado membro, sen que por iso pase a aplicárselle a lexislación doutro Estado membro de conformidade cunha das regras enunciadas nas letras anteriores ou cunha das excepcións ou normas especiais establecidas nos artigos 14 a 17, quedará sometida á lexislación do Estado membro no territorio da cal resida, de conformidade coas disposicións desta lexislación unicamente «.

5. O artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71 puntualiza que o traballador por conta allea en paro total que non sexa fronteirizo, «[...] que residise, mentres ocupaba o seu último emprego, no territorio dun Estado membro distinto do Estado competente [...] e que se poña a disposición dos servizos de emprego no territorio do Estado membro onde resida, ou que regrese ao devandito territorio, gozará das prestacións conforme ao disposto na lexislación dese Estado […]; estas prestacións serán aboadas e sufragadas pola institución do lugar de residencia [...]».

Normas substantivas

6. O artigo 3, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71 establece que «as persoas que residan no territorio dun dos Estados membros e ás cales sexan aplicables as disposicións do presente Regulamento, estarán suxeitas ás obrigas e poderán acollerse ao beneficio da lexislación de todo Estado membro nas mesmas condicións que os nacionais deste, sen prexuízo das disposicións particulares contidas no presente Regulamento».

7. Polo que se refire ás prestacións por desemprego, o artigo 67, apartados 1 e 3, do Regulamento nº 1.408/71, titulado «Totalización dos períodos de seguro ou de emprego», establece:

«1. A institución competente dun Estado membro a lexislación do cal subordine a adquisición, a conservación ou a recuperación do dereito ás prestacións, ao requisito de cubrir determinados períodos de seguro, computará, na medida necesaria, os períodos de seguro ou de emprego cubertos como traballadores por conta allea baixo a lexislación de calquera outro Estado membro, coma se se tratase de períodos de seguro cubertos baixo a lexislación aplicada por ela, a condición, non obstante, de que os períodos de emprego fosen considerados como períodos de seguro no suposto de ser cubertos baixo a devandita lexislación.

[...]

3. Salvo nos casos a que se refire o inciso II) da letra a) e o inciso II) da letra b) do apartado 1 do artigo 71, a aplicación do previsto nos apartados 1 e 2 queda subordinada ao requisito de que o interesado cubrira en último lugar:

- cando se trate do apartado 1, períodos de seguro,

- cando se trate do apartado 2, períodos de emprego,

conforme ao disposto na lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas as prestacións.»

Normativa nacional

8. O artigo 100, apartado 1, da Arbeitsförderungsgesetz (Lei alemá de fomento do emprego), na súa versión vixente en 1996, dispón que unha persoa ten dereito á prestación por desemprego, en particular, se cumpriu o período de carencia. O artigo 104 da devandita Lei establece que o período de carencia se cumpriu cando unha persoa ocupe un emprego suxeito á obriga de cotización durante 360 días ao longo dun período de referencia de tres anos. Este período de referencia é inmediatamente anterior ao primeiro día de desemprego no que se cumpran os restantes requisitos para ter dereito á prestación por desemprego.

9. En virtude do artigo 134 da Arbeitsförderungsgesetz, concederase, con carácter subsidiario, un subsidio de desemprego aos desempregados que teñan dificultades económicas e que reúnan os demais requisitos establecidos no artigo 100 da devandita Lei, entendéndose que só han de xustificar, en lugar dunha carencia de 360 días, un período de emprego suxeito á obriga de cotización de polo menos 150 días dentro dun período de referencia inferior a un ano.

10. Segundo o artigo 107 da Arbeitsförderungsgesetz, os períodos de cumprimento do servizo militar deben considerarse como períodos de emprego suxeitos á obriga de cotización.

Litixio principal e cuestións prexudiciais

11. O Sr. Adanez-Veiga ten a nacionalidade española e, dende o seu nacemento en 1974, tivo permanentemente a súa residencia principal declarada en Alemaña.

12. Del 1 de setembro de 1991 ao 4 de decembro de 1992, cursou un programa de formación en España que estaba suxeita á seguridade social (en particular, ao seguro de desemprego). Posteriormente, do 3 ao 31 de agosto de 1994 e do 3 de novembro de 1994 ao 20 de abril de 1995, ocupou en Alemaña un emprego tamén suxeito á seguridade social (en particular, ao seguro de desemprego). O 21 de abril de 1995, o Sr. Adanez-Vega trasladouse a España, onde realizou o seu servizo militar obrigatorio do 18 de maio de 1995 ao 15 de febreiro de 1996. Ao rematar o seu servizo militar, volveu a Alemaña.

13. AO seu regreso a Alemaña, o Sr. Adanez-Vega rexistrouse o 25 de abril de 1996 como desempregado no Bundesanstalt, onde solicitou unha prestación por desemprego. O 30 de maio de 1996, atopou un novo emprego.

14. O Bundesanstalt, mediante resolución do 31 de maio de 1996, denegoulle a prestación por desemprego en relación co período comprendido entre o 25 de abril e o 29 de maio de 1996 debido a que non se cumpría o período de carencia previsto nos artigos 104 e 134 da Arbeitsförderunsgesetz para ter dereito ás prestacións por desemprego (prestación por desemprego ou subsidio por desemprego). En efecto, dado que, segundo o Bundesanstalt, non había que computar o período de servizo militar realizado en España, o Sr. Adanez-Vega non cumpría

o requisito do período de carencia de 360 días ao longo dun período de referencia de tres anos, recollido no artigo 104 da Arbeitsförderunsgesetz, nin o do período de carencia de 150 días ao longo dun período de referencia dun ano, considerado no artigo 134 desa mesma Lei.

15. A reclamación do Sr. Adanez-Vega contra a devandita resolución foi desestimada polo Bundesanstalt, mediante resolución do 16 de xullo de 1996. O recurso contra esta resolución que interpuxo o Sr. Adanez-Vega ante o Sozialgericht Hannover (Alemaña) foi estimado mediante sentenza do 26 de febreiro de 1998. A apelación do Bundesanstalt ante o Landessozialgericht Niedersachsen (Alemaña) foi desestimada mediante sentenza do 23 de outubro de 2001. O Bundesanstalt interpuxo entón un recurso de casación ante o Bundessozialgericht.

16. Nestas circunstancias, o Bundessozialgericht decidiu suspender o procedemento e formular ao Tribunal de Xustiza as cuestións prexudiciais seguintes:

«1) Unha persoa que, máis de dous meses despois de concluído o seu servizo militar obrigatorio cumprido en España, solicita prestacións do seguro de desemprego alemán, ¿está suxeita

a) á lexislación española conforme ao disposto no artigo 13, apartado 2, letra e), do Regulamento nº 1.408/71 [...] ou

b) á lexislación alemá conforme ao disposto no artigo 13, apartado 2, letra f), do Regulamento nº 1.408/71?

2) En caso de resposta afirmativa á primeira cuestión, letra a):

a) ¿Constitúe o servizo militar obrigatorio cumprido en España o "último emprego, no territorio dun Estado membro distinto" no sentido do artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71?

b) En caso de resposta afirmativa á segunda cuestión, letra a):

¿A deriva tamén da primeira frase do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71 a norma segundo a cal o último emprego ocupado no territorio dun Estado membro distinto debe considerarse, para os efectos das prestacións aos desempregados, coma se fose ocupado no Estado de residencia, sen que sexa necesario examinar se se cumpren os requisitos do artigo 67 do Regulamento nº 1.408/71?

c) En caso de resposta negativa á segunda cuestión, letra b):

¿Cáles son os requisitos para que un período de cumprimento do servizo militar obrigatorio que, conforme á lexislación nacional (española), non constitúe un período de seguro para os efectos do seguro de desemprego nin un período asimilado a este, sexa considerado, conforme ao artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71, como un período de emprego cuberto como traballador por conta allea baixo a lexislación doutro Estado membro?

3) En caso de resposta afirmativa á primeira cuestión, letra b):

a) Unha persoa que concluíu o seu último período de seguro en Alemaña máis dun ano antes e que, posteriormente, realizou o seu servizo militar obrigatorio de nove meses de duración en España, ¿cumpriu "en último lugar" períodos de seguro baixo a lexislación alemá no sentido do artigo 67, apartado 3, do Regulamento nº 1.408/71?

b) En caso de resposta afirmativa á terceira cuestión, letra a):

¿Cáles son os requisitos para que un período de cumprimento do servizo militar obrigatorio que, conforme á lexis-

lación nacional (española), non constitúe un período de seguro para os efectos do seguro de desemprego nin un período asimilado a este, sexa considerado, conforme ao artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71, como un período de emprego cuberto como traballador por conta allea baixo a lexislación doutro Estado membro? [Correspóndese coa segunda cuestión, letra c).]

c) En caso de que o artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71 non lle sexa aplicable ao demandante [terceira cuestión, letras a) e b)]:

I) ¿Constitúe o servizo militar obrigatorio cumprido en España o "último emprego, no territorio dun Estado membro distinto" no sentido do artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71? [Correspóndese coa segunda cuestión, letra a).]

II) En caso de resposta afirmativa á terceira cuestión, letra c), inciso I):

¿A deriva tamén da primeira frase do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71 a norma segundo a cal o último emprego ocupado no territorio dun Estado membro distinto debe considerarse, para os efectos das prestacións aos desempregados, coma se fose ocupado no Estado de residencia, sen que sexa necesario examinar se se cumpren os requisitos do artigo 67 do Regulamento nº 1.408/71? [Correspóndese coa segunda cuestión, letra b).]

4) Na medida en que nin conforme ao artigo 71 nin conforme ao artigo 67 do Regulamento nº 1.408/71 deba computarse o período de cumprimento do servizo militar obrigatorio en España para os efectos do dereito do demandante a prestacións do seguro de desemprego alemán, ¿despréndese o devandito dereito do principio de igualdade de trato establecido no artigo 3 do Regulamento nº 1.408/71 ou doutras disposicións xerais do Dereito comunitario?»

Cuestións prexudiciais

Sobre a primeira cuestión: a determinación da lexislación aplicable (artigos 13 e 71 do Regulamento nº 1.408/71)

17. Mediante a súa primeira cuestión, o órgano xurisdicional remitente pregunta, en esencia, se, conforme aos artigos 13 e 71 do Regulamento nº 1.408/71, a lexislación aplicable a unha persoa que reside nun Estado membro e está desempregado nel tras realizar o seu servizo militar obrigatorio noutro Estado membro é a lexislación do Estado membro de residencia ou a do Estado membro onde realizou o seu servizo militar.

18. En primeiro lugar, é preciso sinalar que, conforme a reiterada xurisprudencia, as disposicións do Regulamento nº 1.408/71 que determinan a lexislación aplicable forman un sistema de normas de conflito o carácter completo do cal subtrae aos lexisladores nacionais a competencia para determinar o ámbito e os requisitos para aplicar as súas lexislacións nacionais na materia, respecto das persoas suxeitas a ela e do territorio en que as disposicións nacionais producen efectos (véxanse, neste sentido, en particular, as sentenzas do 12 de xuño de 1986, Ten Holder, 302/84, Rec. p. 1821, apartado 21, e do 10 de xullo de 1986, Luijten, 60/85, Rec. p. 2365, apartado 14).

19. Para estes efectos, o Regulamento nº 1.408/71 establece, no seu título II, normas que determinan a «lexislación aplicable». En determinados ámbitos, ditas normas xerais de conexión están, non obstante, suxeitas a excepcións (véxase, neste sentido, a sentenza do 29 de xuño de 1988, Rebmann, 58/87, Rec. p. 3467, apartado 13). Del sistema do

Regulamento nº 1.408/71 despréndese que a aplicación de tales normas particulares de conexión esixe non obstante determinar, previamente, a lexislación aplicable conforme ao disposto no título II do devandito Regulamento.

20. Polo tanto, procede determinar, en primeiro lugar, cál é a lexislación aplicable en virtude das normas xerais de conexión do título II do Regulamento nº 1.408/71. En segundo lugar, ha de comprobarse se as normas particulares de conexión do devandito Regulamento prevén ou non a aplicación doutra lexislación.

Normas xerais de conexión (artigo 13 do Regulamento nº 1.408/71)

21. É preciso recordar que, segundo o artigo 13, apartado 2, letra e), do Regulamento nº 1.408/71, a persoa chamada ao servizo militar estará sometida á lexislación dese Estado.

22. Do anterior derívase, no litixio principal, que o Sr. Adanez-Vega estivo suxeito á lexislación española durante o cumprimento do seu servizo militar en España. Non obstante, dita lexislación deixou de ser aplicable ao finalizar o seu servizo militar.

23. Del artigo 13, apartado 2, letra f), do Regulamento nº 1.408/71 despréndese que a persoa á que deixe de serlle aplicable a lexislación dun Estado membro, sen que por iso pase a aplicárselle a lexislación doutro Estado membro conforme ao disposto nos artigos 13, apartado 2, letras a) a d), ou 14 a 17 dese mesmo Regulamento, quedará sometida á lexislación do Estado membro no territorio da cal resida.

24. Conforme á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, o artigo 13, apartado 2, letra f), do Regulamento nº 1.408/71 é aplicable tanto ás persoas que cesaran definitivamente de exercer toda actividade profesional coma ás que unicamente cesaran temporalmente de exercer a súa actividade profesional (sentenza do 11 de xuño de 1998, Kuusijärvi, C-275/96, Rec. p. I-3419, apartados 39 e 40).

25. Deste modo, conforme ás normas xerais de competencia do título II do Regulamento nº 1.408/71, a lexislación aplicable, en principio, ás persoas desempregadas é, polo tanto, a do Estado membro de residencia.

26. Polo que se refire ao asunto principal, dedúcese do anterior que unha persoa que, como o Sr. Adanez-Vega, reside nun Estado membro onde está desempregado tras realizar o seu servizo militar obrigatorio noutro Estado membro, está suxeita, en virtude do artigo 13, apartado 2, letra f), do Regulamento nº 1.408/71, á lexislación do Estado membro de residencia. Polo tanto, conforme ás normas xerais de conexión do título II do Regulamento nº 1.408/71, procede aplicar a lexislación alemá para determinar se o Sr. Adanez-Vega reúne ou non os requisitos para que exista o dereito a unha prestación por desemprego.

27. Non obstante, aínda é preciso examinar se o artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71, que contén normas particulares relativas á determinación da lexislación aplicable en materia de prestacións por desemprego, pode modificar as anteriores consideracións.

28. En efecto, a aplicabilidade do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71, aínda cando tamén conduce a designar a lexislación do Estado de residencia como lexislación aplicable, do mesmo modo que o artigo 13, apartado 2, letra f), do referido Regulamento, presenta un interese particular, respecto ao asunto principal, na medida en que resulta relevante para a interpretación do artigo 67, aparta-

do 3, do mesmo Regulamento en materia de totalización dos períodos de seguro ou de emprego.

Normas particulares de conexión (artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71)

29. O artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71 refírese ao suposto dos traballadores por conta allea en situación de desemprego que residisen, mentres ocupaban o seu último emprego, nun Estado membro distinto do Estado membro competente nese momento.

30. A teor do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do devandito Regulamento, un traballador por conta allea, que non sexa fronteirizo, que se ache en paro total e que se poña a disposición dos servizos de emprego no territorio do Estado membro onde resida, ou que regrese ao devandito territorio, gozará das prestacións conforme ao disposto na lexislación dese Estado, coma se ocupase alí o seu último emprego.

31. Polo tanto, a determinación da lexislación do Estado de residencia como lexislación aplicable en virtude do artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71 esixe que, mentres ocupaba o seu último emprego, o interesado residise nun Estado membro distinto do Estado membro competente nese momento.

32. Polo tanto, con respecto aos feitos do asunto principal, procede comprobar:

- se o servizo militar obrigatorio realizado en España pode considerarse como «emprego» para os efectos do artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71;

- se o Sr. Adanez-Vega «residía» efectivamente en Alemaña durante este mesmo período, e se

- o Reino de España era o «Estado competente» para os efectos dese mesmo artigo, durante o cumprimento do servizo militar obrigatorio.

33. Polo que se refire ao primeiro dos devanditos requisitos, é preciso recordar que o concepto de «emprego» non se define no Regulamento nº 1.408/71. Non obstante, posto que dito Regulamento non é unha medida comunitaria de harmonización dos sistemas nacionais de seguridade social, senón un acto dirixido a coordinar os devanditos sistemas, da súa formulación e da súa sistemática despréndese que o concepto de «emprego», para os efectos do artigo 71, apartado 1, ha de interpretarse recorrendo á definición dada pola lexislación nacional en materia de seguridade social. Polo tanto, un «emprego» para os efectos do artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71 é un emprego que se considera como tal para a aplicación da lexislación de seguridade social do Estado membro no que se exerce.

34. Neste contexto, se ben a devandita lexislación nacional facía referencia, para a definición do concepto de «emprego», ás actividades que dan lugar a un período de seguro ou a un período de emprego, para determinar se un servizo militar obrigatorio debe considerarse ou non como «emprego» pode servir de indicación un certificado conforme ao artigo 80 do Regulamento nº 574/72 do Consello, do 21 de marzo de 1972, polo que se establecen as modalidades de aplicación do Regulamento nº 1.408/71, expedido pola institución competente do devandito Estado e onde se especifiquen os períodos de seguro ou de emprego cubertos baixo a referida lexislación.

35. Pois ben, dos autos despréndese que, no asunto principal, a institución española de seguridade social expediu conforme ao artigo 80 do Regulamento nº 574/72, un certificado segundo o

cal o Sr. Adanez-Vega cubrira, en España, un período de seguro ou de emprego comprendido unicamente entre o 1 de decembro de 1991 e o 4 de decembro de 1992, é dicir, fóra do período de servizo militar obrigatorio. Iso pode facer supoñer que non cabe considerar este último período como «emprego» segundo a lexislación española.

36. En efecto, conforme á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, mentres un certificado expedido por unha institución dun Estado membro non sexa revogado ou declarado inválido, a institución competente doutro Estado membro deberá telo en conta. Non obstante, o principio de cooperación leal enunciado no artigo 10 CE esixe ás institucións de seguridade social proceder a unha apreciación correcta dos feitos pertinentes, en particular para aplicar as normas relativas á determinación da lexislación aplicable ou as normas de totalización dos períodos e, polo tanto, garantir a exactitude das mencións que figuran nos certificados. Polo tanto, incúmbelles volver considerar a fundamentación da expedición dos certificados e, no seu caso, retiralos en caso de dúbidas en canto á exactitude dos feitos que constitúen a súa base e, polo tanto, das mencións que nel figuren (véxanse, neste sentido, as sentenzas do 10 de febreiro de 2000, FTS, C-202/97, Rec. p. I-883, apartado 56, e de 30 de marzo de 2000, Banks e outros, C-178/97, Rec. p. I-2005, apartado 43).

37. Polo que respecta ao segundo requisito de aplicación do artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71, de reiterada xurisprudencia despréndese que o lugar de «residencia» dunha persoa se determina polo lugar onde se atopa o centro habitual dos seus intereses. A este respecto, hai que ter en conta a situación familiar do traballador así como os motivos que lle levaron a desprazarse e a natureza do traballo (véxase, en particular, a sentenza do 17 de febreiro de 1977, Di Paolo, 76/76, Rec. p. 315, apartados 17 a 20).

38. Por último, en canto ao terceiro requisito de aplicación do artigo 71, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71, do apartado 22 da presente sentenza derívase que a lexislación española era a aplicable durante o período do servizo militar de conformidade co artigo 13, apartado 2, letra e), do devandito Regulamento.

39. No asunto principal, corresponde ao órgano xurisdicional remitente determinar se o Sr. Adanez-Vega reúne ou non os requisitos de aplicación do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71.

40. Se o Sr. Adanez-Vega reunise os requisitos de aplicación do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71, a lexislación que lle resultaría aplicable sería así mesmo, en virtude da devandita disposición, a lexislación do Estado membro de residencia, a saber, a lexislación alemá.

41. Habida conta de todas as consideracións anteriores, procede responder á primeira cuestión que o artigo 13, apartado 2, letra f), do Regulamento nº 1.408/71 debe interpretarse no sentido de que unha persoa que reside nun Estado membro onde está desempregado tras realizar o seu servizo militar obrigatorio noutro Estado membro está suxeita á lexislación do Estado membro de residencia.

O artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71 debe interpretarse no sentido de que constitúe unha disposición particular relativa á determinación da lexislación aplicable en materia de prestacións por desemprego, de modo que, se se reúnen os seus requisitos de aplicación, a lexisla-

ción aplicable é a prevista nesta disposición.

Corresponde ao órgano xurisdicional remitente determinar se se reúnen ou non, no asunto principal, os requisitos de aplicación do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II).

Se se reúnen, no asunto principal, os requisitos de aplicación do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71, a lexislación aplicable a unha persoa que reside nun Estado membro onde está desempregado tras realizar o seu servizo militar obrigatorio noutro Estado membro tamén será, en virtude desta disposición, a lexislación do Estado membro de residencia.

42. Habida conta da resposta dada á primeira cuestión, non procede responder á segunda cuestión.

Sobre a terceira cuestión: a obriga da institución competente de computar os períodos de seguro e os períodos de emprego cubertos baixo a lexislación doutro Estado membro (artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71)

43. Mediante a súa terceira cuestión, o órgano xurisdicional remitente pregunta, en esencia, se, en virtude do artigo 67 do Regulamento nº 1.408/71, para os efectos do exame do dereito ás prestacións por desemprego, unha institución competente está obrigada a computar, no cálculo dos períodos de seguro cubertos, un período de servizo militar obrigatorio realizado noutro Estado membro.

Neste contexto, o órgano xurisdicional remitente pregunta, en primeiro lugar, baixo qué condicións un período de servizo militar obrigatorio realizado noutro Estado membro constitúe un «[período de emprego cuberto] como traballadores por conta allea baixo a lexislación de [ese] outro Estado membro» no sentido do artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71.

En segundo lugar, desexa saber se o requisito de que «o interesado cubrira en último lugar [...] períodos de seguro [...] conforme ao disposto na lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas as prestacións» no sentido do artigo 67, apartado 3, do devandito Regulamento oponse á obriga de totalizar os períodos de emprego no caso en que o interesado concluíra o seu último período de seguro baixo a devandita lexislación máis dun ano antes e posteriormente realizara un servizo militar obrigatorio de nove meses noutro Estado membro.

44. Con carácter preliminar, é preciso sinalar que do sistema e do tenor literal dos artigos 67 e 71 do Regulamento nº 1.408/71 se desprende que a aplicación das normas de totalización do artigo 67 é independente da aplicación das normas relativas á designación da lexislación aplicable contidas no artigo 71 (véxase a sentenza do 12 de maio de 1989, Warmerdam-Steggerda, 388/87, Rec. p. 1203, apartado 18). Iso significa que as normas de totalización recollidas no artigo 67 son aplicables mesmo no suposto de que a lexislación aplicable en materia de prestacións por desemprego fose determinada en virtude das normas do artigo 71. Tal eventualidade contémplase, ademais, no artigo 67, apartado 3, do devandito Regulamento.

Sobre a cualificación como «[período de emprego cuberto] como traballadores por conta allea baixo a lexislación de [...] outro Estado membro» no sentido do artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71

45. A este respecto, do artigo 1, letra s), do Regulamento nº 1.408/71 despréndese que a cualificación dun período de traballo como «período de emprego»

depende da lexislación nacional baixo a cal fose cuberto.

46. Ademais, o concepto de «traballador» utilizado polo Regulamento nº 1.408/71 comprende a todas as persoas que estean aseguradas, aínda que só sexa contra unha continxencia, en virtude dun seguro obrigatorio ou facultativo no marco dun réxime xeral ou particular de seguridade social mencionado na letra a) do artigo 1 do Regulamento nº 1.408/71, e iso con independencia da existencia dunha relación laboral (sentenzas do 12 de maio de 1998, Martínez Sala, C-85/96, Rec. p. I-2691, apartado 36, e Kuusijärvi, antes citada, apartado 21).

47. No asunto principal, o período de servizo militar cumprido polo Sr. Adanez-Vega en España debe ser considerado, polo tanto, como un «[período de emprego cuberto] como [traballador] por conta allea baixo a lexislación de [ese] Estado membro» no sentido do artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71 se, por un lado, está definido ou admitido como tal pola lexislación española ou está asimilado e recoñecido por esta como equivalente a un período de emprego e se, por outro lado, o Sr. Adanez-Vega estivo asegurado no sentido do artigo 1, letra a), do mesmo Regulamento, durante o seu servizo militar. Corresponde ao órgano xurisdicional remitente examinar se concorren os devanditos requisitos.

48. Neste contexto, do artigo 80 do Regulamento nº 574/72 despréndese que, para acollerse ao disposto no artigo 67 do Regulamento nº 1.408/71, o interesado deberá presentar á institución competente un certificado onde se especifiquen os períodos de seguro ou de emprego cubertos como traballador por conta allea baixo a lexislación doutro Estado membro. Non obstante, do apartado 36 da presente sentenza despréndese que tal certificado expedido pola institución competente española non constitúe unha proba irrefutable para a institución competente alemá nin para os tribunais alemáns (véxase, así mesmo, neste sentido, a sentenza do 8 de xullo de 1992, Knoch, C-102/91, Rec. p. I-4341, apartado 54).

Sobre o requisito de que «o interesado cubrira en último lugar [...] períodos de seguro [...] conforme ao disposto na lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas as prestacións» no sentido do artigo 67, apartado 3, do Regulamento nº 1.408/71

49. Con carácter preliminar, é preciso recordar que o requisito previsto no artigo 67, apartado 3, do Regulamento nº 1.408/71 non é aplicable no asunto principal se resulta que o Sr. Adanez-Vega está comprendido no ámbito de aplicación do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), deste.

50. En efecto, o artigo 67, apartado 3, do Regulamento nº 1.408/71 establece que a obriga da institución competente de computar, no cálculo dos períodos de seguro cubertos, os períodos de seguro ou de emprego cubertos como traballador por conta allea baixo a lexislación doutro Estado membro subordínase ao requisito de que «o interesado cubrira en último lugar [...] períodos de seguro [...] conforme ao disposto na lexislación ao amparo do cal sexan solicitadas as prestacións», salvo no caso dos desempregados a que se refire o artigo 71, apartado 1, letra a), inciso II), e letra b), inciso II), do devandito Regulamento, porque residían, mentres ocupaban o seu último emprego, fóra do Estado competente nese momento.

51. Da xurisprudencia despréndese que o requisito de que «o interesado cubrira en último lugar [...] períodos de seguro [...] conforme ao disposto na lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas

as prestacións» diríxese a promover a busca de emprego no Estado membro onde aboou en último lugar as cotizacións do seguro de desemprego e a facer que ese Estado soporte a carga das prestacións por desemprego (véxase, neste sentido, a sentenza do 8 de abril de 1992, Gray, C-62/91, Rec. p. I-2737, apartado 12).

52. En consecuencia, como expón o Avogado Xeral nos puntos 79 e 80 das súas conclusións, un período de seguro debe considerarse cuberto «en último lugar» nun Estado membro se, con independencia do tempo transcorrido entre a terminación do último período de seguro e a solicitude das prestacións, non se cubriu no ínterin ningún outro período de seguro noutro Estado membro.

53. No asunto principal, corresponde ao órgano xurisdicional remitente comprobar se o Sr. Adanez-Vega cubriu períodos de seguro en Alemaña e se non se cubriu no ínterin ningún outro período de seguro noutro Estado membro.

54. Habida conta das consideracións precedentes, é preciso responder á terceira cuestión, en primeiro lugar, que un período de servizo militar obrigatorio noutro Estado membro constitúe un «[período de emprego cuberto] como [traballador] por conta allea baixo a lexislación de [ese] outro Estado membro» no sentido do artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71 cando, por un lado, está definido ou admitido como tal pola lexislación dese outro Estado membro ou está asimilado e recoñecido pola devandita lexislación como equivalente a un período de emprego e, por outro lado, o interesado estivo asegurado no sentido do artigo 1, letra a), do mesmo Regulamento durante o seu servizo militar.

En segundo lugar, o requisito de que «o interesado cubrira en último lugar [...] períodos de seguro [...] conforme ao disposto na lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas as prestacións» no sentido do artigo 67, apartado 3, do Regulamento nº 1.408/71 só oponse á obriga de totalizar períodos de emprego no caso en que se cubrira un período de seguro noutro Estado membro despois do último período de seguro cuberto baixo a lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas as prestacións.

Sobre a cuarta cuestión: o principio de igualdade de trato (artigo 3, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71)

55. Mediante a súa cuarta cuestión, o órgano xurisdicional remitente pregunta, en esencia, se, en circunstancias como as do asunto principal, o artigo 3 de Regulamento nº 1.408/71 se opón a que unha institución competente, para os efectos do exame do dereito ás prestacións por desemprego, non compute, no cálculo dos períodos de seguro cubertos, un período de servizo militar obrigatorio realizado noutro Estado membro.

56. A este respecto, é preciso sinalar que o artigo 3 do Regulamento nº 1.408/71 só se aplica «sen prexuízo das disposicións particulares contidas en [dito] Reglamento.

57. Polas razóns indicadas polo Avogado Xeral nos puntos 94 e 97 das súas conclusións, non cabe aplicar o artigo 3 do Regulamento nº 1.408/71 no asunto principal porque o devandito Regulamento contén disposicións particulares, a saber, o artigo 67, que regula o dereito dun desempregado ás prestacións por desemprego.

58. Habida conta do anterior, procede responder á cuarta cuestión que, en circunstancias como as do asunto principal, o artigo 3 do Regulamento nº 1.408/71 non se opón a que unha institución competente, para os efectos do

exame do dereito ás prestacións por desemprego, non compute, no cálculo dos períodos de seguro cubertos, un período de servizo militar obrigatorio realizado noutro Estado membro.

Costas

59. Dado que o procedemento ten, para as partes do litixio principal, o carácter dun incidente promovido ante o órgano xurisdicional remitente, corresponde a este resolver sobre as costas. Os gastos efectuados polos que, non sendo partes do litixio principal, presentaron observacións ante o Tribunal de Xustiza non poden ser obxecto de reembolso.

En virtude de todo o exposto,

O Tribunal de Xustiza

declara:

1) O artigo 13, apartado 2, letra f), do Regulamento nº 1.408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias, que se desprazan dentro da Comunidade, actualizado mediante o Regulamento (CEE) nº 2.001/83 do Consello, do 2 de xuño de 1983, na súa versión modificada polo Regulamento (CEE) nº 2.195/91 do Consello, do 25 de xuño de 1991, debe interpretarse no sentido de que unha persoa que reside nun Estado membro onde está desempregada tras realizar o seu servizo militar obrigatorio noutro Estado membro está suxeita á lexislación do Estado membro de residencia.

O artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71, na súa versión modificada, debe interpretarse no sentido de que constitúe unha disposición particular relativa á determinación da lexislación aplicable en materia de prestacións por desemprego, de modo que, se se reúnen os seus requisitos de aplicación, a lexislación aplicable é a prevista nesta disposición.

Corresponde ao órgano xurisdicional remitente determinar se se reúnen ou non, no asunto principal, os requisitos de aplicación do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II).

Se se reúnen, no asunto principal, os requisitos de aplicación do artigo 71, apartado 1, letra b), inciso II), do Regulamento nº 1.408/71, na súa versión modificada, a lexislación aplicable a unha persoa que reside nun Estado membro onde está desempregada tras realizar o seu servizo militar obrigatorio noutro Estado membro tamén será, en virtude desta disposición, a lexislación do Estado membro de residencia.

2) Un período de servizo militar obrigatorio noutro Estado membro constitúe un «[período de emprego cuberto] como [traballador] por conta allea baixo a lexislación de [ese] outro Estado membro» no sentido do artigo 67, apartado 1, do Regulamento nº 1.408/71, actualizado mediante o Regulamento nº 2.001/83, na súa versión modificada polo Regulamento nº 2.195/91, cando, por un lado, está definido ou admitido como tal pola lexislación dese outro Estado membro ou está asimilado e recoñecido pola devandita lexislación como equivalente a un período de emprego e, por outro lado, o interesado estivo asegurado no sentido do artigo 1, letra a), do mesmo Regulamento durante o seu servizo militar.

O requisito de que «o interesado cubrira en último lugar [...] períodos de seguro [...] conforme ao disposto na lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas as prestacións» no sentido do artigo 67, apartado 3, do Regulamento nº 1.408/71, na súa versión modificada, só se opón á obriga de totalizar os períodos de emprego no caso en que se cubrira un período de seguro noutro Estado membro despois do último período de seguro cuberto baixo a lexislación ao amparo da cal sexan solicitadas as prestacións.

3) En circunstancias como as do asunto principal, o artigo 3 do Regulamento nº 1.408/71, actualizado mediante o Regulamento nº 2.001/83, na súa versión modificada polo Regulamento nº 2.195/91, non se opón a que unha institución competente, para os efectos do exame do dereito ás prestacións por desemprego, non compute, no cálculo dos períodos de seguro cubertos, un período de servizo militar obrigatorio realizado noutro Estado membro.

Sentenza do Tribunal de Xustiza do 14 de outubro de 2004

«Seguridade social - Reembolso de gastos médicos efectuados noutro Estado membro - Artigo 34 do Regulamento (CEE) nº 574/72 - Entidade xestora do seguro de enfermidade que aplica un procedemento simplificado de reembolso íntegro no caso de facturas de reducido importe»

No asunto C-193/03,

que ten por obxecto unha petición de decisión prexudicial formulada, conforme ao artigo 234 CE,

polo Sozialgericht Stuttgart (Alemaña) mediante resolución do 19 de marzo de 2003, recibida no Tribunal de Xustiza o 9 de maio de 2003, no procedemento entre

Betriebskrankenkasse der Robert Bosch GmbH

e

Bundesrepublik Deutschland,

O Tribunal de Xustiza,

integrado polo Sr. A. Borg Barthet (Relator), Presidente de Sala, e os Sres. J. -P. Puissochet e S. von Bahr, Xuíces;

Avogado Xeral: Sr. M. Poiares Maduro;

Secretario: Sr. R. Grass;

considerando os escritos obrantes en autos e consideradas as observacións escritas presentadas: en nome da República Federal de Alemaña, representada polo Bundesversicherungsamt, polo Sr. K. Schmidt, en calidade de axente; en nome da Comisión das Comunidades Europeas, polos Sres. D. Martin e H. Kreppel, en calidade de axentes;

vista a decisión adoptada polo Tribunal de Xustiza, oído o Avogado Xeral, de que o asunto sexa xulgado sen conclusións;

dita a seguinte

SENTENZA

1. A petición de decisión prexudicial ten por obxecto a interpretación do artigo 34 do Regulamento (CEE) nº 574/72 do Consello, do 21 de marzo de 1972, polo que se establecen as modalidades de aplicación do Regulamento (CEE) nº 1.408/71 relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea e aos seus familiares que se despracen dentro da Comunidade (DO L 74, p. 1; EE 05/01, p. 156), na súa versión modificada e actualizada polo Regulamento (CEE) nº 2001/83 do Consello, do 2 de xuño de 1983 (DO L 230, p. 6; EE 05/03, p. 53), na súa versión modificada polo Regulamento (CE) nº 1.399/1999 do Consello, do 29 de abril de 1999 (DO L 164, p. 1; a partir deste momento, «Regulamento nº 574/72»).

2. A devandita petición presentouse no marco dun litixio entre a Betriebkrankenkasse der Robert Bosch GmbH (a partir deste momento, «R. Bosch») e o Bundesversicherungsamt (a partir deste momento, «BVA»), relativo á resolución mediante a que este último requiriu a R. Bosch para que puxese termo a unha práctica de reembolso íntegro dos gastos médicos efectuados noutros Estados membros cando tales gastos non excedían de 200 DEM.

Marco xurídico

Dereito comunitario

3. Baixo o título «Reembolso pola institución competente dun Estado membro dos gastos ocasionados durante unha estanza noutro Estado membro», o artigo 34 do Regulamento nº 574/72 dispón o seguinte:

«1. Cando non sexa posible dar cumprimento ás formalidades previstas nos apartados 1 e 4 do artigo 20 e nos

artigos 21, 23 e 31 do Regulamento [nº 574/72], durante a estanza no territorio dun Estado membro distinto do Estado competente, os gastos ocasionados serán reembolsados pola institución competente, a petición do traballador por conta allea ou por conta propia, conforme ás tarifas de reembolso aplicadas pola institución do lugar de estanza.

2. A institución do lugar de estanza deberá facilitar, calquera institución competente que llas/llelas pida, calquera clase de indicacións sobre esas tarifas.

Se entre a institución do lugar de estanza e a institución competente existise un acordo polo que se establecese a renuncia a todo reembolso, [ou] o reembolso a tanto alzado das prestacións realizadas en cumprimento do inciso i) da letra a) do apartado 1 do artigo 22 e do artigo 31, do Regulamento [nº 1.408/71], a institución do lugar de estanza deberá transferir ademais á institución competente a suma que se haxa de reembolsar ao interesado como consecuencia do previsto no apartado 1.

[…]

4. Non obstante o disposto nos apartados 1, 2 e 3, a institución competente poderá proceder ao reembolso dos gastos ocasionados conforme ás tarifas que aplique, sempre que as devanditas tarifas permitan o reembolso, que o importe destes gastos non supere o importe fixado pola Comisión administrativa e que o traballador por conta allea ou por conta propia ou o titular da pensión ou renda dera a súa conformidade para que se lle aplique esta disposición. En ningún caso o importe do reembolso poderá superar o importe dos gastos realizados.

5. Cando a lexislación do Estado de estanza non prevexa tarifas de reembolso, a institución competente poderá reembolsar os gastos ocasionados nos termos previstos no apartado 4 sen que sexa necesaria a conformidade do interesado».

4. En virtude de o artigo 1 da Decisión nº 176 da Comisión Administrativa das Comunidades Europeas para a Seguridade Social dos Traballadores Migrantes, do 24 de xuño de 1999, relativa ao reembolso por parte da institución competente dun Estado membro dos gastos efectuados durante a estanza noutro Estado membro, conforme ao procedemento establecido no apartado 4 do artigo 34 do Regulamento nº 574/72 (DO 2000, L 243, p. 42), fíxase en 1.000 euros o límite máximo dos gastos efectuados a que se refire esta última disposición.

5. O artigo 22, apartado 1, do Regulamento (CEE) nº 1.408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea e ás súas familias que se desprazan dentro da Comunidade, na súa versión modificada e actualizada polo Regulamento nº 2001/83, na súa versión modificada polo Regulamento nº 1.399/1999 (a partir deste momento, «Regulamento nº 1.408/71»), dispón o seguinte:

«1. O traballador por conta allea ou por conta propia que satisfaga as condicións esixidas pola lexislación do Estado competente para ter dereito ás prestacións, tendo en conta, no seu caso, as disposicións do artigo 18 e:

a) o estado da cal requira de modo inmediato prestacións durante unha estanza no territorio doutro Estado membro;

[...]

terá dereito:

i) ás prestacións en especie servidas, por conta da institución competente, pola institución do lugar de estanza ou de residencia, segundo as disposicións da lexislación que esta aplique, coma se estivese afiliado a esta, rexéndose a duración do servizo das prestacións pola lexislación do Estado competente;

[...]»

6. O artigo 31 do Regulamento nº 1.408/71 prevé:

«O titular dunha pensión ou dunha renda debidas en virtude da lexislación dun solo Estado membro, ou de pensións ou de rendas debidas en virtude das lexislacións de dous ou de varios Estados membros, que teña dereito ás prestacións en virtude da lexislación dalgún deses Estados, así como os membros da súa familia, que se achen no territorio dun Estado membro distinto daquel no que teñan a súa residencia, beneficiaranse:

a) das prestacións en especie, servidas pola institución do lugar de estanza conforme á lexislación que aplique e con cargo á institución do lugar de residencia do titular;

[...]»

Normativa nacional

7. O artigo 13, apartado 3, do Fünftes Buch deas Sozialgesetzbuches - Gezetzliche Krankenversicherung (Libro V do Código da Seguridade Social - Réxime xurídico do seguro de enfermidade; a partir deste momento, «SGB V»), prevé, como excepción ao réxime de cobertura aplicable normalmente en virtude da devandita lexislación, o seguinte:

«Cando a entidade xestora do seguro de enfermidade non poida realizar a tempo unha prestación urxente ou néguese indebidamente a realizar tal prestación, ocasionando deste modo gastos aos beneficiarios por verse obrigados a aboar eles mesmos a prestación de que se trate, a entidade xestora deberá reembolsar o importe aos beneficiarios na medida en que a prestación resulte necesaria».

O litixio principal e a cuestión prexudicial

8. En canto entidade xestora federal do seguro de enfermidade, R. Bosch está suxeita a control por parte do BVA.

9. Consta en autos e despréndese das observacións presentadas ante o Tribunal de Xustiza que, no marco da aplicación das disposicións de Dereito interno que regulan a cobertura da asistencia sanitaria, R. Bosch adoptou como práctica o reembolso íntegro dos gastos en que incorren os beneficiarios do seguro de enfermidade cando o importe que pagan pola asistencia sanitaria recibida con ocasión dunha estanza noutro Estado membro non excede de 200 DEM (a partir deste momento, «práctica controvertida»).

10. Segundo R. Bosch, son moi numerosos os casos nos que os beneficiarios da seguridade social pagan directamente os gastos médicos en que incorren con ocasión dunha estanza noutro Estado membro. En efecto, é frecuente que os que han de prestar a asistencia sanitaria non recoñezan os documentos expedidos pola entidade xestor do seguro de enfermidade de cara á obtención de asistencia sanitaria no estranxeiro ou que os beneficiarios da seguridade social non estean en posesión de tales documentos. Nesas circunstancias, imperativos de simplificación administrativa e razóns de economía xustifican que, cando se trata de gastos médicos de reducido importe, a institución competente proceda ao seu reembolso íntegro, en lugar de aplicar os longos, complexos e, segundo a experiencia da propia R. Bosch, pouco practicables procedementos que prevé o artigo 34 do Regulamento nº 574/72.

11. Mediante resolución do 31 de xaneiro de 2001, o BVA requiriu a R. Bosch para que puxese termo á práctica controvertida, que consideraba contraria ao que esixe o apartado 34 do mencionado artigo.

12. Para fundamentar o recurso que interpuxo contra a citada resolución, R. Bosch alega que esta incorre nun erro de apreciación e vulnera o principio de proporcionalidade.

13. O Sozialgericht Stuttgart parece considerar que a práctica controvertida presenta efectivamente vantaxes en termos de eficacia, que permite realizar aforros e que resulta beneficioso para os afiliados á seguridade social, que obteñen o reembolso con maior rapidez. O devandito órgano xurisdicional afirma, por outro lado, que tanto o artigo 34, apartado 4, do Regulamento nº 574/72 como as resolucións baseadas neste que fixaron en 500 euros, primeiro, e en 1.000 euros, máis tarde, o límite máximo por debaixo do cal as institucións competentes estaban autorizadas, en determinadas condicións, a aplicar as súas propias tarifas de reembolso en lugar das tarifas aplicables pola institución do lugar de estanza, fanse eco de preocupacións análogas ás que subxacer á práctica controvertida.

14. En tales circunstancias, o Sozialgericht Stuttgart decidiu suspender o procedemento e formular ao Tribunal de Xustiza a seguinte cuestión prexudicial:

«¿Exclúe o artigo 34 do Regulamento (CEE) nº 574/72, no marco da aplicación do artigo 13, apartado 3, do SG V, unha práctica consistente en que a entidade xestora do seguro de enfermidade, baseándose en disposicións similares relativas a pequenas cantidades, procede a reembolsar a tanto alzado os gastos médicos efectuados noutro Estado miembro?»

Sobre a cuestión prexudicial

15. Segundo se indica no apartado 9 da presente sentenza, a práctica controvertida que a resolución impugnada no litixio principal denuncia consiste en proceder ao reembolso íntegro dos gastos médicos en que incorren os beneficiarios da seguridade social con ocasión dunha estanza noutro Estado membro cando tales gastos non exceden dun importe de 200 DEM.

16. Do anterior dedúcese que, mediante a súa cuestión prexudicial, o órgano xurisdicional remitente pide en esencia que se dilucide se o artigo 34 do Regulamento nº 574/72 debe interpretarse no sentido de que se opón á práctica dunha entidade xestora do seguro de enfermidade que se inscribe no marco da aplicación dunha normativa interna e que consiste en reembolsar integramente os gastos médicos en que incorren os seus beneficiarios con ocasión dunha estanza noutro Estado membro, cando tales gastos non exceden dun importe de 200 DEM.

17. Para responder á cuestión reformulada desta forma, é preciso subliñar que o réxime de reembolso que establece o artigo 34 do Regulamento nº 574/72 se aplica, conforme ao apartado 1 da devandita disposición, cando non sexa posible dar cumprimento ás formalidades previstas nos apartados 1 e 4 do artigo 20 e nos artigos 21, 23 e 31 do devandito Regulamento, durante a estanza noutro Estado membro.

18. É preciso recordar tamén que as formalidades mencionadas son aquelas o cumprimento das cales debe normalmente permitir que os beneficiarios da seguridade social, con ocasión de estanzas nun Estado membro distinto do Estado competente, gocen de prestacións en especie realizadas, por conta da institución competente, pola institución do lugar de estanza, segundo as disposicións da lexislación que esta aplique, coma se estivesen afiliados a esta, nas condicións que prevén os artigos 22 e 31 do Regulamento nº 1.408/71.

19. Agora ben, tal como o Tribunal de Xustiza declarou anteriormente, a finalidade dos dereitos que confiren os últimos artigos citados é contribuír a facilitar a libre circulación dos beneficiarios da seguridade social (véxanse as sentenzas de 12 de xullo de 2001, Vanbraekel e outros, ?C368/98, Rec. p. ?I5363, apartado

32; do 25 de febreiro de 2003, IKA, ?C326/00, Rec. p. ?I1703, apartados 38 e 51, e do 23 de outubro de 2003, Inizan, ?C56/01, Rec. p. ?I0000, apartado 21).

20. Polo tanto, o mesmo debe suceder co réxime de reembolso establecido polo artigo 34 do Regulamento nº 574/72 que, ao aplicarse unicamente con carácter supletorio cando non se poidan obter as prestacións en especie que garanten os artigos 22 e 31 do Regulamento nº 1.408/71 por non se cumprir as formalidades previstas, ten por obxecto garantir que o dereito á cobertura da asistencia sanitaria que establecen os últimos artigos citados non quede condicionado a esixencias meramente formais.

21. Por outro lado, ha de recordarse que, en relación co artigo 22 do Regulamento nº 1.408/71, o Tribunal de Xustiza tivo ocasión de precisar que o devandito artigo non ten por obxecto a regulación dos gastos producidos con motivo da prestación de asistencia sanitaria noutro Estado membro e, en consecuencia, non impide en modo ningún o reembolso dos devanditos gastos por parte dos Estados membros conforme ás tarifas vixentes no Estado membro de afiliación, cando a lexislación deste último Estado prevexa tal reembolso e as tarifas aplicadas en virtude desta lexislación sexan máis vantaxosos que as practicadas no Estado membro no que se prestara a asistencia (véxase, en particular, a sentenza Vanbraekel e outros, antes citada, apartado 36).

22. Este mesmo enfoque resulta pertinente en relación cunha disposición como o artigo 34 do Regulamento nº 574/72, a única finalidade das cales é, dende a perspectiva indicada no apartado 20 da presente sentenza, establecer un mecanismo substitutorio de cobertura aplicable cando un beneficiario da seguridade social non logre obter directamente da institución do lugar de estanza prestacións en especie por conta da institución competente de conformidade co disposto no artigo 22, apartado 1, letra a), inciso i), ou no artigo 31 do Regulamento nº 1.408/71.

23. Tal como se indica no apartado 9 da presente sentenza, no caso de autos a práctica controvertida consiste en proceder, sobre a base do Dereito nacional, ao reembolso íntegro dos gastos médicos en que incorre o beneficiario da seguridade social con ocasión dunha estanza noutro Estado membro, cando o seu importe non excede de 200 DEM.

24. En tales condicións, é preciso declarar que a circunstancia de que o reembolso en cuestión revista un carácter íntegro abonda para garantir que a cobertura de que goza o beneficiario da seguridade social é polo menos equivalente, cando non superior, á cobertura da que gozaría se o reembolso se producise conforme ás condicións previstas no artigo 34 do Regulamento nº 574/72.

25. Do anterior dedúcese que este último artigo non se opón a unha práctica que, como a controvertida, garante o reembolso íntegro dos gastos médicos en que incorre o beneficiario da seguridade social.

26. En canto á cuestión de se tal práctica pode ou non se basear efectivamente na normativa interna aplicable, o Tribunal de Xustiza carece de competencia para resolvela.

27. De canto antecede dedúcese que procede responder á cuestión formulada que o artigo 34 do Regulamento nº 574/72 debe interpretarse no sentido de que non se opón á práctica dunha entidade xestora do seguro de enfermidade que se inscribe no marco da aplicación dunha normativa interna e que consiste en reembolsar integramente os gastos médicos en que incorren os seus beneficiarios con ocasión dunha estanza noutro Estado membro, cando tales gastos non exceden dun importe de 200 DEM.

Costas

28. Dado que o procedemento ten, para as partes do litixio principal, o carácter dun incidente promovido ante o órgano xurisdicional nacional, corresponde a este resolver sobre as costas. Os gastos efectuados polos que, non sendo partes do litixio principal, presentaron observacións ante o Tribunal de Xustiza non poden ser obxecto de reembolso.

En virtude de todo o exposto,

O Tribunal de Xustiza

declara:

O artigo 34 do Regulamento (CEE) nº 574/72 do Consello, do 21 de marzo de 1972, por o que se establecen as modalidades de aplicación do Regulamento (CEE) nº 1.408/71 relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea e aos seus familiares que se despracen dentro da Comunidade, na súa versión modificada e actualizada polo Regulamento (CEE) nº 2001/83 do Consello, do 2 de xuño de 1983, na súa versión modificada polo Regulamento (CE) nº 1.399/1999 do Consello, do 29 de abril de 1999, debe interpretarse no sentido de que non se opón á práctica dunha entidade xestora do seguro de enfermidade que se inscribe no marco da aplicación dunha normativa interna e que consiste en reembolsar integramente os gastos médicos en que incorren os seus beneficiarios con ocasión dunha estanza noutro Estado membro, cando tales gastos non exceden dun importe de 200 DEM.

Sentenza do Tribunal de Xustiza de 8 de outubro de 2004

«Manquement d'État – Non-transposition de la directive 98/49/CE»

Dans l'affaire C-341/03,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 1er août 2003,

Commission des Communautés européennes, représentée par Mme H. Michard et M. D. Martin, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République hellénique, représentée par Mme N. Dafniou, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

La Cour (troisième chambre),

composée de M. A. Rosas (rapporteur), président de chambre, M. A. Borg Barthet, Mme F. Macken, MM. S. von Bahr et J. Malenovsk?, juges,

Avocat général: Mme J. Kokott,

Greffier: M. R. Grass;

vu la procédure écrite, vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1. Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en ne prenant pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 98/49/CE du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 209, p. 46, ci-après la «directive»), ou, en tout état de cause, en ne lui communiquant pas ces dispositions, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive.

Le cadre juridique

2. La directive a pour objectif, selon son article 1er, de sauvegarder les droits des affiliés à des régimes complémentaires de pension qui se déplacent d'un État membre à l'autre et de contribuer ainsi à la suppression des obstacles à la libre circulation des travailleurs salariés et non salariés dans la Communauté.

3. Selon l'article 10, paragraphe 1, de la directive, les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci au plus tard 36 mois à compter de son entrée en vigueur.

4. En vertu de son article 11, la directive est entrée en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes.* Cette directive ayant été publiée et étant entrée en vigueur le 25 juillet 1998, le délai de transposition expirait le 25 juillet 2001.

5. Conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la directive, les États membres devaient communiquer à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils ont adopté dans le domaine régi par cette directive au plus tard le 25 janvier 2002.

Les faits et la procédure précontentieuse

6. Constatant que la République hellénique ne l'avait pas informée des dispositions prises pour se conformer à la directive, la Commission a, par lettre du 17 avril 2002, mis en demeure cet État

membre de présenter ses observations dans un délai de deux mois à compter de la notification de cette lettre.

7. La réponse de la République hellénique, du 30 octobre 2002, ayant fait apparaître que la directive n'avait pas encore été transposée, la Commission a, le 3 avril 2003, adressé un avis motivé à cet État membre l'invitant à prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer dans un délai de deux mois à compter de sa notification.

8. N'ayant obtenu, par la suite, aucune information lui permettant de conclure que les mesures nécessaires à la transposition de la directive en droit hellénique avaient été prises, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Le recours

9. La Commission rappelle que, aux termes de l'article 10, paragraphe 1, de la directive, les États membres auraient dû mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires afin de se conformer à celle-ci au plus tard 36 mois à compter de la date de son entrée en vigueur, soit au plus tard le 25 juillet 2001. Elle constate que ces dispositions n'ont pas encore été prises ou, en tout état de cause, qu'elles ne lui ont pas été communiquées.

10. Sans contester son retard dans la transposition de la directive, le gouvernement hellénique fait valoir qu'un projet de décret présidentiel visant à mettre la législation nationale en conformité avec cette directive est en cours d'élaboration. Ce projet aurait été signé par les secrétaires d'État au Développement, au Travail et à la Sécurité sociale et aurait été soumis, le 20 mai 2003, au Conseil d'État, afin que la procédure d'adoption puisse suivre son cours.

11. À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé (voir, notamment, arrêts du 6 décembre 2001, Commission/Italie, C-148/00, Rec. p. I-9823, point 7, et du 27 mai 2004, Commission/Espagne, C-398/02, non publié au Recueil, point 17) et qu'un État membre ne saurait invoquer des circonstances internes ou des difficultés pratiques pour justifier une absence de transposition dans le délai prescrit (voir, en ce sens, arrêts du 8 juin 1993, Commission/Pays-Bas, C-52/91, Rec. p. I-3069, point 36, et du 2 octobre 2003, Commission/Luxembourg, C-89/03, non encore publié au Recueil, point 5).

12. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer comme fondé le recours introduit par la Commission.

13. Il convient dès lors de constater que, en ne prenant pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de celle-ci.

Sur les dépens

14. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de la République hellénique et cette dernière ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) déclare et arrête:

1) En ne prenant pas les dispositions législatives, réglementaires et

administratives nécessaires pour se conformer à la directive 98/49/CE du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive. La République hellénique est condamnée aux dépens.

Sentenza do Tribunal de Xustiza de 8 de xullo de 2004

«Seguridade social - Libre circulación de traballadores - Tratado CE - Regulamento (CEE) nº 1.408/71 - Prestacións destinadas a cubrir o risco de dependencia - Asunción polo seguro de dependencia do pagamento das cotizacións do seguro de vellez do terceiro que se ocupa do coidado dunha persoa dependente»

Nos asuntos acumulados C-502/01 e C-31/02,

que teñen por obxecto senllas peticións dirixidas ao Tribunal de Xustiza, conforme ao artigo 234 CE, polo Sozialgericht Hannover (Alemaña) (asunto C502/01) e o Sozialgericht Aachen (Alemaña) (asunto C31/02) destinadas a obter, no litixio pendente ante os devanditos órganos xurisdicionais entre

Silke Gaumain-Cerri

e

Kaufmännische Krankenkasse - Pflegekasse,

no que participa

Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz,

e

Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,

e entre

Maria Barth

e

no que participa

e

PAX Familienfürsorge Krankenversicherung,

Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung,

unha decisión prexudicial sobre a interpretación das disposicións do Tratado CE e do Dereito derivado relativas á libre circulación dos cidadáns da Unión e, en particular, do Regulamento (CEE) nº 1.408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, os traballadores por conta propia e ás súas familias que se desprazan dentro da Comunidade, na súa versión modificada e actualizada polo Regulamento (CE) nº 118/97 do Consello, de 2 de decembro de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1),

O Tribunal de Xustiza,

integrado polo Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, e os Sres. J. -P. Puissochet (Relator) e R. Schintgen, e as Sras. F. Macken e N. Colneric, Xuíces;

Avogado Xeral: Sr. A. Tizzano;

Secretario: Sr. R. Grass;

consideradas as observacións escritas presentadas: en nome da Kaufmännische Krankenkasse - Pflegekasse, polo Sr. K. Böttcher, en calidade de axente; en nome do Goberno alemán, polos Sres. C. -D. Quassowski e M. Lumma, en calidade de axentes (asunto C-31/02); en nome do Goberno helénico, polo Sr. D. Kalogiros e G. Alexaki, en calidade de axentes (asunto C-31/02); en nome da Comisión das Comunidades Europeas, pola Sra. H. Michard e o Sr. H. Kreppel, en calidade de axentes; visto o informe do Xuíz Relator;

oídas as conclusións do Avogado Xeral, presentadas en audiencia pública o 2 de decembro de 2003;

dita a seguinte

SENTENZA

1. ?Mediante resolucións do 12 de decembro de 2001 e do 18 de xaneiro de 2002, recibidas no Tribunal de Xustiza o 27 de decembro de 2001 (asunto C502/01) e o 4 de febreiro de 2002 (asunto C31/02), respectivamente, o Sozialgericht Hannover e o Sozialgericht Aachen formularon, conforme ao artigo 234 CE, senllas cuestións prexudiciais

sobre a interpretación das disposicións do Tratado CE e do Dereito derivado relativas á libre circulación dos cidadáns da Unión e, en particular, do Regulamento (CEE) nº 1.408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, os traballadores por conta propia e ás súas familias que se desprazan dentro da Comunidade, na súa versión modificada e actualizada polo Regulamento (CE) nº 118/97 do Consello, do 2 de decembro de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1; a partir déaste momento, «Regulamento nº 1.408/71»).

2. As devanditas cuestións suscitáronse no marco dun litixio entre a Sra. Gaumain?Cerri e a Kaufmännische Krankenkasse - Pflegekasse (a partir deste momento, «seguro de asistencia KKH»), por un lado, e entre a Sra. Barth e o Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, por outro, sobre as decisións destes dous organismos polas que denegan a ambas as dúas a asunción do pagamento de cotizacións ao seguro de vellez ás que aquelas consideran ter dereito na súa condición de terceiros que prestan asistencia a unha persoa dependente e que é beneficiaria das prestacións de seguridade social alemá contra o risco de dependencia (a partir deste momento, «seguro de dependencia»).

Marco xurídico nacional

3. En Alemaña, a Pflegeversicherungsgesetz (Lei relativa ao seguro contra o risco de dependencia), que constitúe o libro XI do Sozialgesetzbuch (Código da seguridade social; a partir deste momento, «SGB») instaurou, a partir de o 1 de xaneiro de 1995, o seguro de dependencia, que ten por obxecto a cobertura dos gastos causados pola necesidade de asistencia dos asegurados, é dicir, pola súa necesidade permanente de recorrer, en boa medida, á axuda doutras persoas para executar os actos correntes da vida cotiá (hixiene corporal, alimentación, mobilidade, coidado do fogar, etc.).

4. Toda persoa afiliada ao seguro de enfermidade, con carácter voluntario ou obrigatorio, debe aboar as cotizacións do réxime de seguro de dependencia.

5. Este seguro dá dereito, en primeiro lugar, a prestacións dirixidas a cubrir os gastos correspondentes aos coidados prestados a domicilio por terceiros. Estas prestacións, denominadas «coidados a domicilio», o importe dos cales depende do grao de dependencia da persoa de que se trate, poden realizarse, a elección do beneficiario, en forma de coidados prestados polos organismos concertados ou como unha asignación mensual, denominada «asignación de asistencia», que permite ao beneficiario elixir a forma de axuda que considere máis apropiada á súa situación.

6. Ademais, o seguro de dependencia dá dereito á cobertura dos coidados prestados ao asegurado en residencias ou centros de asistencia, a asignacións polas que se pretende suplir a ausencia por vacacións da persoa que normalmente se ocupa do coidado do asegurado, a asignacións e axudas de custo para cubrir diversos gastos ocasionados pola situación de dependencia do asegurado, como a compra e instalación de equipos especializados ou a realización de obras de transformación da vivenda.

7. Por último, o seguro en cuestión cobre, baixo determinadas condicións, as cotizacións do seguro de vellez e invalidez e do seguro de accidente da persoa que se ocupa do coidado do asegurado.

8. Os dous litixios principais orixináronse a propósito desta cobertura das cotizacións do seguro de vellez.

Os litixios principais e as cuestións prexudiciais

9. A Sra. Gaumain-Cerri, de nacionalidade alemá, e o seu marido, nacional francés, residen en Francia e exercen a súa profesión a tempo parcial, como traballadores fronteirizos, nunha empresa establecida en Alemaña. Como tales, están afiliados ao seguro de dependencia alemán. O seu fillo, que reside con eles, sofre unha minusvalidez e, como beneficiario do seguro dos seus pais, percibe prestacións do seguro de dependencia, en particular, a asignación de asistencia. Os propios proxenitores asumen, a domicilio e gratuitamente, o papel de terceiro que presta asistencia a unha persoa dependente. Non obstante, a entidade do seguro de dependencia KKH, aseguradora do risco de dependencia no presente asunto, négase a asumir as cotizacións do seguro de vellez da Sra. Gaumain?Cerri e do seu marido pola súa dedicación a actividades de asistencia a persoa dependente, debido a que non residen en territorio alemán. En opinión da aseguradora, das disposicións pertinentes da SGB resulta que, tendo en conta o carácter non profesional de aquela actividade e o feito de non residir no territorio nacional, non teñen nin obriga nin dereito ao seguro de vellez legalmente establecido. O carácter non profesional da actividade de que se trata tampouco lles confire a condición de traballador que poida acollerse ao disposto no Regulamento nº 1.408/71.

10. Pola súa banda, a Sra. Barth, de nacionalidade alemá, reside en Bélxica, na proximidade da fronteira alemá, e ocúpase neste último país do coidado dun funcionario xubilado, do que percibe unha retribución anual de ao redor de 400 euros. Á vista das disposicións pertinentes da SGB, a actividade de asistencia da Sra. Barth tamén se considera non profesional. A Sra. Barth non exerce ningunha actividade profesional. A persoa dependente do coidado da cal se ocupa recibe as súas prestacións de seguro de dependencia de dous organismos, o Landesamt für Besoldung und Versorgung Nordrhein?Westfalen, como entidade propia do réxime básico de seguridade social para funcionarios fose de servizo, e a PAX Familienfürsorge Krankenversicherung (a partir deste momento, «PAX»), como entidade de seguro complementario de contratación privada e obrigatoria, suxeita a condicións, establecidas legalmente, análogas ás aplicables ao réxime básico de seguridade social. Por motivos equivalentes ao caso da Sra. Gaumain?Cerri, relacionados coa residencia fóra de Alemaña, o Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz ordenou a interrupción do pagamento das cotizacións que permitían á Sra. Barth adquirir os seus dereitos de pensión, pagamento que ata entón realizaban PAX e o Landesamt.

11. As Sras. Gaumain-Cerri e Barth recorreron ante o Sozialgericht Hannover e o Sozialgericht Aachen, respectivamente, as decisións desfavorables de que foron obxecto e esixen que o seguro de dependencia cubra as cotizacións ao réxime do seguro de vellez en relación coas súas actividades de asistencia a persoa dependente.

12. En tales circunstancias, o Sozialgericht Hannover decidiu suspender o procedemento e formular ao Tribunal de Xustiza as seguintes cuestións prexudiciais:

«1) Os conceptos "prestacións de enfermidade" e "prestacións de vellez" no sentido do artigo 1 do Regulamento nº 1.408/71, ¿comprenden, e no seu caso en qué circunstancias, as prestacións que unha entidade aseguradora aboa a outra cando diso só se deriva un beneficio abstracto e indirecto para o asegurado (asunción por seguro de dependencia de cotizacións a seguro de pensión por unha persoa que desenvolve actividades de asistencia gratuitamente)?

2) ¿Del principio de non discriminación establecido polo Dereito primario ou derivado despréndese que as prestacións mencionadas na primeira cuestión deben concederse con independencia de que a actividade que dá dereito ao seu abono se exerza en Alemaña ou noutro Estado membro da Unión Europea e á marxe do lugar de residencia do asegurado ou do beneficiario directo das devanditas prestaciones?»

13. Pola súa banda, o Sozialgericht Aachen tamén decidiu suspender o procedemento e formular ao Tribunal de Xustiza as seguintes cuestións prexudiciais:

«1) As disposicións do Regulamento [...] nº 1.408/71 [...], ¿aplícanse tamén ao réxime alemán de seguro contra o risco de dependencia cando a cobertura asegurada deriva (no seu caso parcialmente), segundo o artigo 23 en relación co artigo 110 do Sozialgesetzbuch (Código alemán da seguridade social) - soziale Pflegeversicherung (seguro contra o risco de dependencia) (SGB XI), da celebración dun contrato privado de seguro contra o risco de dependencia?

2) As cotizacións ao réxime obrigatorio de seguro de vellez a cargo das entidades de seguro contra o risco de dependencia e a favor de persoas que desenvolven con carácter non profesional actividades de asistencia a persoas dependentes, de conformidade co artigo 44 do SGB XI en relación cos artigos 3, primeiro parágrafo, apartado 1a, e 166, apartado 2, do Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung (réxime obrigatorio de seguro de vellez) - (SGB VI), ¿constitúen "prestacións de enfermidade" no sentido do artigo 4, apartado 1, letra a), do Regulamento [...] nº 1.408/71? En caso de resposta afirmativa, ¿as prestacións deste tipo poden concederse tamén a favor de persoas que prestan asistencia a persoas dependentes no país da entidade aseguradora competente, aínda cando residan noutro Estado membro?

3) ¿As persoas que desenvolven actividades de asistencia a persoas dependentes no sentido do artigo 19 do SGB XI son traballadoras para os efectos do artigo 39 CE? En caso de resposta afirmativa, ¿está prohibido, polo tanto, negarlles prestacións que consisten no "pagamento de cotizacións sociais para os efectos do seguro de vellez" por carecer de domicilio ou residencia habitual no territorio do Estado competente?»

Sobre as cuestións prexudiciais

Sobre a admisibilidade

14. O Goberno alemán indica que as cuestións formuladas polo Sozialgericht Aachen carecen de pertinencia. Segundo este Goberno, a Sra. Barth xa se beneficia, en virtude da normativa nacional, dun dereito ao pagamento de cotizacións ao seguro de vellez obrigatorio, dado que a actividade de asistencia se desenvolve en Alemaña. O lugar de residencia da Sra. Barth é irrelevante e o seu recurso debeu ser estimado.

15. Tal como subliñou o Tribunal de Xustiza en varias ocasións, o procedemento previsto no artigo 234 CE é un instrumento de cooperación entre o propio Tribunal de Xustiza e os órganos xurisdicionais nacionais que lle permite subministrarlles os elementos de interpretación do Dereito comunitario necesarios para a solución dos litixios de que deben coñecer. Pola contra, non corresponde ao Tribunal de Xustiza interpretar, no marco deste procedemento, o Dereito interno dun Estado membro e, salvo casos excepcionais, corresponde ao órgano xurisdicional nacional, que é o único que coñece directamente os feitos do asunto e as alegacións formuladas polas partes, e o que debe asumir a responsabilidade da decisión xudicial que debe adoptarse, apreciar, con pleno coñecemento de

causa, a pertinencia das cuestións de Dereito suscitadas polo litixio de que coñece e a necesidade dunha decisión prexudicial para poder emitir o seu fallo (véxase, en particular, a sentenza do 14 de febreiro de 1980, Damiani, 53/79, Rec. p. 273, apartado 5). No caso de autos, non consta que as cuestións formuladas polo Sozialgericht Aachen se enmarquen nun contexto excepcional que xustifique absterse de examinalas.

Sobre o fondo

16. En esencia, as cuestións formuladas polos órganos xurisdicionais remitentes teñen por obxecto dous aspectos fundamentais.

17. En primeiro lugar, ditos órganos xurisdicionais desexan saber se unha prestación como a asunción, pola entidade que asegura o risco de dependencia, das cotizacións sociais do seguro de vellez do terceiro que presta asistencia a domicilio a unha persoa dependente, nas circunstancias do litixio principal, constitúe unha prestación de enfermidade ou de vellez no sentido do Regulamento nº 1.408/71. O Sozialgericht Aachen pregunta, en particular, se o feito de que a devandita prestación sexa a cargo dunha entidade privada que actúa nas mesmas condicións que PAX respecto á persoa asistida pola Sra. Barth pode influír na resposta (primeiras cuestións do Sozialgericht Hannover e do Sozialgericht Aachen e primeira parte da segunda cuestión deste último).

18. En segundo lugar, os órganos xurisdicionais remitentes desexan saber se o Tratado, en particular o artigo 39 CE, o Regulamento nº 1.408/71 ou outras disposicións de Dereito derivado opóñense a que a devandita prestación sexa denegada porque a persoa dependente ou o terceiro que se ocupa do seu coidado, nas condicións propias dos asuntos principais, residen fóra do Estado competente, é dicir, o da entidade que cobre o risco de dependencia da persoa en cuestión (segunda cuestión do Sozialgericht Hannover, segunda parte da segunda cuestión e terceira cuestión do Sozialgericht Aachen).

Sobre a aplicación do Regulamento nº 1.408/71 á asunción das cotizacións do seguro de vellez dun terceiro que se ocupa do coidado dunha persoa dependente en condicións como as controvertidas nos asuntos principais

19. Na sentenza do 5 de marzo de 1998, Molenaar (?C160/96, Rec. p. ?I843), ditada en resposta a unha cuestión prexudicial formulada no marco dun litixio relativo á denegación do pagamento da asignación de asistencia a persoas cubertas polo seguro de dependencia por non residir en Alemaña, o Tribunal de Xustiza afirmou o seguinte:

«22. [...] dos autos dedúcese que as prestacións do seguro de asistencia [seguro de dependencia] están destinadas a potenciar a autonomía das persoas necesitadas de tal asistencia, especialmente a nivel económico. En particular, o sistema creado prefire incentivar a prevención e a readaptación antes que os coidados e promover o recurso aos coidados a domicilio antes que aos coidados en residencias.

23. O seguro de asistencia dá dereito á asunción, total ou parcial, de determinados gastos ocasionados pola necesidade de axuda do asegurado, como os coidados prestados a domicilio ou en centros ou establecementos especializados, a compra de equipamento que necesite o asegurado e a realización de obras no seu domicilio, así como ao pagamento dunha axuda económica mensual que permita ao asegurado elixir o modo de asistencia que prefira e, por exemplo, retribuír dunha ou outra forma aos terceiros que o asistan. O réxime do

seguro de asistencia garante ademais a algúns terceiros unha cobertura dos riscos de accidente, vellez e invalidez.

24. Por conseguinte, prestacións destas características están destinadas a completar as prestacións do seguro de enfermidade, ao que, por outra parte, están vinculadas dende o punto de vista da organización, co fin de mellorar o estado de saúde e as condicións de vida das persoas necesitadas de coidados especiais.

25. Nestas circunstancias, e aínda cando presenten características propias, tales prestacións deben ser consideradas «prestacións de enfermidade» no sentido da letra a) do apartado 1 do artigo 4 do Regulamento nº 1.408/71».

20. Da sentenza citada despréndese que as prestacións destinadas a garantir a cobertura do risco de vellez dun terceiro que presta asistencia a unha persoa dependente, tales como as previstas polo seguro de dependencia, tamén constitúen «prestacións de enfermidade» das que é beneficiaria a persoa dependente, no sentido do artigo 4, apartado 1, letra a), do Regulamento nº 1.408/71. Non existe ningunha circunstancia particular no presente procedemento que esixa modificar esta apreciación.

21. En particular, a circunstancia de que o terceiro que presta asistencia á persoa dependente sexa beneficiario a título persoal da devandita prestación, tal como subliña PAX, non afecta ao feito de que a persoa o estado de dependencia da cal xustifica a concesión de todas as prestacións de asistencia se beneficie deste modo dun mecanismo destinado a axudalo a obter, nas condicións máis favorables, os coidados que require o seu estado. Polo tanto, dita prestación forma parte indubidablemente, como tal, do ámbito do seguro de enfermidade. Polo demais, o mesmo cabe afirmar respecto á asignación de asistencia propiamente dita cando se utiliza total ou parcialmente para retribuír ao terceiro que se ocupa do coidado da persoa dependente, como é o caso da Sra. Barth.

22. Así mesmo, o feito de que, en ocasións, sexa unha aseguradora privada quen, sobre a base dun contrato privado, ofreza total ou parcialmente o seguro de dependencia non impide, neste caso, que se ache comprendido no ámbito de aplicación do Regulamento nº 1.408/71, posto que a celebración do devandito contrato deriva directamente da aplicación da normativa da seguridade social controvertida. A este respecto, contrariamente ao que afirma o Goberno helénico nas súas observacións formuladas ante o Tribunal de Xustiza, a obriga de que se trata non resulta de disposicións convencionais como as previstas no artigo 1, letra j), parágrafo segundo, do Regulamento nº 1.408/71, que en principio están excluídas do ámbito de aplicación do devandito Regulamento.

23. Por conseguinte, procede responder á primeira serie de cuestións formuladas polos órganos xurisdicionais remitentes, nos termos resumidos no apartado 17 desta sentenza, que unha prestación como a asunción, pola entidade que asegura o risco de dependencia, das cotizacións sociais do seguro de vellez do terceiro que presta asistencia domiciliaria a unha persoa dependente, nas circunstancias do litixio principal, constitúe unha prestación de enfermidade da que é beneficiaria a persoa dependente e á que resulta aplicable o Regulamento nº 1.408/71.

Sobre a posibilidade de denegar a asunción das cotizacións do seguro de vellez dun terceiro que se ocupa do coidado dunha persoa dependente baseándose en que un ou outra residen no territorio dun Estado membro distinto do Estado competente.

24. Procede examinar, en primeiro lugar, polo que respecta a un caso como o da Sra. Gaumain-Cerri, se a asunción das cotizacións sociais do seguro de vellez do terceiro que presta asistencia á persoa dependente debe levarse a cabo segundo a normativa do Estado de residencia desta persoa ou segundo a do Estado competente, Estados que son diferentes no suposto contemplado.

25. A este respecto, na sentenza Molenaar, antes citada, o Tribunal de Xustiza houbo de examinar se as distintas prestacións do seguro de dependencia constituían prestacións de enfermidade «en especie» ou prestacións de enfermidade «en metálico». En efecto, segundo os artigos 19 e 20 do Regulamento nº 1.408/71, que teñen por obxecto, en materia de seguros de enfermidade e de maternidade dos traballadores por conta allea ou por conta propia e dos membros da súa familia, situacións nas que os interesados residen nun Estado membro distinto do Estado competente, en particular, como traballadores fronteirizos, o feito de que as prestacións constitúan prestacións «en especie» ou «en metálico» pode determinar qué lexislación é aplicable.

26. Na sentenza Molenaar, antes citada, o Tribunal de Xustiza declarou o seguinte:

«31. Na sentenza do 30 de xuño de 1966, Vaasen-Göbbels (61/65, Rec. pp. 377 e ss., especialmente p. 400), o Tribunal de Xustiza xa indicou, a propósito do Regulamento (CEE) nº 3 do Consello, do 25 de setembro de 1958, sobre a Seguridade Social dos traballadores migrantes (DO 1958, 30, p. 561 [; EE 12/01, p. 3,]), que precedeu ao Regulamento nº 1.408/71 e utilizaba os mesmos termos, que o concepto de "prestacións en especie" non exclúe que a devandita prestación consista en pagamentos efectuados pola institución debedora, especialmente en forma de asunción ou de reembolso de gastos, e que o concepto de "prestacións en metálico" comprende esencialmente as prestacións destinadas a compensar a perda de salario do traballador enfermo.

32. Como xa se indicou [...], as prestacións do seguro de asistencia [seguro de dependencia] consisten, en parte, na asunción ou o reembolso dos gastos ocasionados pola necesidade de coidados especiais do interesado, especialmente dos gastos médicos que implica esta situación. Tales prestacións, destinadas a cubrir os gastos ocasionados polos coidados dispensados ao asegurado, tanto no seu domicilio coma en establecementos especializados, as adquisicións de equipamento e a realización de obras están indubidablemente incluídas entre as "prestacións en especie" a que se [refire] a letra a) do apartado 1 do artigo 19 [...] do Regulamento nº 1.408/71.

33. Pola contra, se ben é certo que tamén o subsidio por coidados está destinado a cubrir determinados gastos ocasionados pola necesidade de coidados, en particular os relativos ao auxilio proporcionado por un terceiro, e non a compensar unha perda de salario sufrida polo beneficiario, non é menos certo que presenta características que o distinguen das prestacións en especie do seguro de enfermidade.

34. En primeiro lugar, o pagamento do subsidio é periódico e non está supeditado nin á realización previa de determinados gastos, como os gastos de coidados, nin, con maior motivo, á presentación de documentos acreditativos dos gastos ocasionados. En segundo lugar, a contía do subsidio fíxase con independencia dos gastos realmente realizados polo beneficiario para remediar as necesidades máis esenciais da súa vida. En terceiro lugar, o beneficiario dispón dunha ampla liberdade na utilización das cantidades que se lle aboan. En parti-

cular, como indicou o propio Goberno alemán, o subsidio por coidados pode ser utilizado polo beneficiario para gratificar unha persoa da súa familia ou do seu círculo que lle coide benevolamente.

35. conseguintemente, o subsidio por coidados preséntase como unha axuda económica que permite mellorar, en conxunto, o nivel de vida das persoas necesitadas de coidados especiais, de forma que se compense o incremento dos gastos ocasionado polo estado en que se atopan.

36. Por conseguinte, debe considerarse que unha prestación como o subsidio por coidados está incluída entre as "prestacións en metálico" do seguro de enfermidade a que se refiren a letra b) do apartado 1 do artigo 19 [...] do Regulamento nº 1.408/71 «.

27. A propia asunción das cotizacións ao seguro de vellez do terceiro que desenvolve actividades de asistencia a domicilio tamén debe considerarse prestación en metálico do seguro de enfermidade polo seu carácter accesorio á asignación de asistencia propiamente dita, no sentido de que a complementa directamente a través dun dos seus posibles fins, a saber, o recurso á asistencia a domicilio por un terceiro, que pretende facilitar.

28. Pois ben, do artigo 19, apartados 1, letra b), e 2, do Regulamento nº 1.408/71 despréndese que os membros da familia dun traballador que residan no territorio dun Estado membro distinto do Estado competente, sempre que non teñan dereito a estas prestacións en virtude da lexislación do Estado no territorio do cal residen, deberán poder beneficiarse no Estado membro da súa residencia das prestacións en metálico do seguro de enfermidade concedidas pola entidade competente do outro Estado membro segundo as disposicións da lexislación que aplique. Polo tanto, a entidade alemá competente segundo a lexislación alemá sobre o seguro de dependencia debe asumir as cotizacións do seguro de vellez do terceiro que se ocupa do coidado dunha persoa dependente que reside en Francia e que é familiar dun traballador afiliado ao seguro de dependencia alemán, coma se a devandita persoa dependente residise en Alemaña, salvo que esta teña dereito a unha prestación equivalente en virtude da lexislación francesa.

29. Dos documentos que obran en autos non se desprende que, no primeiro asunto principal, a entidade do seguro de dependencia KKH alegara que a normativa francesa permite a asunción das cotizacións ao seguro de vellez da Sra. Gaumain-Cerri en concepto da asistencia prestada ao seu fillo necesitado dos seus coidados. Polo tanto, ao non existir tal posibilidade, debe aplicarse a normativa do Estado competente, no caso de autos Alemaña, nas condicións descritas no apartado precedente.

30. Polo que respecta a un caso como o da persoa asistida pola Sra. Barth, non se discute que debe aplicarse a normativa do Estado competente, no caso de autos tamén Alemaña, onde reside a persoa necesitada de asistencia.

31. Por conseguinte, queda por examinar, nunha situación na que resulta aplicable a lexislación do Estado competente, se a entidade competente pode negarse a conceder unha prestación particular do seguro de dependencia, a saber, a asunción do pagamento das cotizacións do seguro de vellez do terceiro que presta asistencia á persoa dependente, baseándose en que o terceiro non reside no territorio do Estado membro competente.

32. En casos como os que constitúen o obxecto dos litixios principais imponse unha resposta negativa, sen que

sexa necesario pronunciarse, como fan algunhas partes coadxuvantes que formularon as súas observacións ante o Tribunal de Xustiza, sobre se os terceiros de que se trata posúen a condición de traballador no sentido do artigo 39 CE ou do Regulamento nº 1.408/71.

33. En efecto, non se discute que, nos casos de autos, estes terceiros posúen a cidadanía da Unión recoñecida polo artigo 17 CE.

34. O estatuto de cidadán da Unión permite a aqueles dos devanditos cidadáns que se atopan na mesma situación obter, no ámbito de aplicación do Tratado, sen prexuízo das excepcións expresamente previstas a este respecto, o mesmo trato xurídico (véxase, en particular, a sentenza do 11 de xullo de 2002, D'Hoop, ?C224/98, Rec. p. ?I6191, apartado 28).

35. Pois ben, en casos como os que constitúen o obxecto dos asuntos principais, negarse a asumir o pagamento das cotizacións do seguro de vellez dun terceiro que presta asistencia a unha persoa dependente baseándose unicamente en que non reside no territorio do Estado competente, a lexislación do cal se aplica, supón outorgar un trato diferente a persoas que se achan na mesma situación, a saber, que ofrecen os seus coidados de forma non profesional, no sentido da lexislación do Estado competente, a beneficiarios do seguro de dependencia regulado por esa mesma lexislación. No devandito contexto, á vista do obxectivo da actividade exercida polos terceiros que prestan asistencia a persoas dependentes, o criterio de residencia destes terceiros non establece, en efecto, unha diferenza obxectiva de situacións que xustifique un trato distinto, senón que supón unha diferenza de trato de situacións comparables que constitúe unha discriminación prohibida polo Dereito comunitario.

36. Por conseguinte, debe responderse á segunda serie de cuestións formuladas por os órganos xurisdicionais remitentes, nos termos resumidos no apartado 18 da presente sentenza, que, no caso de prestacións, como as do seguro de dependencia alemán, outorgadas en condicións como as dos asuntos principais a un asegurado residente no territorio do Estado competente ou a unha persoa que reside no territorio doutro Estado membro e está afiliada ao devandito seguro en concepto de familiar dun traballador, o Tratado, en particular o artigo 17 CE, e o Regulamento nº 1.408/71 opóñense a que a entidade competente se negue a asumir o pagamento das cotizacións do seguro de vellez dun nacional dun Estado membro que actúa como terceiro que presta asistencia ao beneficiario das referidas prestacións baseándose en que dito terceiro ou tal beneficiario residen nun Estado membro distinto do Estado competente.

Costas

37. Os gastos efectuados polos Gobernos alemán e helénico, e pola Comisión, que presentaron observacións ante este Tribunal de Xustiza, non poden ser obxecto de reembolso. Dado que o procedemento ten, para as partes do litixio principal, o carácter dun incidente promovido ante o órgano xurisdicional nacional, corresponde a este resolver sobre as costas.

En virtude de todo o exposto,

O Tribunal de Xustiza,

pronunciándose sobre as cuestións formuladas polo Sozialgericht Hannover e o Sozialgericht Aachen, mediante resolucións do 12 de decembro de 2001 e 18 de xaneiro de 2002, declara:

1) Unha prestación como a asunción, pola entidade que asegura o risco de dependencia, das cotizacións sociais do seguro de vellez do terceiro que presta asistencia domiciliaria a unha persoa dependente, nas circunstancias do litixio principal, constitúe unha prestación de enfermidade da que é beneficiaria a persoa dependente e á que resulta aplicable o Regulamento (CEE) nº 1.408/71 do Consello, do 14 de xuño de 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, os traballadores por conta propia e ás súas familias que se desprazan dentro da Comunidade, na súa versión modificada e actualizada polo Regulamento (CE) nº 118/97 do Consello, do 2 de decembro de 1996.

2) No caso de prestacións, como as do seguro de dependencia alemán, outorgadas en condicións como as dos asuntos principais a un asegurado residente no territorio do Estado competente ou a unha persoa que reside no territorio doutro Estado membro e está afiliada ao devandito seguro en concepto de familiar dun traballador, o Tratado, en particular o artigo 17 CE, e o Regulamento nº 1.408/71 opóñense a que a entidade competente se negue a asumir o pagamento das cotizacións do seguro de vellez dun nacional dun Estado membro que actúa como terceiro que presta asistencia ao beneficiario das referidas prestacións baseándose en que dito terceiro ou tal beneficiario residen nun Estado membro distinto do Estado competente.

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

RESOLUCIÓNS DA DIRECCIÓN XERAL DE RELACIÓNS LABORAIS

Recursos e sancións

REVISTA GALEGA DE

RECURSOS E SANCIÓNS

RESOLUCIÓN DE 1 DE DECEMBRO DE 2004

Examinado o recurso formulado pola empresa de referencia contra a Resolución ditada no expediente sancionador iniciado a raíz do levantamento da Acta de Infracción sinalada e, tendo en conta os seguintes

Feitos

PRIMEIRO.- A Inspección de Traballo e Seguridade Social levantou a citada Acta, por incumprimento do disposto no artigo 35.2 do texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 1/1995, do 24 de marzo (ET), ó comprobarse que dous traballadores do centro de traballo que a empresa ten en ..., superan o tope anual de 80 horas extraordinarias.

Tal infracción atópase tipificada e cualificada como grave no artigo 95.4 ET (art. 7.5 do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto), apreciándose a sanción resultante en grao máximo, en atención á intencionalidade do suxeito infractor debido ó reiterado da súa conduta ó longo do tempo e prexuízo causado á Seguridade Social, por non cotizar as horas extraordinarias, así como prexuízo ós traballadores ós que non se abonou integramente as horas extraordinarias, propoñéndose a imposición dunha multa de 3.004,06 €.

SEGUNDO.- Logo do Informe-proposta de resolución emitido pola Inspección de Traballo no sentido de confirmar a acta, a Delegación Provincial da Coruña, da entón Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais o 17 de outubro de 2002 ditou Resolución na que na súa parte dispositiva estimou procedente impor unha sanción de 3.004,06 €.

TERCEIRO.- Contra a antedita Resolución a empresa interpuxo en tempo e forma recurso, no que solicitaba que se deixase sen efecto a resolución recorrida, conforme ás alegacións que estimou máis conveniente ó seu dereito e que, por razóns de economía procesual, se dan aquí por integramente reproducidas.

CUARTO.- Solicitado informe á Inspección de Traballo e Seguridade Social sobre o contido do citado recurso, aquel é emitido con data do 8 de xullo de 2004.

Fundamentos xurídicos

PRIMEIRO.- A competencia desta Dirección Xeral de Relacións Laborais vén determinada polo Real Decreto 2412/1982, do 24 de xullo (BOE do 28 de setembro), sobre traspaso de competencias en materia de traballo á Comunidade Autónoma de Galicia; Decreto 117/1982, do 5 de outubro (DOG do 19 de outubro), sobre asunción de transferencias en materia de traballo; Decreto 211/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), sobre distribución de competencias entre os órganos da Xunta para a imposición de sancións nas materias laborais, de prevención de riscos e por obstrución do labor inspector; Decreto 212/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), polo que se establece a estrutura orgánica da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais; e demais normas xerais de pertinente aplicación.

SEGUNDO.- Na tramitación do recurso observáronse os requisitos e demais prescricións establecidas na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, parcialmente modificada pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, e no Regulamento xeral sobre procedementos para a imposición de sancións por infraccións de orde social e para expedientes liquidatorios de cotas de seguridade social, aprobado mediante o Real Decreto 928/1998, do 14 de maio.

TERCEIRO.- O informe emitido pola Inspección de Traballo e Seguridade Social, citado no feito cuarto da presente resolución, manifesta:

Que as actuacións comprobatorias se iniciaron o 12-6-01 e remataron o 24.05.02, rebasando o prazo de 9 meses establecido no art. 8.2 do R.D. 928/1998.

Que a posibilidade de recorrer á proba testemuñal vén lexislada no art. 5.3.1 da Lei 42/1997, do 14 de novembro, ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social.

Que o Sr. J.M. foi dado de baixa o 11.07.01 e contratado novamente o 12 de xullo de 2002.

Que no texto da acta se indica o número de días libres ó mes, o número de días de traballo e o horario así como a ausencia de vacacións; téñase en conta que a empresa nunca se persoou no procedemento administrativo que se tramitaba.

CUARTO.- Alega a recorrente que se superaron os prazos previstos no art. 8 do R.d. 928/1998. Pois ben, este precepto sinala expresamente que as "actuacións comprobatorias non se dilatarán por espacio de máis de nove meses salvo que a dilación sexa imputable ó suxeito a inspección". Este artigo sinala expresamente que "decaerá a posibilidade de estender acta de infracción ou de liquidación como consecuencia de tales actuacións previas".

Sen embargo, este prazo non pode ser aplicado ó presente caso, posto que a presente acta nº 738/2002 deriva da Resolución do 5 de marzo de 2002 pola que se anulou o correspondente procedemento sancionador e que permite, no seu fundamento segundo iniciar un novo procedemento sancionador, posibilidade normativamente contemplada no artigo 44.2 en relación co artigo 92.3 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común e que concorre no presente expediente. En consecuencia, non se poden atender as alegacións do recorrente relativas á caducidade das actuacións comprobatorias realizadas pola Inspección, xa que a infracción imputada non prescribiu.

Neste senso xa se manifestou o fundamento segundo da resolución agora impugnada, que sinala expresamente que "a acta 1.201/01 se practicou o 13.09.01, como consecuencia das actuacións do 12.06.01 e 13.08.01 (3 meses). Ditada resolución o 05.03.02, e en cumprimento do art. 21.1 do R.D. 928/1998, remítese copia á Inspección de Traballo, para o seu coñecemento e efectos, e tivo entrada nesa dependencia o 03.04.02. Posto que a actual acta ten data do 24.05.02, nin houbo paralización superior a 3 meses, nin se superaron o 9 establecidos", argumento que se comparte pola presente.

A isto debe engadirse que a anulación da primeira acta non implica a invalidez das actuacións levadas a cabo con anterioridade ó levantamento do referido documento público, xa que, o principio de economía procesual impón a conservación dos actos ou trámites o contido dos cales sería o mesmo de repetirse as actuacións. En consecuencia, unha vez anulado o acto viciado, isto é, a acta nº 1.201/01, resulta procedente levantar unha nova acta en base ós feitos que previamente foron comprobados pola Inspección, sen necesidade de que esta realice de novo actuacións comprobatorias, pois estas foron válidas e como tales, deben conservarse.

Polo demais, o alegado en vía de recurso non desvirtúa o xa resolto en instancia nin introduce cuestión nova ningunha que non fora tida en conta, limitándose o recorrente a facer simples interpretacións acomodaticias ó seu propio interese. Considérase, polo tanto, que queda suficientemente acreditada a infracción a través da Acta da Inspección actuante e, dado o valor e forza probatoria que se lle deben atribuír ás Actas levantadas pola Inspección de Traballo, segundo dispón o artigo 53.2 do Texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante o Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, ó non ser esta destruída por proba suficiente en contrario e estimando axeitada a tipificación e cualificación que da infracción se fai, procede confirmar a resolución de instancia en todos os seus extremos.

Vistos os preceptos legais citados e demais de xeral aplicación, esta Dirección Xeral de Relacións Laborais

Resolve

DESESTIMAR o recurso interposto por dona C.V.P. en representación da empresa "C.P.V.C., S.A.", contra a Resolución de data do 17 de outubro de 2002 acordada pola Delegación Provincial da Coruña, da entón Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais e confirmar a sanción de multa de 3004,06 € imposta a citada empresa.

RESOLUCIÓN DE 13 DE DECEMBRO DE 2004

Examinado o recurso formulado pola empresa de referencia contra a Resolución ditada no expediente sancionador iniciado a raíz do levantamento da Acta de Infracción sinalada e, tendo en conta os seguintes

Feitos

PRIMEIRO.- A Inspección de Traballo e Seguridade Social levantou a citada Acta, por:

1. Incumprimento do disposto no art. 5.e) do anexo IV, parte C do Real decreto 1.627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e de saúde nas obras de construción, en relación co anexo I, 9.1ª, 4ª e 6ª do Real decreto 486/1997, do 14 de abril, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde nos centros de traballo, en relación coas deficiencias observadas na escaleira de man pola que se accedía da planta baixa á primeira.

2. Infracción do art. 3.a) e b) do anexo IV; parte C, do R.D. 1.627/1997 en relación co art. 3.d) e anexo I, art. 9 do Real Decreto 773/1997, do 30 de maio, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde relativas á utilización polos traballadores de equipos de protección individual, pola ausencia de protección da planta segunda e ausencia de uso do cinto de seguridade.

A primeira infracción atópase tipificada e cualificada como leve no artigo 11.4 do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, apreciándose a sanción resultante en grao medio, en atención ó número de traballadores afectados, propoñéndose a imposición dunha multa de 301 €.

A segunda infracción atópase tipificada e cualificada como grave no artigo 12.16.b) do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, apreciándose a sanción resultante en grao mínimo, propoñéndose a imposición dunha multa de 1.503 €.

SEGUNDO.- Logo do Informe-proposta de resolución emitido pola Inspección de Traballo no sentido de confirmar a acta, a Delegación Provincial da Coruña, da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais o 30 de maio de 2003 ditou Resolución na que na súa parte dispositiva estimou procedente impor unha sanción de 1.804 €.

TERCEIRO.- Contra a antedita Resolución a empresa interpuxo en tempo e forma recurso, no que solicitaba que se deixase sen efecto a resolución recorrida, conforme ás alegacións que estimou máis conveniente ó seu dereito e que, por razóns de economía procesual, se dan aquí por integramente reproducidas.

Fundamentos xurídicos

PRIMEIRO.- A competencia desta Dirección Xeral de Relacións Laborais vén determinada polo Real Decreto 2.412/1982, do 24 de xullo (BOE do 28 de setembro), sobre traspaso de competencias en materia de traballo á Comunidade Autónoma de Galicia; Decreto 117/1982, do 5 de outubro (DOG do 19 de outubro), sobre asunción de transferencias en materia de traballo; Decreto 211/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), sobre distribución de competencias entre os órganos da Xunta para a imposición de sancións nas materias laborais, de prevención de riscos e por obstrución do labor inspector; Decreto 212/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), polo que se establece a estrutura orgánica da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais; e demais normas xerais de pertinente aplicación.

SEGUNDO.- Na tramitación do recurso observáronse os requisitos e demais prescricións establecidas na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, parcialmente modificada pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, e no Regulamento xeral sobre procedementos para a imposición de sancións por infraccións de orde social e para expedientes liquidatorios de cotas de seguridade social, aprobado mediante o Real Decreto 928/1998, do 14 de maio.

TERCEIRO.- En relación coas alegacións feitas polo agora recorrente cabe facer as seguintes precisións:

1. Respecto do número de traballadores existentes na obra no momento da visita inspectora, non cabe máis que reiterar o xa manifestado pola inspectora actuante no informe emitido á vista das alegacións á acta realizadas pola empresa, e que insistían neste punto. O nome dos traballadores foi proporcionado polo encargado da obra ou polos propios traballadores, resultando indiferente, a efectos de cometerse a infracción, que foran seis ou nove os afectados. En todo caso, a empresa non achega ningunha proba que demostre o anterior e a declaración dos traballadores solicitada por aquela non se considera pertinente pois reiterada xurisprudencia resta valor probatorio ás declaracións dos empregados da empresa inculpada pola falta de imparcialidade, que vén dada pola dependencia económica dos traballadores respecto da empregadora (sentenzas do Tribunal Supremo do 31.05.90, 04.02.72). Neste senso, a devandita liña xurisprudencial afirma que "á declaración xurada expedida polo traballador, no senso de non cometerse falta ou infracción, pode poñérselle tacha legal, a teor do art. 660 da Lei de Axuizamento Civil, pois estas declaracións soen ser pactos de compracencia entre a empresa e persoas que teñen relación de dependencia con ela" (sentenzas do Tribunal Supremo do 15.12.62 e 10.06.63).

2. En relación cos feitos obxecto de sanción, non procede admitir que non se concretaron adecuadamente, tal e como se afirma no recurso da empresa. Unha lectura atenta da acta non demostra máis que o contrario: as deficiencias da escaleira de man aparecen detalladas (buratos nos largueiros, o pasamáns nun estremo sen unir ó largueiro, algún chanzo dobrado, e sen que sobresaíra por encima da planta); descríbese a ausencia de medidas de protección colectiva mencionándose a corda tensada a que fai referencia o agora recorrente, e a falta de uso dos cintos de seguridade, pese o perigo de caída de altura existente. O mesmo plano de seguridade da empresa establece medidas de protección en estrutura como redes de bandexa abatibles, redes verticais e horizontais, etc, medidas que pese a todo, non foron instaladas pola empregadora.

3. Alega a empresa que non se paralizaron os traballos e que isto pon de manifesto a ausencia de perigo. Neste senso, dicir que o art. 44 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, establece a posibilidade de adoptar esta medida cando o inspector observe a existencia dun risco grave e inminente. Na mesma liña maniféstase o art. 7.10 da Lei 42/1997, do 14 de novembro, ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social, que establece que "Os inspectores de Traballo e Seguridade Social, finalizada a actividade comprobatoria inspectora, poderán adoptar as seguintes medidas (…) Ordenar a paralización inmediata de traballos ou tarefas por inobservancia da normativa sobre prevención de riscos laborais, de concorrer risco grave e inminente para a seguridade ou saúde dos traballadores".

En consecuencia, para proceder a adopción da citada medida cautelar é preciso que o inspector ou inspectora observe a existencia dun risco grave e inminente (definidos no art. 4 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais), a existencia do cal determinaría a tipificación da infracción como moi grave, suposto que non se da no presente caso.

4. Respecto da ausencia de emprego de cinto de seguridade, consta na acta como a inspectora observou directa e persoalmente que ningún traballador usaba cinto de seguridade. O art. 17.2 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais sinala que o empresario non só debe proporcionar ós traballadores equipos de protección individual senón tamén velar polo seu uso efectivo cando sexan necesarios. Na mesma liña, o Tribunal Supremo, na súa sentenza do 03.03.98 establece que "no desenvolvemento da actividade laboral dunha empresa existe, como indica a sentencia do 22 de abril de 1989, un deber de seguridade por parte do titular daquela que obriga a esixir ó traballador a utilización dos medios dispositivos preventivos de seguridade, impedindo, se isto fora necesario, a actividade laboral de quen, por imprudencia ou neglixencia, incumpra o debido uso daqueles, incluso a través do exercicio da actividade disciplinaria. E é que, como di a sentenza do 22 de outubro de 1982, a débeda de seguridade da empresa cos seus traballadores non se esgota con darlles os medios normais de protección, senón que vén ademais obrigada á axeitada vixilancia do contido das súas instrucións, que deben tender non só á finalidade de protexer ós traballadores do risco xenérico que crea ou esixe o servizo encomendado, senón ademais á prevención das ordinarias imprudencias profesionais. Esta doutrina é continuadora da anteriormente establecida nas sentenzas do 4 de outubro e 6 de novembro de 1976, onde se resalta que como contrapartida á facultade organizadora da empresa polo seu titular, sobre este recae a escrupulosa observación das medidas preventivas na seguridade do traballador".

CUARTO.- Tendo en conta todo o anterior, procede concluír que o alegado en vía de recurso non desvirtúa o xa resolto en instancia nin introduce cuestión nova ningunha que non fora tida en conta, limitándose o recorrente a facer simples interpretacións acomodaticias ó seu propio interese. Considérase, polo tanto, que queda suficientemente acreditada a infracción a través da Acta da Inspección actuante e, dado o valor e forza probatoria que se lle deben atribuír ás Actas levantadas pola Inspección de Traballo, segundo dispón o artigo 53.2 do Texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante o Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, ó non ser esta destruída por proba suficiente en contrario e estimando axeitada a tipificación e cualificación que da infracción se fai, procede confirmar a resolución de instancia en todos os seus extremos.

Vistos os preceptos legais citados e demais de xeral aplicación, esta Dirección Xeral de Relacións Laborais

Resolve

DESESTIMAR o recurso interposto por don A.O.N. en representación da empresa "C., S.A.", contra a Resolución de data do 30 de maio de 2003 acordada pola Delegación Provincial da Coruña, da entón Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais e confirmar a sanción de multa de 1.804 € imposta á citada empresa.

RESOLUCIÓN DE 13 DE DECEMBRO DE 2004

Examinado o recurso formulado pola empresa "A., S.A." contra a Resolución ditada no expediente sancionador iniciado a raíz do levantamento da Acta de Infracción sinalada e, tendo en conta os seguintes

Feitos

PRIMEIRO.- A Inspección de Traballo e Seguridade Social levantou a citada Acta, por:

1. Infracción do art. 3.a) e b), parte C, Anexo IV, do Real decreto 1.627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e de saúde nas obras de construción; en relación coa falta de protección colectiva existindo risco de caída de altura.

2. Incumprimento do disposto no artigo 3; art. 6 do Anexo I; art. 2 do Anexo III e art. 6 do Anexo IV do Real decreto 773/1997, do 30 de maio, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde relativas á utilización polos traballadores de equipos de protección individual, en relación co art. 17.2 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, pola falta de utilización de equipos de protección individual.

A primeira infracción atópase tipificada e cualificada como grave no artigo 12.16.f) do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, apreciándose a sanción resultante en grao mínimo, de conformidade co disposto nos artigos 39 e 40 da mesma norma legal propoñéndose a imposición dunha multa de 1.503 €.

A segunda infracción atópase tipificada e cualificada como leve no artigo 11.4 do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, apreciándose a sanción resultante en grao mínimo, de conformidade co disposto nos artigos 39 e 40 da mesma norma legal, propoñéndose a imposición dunha multa de 100 €.

Conforme ó disposto no art. 43.2 do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, apréciase a responsabilidade solidaria da contratista principal da obra, "A., S.A.", xunto coa subcontratista citada no encabezamento.

SEGUNDO.- Logo do Informe-proposta de resolución emitido pola Inspección de Traballo no sentido de confirmar a acta, emitido á vista das alegacións realizadas por ABECONSA, SA, e tras tramitar audiencia á empresa, conforme ó art. 18.2 do R.d. 928/1998, do 14 de maio, a Delegación Provincial da Coruña, da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais o 6 de maio de 2004 ditou Resolución na que na súa parte dispositiva estimou procedente impor unha sanción por un total de 1.603 € ás empresas "C.V.S., S.L." e "A., S.A." solidariamente.

TERCEIRO.- Contra a antedita Resolución a empresa "A., S.A." interpuxo en tempo e forma recurso, no que solicitaba que se deixase sen efecto a resolución recorrida, conforme ás alegacións que estimou máis conveniente ó seu dereito e que, por razóns de economía procesual, se dan aquí por integramente reproducidas.

Fundamentos xurídicos

PRIMEIRO.- A competencia desta Dirección Xeral de Relacións Laborais vén determinada polo Real Decreto 2.412/1982, do 24 de xullo (BOE do 28 de setembro), sobre traspaso de competencias en materia de traballo á Comunidade Autónoma de Galicia; Decreto 117/1982, do 5 de outubro (DOG do 19 de outubro), sobre asunción de transferencias en materia de traballo; Decreto 211/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), sobre distribución de competencias entre os órganos da Xunta para a imposición de sancións nas materias laborais, de prevención de riscos e por obstrución do labor inspector; Decreto 212/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), polo que se establece a estrutura orgánica da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais; e demais normas xerais de pertinente aplicación.

SEGUNDO.- Na tramitación do recurso observáronse os requisitos e demais prescricións establecidas na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, parcialmente modificada pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, e no Regulamento xeral sobre procedementos para a imposición de sancións por infraccións de orde social e para expedientes liquidatorios de cotas de seguridade social, aprobado mediante o Real Decreto 928/1998, do 14 de maio.

TERCEIRO.- En relación coas alegacións feitas pola recorrente, cabe facer as seguintes precisións:

1. O art. 53.2 do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real Decreto Lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, establece expresamente que os feitos constatados polos funcionarios da Inspección de Traballo e Seguridade Social que se formalicen nas actas de infracción terán presunción de certeza, sen prexuízo das probas que poidan aportar os interesados en defensa dos seus dereitos. No suposto que nos ocupa, a funcionaria actuante comprobou directa e persoalmente, tal e como se sinala na acta que un traballador, debidamente identificado na acta, prestaba servizos sen que existiran medidas de protección colectiva axeitadas fronte ó risco de caída desde unha altura aproximada de nove metros e sen empregar calzado de seguridade, senón calzado deportivo. Están concretados na acta, os feitos relevantes a efectos de cualificación e gradación das infraccións, e incluídas especificacións como o lugar exacto da prestación de servizos e a súa altura, o nome do traballador implicado, etc.

2. Os feitos obxecto de infracción foron, polo tanto e como xa quedou dito, comprobados directa e persoalmente pola funcionaria e gozan, polo tanto, da presunción legal de certeza predicable das actas levantadas pola Inspección de Traballo e Seguridade Social, presunción que ten o seu fundamento "na imparcialidade e na especialización técnica que en principio debe recoñecerse ós funcionarios que estenden as actas" (Sentencia do Tribunal Supremo do 24.01.89), e que consiste en que o seu contido fáctico non necesita ser probado, e que determina a inversión da carga da proba, de xeito que corresponde á entidade inculpada negar a veracidade dos feitos amparados pola presunción, non só mediante alegacións, senón mediante probas de que os feitos dados por certos pola inspectora, en realidade non o son. En todo caso, a proba en contrario para destruír a presunción iuris tantum de veracidade da acta ha de ser eficiente, precisa e plenamente convincente, en palabras da Sentencia da Audiencia Territorial de Bilbao do 11.02.89, que recolle doutrina do Tribunal Supremo.

En uso do seu dereito, nas alegacións á acta, a empresa solicitou como probas a declaración dos traballadores don M.B.R. e don W.V.L. así como do representante legal da empresa, ademais da inspección ocular dos feitos. En resposta a esta petición, a Delegación enviou con data do 20 de xaneiro de 2004, oficio no que se lle concedía un prazo de dez días para presentar as declaracións xuradas dos traballadores, declaracións que foron achegadas pola empresa e debidamente valoradas previamente ó ditado da resolución recorrida.

Polo que se refire á inspección ocular solicitada, debe manifestarse que non se considera necesaria por canto os feitos descritos na acta foron comprobados directa e persoalmente pola inspectora actuante e efectivamente, as condicións existentes o día 14 de novembro de 2003 ás 10:30,data da visita inspectora, non poden ser as mesmas que en xaneiro de 2004.

Respecto da declaración dos traballadores reiterar, por unha banda, que os feitos foron observados directamente pola funcionaria, e por outra, que reiterada xurisprudencia resta valor probatorio ás declaracións dos empregados da empresa inculpada pola falta de imparcialidade, que vén dada pola dependencia económica dos traballadores respecto da empregadora (sentenzas do Tribunal Supremo do 31.05.90, 04.02.72). Neste senso, a devandita liña xurisprudencial afirma que "á declaración xurada expedida polo traballador, no senso de non cometerse falta ou infracción, pode poñérselle tacha legal, a teor do art. 660 da Lei de Axuizamento Civil, pois estas declaracións soen ser pactos de compracencia entre a empresa e persoas que teñen relación de dependencia con ela (sentenzas do Tribunal Supremo do 15.12.62 e 10.06.63).

3. A empresa tamén trata de exonerarse da súa responsabilidade trasladándoa ó traballador, indicando que tiña ó seu alcance os medios de protección necesarios como cinto de seguridade e calzado de protección. Ó respecto manifestar que en ningún caso se pode admitir que a decisión sobre si se empregou ou non o equipo de protección individual corresponda en exclusiva ó traballador. É máis, pódese dicir que, de conformidade co noso ordenamento laboral, o que debe suceder é o contrario: o empresario debe garantir o efectivo cumprimento das normas de seguridade a través das medidas axeitadas a este fin. Neste senso, o art. 17.2 da Lei 31/95, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, establece como obriga do empresario non só proporcionar ós traballadores equipos de protección individual adecuados para o cumprimento das súas

funcións, senón tamén a de "velar polo uso efectivo dos mesmos cando, pola natureza dos traballos realizados, sexan necesarios".

Neste senso, o Tribunal Supremo, na súa sentencia do 03.03.98 establece que "no desenvolvemento da actividade laboral dunha empresa existe, como indica a sentencia do 22 de abril de 1989, un deber de seguridade por parte do titular daquela que obriga a esixir ó traballador a utilización dos medios dispositivos preventivos de seguridade, impedindo, se isto fora necesario, a actividade laboral de quen, por imprudencia ou neglixencia, incumpra o debido uso daqueles, incluso a través do exercicio da actividade disciplinaria. E é que, como di a sentencia do 22 de outubro de 1982, a débeda de seguridade da empresa cos seus traballadores non se esgota con darlles os medios normais de protección, senón que vén ademais obrigada á axeitada vixilancia do contido das súas instrucións, que deben tender non só á finalidade de protexer ós traballadores do risco xenérico que crea ou esixe o servizo encomendado, senón ademais á prevención das ordinarias imprudencias profesionais. Esta doutrina é continuadora da anteriormente establecida nas sentenzas do 4 de outubro e 6 de novembro de 1976, onde se resalta que como contrapartida á facultade organizadora da empresa polo seu titular, sobre este recae a escrupulosa observación das medidas preventivas na seguridade do traballador".

Na mesma liña, pódese citar a sentencia do 11.02.98 da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, na que se recolle que "agora ben, a dilixencia esixible a un prudente empregador para previr e impedir que se produza unha situación de perigo ou de risco para a integridade física dos seus empregados, non queda esgotada por ter proporcionado ó traballador os medios de protección necesarios, senón que é preciso que ademais exista un control ou vixilancia que permita garantir a utilización, por parte do traballador, daqueles medios protectores, facilitados polo empresario, tendentes a impedir a produción de situacións de risco".

4. En canto á ausencia de notificación da proposta de resolución debe sinalarse que este expediente sancionador se tramitou conforme ó procedemento sancionador establecido legal e regulamentariamente, procedemento onde a propia acta de infracción levantada pola Inspección de Traballo e Seguridade Social opera como proposta de resolución e que foi debidamente notificada ó suxeito responsable, sen que con posterioridade sufrira ningunha modificación.

5. Segundo a normativa vixente aplicable ós procedementos sancionadores na orde social, non existe obriga de notificar o informe ampliatorio ó inculpado. Non obstante o anterior, de acordo co artigo 17.4 do Real Decreto 928/1998, e co artigo 35.a) da Lei 30/1992, os interesados poderán ver o expediente e mesmo obter copias dos documentos contidos neles. Polo tanto, non pode admitirse que a entidade inculpada se atopara nunha situación de indefensión, posto que, en todo caso, tivo a posibilidade de solicitar copia do informe ampliatorio da inspección, podendo, no momento de interpoñer o presente recurso de alzada, facer as alegacións que estimara pertinentes en relación co referido informe (que foi reproducido na súa esencia na resolución recorrida), tendentes a desvirtuar o seu contido.

6. En relación coa ausencia do trámite de audiencia previsto no art. 18.4 do R.D. 928/1998, sinalar que soamente é preceptivo cando formuladas alegacións se desprenda das dilixencias practicadas a invocación ou concorrencia de feitos distintos ós reseñados na acta non sucedendo no presente caso este suposto, xa que o informe da Inspección non engade ningún feito novo que non constara na acta, senón que se limita a ratificar

aqueles feitos e a constatar que a empresa non achega ningunha proba do cumprimento das súas obrigas. En consecuencia, considérase que non se causou ningunha indefensión á recorrente.

CUARTO.- Tendo en conta todo o anterior, procede concluír que o alegado en vía de recurso non desvirtúa o xa resolto en instancia nin introduce cuestión nova ningunha que non fora tida en conta, limitándose o recorrente a facer simples interpretacións acomodaticias ó seu propio interese que carecen de virtualidade xurídica para enervar os razoamentos da resolución impugnada. Considérase, polo tanto, que quedan suficientemente acreditadas as infraccións a través da Acta da Inspección actuante e, dado o valor e forza probatoria que se lle deben atribuír ás Actas levantadas pola Inspección de Traballo, segundo dispón o artigo 53.2 do Texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante o Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, ó non ser esta destruída por proba suficiente en contrario e estimando axeitada a tipificación e cualificación que das infraccións se fai, procede confirmar a resolución de instancia en todos os seus extremos.

Vistos os preceptos legais citados e demais de xeral aplicación, esta Dirección Xeral de Relacións Laborais

Resolve

DESESTIMAR o recurso interposto por don J.R.Y. en representación da empresa "A., S.A.", contra a Resolución de data do 6 de maio de 2004 acordada pola Delegación Provincial da Coruña, da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais e confirmar a sanción de multa de 1.603 € imposta á citada empresa solidariamente con "C.V.S.,S.L.".

RESOLUCIÓN DE 21 DE DECEMBRO DE 2004

Examinado o recurso formulado pola empresa "C.I., S.L." contra a Resolución ditada no expediente sancionador iniciado a raíz do levantamento da Acta de Infracción sinalada e, tendo en conta os seguintes

Feitos

PRIMEIRO.- A Inspección de Traballo e Seguridade Social levantou a citada Acta, con data do 27 de marzo de 2003, e trala investigación do accidente laboral sufrido polo traballador don A.F.A., por incumprimento do disposto no artigo 277 da Ordenanza laboral da construción, vidro e cerámica, aprobada por Orde ministerial do 28.08.70, e punto 3.b da parte C do anexo IV do Real decreto 1.627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e de saúde nas obras de construción; pola realización de obras de colocación de forxados, sen que a empresa "C.F., S.L." adoptara ningunha medida para evitar o risco de caída dos traballadores.

Tal infracción atópase tipificada e cualificada como grave no artigo 12.16.f) do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, apreciándose a sanción resultante en grao

mínimo, e en atención ós danos causados ó traballador, de conformidade co disposto no artigo 39.3.a) da mesma norma lega, proponse a imposición dunha multa de 4.010 €.

Apréciase responsabilidade solidaria da empresa principal "C.I., S.L." en virtude do art. 24.3 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais e art. 42.3 do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, xa citado.

SEGUNDO.- Logo do Informe-proposta de resolución emitido pola Inspección de Traballo no sentido de confirmar a acta, a Delegación Provincial de Ourense, da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais o 10 de xuño de 2003 ditou Resolución na que na súa parte dispositiva estimou procedente impor unha sanción de 4.010 €.

TERCEIRO.- Contra a antedita Resolución a empresa "C.I., S.L." interpuxo en tempo e forma recurso, no que solicitaba que se deixase sen efecto a resolución recorrida, conforme ás alegacións que estimou máis conveniente ó seu dereito e que, por razóns de economía procesual, se dan aquí por integramente reproducidas.

Fundamentos xurídicos

PRIMEIRO.- A competencia desta Dirección Xeral de Relacións Laborais vén determinada polo Real Decreto 2.412/1982, do 24 de xullo (BOE do 28 de setembro), sobre traspaso de competencias en materia de traballo á Comunidade Autónoma de Galicia; Decreto 117/1982, do 5 de outubro (DOG do 19 de outubro), sobre asunción de transferencias en materia de traballo; Decreto 211/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), sobre distribución de competencias entre os órganos da Xunta para a imposición de sancións nas materias laborais, de prevención de riscos e por obstrución do labor inspector; Decreto 212/2003, do 3 de abril (DOG do 11 de abril), polo que se establece a estrutura orgánica da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais; e demais normas xerais de pertinente aplicación.

SEGUNDO.- Na tramitación do recurso observáronse os requisitos e demais prescricións establecidas na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, parcialmente modificada pola Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, e no Regulamento xeral sobre procedementos para a imposición de sancións por infraccións de orde social e para expedientes liquidatorios de cotas de seguridade social, aprobado mediante o Real decreto 928/1998, do 14 de maio.

TERCEIRO.- En relación coas alegacións feitas polo agora recorrente, cabe facer as seguintes precisións:

1. A empresa alega a nulidade de pleno dereito do procedemento sancionador, por non terse efectuado trámite de audiencia. Ó respecto procede indicar que este trámite soamente é obrigatorio nos casos previstos no artigo 18.2 do R.D. 928/98 (cando o imputado non formulase alegacións) e no caso establecido no artigo 18.4 (cando formuladas alegacións se desprenda das dilixencias practicadas a invocación ou concorrencia de feitos distintos ós reseñados na acta) non sucedendo no presente caso ningún dos dous supostos, xa que o recorrente, por unha banda, presentou alegacións, e por outra, a resolución fíxose conforme ós feitos contidos na acta, á súa tipificación e gradación da sanción, sen que o informe emitido pola Inspección á vista das alegacións formuladas á

acta, engadise ningún feito novo que fora tido en conta, senón que se limitou a ratificar o contido da acta que xa fora debidamente notificada ós suxeitos infractores.

2. En relación coa responsabilidade da empresa principal, indicar que deriva do disposto no art. 42.3 da Lei de Infraccións e sancións na orde social, segundo o cal "A empresa principal responderá solidariamente cos contratistas e subcontratistas a que se refire o art. 24.3 da Lei de Prevención de Riscos Laborais do incumprimento, durante o período da contrata, das obrigas impostas pola mesma lei na relación cos traballadores que aqueles ocupen nos centros de traballo da empresa principal, sempre que a infracción se producira no centro de traballo do mesmo empresario principal. No citado apto 3 do art. 24 da Lei de prevención de riscos laborais establécese que "as empresas que contraten ou subcontraten con outras a realización das obras ou servizos correspondentes á propia actividade de aquelas e que se desenvolvan nos seus propios centros de traballo, deberán viciar o cumprimento por ditos contratistas e subcontratistas da normativa de prevención de riscos laborais".

Tal e como viña declarando a xurisprudencia (entre outras, STC de 23.07.01, de 26.01.02, 23.07.02), a presenza dos traballadores pertencentes ao contratista ou subcontratista no centro de traballo da empresa principal vincula ambos os dous ao cumprimento das normas de seguridade e hixiene. Debe velarse polo devandito cumprimento tanto dende a perspectiva da organización do centro, que incumbe á primeira, coma dende a perspectiva da dirección|enderezo da actividade dos traballadores que corresponde ao contratista ou subcontratista.

Por conseguinte, a responsabilidade do empresario principal non é unha responsabilidade presunta fundada no mero feito da subcontratación, senón unha responsabilidade fundada no principio de culpabilidade no incumprindo das obrigas de seguridade e hixiene que deriva das facultades de organización do centro de traballo sempre que se trate de actividades propias. A empresa "C.I., S.L.", por conseguinte, resulta afectada administrativamente e a súa responsabilidade éo en base aos artigos xa citados, e polo tanto, ou acordo entre partes que a empresa pretende facer valer para eludir a súa responsabilidade non pode ser vinculante aos efectos administrativos por canto pon en prexuízo os dereitos de terceiros, cales son os dereitos á seguridade e integridade física e saúde dos traballadores.

CUARTO.- Tendo en conta todo o anterior, procede concluír que o alegado en vía de recurso non desvirtúa o xa resolto en instancia nin introduce cuestión nova ningunha que non fora tida en conta, limitándose o recorrente a facer simples interpretacións acomodaticias ó seu propio interese. Considérase, polo tanto, que queda suficientemente acreditada a infracción a través da Acta da Inspección actuante e, dado o valor e forza probatoria que se lle deben atribuír ás Actas levantadas pola Inspección de Traballo, segundo dispón o artigo 53.2 do Texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, aprobado mediante o Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, ó non ser esta destruída por proba suficiente en contrario e estimando axeitada a tipificación e cualificación que da infracción se fai, procede confirmar a resolución de instancia en todos os seus extremos.

Vistos os preceptos legais citados e demais de xeral aplicación, esta Dirección Xeral de Relacións Laborais

Resolve

DESESTIMAR o recurso interposto por don F.A.R. en representación da empresa "C.I., S.L.", contra a Resolución de data do 10 de xuño de 2003 acordada pola Delegación Provincial de Ourense, da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais e confirmar a sanción de multa de 4.010 € imposta á citada empresa solidariamente con "C.F.,S.L.".

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

LEXISLACIÓN

- Relación de normas publicadas no Diario Oficial de Galicia (DOG)
- Relación de normas publicadas no Boletín Oficial do Estado (BOE)
- Relación de disposicións publicadas no Diario Oficial das Comunidades Europeas (DOCE)

DEREITO SOCIAL DE GALICIA

RELACIÓN DE NORMAS PUBLICADAS NO DIARIO OFICIAL DE GALICIA (DOG)

Lei 7/2004, do 16 de xullo, galega para a igualdade de mulleres e homes. (DOG 03.08)

Lei 9/2004, do 10 de agosto, de seguridade industrial de Galicia. (DOG 26.08)

Lei 13/2004, do 29 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2005. (DOG 30.12)

Lei 14/2004, do 29 de decembro, de medidas tributarias e de réxime administrativo. (DOG 30.12)

Decreto 181/2004, do 15 de xullo, polo que se aproba o calendario laboral para o ano 2005 na Comunidade Autónoma de Galicia. (DOG 02.08)

Decreto 200/2004, do 29 de xullo, polo que se crea o Instituto Galego de Seguridade e Saúde Laboral e se regula o Consello Galego de Seguridade e Saúde Laboral. (DOG 13.08)

Decreto 248/2004, do 14 de outubro, polo que se regulan os procedementos de conciliación e arbitraxe cooperativa. (DOG 29.10)

Decreto 300/2004, do 22 de decembro, polo que se modifica o Decreto 148/2002, do 18 de abril, polo que se establece no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia o programa Labora: Xuventude con Experiencia. (DOG 28.12)

Orde do 30 de xuño de 2004 pola que se modifica a Orde do 8 de xaneiro de 2004, pola que se establecen axudas económicas de carácter social para os traballadores do mar. (DOG 15.07)

Orde do 9 de xullo de 2004 pola que se regula a creación dun catálogo de expertos docentes así como o establecemento do procedemento de selección e contratación de expertos para a impartición de accións formativas do Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (Plan FIP) nos centros de formación profesional ocupacional dependentes da Xunta de Galicia.(DOG 20.07)

Orde do 11 de xullo de 2004 pola que se establecen as bases reguladoras e se procede á convocatoria pública de subvencións para a programación de accións formativas dirixidas a traballadores ocupados, cofinanciadas polo Fondo Social Europeo na Comunidade Autónoma de Galicia para o exercicio de 2004. (DOG 26.07)

Orde do 15 de xuño de 2004 pola que se establecen as bases reguladoras e se convocan para 2004 incentivos ás familias para a conciliación da vida laboral e familiar. (DOG 27.07)

Orde do 29 de xullo de 2004 pola que se establecen as bases reguladoras das axudas e subvencións para a contratación de técnicos locais de emprego no ámbito da colaboración da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, coas entidades locais e se procede á súa convocatoria para o ano 2004. (DOG 18.08)

Orde do 30 de xullo de 2004 pola que se declara de interese galego a Fundación Galega para a Dinamización do Emprego e se Ordena a súa inscrición no Rexistro de Fundacións de Interese Galego. (DOG 01.09)

Orde do 8 de setembro de 2004 pola que se declara de interese galego a Fundación para o Fomento da Iniciativa Empresarial. CEG e se ordena a súa inscrición no Rexistro de Fundacións de Interese Galego. (DOG 15.09)

Orde do 23 de setembro de 2004 pola que se amplía o prazo para a presentación de solicitudes, ao abeiro da Orde do 15 de xuño de 2004, pola que se establecen as bases reguladoras e se convocan incentivos ás familias para a conciliación da vida laboral e familiar. (DOG 27.09)

Orde do 11 de novembro 2004 pola que se aproba a convocatoria, de ámbito autonómico, para a concesión de subvencións públicas mediante contratos programa para a formación de traballadores ocupados, en aplicación da Orde TAS/2783/2004, do 30 de xullo, pola que se establecen as bases reguladoras para a concesión das citadas subvencións, cofinanciadas polo Fondo Social Europeo. (DOG 15.11)

Orde do 11 de novembro de 2004 pola que se aproba a convocatoria para a concesión de subvencións públicas destinadas á realización de accións complementarias e de acompañamento á formación, de ámbito autonómico, en aplicación da Orde TAS/2782/2004, do 30 de xullo, pola que se establecen as bases reguladoras para a concesión das citadas subvencións, cofinanciadas polo Fondo Social Europeo. (DOG 15.11)

Orde do 2 de decembro de 2004 pola que se desenvolven os programas de promoción e divulgación do cooperativismo e a economía social. (DOG 10.12)

Orde do 16 de decembro de 2004 pola que se establece a convocatoria pública para a programación de cursos do Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional na Comunidade Autónoma de Galicia correspondente ao exercicio de 2005. (DOG 24.12)

Orde do 16 de decembro de 2004 pola que se regula o réxime de subvencións ás centrais sindicais para o ano 2005. (DOG 28.12)

Orde do 17 de decembro de 2004 pola que se establecen as bases reguladoras e se procede á convocatoria pública de subvencións para a programación de accións formativas experimentais e complementarias do Plan FIP dirixidas a desempregados cofinanciadas polo Fondo Social Europeo na Comunidade Autónoma de Galicia para o exercicio de 2005. (DOG 29.12)

Resolución do 14 de xullo de 2004, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, pola que se ordena o rexistro e a publicación, no Diario Oficial de Galicia, do acordo sobre dereitos de participación do persoal ao servizo da Administración da Xunta de Galicia en materia de prevención de riscos laborais. (DOG 18.08)

Resolución do 16 de decembro de 2004, da Dirección Xeral de Relacións Laborais, complementaria da do 28 de outubro de 2004, pola que se lles dá publicidade ás festas laborais de carácter local para o ano 2005, correspondentes aos concellos das catro provincias da Comunidade Autónoma de Galicia. (DOG 29.12)

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

RELACIÓN DE NORMAS PUBLICADAS NO BOLETÍN OFICIAL DO ESTADO (BOE)

Ley 5/2004, de 8 de julio, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Galicia.

(BOE 20.08.04)

Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres.

(BOE 21.09.04)

Ley 9/2004, de 10 de agosto, de seguridad industrial de Galicia.

(BOE 23.09.04)

Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales.

(BOE 22.12.04)

Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

(BOE 28.12.04)

Real Decreto-Ley 10/2004, de 23 de diciembre, por el que se amplía el plazo de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo.

(BOE 28.12 .04)

Real Decreto-Ley 11/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica, en materia de pensiones públicas, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

(BOE 28.12.04)

Real Decreto 1.595/2004, de 2 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1.879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

(BOE 03.07.04)

Real Decreto 1.715/2004, de 23 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1.424/2002, de 27 de diciembre, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquella.

(BOE 06.08.04)

Real Decreto 1.865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad.

(BOE 07.09.04)

Real Decreto 1.936/2004, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan nacional de formación e inserción profesional.

(BOE 02.10.04)

Real Decreto 2.267/2004, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales.

(BOE 17.12.04)

Real Decreto 2.271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

(BOE 17.12.04)

Real Decreto 2.350/2004, de 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2005.

(BOE 30.12.04)

Real Decreto 2.388/2004, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2005.

(BOE 31.12.04)

Real Decreto 2.389/2004, de 30 de diciembre, sobre aplicación de las disposiciones transitorias del Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

(BOE 31.12.04)

Orden TAS/2.268/2004, de 1 de julio, por la que se modifica la base normalizada de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón de la categoría de Peón de exterior de la Zona Noroeste, contenida en la Orden TAS/3581/2003, de 15 de diciembre.

(BOE 09.07.04)

Orden TAS/2.435/2004, de 20 de julio, por la que se excepcionan determinados programas públicos de mejora de la ocupabilidad en relación con la utilización del contrato de inserción y se modifica la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de diciembre de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e instituciones sin ánimo de lucro, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social.

(BOE 22.07.04)

Orden TAS/2.782/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la realización de las acciones complementarias y de acompañamiento a la formación, en desarrollo del Real Decreto 1.046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua.

(BOE 16.08.04)

Orden TAS/2.783/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, públicas mediante contratos programa para la formación de trabajadores, en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional Continua.

(BOE 16.08.04)

Orden TAS/2.839/2004, de 29 de julio, por la que se implanta el proceso normalizado para la tramitación de modificaciones de crédito por vía telemática, e-MOPRES, en el Sistema de la Seguridad Social.

(BOE 24.08.04)

Orden TAS/2.845/2004, de 28 de julio, por la que se crean, modifican y suprimen ficheros automatizados de datos de carácter personal gestionados por el Departamento.

(BOE 24.08.04)

Orden TAS/2.866/2004, de 9 de agosto, por la que se modifica la Orden TAS/500/2004, de 13 de febrero, por la que se regula la financiación de las acciones de formación continua en las empresas, incluidos los permisos individuales de formación, en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional Continua.

(BOE 27.08.04)

Orden TAS/2.943/2004, de 10 de septiembre, por la que en el ámbito de la formación continua, se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2004 fondos para la financiación de contratos programa para la formación de trabajadores y acciones complementarias y de acompañamiento a la formación gestionados por las Comunidades Autónomas.

(BOE 14.09.04)

Orden TAS/3.307/2004, de 11 de octubre, por la que se acuerda ampliar el plazo de resolución de la convocatoria de concesión de subvenciones a las actividades de promoción de la economía social, la responsabilidad social de la empresa y el autoempleo, y para sufragar los gastos de funcionamiento de las asociaciones de cooperativas, de sociedades laborales, de trabajadores autónomos y otros entes representativos de la economía social de ámbito estatal, publicada por Orden TAS/955/2004, de 2 de abril.

(BOE 14.10.04)

Orden TAS/3.309/2004, de 6 de octubre, por la que se modifica la Orden de 13 de abril de 1994, por la que se dictan normas de desarrollo del Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional.

(BOE 15.10.04)

Orden TAS/3.862/2004, de 22 de noviembre, por la que se modifica la Orden TAS/2.865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

(BOE 26.11.04)

Orden TAS/3.988/2004, de 25 de noviembre, por la que se crean los órganos administrativos para el fomento de la investigación de la protección social y se determina su composición y funcionamiento.

(BOE 03.12.04)

Orden TAS/4.033/2004, de 25 de noviembre, por la que se establece la situación asimilada a la de alta en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de pensiones, de los trabajadores afectados por el síndrome del aceite tóxico.

(BOE 07.12.04)

Orden TAS/4.118/2004, de 10 de diciembre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2004 y el procedimiento para la presentación de las cuentas anuales y demás documentación que ha de rendirse por los agentes del sistema de la Seguridad Social.

(BOE 16.12.04)

Orden TAS/4.119/2004, de 10 de diciembre, por la que se fijan para el ejercicio 2004 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.

(BOE 16.12.04)

Resolución de 21 de julio de 2004, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía.

(BOE 24.07.04)

Resolución de 16 de julio de 2004, de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre determinación de funciones en materia de aplazamientos de pago de deudas, reintegros de prestaciones indebidamente percibidas, compensación, desistimiento, convenios o acuerdos en procedimientos concursales y anuncios de subastas en Boletines Oficiales.

(BOE 14.08.04)

Resolución de 26 de julio de 2004, de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre utilización de los modelos de documentos de cotización vigentes para la liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social.

(BOE 24.08.04)

Resolución de 14 de julio de 2004, del Servicio Público de Empleo Estatal, por el que se acuerda la publicación de las Cuentas Anuales del ejercicio 2003.

(BOE 25.08.04)

Resolución de 17 de agosto de 2004, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa, de ámbito estatal, para la formación de trabajadores ocupados, en aplicación de la Orden TAS/2.783/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las citadas subvenciones.

(BOE 26.08.04)

Resolución de 17 de agosto de 2004, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la realización de acciones complementarias y de acompañamiento a la formación, de ámbito estatal, en aplicación de la Orden TAS/2.782/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las citadas subvenciones.

(BOE 27.08.04)

Resolución de 29 de julio de 2004, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se hace pública la suscripción de un Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (IMSERSO) y la Federación Española de Municipios y Provincias.

(BOE 23.09.04)

Resolución de 26 de julio de 2004, del Instituto Social de la Marina, por la que se convocan ayudas de estudios para afiliados en alta o situación asimilada al alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y sus beneficiarios, correspondientes al Curso Académico 2004/2005.

(BOE 06.09.04)

Resolución de 1 de septiembre de 2004, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se dispone la publicación de las subvenciones concedidas desde el 1 de abril al 30 de junio de 2004.

(BOE 23.09.04)

Resolución de 16 de septiembre de 2004, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se da publicidad a las actividades y ocupaciones que se consideran prioritarias para la aprobación de proyectos de interés general y social de la Orden de 19 de diciembre de 1997.

(BOE 13.10.04)

Resolución de 6 de octubre de 2004, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación de la relación de Fiestas Laborales para el año 2005.

(BOE 22.10.04)

Resolución de 4 de octubre de 2004, del Servicio Público e Empleo Estatal, por la que se convoca la participación de entidades y centros colaboradores de dicho Servicio Público en la programación anual de cursos del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional correspondiente al año 2005.

(BOE 04.11.04)

Resolución de 20 de octubre de 2004, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, por la que se acuerda la publicación de las cuentas anuales del ejercicio 2003.

(BOE 23.11.04)

Resolución de 22 de noviembre de 2004, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se modifica la de 17 de agosto de 2004, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa, de ámbito estatal, para la formación de trabajadores ocupados, en aplicación de la Orden TAS/2.783/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las citadas subvenciones.

(BOE 26.11.04)

Resolución de 22 de noviembre de 2004, del Servicio Público de Empleo Estatal, de convocatoria de subvenciones para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo, a entidades colaboradoras sin ánimo de lucro.

(BOE 15.12.04)

Resolución de 10 de noviembre de 2004, de la Subsecretaría, por la que se aprueban los modelos de actas y propuestas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social practicadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

(BOE 21.12.04)

Resolución de 13 de diciembre de 2004, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establecen plazos especiales para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden TAS/4.119/2004, de 10 de diciembre, por la que se fijan para el ejercicio 2004 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el régimen especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.

(BOE 23.12.04)

Resolución de 28 de diciembre de 2004, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fijan nuevos criterios para la compensación de costes prevista en el artículo 10 de la Orden de 22 de abril del 1997, por la que se regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de Prevención de Riesgos Laborales.

(BOE 30.12.04)

Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú para la cooperación en materia de inmigración, hecho en Madrid el 6 de julio de 2004.

(BOE 01.10.04)

Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid el 28 de enero de 1997 y Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio, hecho en Buenos Aires el 3 de diciembre de 1997.

(BOE 10.12.04)

DEREITO SOCIAL GALEGA

RELACIÓN DE DISPOSICIÓNS PUBLICADAS NO DIARIO OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEAS (DOCE)

Resolución de 1 de septiembre de 2004 (LRM 2004, 279) que aprueba diversos modelos de solicitud del programa de subvenciones para la realización de acciones y/o proyectos formativos, al amparo del programa de actuaciones para la calidad profesional, cofinanciado por el Fondo Social Europeo

(BO Región de Murcia 15.09.04, nº 215)

Resolución de 1 de septiembre de 2004 (LRM 2004, 280) que aprueba el modelo de solicitud de subvención de acciones de formación profesional ocupacional dentro del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional

(BO Región de Murcia 15.09.04, nº 215)

Decisión 2004/508/CE del Consejo de Administración de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, de 4 de marzo de 2004, sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1.049/2001 del Parlamento Europea y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión

(DOL 210-11.06.04)

Decisión 2004/562/CE, nº 198, de 23 de marzo de 2004, relativa a la sustitución y la supresión de los modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) nº 1.408/71 y (CEE) nº 574/72 del Consejo (E 110, E 111, E 111B, E 113, E 114, E 119, E 128 y E128 B)

(DOL 259-05.08.04)

Decisión 2004/689/CE del Consejo, de 4 de octubre de 2004, por la que se crea un Comité de protección social y se deroga la Decisión 2000/436/CE

(DOL 314-13.10.04)

Decisión 2004/740/CE del Consejo, de 4 de octubre de 2004, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros

(DOL 326-29.10.04)

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Relación de convenios rexistrados ordenados cronoloxicamente por data de publicación
- Relación de convenios rexistrados ordenados por ámbito xeográfico
- Relación de convenios rexistrados ordenados por claves de actividade
- A negociación colectiva galega

REVISTA GALEGA DE DEREIT SOCIAL

RELACIÓN DE CONVENIOS REXISTRADOS ORDENADOS CRONOLÓXICAMENTE POR DATA DE PUBLICACIÓN

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

A **Clasificación de Actividades Económicas (CNAE-93)**
está publicada no número 5 da Revista Galega de Dereito Social
(RD 1.560/1992, de 18 de decembro, BOE do 22)

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Limpezas de edificios e locais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	02.06.04	—	Ourense
C.C. Axuda a domicilio (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.05)	85.320	23.06.04	—	Comunidade Autónoma
C.C. Persoal de limpeza do hospital universitario Juan Canalejo de A Coruña (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.700	29.07.04	—	A Coruña
C.C. Norsalnes, S.L. (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.08)	—	25.10.04	—	Comunidade Autónoma
C.C. Ciclo do Comercio do Papel e Artes Gráficas (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	52.470	01.06.04	17.06.04	Estatal
Asistencia Distribución y Servicios 2003, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	01.06.04	17.06.04	Estatal
C.C. Flex Equipos de Descanso, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	36.150	08.06.04	23.06.04	Estatal
C.C. Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.843	08.06.04	23.06.04	Estatal

* Data de publicación no correspondente Diario Oficial: (1) D.O.G.; (2) B.O.P.; en branco B.O.E.

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Empresas de Traballo Temporal (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	74.502	07.06.04	24.06.04	Estatal
Industrias de Augas e Bebidas Envasadas (Acta modificación Acordo Marco)	15.980	09.06.04	25.06.04	Estatal
Moderropa, S.A. (Acta modificación)	17.400	09.06.04	25.06.04	Estatal
Xeral do Corcho (Acta s/ Incremento salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	10.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Banque PSA Finance (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	65.100	10.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas e Contable (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	74.000	10.06.04	25.06.04	Estatal
Izar Construcciones Navales S.A. fronte a FM-CC.OO, MCA-UGT, CAT-Metal, FM-ELA y FM-USTG. (Acordo en procedemento de mediación)	35.000	10.06.04	26.06.04	Estatal
C.C. Automóviles de Tuy, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	03.06.04	28.06.04(1)	Pontevedra
C.C. Real Club Náutico de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	92.000	04.06.04	29.06.04(1)	Pontevedra
Prensa non Diaria (Cláusula Rev. Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	22.120	14.06.04	30.06.04	Estatal
Thyssenkrupp Elevadores, S.A. (Centros de Traballo de Madrid e Valencia) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	29.200	14.06.04	30.06.04	Estatal
Establecementos financeiros de crédito (Cláusula Sal. 2003 e Rev. Salar. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	65.200	14.06.04	01.07.04	Estatal
C.C. Gesgrup Outsourcing, S.L. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	74.843	15.06.04	01.07.04	Estatal
Aegon (Laudo Arbitral)	66.000	16.06.04	01.07.04	Estatal
C.C. Elaboración e instalación de pedra e mármore (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.100	01.06.04	02.07.04(1)	A Coruña
C.C. Construcciones Navales P.Freire, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	35.000	04.06.04	02.07.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Amalis, S.A. (Limpeza no Hosp. Meixoeiro) (Modif. artígo 17) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	03.06.04	05.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Empresas exportadoras de pescado fresco (Provincia de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	04.06.04	06.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Consello Xeral do Poder Xudicial - Persoal Laboral (Vixencia do 07.07.04 ao 31.12.05)	75.000	16.06.04	06.07.04	Estatal
C.C. Renault España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.000	18.06.04	06.07.04	Estatal
Centros especiais de emprego (Acta de Reunión da Comisión Paritaria) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	75.102	02.06.04	07.07.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. D.S. Salgado, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.03.05)	51.000	08.06.04	07.07.04(1)	Pontevedra
Empregados de Notaría de Madrid (Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.112	14.06.04	07.07.04	Estatal
C.C. GKN Driveline Vigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	34.000	08.06.04	08.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Comercio de alimentación (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	28.07.04	08.07.04(1)	Pontevedra
Transportes La Unión, S.A (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	60.210	28.07.04	08.07.04(1)	Pontevedra
Asociación Pro Personas con Retraso Mental de Galicia – ASPRONAGA (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	85.000	11.06.04	09.07.04(1)	A Coruña
Derivados del cemento (Modif. arts.; Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	26.000	11.06.04	12.07.04(1)	A Coruña
C.C. Casino Ferrolano - Tenis Club (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	92.000	11.06.04	12.07.04(1)	A Coruña
C.C. SENAX, U.T.E. 2 (MAESSA - LAINSA) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	18.06.04	14.07.04(1)	A Coruña
C.C. Tranvías de Ferrol, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.000	18.06.04	15.07.04(1)	A Coruña

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Flex Equipos de Descanso, S.A.U. (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	36.150	08.06.04	16.07.04	Estatal
Eulen, S.A. (Mantemento do Hosp. Meixoeiro) (Acordo s/ xubilación parcial (ampl. art.14) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06))	74.000	15.06.04	16.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Rocas, Arcillas e Minerais, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.000	21.06.04	16.07.04(1)	A Coruña
Mª del Carmen Porto Diéguez (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	40.000	15.06.04	19.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Butavigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	40.000	15.06.04	19.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Estacións de servizo (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	50.500	30.06.04	19.07.04	Estatal
Hierros Ibáñez, S.A. (Revisión salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.500	01.07.04	19.07.04	Estatal
C.C. Mutua de Previsión Social do Persoal de Renault España (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	66.000	02.07.04	19.07.04	Estatal
C.C. Rematantes e serradoiros de madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.101	16.06.04	20.07.04(1)	A Coruña
Industrias Lácteas e os seus derivados (Táboa salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	15.511	30.06.04	20.07.04	Estatal
C.C. Mantenimientos y Montajes Industriales, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	45.300	30.06.04	20.07.04	Estatal
Industria fotográfica (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	24.640	01.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Instituto Técnico de Materiales y Construcciones (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	01.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Autotransporte Turístico Español, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.320	01.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Peugeot España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	50.100	05.07.04	20.07.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Telefónica de España, S.A.U. (Sentenza da Audiencia Nacional)	64.200	05.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Móstoles Industrial, S.A. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	74.843	05.07.04	21.07.04	Estatal
C.C. Pescados Marcelino, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.000	15.06.04	26.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Industrias e comercio vitivinícolas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.900	15.06.04	26.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Servimgal, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	93.000	21.06.04	27.07.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Administracións de Lotería (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	92.710	05.07.04	27.07.04	Estatal
Limpeza de edificios e locais (AGA 11/04)	74.700	17.07.04	27.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e retirada de vehículos (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	63.000	29.06.04	28.07.04(1)	A Coruña
C.C. Alonarti Envases, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	28.000	21.06.04	30.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Casa Baudes, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	28.000	13.07.04	30.07.04	Estatal
Sociedad Española de Instalación de Redes Telefónicas, S.A.U. (Laudo Arbitral)	64.200	13.07.04	30.07.04	Estatal
C.C. Teficar, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	—	14.07.04	30.07.04	Estatal
C.C. Sociedad Cooperativa Reto a la Esperanza (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	85.300	14.07.04	31.07.04	Estatal
ONCE (Acordo Comisión Negociadora (Venda cupón esp.))	92.712	14.07.04	31.07.04	Estatal
C.C. Carpintería, ebanistería e actividades afíns (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	36.000	21.06.04	02.08.04(1)	Pontevedra
C.C. La Voz de Galicia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	22.120	02.07.04	02.08.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Miele, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	29.710	15.07.04	02.08.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Aquagest, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	41.000	02.07.04	03.08.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Comercial Mercedes Benz (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	50.000	15.07.04	03.08.04	Estatal
Estacións de servizo (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	50.500	16.07.04	03.08.04	Estatal
Cajas de Ahorro (Escala Salarial 2003 e outros) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	65.000	16.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Compañía Española de Petróleos Atlántico, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	23.200	19.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Grupo Endesa (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	40.100	19.07.04	03.08.04	Estatal
Lufthansa Cargo AG (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.100	19.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Síntax Logística, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.07)	—	15.06.04	04.08.04	Estatal
Axuda a domicilio (Adaptación do C.C. á resolución xudicial da sentenza do TSXG) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.05)	85.320	06.07.04	04.08.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Empresas de Mensaxería (Vixencia do 24.05.04 ao 31.12.05)	64.120	20.07.04	04.08.04	Estatal
C.C. Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados e Centros de Formación de Posgraduados (Vixencia do 04.08.04 ao 31.12.04)	80.300	20.07.04	04.08.04	Estatal
C.C. Grupo Generali España (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	66.000	21.07.04	04.08.04	Estatal
Babcock Borsig España, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	14.07.04	05.08.04	Estatal
Sociedad Española de Instalación de Redes Telefónicas, S.A.U. (Aclaración Laudo Arbitral)	64.200	15.07.04	05.08.04	Estatal
C.C. Viajes Ecuador, S.A. (Vixencia do 03.06.04 ao 31.12.05)	63.300	21.07.04	05.08.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Asociación de Hogares para Niños privados de Ambiente Familiar "Nuevo Futuro" (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	85.313	30.06.04	06.08.04	Estatal
C.C. Euroinversiones Last Teardrop, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	14.07.04	06.08.04(2)	Ourense
C.C. Industria Química (Vixencia do 10.06.04 ao 31.12.06)	24.000	21.07.04	06.08.04	Estatal
C.C. Europistas, Concesionaria Española, S.A. A1 (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.213	15.06.04	07.08.04	Estatal
Almacenes, Servicios y Recuperaciones S.L. - ALSERVI, S.L. (Calendario laboral 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	37.000	02.07.04	09.08.04(1)	Pontevedra
C.C. Europcar, IB, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.06)	71.100	15.07.04	09.08.04	Estatal
C.C. Policlínico Vigo, S.A. - POVISA. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	85.000	29.06.04	10.08.04(1)	Pontevedra
Consello de Administración do Patrimonio Nacional - Persoal Laboral (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.111	22.07.04	10.08.04	Estatal
C.C. limpeza de edificios e locais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	02.06.04	11.08.04(1)	Ourense
Ertisa (Acta modificación) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.04)	24.100	22.07.04	11.08.04	Estatal
C.C. Industrias Extractivas, Industrias do Vidro, Industrias Cerámicas e Consorcio Exclusivista dos mesmos materiais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	26.000	22.07.04	11.08.04	Estatal
UNIDE, Sociedad Cooperativa G-5 Centro S.A. e COIDEC (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	51.000	22.07.04	11.08.04	Estatal
CWT Viajes de Empresa, S.A. (Acordo de supresión e anulación premio xubilación) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	63.300	23.07.04	11.08.04	Estatal
Concello de Ribadeo - Persoal Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	14.07.04	12.08.04(2)	Lugo
Concello de Xinzo de Limia - Persoal Laboral (Táboa salarial 2004 e modific. arts.)	75.000	07.06.04	13.08.04(1)	Ourense

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Carpintaría de Ribeira (Provincia de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.000	29.06.04	13.08.04(1)	Pontevedra
C.C. Masa Servicios, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	02.08.04	21.08.04	Estatal
C.C. La Artística Productos Químicos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	24.000	29.06.04	23.08.04(1)	Pontevedra
C.C. Naviera Ría de Arosa, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	61.100	02.08.04	23.08.04	Estatal
C.C. European Air Transport N. V/S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.000	02.08.04	23.08.04	Estatal
C.C. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Vixencia do 30.04.04 ao 31.12.06)	65.122	02.08.04	23.08.04	Estatal
C.C. Harinas y Sémolas del Noroeste, S.A. (HASENOSA) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	09.07.04	24.08.04(1)	Pontevedra
Tap-Air Portugal, S.A. (Prórroga 2004 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.000	02.08.04	24.08.04	Estatal
C.C. Umano Servicios Integrales, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.843	02.08.04	24.08.04	Estatal
Residencias Privadas de Persoas Maiores e do Servizo de Axuda a Domicilio (Regulam. do Comité Central de Seg. e Saúde Laboral)	85.300	02.08.04	24.08.04	Estatal
C.C. Unidad de Vehículos Industriales, S.A. -UNVI,S.A.- (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	34.000	15.06.04	25.08.04(1)	Ourense
C.C. Fabricantes de mobles, carpintaría, tapizaría e ebanistaría (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	36.000	04.06.04	26.08.04(1)	Ourense
C.C. Cargill España S.A., e AOP Iberia, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.400	15.07.04	26.08.04	Estatal
C.C. Damaterra Empresa de Servicios, S.L. (Vixencia do 26.08.04 ao 31.12.06)	74.840	06.08.04	26.08.04	Estatal
ONCE (Acordo Comisión Negociadora)	92.712	06.08.04	26.08.04	Estatal
Ensino e Formación non regulada (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	80.000	20.08.04	26.08.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Comercio de elementos do metal (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	07.06.04	27.08.04(1)	Ourense
Butacid Verín, S.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	06.08.04	28.08.04(2)	Ourense
C.C. Siderometal e talleres de reparación de vehículos (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	27.000	10.06.04	30.08.04(1)	Ourense
C.C. Teydesa Conectores, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	31.000	15.06.04	31.08.04(1)	Ourense
C.C. Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriais e Industrias Auxiliares (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	21.000	13.07.04	31.08.04	Estatal
C.C. Industrias de Elaboración do Arroz (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.600	02.08.04	31.08.04	Estatal
C.C. Radio Popular, S.A. (COPE) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	92.201	02.08.04	31.08.04	Estatal
C.C. Comercio do téxtil (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	52.000	09.06.04	01.09.04(1)	Ourense
C.C. Burgas Distribución, S.A. (Vixencia do 01.06.04 ao 31.12.06)	40.000	11.06.04	02.09.04(1)	Ourense
C.C. Comercio de alimentación (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	15.06.04	02.09.04(1)	Ourense
Exportación de peixe fresco do porto de A Coruña (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	51.000	09.07.04	03.09.04(1)	A Coruña
C.C. Babcock Kommunal MBH y Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. U.T.E. (Vixencia do 01.07.03 ao 31.12.07)	37.000	21.07.04	03.09.04(1)	A Coruña
C.C. Compañía de Iniciativas y Espectáculos, S.A. – CINESA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	92.000	19.07.04	06.09.04(1)	A Coruña
C.C. Carpintaría de Ribeira (Provincia de A Coruña) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	20.000	20.07.04	06.09.04(1)	A Coruña
C.C. Rematantes e serradoiros de madeira (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.101	28.07.04	07.09.04(1)	Pontevedra
Nervión Montajes y Mantenimientos, S.L. (Laudo Arbitral)	34.000	28.07.04	07.09.04(1)	A Coruña

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Concello de Sada - Persoal Laboral (Vixencia do 21.06.04 ao 21.06.07)	75.000	09.07.04	09.09.04(1)	A Coruña
C.C. Panificación (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	20.07.04	13.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Alcoa Inespal, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27000 ?	29.07.04	13.09.04(1)	A Coruña
Ciclo do Comercio do Papel e Artes Gráficas (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	52.470	11.08.04	13.09.04	Estatal
Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. e os técnicos de mantenim. Aeronáutico (Corrección erros) (Vixencia do 10.12.03 ao 31.12.06)	62.100	11.08.04	13.09.04	Estatal
C.C. Amalis, S.A. (Limpeza no Hosp. Universitario Juan Canalejo da Coruña) (Vixencia do 01.01.04 – indefinido)	74.000	29.07.04	14.09.04(1)	A Coruña
Grupo Generali España (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	66.000	11.08.04	14.09.04	Estatal
Grupo de Empresas Ortiz (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	13.07.04	15.09.04	Estatal
C.C. Naviera Mar de Ons, S.L. (Vixencia do 29.06.04 ao 31.12.04)	61.000	20.07.04	15.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Grupo Motorpress-Ibérica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	—	22.07.04	15.09.04	Estatal
Transportes Bacoma, S.A. (Cláusula Rev. Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	60.240	14.07.04	16.09.04	Estatal
C.C. Frigodis, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.000	28.07.04	16.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Obradoiros e despachos de confeiterías, pastelerías, reposterías e pratos precociñados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	28.07.04	17.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Concello de Cuntis - Persoal Laboral (Vixencia do 08.11.04 ao 07.11.05)	75.000	19.07.04	20.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Factorías Vulcano, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	35.000	03.06.04	21.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Perfumerías e Afins (Vixencia do 21.09.04 ao 31.12.06)	24.520	16.07.04	21.09.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Plásticos de Galicia, S.A. (Revisión Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	25.000	05.07.04	22.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Venda maior de tecidos, mercería e paquetería (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.05.04 ao 30.04.06)	51.000	28.07.04	23.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Harinas Panificables e Sémolas (Vixencia do 01.01.04 ao indeterm.)	15.613	08.09.04	23.09.04	Estatal
C.C. Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	64.200	08.09.04	23.09.04	Estatal
Concello de Fisterra - Pers. Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.000	10.08.04	24.09.04(1)	A Coruña
Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. (Sentenza Audiencia Nacional)	75.000	08.09.04	24.09.04	Estatal
Grupo de Empresas Ortiz (Modificación Conv. Colec.) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	09.09.04	24.09.04	Estatal
Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (Modificación C.C.) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.04)	51.460	08.09.04	25.09.04	Estatal
C.C. Grupo Cetelem (Vixencia do 21.06.04 ao 31.12.06)	—	09.09.04	25.09.04	Estatal
C.C. CESPA CONTEN, S.A. (Recollida de RSU e Limpeza Viaria) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	16.08.04	28.09.04(1)	A Coruña
Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados e Centros de Formación de Posgraduados (Corrección erros (Táboa Sal.2003, 2004)) (Vixencia do 04.08.04 ao 31.12.04)	80.300	10.09.04	29.09.04	Estatal
Produción, Manipulado, Comercio e Exportación de cítricos, froitas, hortalizas, flores e plantas vivas (Acordo formación, emprego e cualif.profesion.)	1.100	13.09.04	29.09.04	Estatal
C.C. Buquebus España, S.A. (e o seu persoal de flota) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	63.222	13.09.04	29.09.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Teleinformática y Comunicaciones, S.A.U. –TELYCO (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	32.202	13.07.04	30.09.04	Estatal
C.C. Valeo Service España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.300	10.09.04	30.09.04	Estatal
C.C. Telefónica Móviles España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	64.200	13.09.04	30.09.04	Estatal
C.C. Industria siderometalúrxica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	16.08.04	01.10.04(1)	A Coruña
Izar Construcciones Navales, S.A. (Acta de Acordo)	35.000	10.09.04	02.10.04	Estatal
C.C. Proyect 3001, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	—	03.08.04	04.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Bridgestone Hispania, S.A. (Delegaciones Comerciales) (Vixencia do 10.07.04 ao 30.06.05)	24.000	14.09.04	04.10.04	Estatal
C.C. General Óptica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	52.481	14.09.04	04.10.04	Estatal
C.C. Eulen, S.A. (Mantemento, recadación, reconto de moedas, limpeza e publicidade de cabinas telefónicas, soportes e teléfonos da empresa Eulen) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.000	11.08.04	05.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Interbón, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	20.000	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Bridgestone Hispania, S.A. (Fábricas) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	24.000	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Praxair España, S.L.; Praxair Producción España, S.L.; Praxair Soldadura, S.L. e Praxair Euroholding, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	24.200	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Concello de Fisterra - Pers. Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.000	16.08.04	06.10.04(1)	A Coruña
C.C. Corporación de Medios de Murcia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	22.100	20.09.04	06.10.04	Estatal
C.C. Michelín España Portugal, S.A. (para os centros de Burgos, Madrid, Barcel. Toledo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	25.100	20.09.04	06.10.04	Estatal
C.C. Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	80.000	20.09.04	06.10.04	Estatal
C.C. Consello da Xuventude de Galicia (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.07)	99.000	11.08.04	07.10.04(1)	Comunidade Autónoma

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Asistencia Distribución y Servicios 2003, S.A. (Acordo de modificación) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	20.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Grupo Amcor Flexibles Hispania, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.843	20.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Euroservice Asistencia Técnica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	30.020	21.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Disa Andalucía, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.240	21.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Construción (Prov. de A Coruña) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	27.08.04	08.10.04(1)	A Coruña
C.C. Buquebus España, S.A. (e o seu persoal de terra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	63.222	21.09.04	08.10.04	Estatal
C.C. Prensa non Diaria (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	22.120	21.09.04	11.10.04	Estatal
C.C. Michelín España Portugal, S.A. (para os centros de Aranda del Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	25.100	21.09.04	11.10.04	Estatal
C.C. Atendo Calidade, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	85.323	03.08.04	13.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. TCI Cortes XXI, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	—	23.09.04	13.10.04	Estatal
C.C. Compañía Europa Ferrys, S.A. e o seu persoal de terra (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	—	23.09.04	13.10.04	Estatal
C.C. Quely, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.03.08)	15.000	23.09.04	13.10.04	Estatal
Grupo de Empresas Centro Farmacéutico del Norte, S.A. e Centro Distribuidor del Norte, S.A. (Táboa Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.400	23.09.04	13.10.04	Estatal
C.C. Partido Socialista de Galicia, Partido Socialista Obrero Español (PSG-PSOE) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	91.300	09.08.04	14.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Bajamar Séptima, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	01.09.04	15.10.04(1)	A Coruña
C.C. Ramel, S.A. (Limpeza no Hosp. Teresa Herrera) (Vixencia do 01.01.04 – indefinido)	74.000	17.09.04	15.10.04(1)	A Coruña

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.P.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	52.300	29.09.04	15.10.04	Estatal
Fábrica Nacional de Moeda e Timbre - Real Casa da Moeda (Acordo s/ nivel salarial e categorías profesionais)	75.140	27.09.04	16.10.04	Estatal
C.C. Comercio de alimentación (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	52.000	28.06.04	18.10.04(1)	Lugo
C.C. Fertiberia, S.A. (excepto Luchana-Vizcaya) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	24.150	29.09.04	18.10.04	Estatal
C.C. Aparcamentos e Garaxes (Vixencia do 20.10.04 ao 31.12.04)	63.200	01.10.04	19.10.04	Estatal
C.C. Explotaciones Cerámicas Españolas, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	14.220	30.07.04	20.10.04(1)	Lugo
C.C. Concello de Ribadeo - Persoal Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	14.07.04	21.10.04(1)	Lugo
C.C. Cementos Cosmos, S.A. (Factoría de Oural) (Vixencia do 26.08.04 ao 31.12.06)	26.510	05.08.04	21.10.04(1)	Lugo
C.C. Atracem, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.200	07.10.04	21.10.04	Estatal
C.C. Técnicas Medioambientales - TECMED, S.A. Concello de Narón (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	20.09.04	22.10.04(1)	A Coruña
C.C. Televés, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	32.000	27.09.04	22.10.04(1)	A Coruña
C.C. Telefónica Data España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	64.200	04.10.04	22.10.04	Estatal
C.C. Gestión y Técnicas del Agua, S.A. (Burgo-Culleredo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	41.000	27.09.04	25.10.04(1)	A Coruña
C.C. Estructura, Grupo de Estudios Económicos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.000	07.10.04	25.10.04	Estatal
C.C. Centro Frigorífico Conservero, S.A. – CEFRICO (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	24.09.04	26.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Frinova, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	24.09.04	26.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Iberdrola Grupo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	40.100	04.10.04	26.10.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Concello de Vilaboa - Pers. Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	22.09.04	27.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Colexios Maiores Universitarios Privados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.120	04.10.04	27.10.04	Estatal
C.C. Ecoclinic, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.840	05.10.04	27.10.04	Estatal
C.C. Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. - CASBEGA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.900	06.10.04	27.10.04	Estatal
C.C. Construción (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	23.09.04	28.10.04(1)	Pontevedra
Fremap, Mutua de AT y EP nº 61 (Acordo s/ sistema de promoción e ascensos)	75.000	15.10.04	28.10.04	Estatal
C.C. Samyl, S.L. (Mantemento do CRD Meixoeiro) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	21.09.04	29.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Comercio de mobles (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	22.09.04	29.10.04(1)	Pontevedra
Envases Metálicos de Vigo, S.A.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	28.000	29.09.04	02.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Almacenistas de madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	20.09.04	03.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Viguesa de Transportes, S.L. – VITRASA (Vixencia do 16.07.04 ao 31.12.07)	60.000	20.09.04	03.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Pescanova Alimentación, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	27.09.04	04.11.04(1)	Pontevedra
Oficinas e despachos (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	27.09.04	04.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Fernando Buil, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.240	15.10.04	04.11.04	Estatal
C.C. Regulación do Estacionamento Limitado de Vehículos na Vía Pública (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.214	15.10.04	04.11.04	Estatal
C.C. Servicios Auxiliares de Arosa, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.000	20.09.04	08.11.04(1)	Pontevedra
C.C. SAI Automotive Lignotock, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.000	21.09.04	08.11.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Círculo Cultural Mercantil e Industrial de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	92.000	20.09.04	09.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Servizos de limpeza e recollida de residuos do porto pesqueiro-Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	90.000	27.09.04	09.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Remolcadores de Vigo, S.A. REMOLCAVISA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.222	20.09.04	10.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Frigoríficos de Vigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.000	24.09.04	10.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Pastas, Papel e Cartón (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	21.100	20.10.04	10.11.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo paga antigüidade (Aragón))	80.000	21.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Digitex Informática, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	72.600	22.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Areva T&D Ibérica, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.06)	—	25.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Hertz de España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	71.100	25.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Velpa, S.A (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	11.200	26.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Faro de Vigo, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	22.120	24.09.04	11.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. e Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. Unión Temporal de Empresas (Vigo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	24.09.04	11.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Stolt Sea Farm, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	5.000	30.09.04	11.11.04(1)	A Coruña
Torradoiros de café e sucedáneos da provincia de Ourense (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	07.07.04	12.11.04(1)	Ourense
C.C. Aguas de Fontenova, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.980	08.07.04	12.11.04(1)	Ourense
C.C. Vulcarol, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	14.09.04	12.11.04(1)	A Coruña
C.C. Kaefer Aislamientos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.320	06.10.04	15.11.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Subcontratistas de SOGAMA (Complexo medioambiental de Cerceda) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	37.000	08.10.04	15.11.04(1)	A Coruña
Comercio de alimentación (Prov. de Pontevedra) (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	08.10.04	15.11.04(1)	Pontevedra
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Festas laborais 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	28.10.04	15.11.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Faurecia Sistemas de Escape España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	29.000	22.09.04	16.11.04(1)	Pontevedra
Ankesename, S.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.05.04 ao 31.12.06)	92.000	30.09.04	16.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Vigo-Barcelona, S.A. - VIBASA. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.200	20.09.04	17.11.04(1)	Comunidade Autónoma
Plasto Adhesivos Ibérica, S.L. (Acta de Adhesión) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	27.000	28.09.04	18.11.04(1)	Pontevedra
Tratamiento Industrial de Aguas, S.A. - TRAINASA. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	30.09.04	18.11.04(1)	Pontevedra
Consello Xeral do Poder Xudicial - Persoal Laboral (Acta Comisión Paritaria do C.C.) (Vixencia do 07.07.04 ao 31.12.05)	75.000	05.11.04	18.11.04	Estatal
C.C. Aguas de Cabreiroá, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	04.08.04	19.11.04(1)	Ourense
C.C. Real AeroClub de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	92.000	07.10.04	19.11.04(1)	Pontevedra
Limpeza de edificios e locais (C.C.publicado en Dog de 14.08.03) (Sentenza de impugnación de C.C.)	74.700	08.10.04	19.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Ferrocarrís de Vía Estreita – FEVE (Vixencia do 09.03.04 ao 31.12.05)	60.100	28.10.04	19.11.04	Estatal
C.C. Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. e Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. (Vixencia do 26.02.04 ao 31.12.06)	40.000	02.11.04	19.11.04	Estatal
C.C. Entidades de Seguros, Reaseguros e Mutuas de Accidentes de Traballo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	66.000	02.11.04	19.11.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Mármores e pedras (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	14.100	08.10.04	22.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Valeo Sistemas de Conexión Eléctrica, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	31.000	27.09.04	23.11.04(1)	Ourense
Treves Galicia, S.L.U. (Laudo Arbitral (s/zap)	—	21.10.04	23.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Cervezas San Martín, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	14.07.04	24.11.04(1)	Ourense
C.C. Cespa Ingeniería Urbana, S.A. – Pontevedra (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.700	20.10.04	24.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Flowserve Spain, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	27.000	05.11.04	24.11.04	Estatal
C.C. Concello de Ourense - Pers. Laboral (Vixencia do 05.08.04 ao 31.12.06)	75.000	16.09.04	25.11.04(1)	Ourense
C.C. FRIGALSA, Frigoríficos de Galicia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.201	26.10.04	25.11.04(1)	Pontevedra
Red Eléctrica de España, S.A. (Acta de Revisión) (Vixencia do 26.11.03 ao 31.12.06)	41.100	05.11.04	25.11.04	Estatal
C.C. Pastelería, confeitería, bolería, repostería e pratos precociñados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	01.09.04	26.11.04(1)	Ourense
C.C. Pedro Benéitez Souto (Panaderías) (Vixencia do 30.08.04 ao 31.08.05)	15.000	17.09.04	26.11.04(1)	Ourense
Hostalería (Acordo Laboral)	55.000	08.11.04	26.11.04	Estatal
C.C. Panadería Tito, S.L. (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.05)	15.000	17.09.04	29.11.04(1)	Ourense
Vitivinícola do Ribeiro, S.C.L. (Revisión Salarial) (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.05)	15.000	30.09.04	29.11.04(1)	Ourense
C.C. Transporte de mercadorías por estrada - Prov. A Coruña (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	25.10.04	29.11.04(1)	A Coruña
C.C. Domar, S.A. (Vixencia do 02.06.04 ao 31.12.08)	27.000	10.11.04	30.11.04	Estatal
C.C. Construción (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	20.09.04	01.12.04(1)	Ourense
C.C. CESPA, S.A. (Limpeza e recollida de lixo do porto pesqueiro de Vigo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	90.000	27.09.04	01.12.04(2)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Hostalería (Acordo Laboral)	55.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
C.C. Europhone 2000, S.A. (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	64.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (Acordo Colectivo (s/ Sistema de Previs. Social))	65.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
C.C. Autoescolas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	80.411	11.11.04	01.12.04	Estatal
Fabricantes de Xesos, Escaiolas, Cales e os seus Prefabricados (Corrección erros (Táboa Sal.2003, 2004)) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	26.500	15.11.04	02.12.04	Estatal
Construcciones Alea, S.L. (Rev. Sal. 2004, Cal. Labor. 2004 e prórroga) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	15.11.04	02.12.04(2)	Ourense
Supermercados, Superservizos, Autoservizos e Distribuidores Maioristas de Alimentación (Sentenza Audiencia Nacional) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	52.110	15.11.04	02.12.04	Estatal
C.C. Futura International Airways, S.A. (administ. e tripulantes de cabina de pasaxeiros) (Vixencia do 01.10.04 ao 31.12.08)	62.100	15.11.04	02.12.04	Estatal
C.C. Araujo Piel, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	18.000	17.11.04	02.12.04(2)	Ourense
C.C. Clece, S.A. (pers. de limp. do hospital da costa de Burela) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.700	27.09.04	03.12.04(1)	Lugo
C.C. Cespa Ingeniería Urbana, SA - Vilagarcía de Arousa (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.700	20.10.04	03.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Panaderías (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	15.800	25.10.04	03.12.04(1)	A Coruña
C.C. Amper Soluciones, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.651	26.10.04	03.12.04	Estatal
C.C. Comercio da pel e o calzado (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	52.000	03.09.04	07.12.04(1)	Lugo
C.C. UTE SUFI, S.A. - Celta PRIX, S.L. -UTE Lalín (Vixencia do 01.07.04 ao 01.07.09)	90.002	07.10.04	07.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Comercio de materiais de construción e saneamento (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	30.09.04	09.12.04(1)	Lugo

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Sanidade privada (Lugo) (Táboa definitiva 2002 e 2003) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.03)	85.000	25.10.04	09.12.04(1)	Lugo
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	28.10.04	09.12.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Xesgalicia, Soc. Gestora de Entidades de Capital Riesgo, S.A. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	65.000	10.11.04	09.12.04(2)	A Coruña
Elaboración e instalación de pedra e mármore (Corrección erros (Tab. Salariais)) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.100	11.11.04	09.12.04(2)	A Coruña
C.C. Edificación e obras públicas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	30.09.04	10.12.04(1)	Lugo
C.C. Primeira transformación da madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	22.10.04	13.12.04(1)	Lugo
Pompas fúnebres (Acordo s/ aprazamento plan pensións) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	93.030	28.10.04	14.12.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Telefónica, Publicidade e Información (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	74.400	25.11.04	14.12.04	Estatal
C.C. Materiais e prefabricados da construción (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	26.610	30.09.04	15.12.04(1)	Lugo
Construción (Xornada laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	24.11.04	15.12.04(2)	Pontevedra
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo sobre Complem. Salariais (La Rioja))	80.000	24.11.04	15.12.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo sobre Complem. Salariais (Valencia))	80.000	24.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Unilever Foods España, S.A. / División Frigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.520	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Transportes Bacoma, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.240	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. e os tripulantes de Cabina de Pasaxeiros (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	62.100	25.11.04	15.12.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Fremap, Mutua de AT y EP nº 61 (Corrección erros)	75.000	25.11.04	15.12.04	Estatal
Fábrica Nacional de Moeda e Timbre - Real Casa da Moeda (Acta modificación salarial e definición cat. prof.)	75.140	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Estacionamientos y Servicios, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.000	03.11.04	17.12.04(1)	Pontevedra
CYCSA e EYSSA, UTE Vigo (ORA) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.000	11.11.04	17.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Pez Austral, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.200	03.11.04	20.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Industrias do Curtido, Correas, Coiros Industriais e Curtición de Peles para Peletería (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	18.000	02.12.04	20.12.04	Estatal
C.C. Boteros Amarradores de Vigo, S.L. BOTAMAVI (Vixencia do 01.06.02 ao 31.10.04)	63.200	03.11.04	21.12.04(1)	Pontevedra
Construción (Prov. de Ourense) (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	29.11.04	23.12.04(2)	Ourense
C.C. Made, Tecnologías Renovables, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.843	02.12.04	23.12.04	Estatal
Concello de Arteixo -Pers. Funcionario (Acta modificación art. 1)	75.000	15.11.04	24.12.04(1)	A Coruña
Almacenistas de madeira (Calendario Laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	51.000	11.11.04	27.12.04(1)	Pontevedra
Parlamento de Galicia - Pers. Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	16.11.04	27.12.04(1)	A Coruña
C.C. GEFCO España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	12.11.04	28.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Empresas de Frío Industrial (Vixencia do 09.07.04 ao 31.12.06)	27.000	24.11.04	28.12.04	Estatal
Construción (A Coruña) (Calendario Laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	26.11.04	28.12.04(1)	A Coruña
Caolines de Vimianzo, S.A. (Revisións Salariais 2002, 2003, 2004) (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	14.000	10.11.04	29.12.04(1)	A Coruña

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Resolución complem. da do 28.10.04) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	16.12.04	29.12.04(1)	Comunidade Autónoma
Concello de Bueu. Pers. Funcionario e Laboral (Mod. Acordo marco)	75.113	11.11.04	30.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Instituto de Calidad, S.A.U. (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.08)	73.000	13.12.04	30.12.04	Estatal
C.C. Pescanova, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	24.11.04	31.12.04(1)	Pontevedra
La Opinión de A Coruña, S.L.U. (Revisión Salarial 2004 e prórroga) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	22.120	29.11.04	10.01.05(1)	A Coruña
Comercio de mobles (Revisión Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	52.000	26.11.04	12.01.05(1)	A Coruña
C.C. Técnica de Envases Pesqueros, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.400	05.11.04	21.01.05(1)	Lugo
C.C. Neg Micon Eólica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	—	12.11.04	27.01.05(1)	Lugo
SETEX - APARKI, S.A. (Lugo) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.215	19.11.04	01.02.05(1)	Lugo
Edificación e obras públicas (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	10.12.04	01.02.05(1)	Lugo
C.C. Bombones Suguimar (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.800	12.11.04	02.02.05(1)	Lugo
C.C. Fontecelta, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.980	09.12.04	02.02.05(1)	Lugo
Primeira transformación da madeira (Corrección erros (Tab. Salariais)) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	07.12.04	03.02.05(1)	Lugo
Materiais e prefabricados da construción (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	26.610	10.12.04	04.02.05(1)	Lugo
Comercio de materiais de construción e saneamento (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	51.000	10.12.04	04.02.05(1)	Lugo

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Industria siderometalúrxica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	30.11.04	14.02.05(1)	Lugo
C.C. Comercio do metal (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	52.000	30.11.04	21.02.05(1)	Lugo

RELACIÓN DE CONVENIOS REXISTRADOS ORDENADOS POR ÁMBITO XEOGRÁFICO

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico

A Clasificación de Actividades Económicas (CNAE-93)
está publicada no número 5 da Revista Galega de Dereito Social
(RD 1.560/1992, de 18 de decembro, BOE do 22)

C.C. Ciclo do Comercio do Papel e Artes Gráficas (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	52.470	01.06.04	17.06.04	Estatal
Asistencia Distribución y Servicios 2003, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	01.06.04	17.06.04	Estatal
C.C. Empresas de Traballo Temporal (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	74.502	07.06.04	24.06.04	Estatal
C.C. Flex Equipos de Descanso, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	36.150	08.06.04	23.06.04	Estatal
C.C. Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.843	08.06.04	23.06.04	Estatal
Flex Equipos de Descanso, S.A.U. (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	36.150	08.06.04	16.07.04	Estatal
Industrias de Augas e Bebidas Envasadas (Acta modificación Acordo Marco)	15.980	09.06.04	25.06.04	Estatal
Moderropa, S.A. (Acta modificación)	17.400	09.06.04	25.06.04	Estatal
Xeral do Corcho (Acta s/ Incremento salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	10.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Banque PSA Finance (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	65.100	10.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas e Contable (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	74.000	10.06.04	25.06.04	Estatal

* Data de publicación no correspondente Diario Oficial: (1) D.O.G.; (2) B.O.P.; en branco B.O.E.

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Izar Construcciones Navales S.A. fronte a FM-CC.OO,MCA-UGT, CAT-Metal, FM-ELA y FM-USTG. (Acordo en procedemento de mediación)	35.000	10.06.04	26.06.04	Estatal
Prensa non Diaria (Cláusula Rev. Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	22.120	14.06.04	30.06.04	Estatal
Thyssenkrupp Elevadores, S.A. (Centros de Traballo de Madrid e Valencia) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	29.200	14.06.04	30.06.04	Estatal
Establecementos financeiros de crédito (Cláusula Sal. 2003 e Rev. Salar. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	65.200	14.06.04	01.07.04	Estatal
Empregados de Notaría de Madrid (Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.112	14.06.04	07.07.04	Estatal
C.C. Gesgrup Outsourcing, S.L. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	74.843	15.06.04	01.07.04	Estatal
C.C. Síntax Logística, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.07)	—	15.06.04	04.08.04	Estatal
C.C. Europistas, Concesionaria Española, S.A. A1 (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.213	15.06.04	07.08.04	Estatal
Aegon (Laudo Arbitral)	66.000	16.06.04	01.07.04	Estatal
C.C. Consello Xeral do Poder Xudicial - Persoal Laboral (Vixencia do 07.07.04 ao 31.12.05)	75.000	16.06.04	06.07.04	Estatal
C.C. Renault España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.000	18.06.04	06.07.04	Estatal
C.C. Estacións de servizo (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	50.500	30.06.04	19.07.04	Estatal
Industrias Lácteas e os seus derivados (Táboa salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	15.511	30.06.04	20.07.04	Estatal
C.C. Mantenimientos y Montajes Industriales, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	45.300	30.06.04	20.07.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Asociación de Hogares para Niños privados de Ambiente Familiar "Nuevo Futuro" (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	85.313	30.06.04	06.08.04	Estatal
Hierros Ibáñez, S.A. (Revisión salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.500	01.07.04	19.07.04	Estatal
Industria fotográfica (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	24.640	01.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Instituto Técnico de Materiales y Construcciones (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	01.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Autotransporte Turístico Español, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.320	01.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Mutua de Previsión Social do Persoal de Renault España (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	66.000	02.07.04	19.07.04	Estatal
C.C. Peugeot España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	50.100	05.07.04	20.07.04	Estatal
Telefónica de España, S.A.U. (Sentenza da Audiencia Nacional)	64.200	05.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Móstoles Industrial, S.A. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	74.843	05.07.04	21.07.04	Estatal
C.C. Administracións de Lotería (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	92.710	05.07.04	27.07.04	Estatal
C.C. Casa Baudes, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	28.000	13.07.04	30.07.04	Estatal
Sociedad Española de Instalación de Redes Telefónicas, S.A.U. (Laudo Arbitral)	64.200	13.07.04	30.07.04	Estatal
C.C. Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriais e Industrias Auxiliares (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	21.000	13.07.04	31.08.04	Estatal
Grupo de Empresas Ortiz (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	13.07.04	15.09.04	Estatal
C.C. Teleinformática y Comunicaciones, S.A.U. –TELYCO (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	32.202	13.07.04	30.09.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Teficar, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	—	14.07.04	30.07.04	Estatal
C.C. Sociedad Cooperativa Reto a la Esperanza (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	85.300	14.07.04	31.07.04	Estatal
ONCE (Acordo Comisión Negociadora (Venda cupón esp.))	92.712	14.07.04	31.07.04	Estatal
Babcock Borsig España, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	14.07.04	05.08.04	Estatal
Transportes Bacoma, S.A. (Cláusula Rev. Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	60.240	14.07.04	16.09.04	Estatal
C.C. Miele, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	29.710	15.07.04	02.08.04	Estatal
C.C. Comercial Mercedes Benz (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	50.000	15.07.04	03.08.04	Estatal
Sociedad Española de Instalación de Redes Telefónicas, S.A.U. (Aclaración Laudo Arbitral)	64.200	15.07.04	05.08.04	Estatal
C.C. Europcar, IB, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.06)	71.100	15.07.04	09.08.04	Estatal
C.C. Cargill España S.A., e AOP Iberia, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.400	15.07.04	26.08.04	Estatal
Estacións de servizo (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	50.500	16.07.04	03.08.04	Estatal
Cajas de Ahorro (Escala Salarial 2003 e outros) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	65.000	16.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Perfumerías e Afins (Vixencia do 21.09.04 ao 31.12.06)	24.520	16.07.04	21.09.04	Estatal
C.C. Compañía Española de Petróleos Atlántico, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	23.200	19.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Grupo Endesa (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	40.100	19.07.04	03.08.04	Estatal
Lufthansa Cargo AG (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.100	19.07.04	03.08.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Empresas de Mensaxería (Vixencia do 24.05.04 ao 31.12.05)	64.120	20.07.04	04.08.04	Estatal
C.C. Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados e Centros de Formación de Posgraduados (Vixencia do 04.08.04 ao 31.12.04)	80.300	20.07.04	04.08.04	Estatal
C.C. Grupo Generali España (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	66.000	21.07.04	04.08.04	Estatal
C.C. Viajes Ecuador, S.A. (Vixencia do 03.06.04 ao 31.12.05)	63.300	21.07.04	05.08.04	Estatal
C.C. Industria Química (Vixencia do 10.06.04 ao 31.12.06)	24.000	21.07.04	06.08.04	Estatal
Consello de Administración do Patrimonio Nacional - Persoal Laboral (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.111	22.07.04	10.08.04	Estatal
Ertisa (Acta modificación) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.04)	24.100	22.07.04	11.08.04	Estatal
C.C. Industrias Extractivas, Industrias do Vidro, Industrias Cerámicas e Consorcio Exclusivista dos mesmos materiais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	26.000	22.07.04	11.08.04	Estatal
UNIDE, Sociedad Cooperativa G-5 Centro S.A. e COIDEC (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	51.000	22.07.04	11.08.04	Estatal
C.C. Grupo Motorpress-Ibérica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	—	22.07.04	15.09.04	Estatal
CWT Viajes de Empresa, S.A. (Acordo de supresión e anulación premio xubilación) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	63.300	23.07.04	11.08.04	Estatal
C.C. Masa Servicios, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	02.08.04	21.08.04	Estatal
C.C. Naviera Ría de Arosa, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	61.100	02.08.04	23.08.04	Estatal
C.C. European Air Transport N. V/S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.000	02.08.04	23.08.04	Estatal
C.C. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Vixencia do 30.04.04 ao 31.12.06)	65.122	02.08.04	23.08.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Tap-Air Portugal, S.A. (Prórroga 2004 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.000	02.08.04	24.08.04	Estatal
C.C. Umano Servicios Integrales, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.843	02.08.04	24.08.04	Estatal
Residencias Privadas de Persoas Maiores e do Servizo de Axuda a Domicilio (Regulam. do Comité Central de Seg. e Saúde Laboral)	85.300	02.08.04	24.08.04	Estatal
C.C. Industrias de Elaboración do Arroz (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.600	02.08.04	31.08.04	Estatal
C.C. Radio Popular, S.A. (COPE) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	92.201	02.08.04	31.08.04	Estatal
C.C. Damaterra Empresa de Servicios, S.L. (Vixencia do 26.08.04 ao 31.12.06)	74.840	06.08.04	26.08.04	Estatal
ONCE (Acordo Comisión Negociadora)	92.712	06.08.04	26.08.04	Estatal
Ciclo do Comercio do Papel e Artes Gráficas (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	52.470	11.08.04	13.09.04	Estatal
Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. e os técnicos de mantenim. Aeronáutico (Corrección erros) (Vixencia do 10.12.03 ao 31.12.06)	62.100	11.08.04	13.09.04	Estatal
Grupo Generali España (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	66.000	11.08.04	14.09.04	Estatal
Ensino e Formación non regulada (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	80.000	20.08.04	26.08.04	Estatal
C.C. Harinas Panificables e Sémolas (Vixencia do 01.01.04 ao indeterm.)	15.613	08.09.04	23.09.04	Estatal
C.C. Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	64.200	08.09.04	23.09.04	Estatal
Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. (Sentenza Audiencia Nacional)	75.000	08.09.04	24.09.04	Estatal
Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (Modificación C.C.) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.04)	51.460	08.09.04	25.09.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Grupo de Empresas Ortiz (Modificación Conv. Colec.) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	09.09.04	24.09.04	Estatal
C.C. Grupo Cetelem (Vixencia do 21.06.04 ao 31.12.06)	—	09.09.04	25.09.04	Estatal
Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados e Centros de Formación de Posgraduados (Corrección erros (Táboa Sal.2003, 2004)) (Vixencia do 04.08.04 ao 31.12.04)	80.300	10.09.04	29.09.04	Estatal
C.C. Valeo Service España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.300	10.09.04	30.09.04	Estatal
Izar Construcciones Navales, S.A. (Acta de Acordo)	35.000	10.09.04	02.10.04	Estatal
Produción, Manipulado, Comercio e Exportación de cítricos, froitas, hortalizas, flores e plantas vivas (Acordo formación, emprego e cualif.profesion.)	1.100	13.09.04	29.09.04	Estatal
C.C. Buquebus España, S.A. (e o seu persoal de flota) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	63.222	13.09.04	29.09.04	Estatal
C.C. Telefónica Móviles España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	64.200	13.09.04	30.09.04	Estatal
C.C. Bridgestone Hispania, S.A. (Delegaciones Comerciales) (Vixencia do 10.07.04 ao 30.06.05)	24.000	14.09.04	04.10.04	Estatal
C.C. General Óptica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	52.481	14.09.04	04.10.04	Estatal
C.C. Interbón, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	20.000	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Bridgestone Hispania, S.A. (Fábricas) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	24.000	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Praxair España, S.L.; Praxair Producción España, S.L.; Praxair Soldadura, S.L. e Praxair Euroholding, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	24.200	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Corporación de Medios de Murcia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	22.100	20.09.04	06.10.04	Estatal
C.C. Michelín España Portugal, S.A. (para os centros de Burgos, Madrid, Barcel. Toledo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	25.100	20.09.04	06.10.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	80.000	20.09.04	06.10.04	Estatal
Asistencia Distribución y Servicios 2003, S.A. (Acordo de modificación) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	20.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Grupo Amcor Flexibles Hispania, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.843	20.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Euroservice Asistencia Técnica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	30.020	21.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Disa Andalucía, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.240	21.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Buquebus España, S.A. (e o seu persoal de terra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	63.222	21.09.04	08.10.04	Estatal
C.C. Prensa non Diaria (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	22.120	21.09.04	11.10.04	Estatal
C.C. Michelín España Portugal, S.A. (para os centros de Aranda del Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	25.100	21.09.04	11.10.04	Estatal
C.C. TCI Cortes XXI, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	—	23.09.04	13.10.04	Estatal
C.C. Compañía Europa Ferrys, S.A. e o seu persoal de terra (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	—	23.09.04	13.10.04	Estatal
C.C. Quely, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.03.08)	15.000	23.09.04	13.10.04	Estatal
Grupo de Empresas Centro Farmacéutico del Norte, S.A. e Centro Distribuidor del Norte, S.A. (Táboa Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.400	23.09.04	13.10.04	Estatal
Fábrica Nacional de Moeda e Timbre - Real Casa da Moeda (Acordo s/ nivel salarial e categorías profesionais)	75.140	27.09.04	16.10.04	Estatal
C.C. Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.P.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	52.300	29.09.04	15.10.04	Estatal
C.C. Fertiberia, S.A. (excepto Luchana-Vizcaya) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	24.150	29.09.04	18.10.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Aparcamentos e Garaxes (Vixencia do 20.10.04 ao 31.12.04)	63.200	01.10.04	19.10.04	Estatal
C.C. Telefónica Data España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	64.200	04.10.04	22.10.04	Estatal
C.C. Iberdrola Grupo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	40.100	04.10.04	26.10.04	Estatal
C.C. Colexios Maiores Universitarios Privados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.120	04.10.04	27.10.04	Estatal
C.C. Ecoclinic, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.840	05.10.04	27.10.04	Estatal
C.C. Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. - CASBEGA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.900	06.10.04	27.10.04	Estatal
C.C. Kaefer Aislamientos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.320	06.10.04	15.11.04	Estatal
C.C. Atracem, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.200	07.10.04	21.10.04	Estatal
C.C. Estructura, Grupo de Estudios Económicos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.000	07.10.04	25.10.04	Estatal
Fremap, Mutua de AT y EP nº 61 (Acordo s/ sistema de promoción e ascensos)	75.000	15.10.04	28.10.04	Estatal
C.C. Fernando Buil, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.240	15.10.04	04.11.04	Estatal
C.C. Regulación do Estacionamento Limitado de Vehículos na Vía Pública (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.214	15.10.04	04.11.04	Estatal
C.C. Pastas, Papel e Cartón (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	21.100	20.10.04	10.11.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo paga antigüidade (Aragón))	80.000	21.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Digitex Informática, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	72.600	22.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Areva T&D Ibérica, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.06)	—	25.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Hertz de España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	71.100	25.10.04	10.11.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Velpa, S.A (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	11.200	26.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Amper Soluciones, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.651	26.10.04	03.12.04	Estatal
C.C. Ferrocarrís de Vía Estreita – FEVE (Vixencia do 09.03.04 ao 31.12.05)	60.100	28.10.04	19.11.04	Estatal
C.C. Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. e Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. (Vixencia do 26.02.04 ao 31.12.06)	40.000	02.11.04	19.11.04	Estatal
C.C. Entidades de Seguros, Reaseguros e Mutuas de Accidentes de Traballo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	66.000	02.11.04	19.11.04	Estatal
Consello Xeral do Poder Xudicial - Persoal Laboral (Acta Comisión Paritaria do C.C.) (Vixencia do 07.07.04 ao 31.12.05)	75.000	05.11.04	18.11.04	Estatal
C.C. Flowserve Spain, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	27.000	05.11.04	24.11.04	Estatal
Red Eléctrica de España, S.A. (Acta de Revisión) (Vixencia do 26.11.03 ao 31.12.06)	41.100	05.11.04	25.11.04	Estatal
Hostalería (Acordo Laboral)	55.000	08.11.04	26.11.04	Estatal
C.C. Domar, S.A. (Vixencia do 02.06.04 ao 31.12.08)	27.000	10.11.04	30.11.04	Estatal
Hostalería (Acordo Laboral)	55.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
C.C. Europhone 2000, S.A. (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	64.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (Acordo Colectivo (s/ Sistema de Previs. Social)) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	65.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
C.C. Autoescolas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	80.411	11.11.04	01.12.04	Estatal
Fabricantes de Xesos, Escaiolas, Cales e os seus Prefabricados (Corrección erros (Táboa Sal.2003, 2004)) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	26.500	15.11.04	02.12.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Supermercados, Superservizos, Autoservizos e Distribuidores Maioristas de Alimentación (Sentenza Audiencia Nacional) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	52.110	15.11.04	02.12.04	Estatal
C.C. Futura International Airways, S.A. (administ. e tripulantes de cabina de pasaxeiros) (Vixencia do 01.10.04 ao 31.12.08)	62.100	15.11.04	02.12.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo sobre Complem. Salariais (La Rioja))	80.000	24.11.04	15.12.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo sobre Complem. Salariais (Valencia))	80.000	24.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Empresas de Frío Industrial (Vixencia do 09.07.04 ao 31.12.06)	27.000	24.11.04	28.12.04	Estatal
C.C. Telefónica, Publicidade e Información (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	74.400	25.11.04	14.12.04	Estatal
C.C. Unilever Foods España, S.A. / División Frigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.520	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Transportes Bacoma, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.240	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. e os tripulantes de Cabina de Pasaxeiros (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	62.100	25.11.04	15.12.04	Estatal
Fremap, Mutua de AT y EP nº 61 (Corrección erros)	75.000	25.11.04	15.12.04	Estatal
Fábrica Nacional de Moeda e Timbre - Real Casa da Moeda (Acta modificación salarial e definición cat. prof.)	75.140	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Industrias do Curtido, Correas, Coiros Industriais e Curtición de Peles para Peletería (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	18.000	02.12.04	20.12.04	Estatal
C.C. Made, Tecnologías Renovables, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.843	02.12.04	23.12.04	Estatal
C.C. Instituto de Calidad, S.A.U. (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.08)	73.000	13.12.04	30.12.04	Estatal
Centros especiais de emprego (Acta de Reunión da Comisión Paritaria) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	75.102	02.06.04	07.07.04(1)	Comunidade Autónoma

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Servimgal, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	93.000	21.06.04	27.07.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Axuda a domicilio (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.05)	85.320	23.06.04	—	Comunidade Autónoma
C.C. La Voz de Galicia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	22.120	02.07.04	02.08.04(1)	Comunidade Autónoma
Aquagest, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	41.000	02.07.04	03.08.04(1)	Comunidade Autónoma
Axuda a domicilio (Adaptación do C.C. á resolución xudicial da sentenza do TSXG) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.05)	85.320	06.07.04	04.08.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Proyect 3001, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	—	03.08.04	04.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Atendo Calidade, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	85.323	03.08.04	13.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Partido Socialista de Galicia, Partido Socialista Obrero Español (PSG-PSOE) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	91.300	09.08.04	14.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Eulen, S.A. (Mantemento, recadación, reconto de moedas, limpeza e publicidade de cabinas telefónicas, soportes e teléfonos da empresa Eulen) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.000	11.08.04	05.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Consello da Xuventude de Galicia (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.07)	99.000	11.08.04	07.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Vigo-Barcelona, S.A. - VIBASA. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.200	20.09.04	17.11.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Norsalnes, S.L. (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.08)	—	25.10.04	—	Comunidade Autónoma
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Festas laborais 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	28.10.04	15.11.04(1)	Comunidade Autónoma
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	28.10.04	09.12.04(1)	Comunidade Autónoma

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Pompas fúnebres (Acordo s/ aprazamento plan pensións) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	93.030	28.10.04	14.12.04(1)	Comunidade Autónoma
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Resolución complem. da do 28.10.04) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	16.12.04	29.12.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Elaboración e instalación de pedra e mármore (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.100	01.06.04	02.07.04(1)	A Coruña
Asociación Pro Personas con Retraso Mental de Galicia – ASPRONAGA (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	85.000	11.06.04	09.07.04(1)	A Coruña
Derivados del cemento (Modif. arts.; Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	26.000	11.06.04	12.07.04(1)	A Coruña
C.C. Casino Ferrolano - Tenis Club (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	92.000	11.06.04	12.07.04(1)	A Coruña
C.C. Rematantes e serradoiros de madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.101	16.06.04	20.07.04(1)	A Coruña
C.C. SENAX, U.T.E. 2 (MAESSA - LAINSA) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	18.06.04	14.07.04(1)	A Coruña
C.C. Tranvías de Ferrol, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.000	18.06.04	15.07.04(1)	A Coruña
C.C. Rocas, Arcillas e Minerais, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.000	21.06.04	16.07.04(1)	A Coruña
C.C. Empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e retirada de vehículos (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	63.000	29.06.04	28.07.04(1)	A Coruña
Exportación de peixe fresco do porto de A Coruña (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	51.000	09.07.04	03.09.04(1)	A Coruña
C.C. Concello de Sada - Persoal Laboral (Vixencia do 21.06.04 ao 21.06.07)	75.000	09.07.04	09.09.04(1)	A Coruña
C.C. Compañía de Iniciativas y Espectáculos, S.A. – CINESA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	92.000	19.07.04	06.09.04(1)	A Coruña

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Carpintaría de Ribeira (Provincia de A Coruña) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	20.000	20.07.04	06.09.04(1)	A Coruña
C.C. Babcock Kommunal MBH y Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. U.T.E. (Vixencia do 01.07.03 ao 31.12.07)	37.000	21.07.04	03.09.04(1)	A Coruña
Nervión Montajes y Mantenimientos, S.L. (Laudo Arbitral)	34.000	28.07.04	07.09.04(1)	A Coruña
C.C. Persoal de limpeza do hospital universitario Juan Canalejo de A Coruña (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.700	29.07.04	—	A Coruña
C.C. Alcoa Inespal, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27000 ?	29.07.04	13.09.04(1)	A Coruña
C.C. Amalis, S.A. (Limpeza no Hosp. Universitario Juan Canalejo da Coruña) (Vixencia do 01.01.04 – indefinido)	74.000	29.07.04	14.09.04(1)	A Coruña
Concello de Fisterra - Pers. Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.000	10.08.04	24.09.04(1)	A Coruña
C.C. CESPA CONTEN, S.A. (Recollida de RSU e Limpeza Viaria) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	16.08.04	28.09.04(1)	A Coruña
C.C. Industria siderometalúrxica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	16.08.04	01.10.04(1)	A Coruña
C.C. Concello de Fisterra - Pers. Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.000	16.08.04	06.10.04(1)	A Coruña
C.C. Construción (Prov. de A Coruña) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	27.08.04	08.10.04(1)	A Coruña
C.C. Bajamar Séptima, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	01.09.04	15.10.04(1)	A Coruña
C.C. Vulcarol, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	14.09.04	12.11.04(1)	A Coruña
C.C. Ramel, S.A. (Limpeza no Hosp. Teresa Herrera) (Vixencia do 01.01.04 – indefinido)	74.000	17.09.04	15.10.04(1)	A Coruña
C.C. Técnicas Medioambientales - TECMED, S.A. Concello de Narón (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	20.09.04	22.10.04(1)	A Coruña

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Televés, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	32.000	27.09.04	22.10.04(1)	A Coruña
C.C. Gestión y Técnicas del Agua, S.A.(Burgo-Culleredo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	41.000	27.09.04	25.10.04(1)	A Coruña
C.C. Stolt Sea Farm, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	5.000	30.09.04	11.11.04(1)	A Coruña
C.C. Subcontratistas de SOGAMA (Complexo medioambiental de Cerceda) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	37.000	08.10.04	15.11.04(1)	A Coruña
C.C. Transporte de mercadorías por estrada - Prov. A Coruña (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	25.10.04	29.11.04(1)	A Coruña
C.C. Panaderías (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	15.800	25.10.04	03.12.04(1)	A Coruña
C.C. Xesgalicia, Soc. Gestora de Entidades de Capital Riesgo, S.A. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	65.000	10.11.04	09.12.04(2)	A Coruña
Caolines de Vimianzo, S.A. (Revisións Salariais 2002, 2003, 2004) (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	14.000	10.11.04	29.12.04(1)	A Coruña
Elaboración e instalación de pedra e mármore (Corrección erros (Tab. Salariais)) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.100	11.11.04	09.12.04(2)	A Coruña
Concello de Arteixo -Pers. Funcionario (Acta modificación art. 1) Parlamento de Galicia - Pers. Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000 75.000	15.11.04 16.11.04	24.12.04(1) 27.12.04(1)	A Coruña A Coruña
Construción (A Coruña) (Calendario Laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	26.11.04	28.12.04(1)	A Coruña
Comercio de mobles (Revisión Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	52.000	26.11.04	12.01.05(1)	A Coruña
La Opinión de A Coruña, S.L.U. (Revisión Salarial 2004 e prórroga) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	22.120	29.11.04	10.01.05(1)	A Coruña
C.C. Comercio de alimentación (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	52.000	28.06.04	18.10.04(1)	Lugo

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Concello de Ribadeo - Persoal Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	14.07.04	12.08.04(2)	Lugo
C.C. Concello de Ribadeo - Persoal Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	14.07.04	21.10.04(1)	Lugo
C.C. Explotaciones Cerámicas Españolas, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	14.220	30.07.04	20.10.04(1)	Lugo
C.C. Cementos Cosmos, S.A. (Factoría de Oural) (Vixencia do 26.08.04 ao 31.12.06)	26.510	05.08.04	21.10.04(1)	Lugo
C.C. Comercio da pel e o calzado (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	52.000	03.09.04	07.12.04(1)	Lugo
C.C. Clece, S.A. (pers. de limp. do hospital da costa de Burela) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.700	27.09.04	03.12.04(1)	Lugo
C.C. Comercio de materiais de construción e saneamento (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	30.09.04	09.12.04(1)	Lugo
C.C. Edificación e obras públicas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	30.09.04	10.12.04(1)	Lugo
C.C. Materiais e prefabricados da construción (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	26.610	30.09.04	15.12.04(1)	Lugo
C.C. Primeira transformación da madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	22.10.04	13.12.04(1)	Lugo
Sanidade privada (Lugo) (Táboa definitiva 2002 e 2003) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.03)	85.000	25.10.04	09.12.04(1)	Lugo
C.C. Técnica de Envases Pesqueros, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.400	05.11.04	21.01.05(1)	Lugo
C.C. Neg Micon Eólica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	—	12.11.04	27.01.05(1)	Lugo
C.C. Bombones Suguimar (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.800	12.11.04	02.02.05(1)	Lugo
SETEX - APARKI, S.A. (Lugo) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.215	19.11.04	01.02.05(1)	Lugo
C.C. Industria siderometalúrxica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	30.11.04	14.02.05(1)	Lugo
C.C. Comercio do metal (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	52.000	30.11.04	21.02.05(1)	Lugo

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Primeira transformación da madeira (Corrección erros (Tab. Salariais)) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	07.12.04	03.02.05(1)	Lugo
C.C. Fontecelta, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.980	09.12.04	02.02.05(1)	Lugo
Edificación e obras públicas (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	10.12.04	01.02.05(1)	Lugo
Materiais e prefabricados da construción (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	26.610	10.12.04	04.02.05(1)	Lugo
Comercio de materiais d e construción e saneamento (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	51.000	10.12.04	04.02.05(1)	Lugo
C.C. Limpezas de edificios e locais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	02.06.04	—	Ourense
C.C. limpeza de edificios e locais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	02.06.04	11.08.04(1)	Ourense
C.C. Fabricantes de mobles, carpintaría, tapizaría e ebanistaría (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	36.000	04.06.04	26.08.04(1)	Ourense
Concello de Xinzo de Limia - Persoal Laboral (Táboa salarial 2004 e modific. arts.)	75.000	07.06.04	13.08.04(1)	Ourense
C.C. Comercio de elementos do metal (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	07.06.04	27.08.04(1)	Ourense
C.C. Comercio do téxtil (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	52.000	09.06.04	01.09.04(1)	Ourense
C.C. Siderometal e talleres de reparación de vehículos (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	27.000	10.06.04	30.08.04(1)	Ourense
C.C. Burgas Distribución, S.A. (Vixencia do 01.06.04 ao 31.12.06)	40.000	11.06.04	02.09.04(1)	Ourense
C.C. Unidad de Vehículos Industriales, S.A. -UNVI,S.A.- (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	34.000	15.06.04	25.08.04(1)	Ourense
C.C. Teydesa Conectores, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	31.000	15.06.04	31.08.04(1)	Ourense
C.C. Comercio de alimentación (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	15.06.04	02.09.04(1)	Ourense

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Torradoiros de café e sucedáneos da provincia de Ourense (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	07.07.04	12.11.04(1)	Ourense
C.C. Aguas de Fontenova, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.980	08.07.04	12.11.04(1)	Ourense
C.C. Euroinversiones Last Teardrop, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	14.07.04	06.08.04(2)	Ourense
C.C. Cervezas San Martín, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	14.07.04	24.11.04(1)	Ourense
C.C. Aguas de Cabreiroá, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	04.08.04	19.11.04(1)	Ourense
Butacid Verín, S.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	06.08.04	28.08.04(2)	Ourense
C.C. Pastelería, confeitería, bolería, repostería e pratos precociñados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	01.09.04	26.11.04(1)	Ourense
C.C. Concello de Ourense - Pers. Laboral (Vixencia do 05.08.04 ao 31.12.06)	75.000	16.09.04	25.11.04(1)	Ourense
C.C. Pedro Benéitez Souto (Panaderías) (Vixencia do 30.08.04 ao 31.08.05)	15.000	17.09.04	26.11.04(1)	Ourense
C.C. Panadería Tito, S.L. (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.05)	15.000	17.09.04	29.11.04(1)	Ourense
C.C. Construción (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	20.09.04	01.12.04(1)	Ourense
C.C. Valeo Sistemas de Conexión Eléctrica, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	31.000	27.09.04	23.11.04(1)	Ourense
Vitivinícola do Ribeiro, S.C.L. (Revisión Salarial) (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.05)	15.000	30.09.04	29.11.04(1)	Ourense
Construcciones Alea, S.L. (Rev. Sal. 2004, Cal. Labor. 2004 e prórroga) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	15.11.04	02.12.04(2)	Ourense
C.C. Araujo Piel, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	18.000	17.11.04	02.12.04(2)	Ourense
Construción (Prov. de Ourense) (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	29.11.04	23.12.04(2)	Ourense

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Automóviles de Tuy, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	03.06.04	28.06.04(1)	Pontevedra
Amalis, S.A. (Limpeza no Hosp. Meixoeiro) (Modif. artígo 17) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	03.06.04	05.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Factorías Vulcano, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	35.000	03.06.04	21.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Real Club Náutico de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	92.000	04.06.04	29.06.04(1)	Pontevedra
C.C. Construcciones Navales P.Freire, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	35.000	04.06.04	02.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Empresas exportadoras de pescado fresco (Provincia de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	04.06.04	06.07.04(1)	Pontevedra
C.C. D.S. Salgado, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.03.05)	51.000	08.06.04	07.07.04(1)	Pontevedra
C.C. GKN Driveline Vigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	34.000	08.06.04	08.07.04(1)	Pontevedra
Eulen, S.A. (Mantemento do Hosp. Meixoeiro) (Acordo s/ xubilación parcial (ampl. art.14) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06))	74.000	15.06.04	16.07.04(1)	Pontevedra
Mª del Carmen Porto Diéguez (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	40.000	15.06.04	19.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Butavigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	40.000	15.06.04	19.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Pescados Marcelino, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.000	15.06.04	26.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Industrias e comercio vitivinícolas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.900	15.06.04	26.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Alonarti Envases, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	28.000	21.06.04	30.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Carpintería, ebanistería e actividades afíns (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	36.000	21.06.04	02.08.04(1)	Pontevedra
C.C. Policlínico Vigo, S.A. - POVISA. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	85.000	29.06.04	10.08.04(1)	Pontevedra
C.C. Carpintaría de Ribeira (Provincia de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.000	29.06.04	13.08.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. La Artística Productos Químicos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	24.000	29.06.04	23.08.04(1)	Pontevedra
Almacenes, Servicios y Recuperaciones S.L. - ALSERVI, S.L. (Calendario laboral 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	37.000	02.07.04	09.08.04(1)	Pontevedra
Plásticos de Galicia, S.A. (Revisión Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	25.000	05.07.04	22.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Harinas y Sémolas del Noroeste, S.A. (HASENOSA) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	09.07.04	24.08.04(1)	Pontevedra
Limpeza de edificios e locais (AGA 11/04)	74.700	17.07.04	27.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Concello de Cuntis - Persoal Laboral (Vixencia do 08.11.04 ao 07.11.05)	75.000	19.07.04	20.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Panificación (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	20.07.04	13.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Naviera Mar de Ons, S.L. (Vixencia do 29.06.04 ao 31.12.04)	61.000	20.07.04	15.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Comercio de alimentación (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	28.07.04	08.07.04(1)	Pontevedra
Transportes La Unión, S.A (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	60.210	28.07.04	08.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Rematantes e serradoiros de madeira (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.101	28.07.04	07.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Frigodis, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.000	28.07.04	16.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Obradoiros e despachos de confeiterías, pastelerías, reposterías e pratos precociñados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	28.07.04	17.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Venda maior de tecidos, mercería e paquetería (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.05.04 ao 30.04.06)	51.000	28.07.04	23.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Almacenistas de madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	20.09.04	03.11.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Viguesa de Transportes, S.L. – VITRASA (Vixencia do 16.07.04 ao 31.12.07)	60.000	20.09.04	03.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Servicios Auxiliares de Arosa, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.000	20.09.04	08.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Círculo Cultural Mercantil e Industrial de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	92.000	20.09.04	09.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Remolcadores de Vigo, S.A. REMOLCAVISA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.222	20.09.04	10.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Samyl, S.L. (Mantemento do CRD Meixoeiro) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	21.09.04	29.10.04(1)	Pontevedra
C.C. SAI Automotive Lignotock, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.000	21.09.04	08.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Concello de Vilaboa - Pers. Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	22.09.04	27.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Comercio de mobles (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	22.09.04	29.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Faurecia Sistemas de Escape España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	29.000	22.09.04	16.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Construción (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	23.09.04	28.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Centro Frigorífico Conservero, S.A. – CEFRICO (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	24.09.04	26.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Frinova, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	24.09.04	26.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Frigoríficos de Vigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.000	24.09.04	10.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Faro de Vigo, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	22.120	24.09.04	11.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. e Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. Unión Temporal de Empresas (Vigo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	24.09.04	11.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Pescanova Alimentación, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	27.09.04	04.11.04(1)	Pontevedra
Oficinas e despachos (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	27.09.04	04.11.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Servizos de limpeza e recollida de residuos do porto pesqueiro-Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	90.000	27.09.04	09.11.04(1)	Pontevedra
C.C. CESPA, S.A. (Limpeza e recollida de lixo do porto pesqueiro de Vigo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	90.000	27.09.04	01.12.04(2)	Pontevedra
Plasto Adhesivos Ibérica, S.L. (Acta de Adhesión) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	27.000	28.09.04	18.11.04(1)	Pontevedra
Envases Metálicos de Vigo, S.A.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	28.000	29.09.04	02.11.04(1)	Pontevedra
Ankesename, S.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.05.04 ao 31.12.06)	92.000	30.09.04	16.11.04(1)	Pontevedra
Tratamiento Industrial de Aguas, S.A. - TRAINASA. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	30.09.04	18.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Real AeroClub de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	92.000	07.10.04	19.11.04(1)	Pontevedra
C.C. UTE SUFI, S.A. - Celta PRIX, S.L. -UTE Lalín (Vixencia do 01.07.04 ao 01.07.09)	90.002	07.10.04	07.12.04(1)	Pontevedra
Comercio de alimentación (Prov. de Pontevedra) (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	08.10.04	15.11.04(1)	Pontevedra
Limpeza de edificios e locais (C.C.publicado en Dog de 14.08.03) (Sentenza de impugnación de C.C.)	74.700	08.10.04	19.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Mármores e pedras (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	14.100	08.10.04	22.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Cespa Ingeniería Urbana, S.A. – Pontevedra (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.700	20.10.04	24.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Cespa Ingeniería Urbana, SA - Vilagarcía de Arousa (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.700	20.10.04	03.12.04(1)	Pontevedra
Treves Galicia, S.L.U. (Laudo Arbitral (s/zap)	—	21.10.04	23.11.04(1)	Pontevedra
C.C. FRIGALSA, Frigoríficos de Galicia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.201	26.10.04	25.11.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Estacionamientos y Servicios, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.000	03.11.04	17.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Pez Austral, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.200	03.11.04	20.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Boteros Amarradores de Vigo, S.L. BOTAMAVI (Vixencia do 01.06.02 ao 31.10.04)	63.200	03.11.04	21.12.04(1)	Pontevedra
CYCSA e EYSSA, UTE Vigo (ORA) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.000	11.11.04	17.12.04(1)	Pontevedra
Almacenistas de madeira (Calendario Laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	51.000	11.11.04	27.12.04(1)	Pontevedra
Concello de Bueu. Pers. Funcionario e Laboral (Mod. Acordo marco)	75.113	11.11.04	30.12.04(1)	Pontevedra
C.C. GEFCO España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	12.11.04	28.12.04(1)	Pontevedra
Construción (Xornada laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	24.11.04	15.12.04(2)	Pontevedra
C.C. Pescanova, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	24.11.04	31.12.04(1)	Pontevedra

RELACIÓN DE CONVENIOS REXISTRADOS ORDENADOS POR CLAVES DE ACTIVIDADE

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

A **Clasificación de Actividades Económicas (CNAE-93)**
está publicada no número 5 da Revista Galega de Dereito Social
(RD 1.560/1992, de 18 de decembro, BOE do 22)

C.C. Síntax Logística, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.07)	—	15.06.04	04.08.04	Estatal
C.C. Teficar, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	—	14.07.04	30.07.04	Estatal
C.C. Grupo Motorpress-Ibérica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	—	22.07.04	15.09.04	Estatal
C.C. Proyect 3001, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	—	03.08.04	04.10.04[1]	Comunidade Autónoma
C.C. Grupo Cetelem (Vixencia do 21.06.04 ao 31.12.06)	—	09.09.04	25.09.04	Estatal
C.C. TCI Cortes XXI, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	—	23.09.04	13.10.04	Estatal
C.C. Compañía Europa Ferrys, S.A. e o seu persoal de terra (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	—	23.09.04	13.10.04	Estatal
Treves Galicia, S.L.U. (Laudo Arbitral (s/zap)	—	21.10.04	23.11.04[1]	Pontevedra
C.C. Norsalnes, S.L. (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.08)	—	25.10.04	—	Comunidade Autónoma
C.C. Areva T&D Ibérica, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.06)	—	25.10.04	10.11.04	Estatal
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Festas laborais 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	28.10.04	15.11.04[1]	Comunidade Autónoma

* Data de publicación no correspondente Diario Oficial: [1] D.O.G.; [2] B.O.P.; en branco B.O.E.

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	28.10.04	09.12.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Neg Micon Eólica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	—	12.11.04	27.01.05(1)	Lugo
Festas laborais de carácter local para o ano 2005 nos concellos da Com. Autónoma (Resolución complem. da do 28.10.04) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	—	16.12.04	29.12.04(1)	Comunidade Autónoma
Produción, Manipulado, Comercio e Exportación de cítricos, froitas, hortalizas, flores e plantas vivas (Acordo formación, emprego e cualif.profesion.)	1.100	13.09.04	29.09.04	Estatal
C.C. Stolt Sea Farm, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	5.000	30.09.04	11.11.04(1)	A Coruña
C.C. Velpa, S.A (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	11.200	26.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Rocas, Arcillas e Minerais, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.000	21.06.04	16.07.04(1)	A Coruña
Caolines de Vimianzo, S.A. (Revisións Salariais 2002, 2003, 2004) (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	14.000	10.11.04	29.12.04(1)	A Coruña
C.C. Elaboración e instalación de pedra e mármore (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.100	01.06.04	02.07.04(1)	A Coruña
C.C. Mármores e pedras (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	14.100	08.10.04	22.11.04(1)	Pontevedra
Elaboración e instalación de pedra e mármore (Corrección erros (Tab. Salariais)) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	14.100	11.11.04	09.12.04(2)	A Coruña
C.C. Explotaciones Cerámicas Españolas, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	14.220	30.07.04	20.10.04(1)	Lugo
C.C. Pescados Marcelino, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.000	15.06.04	26.07.04(1)	Pontevedra
Torradoiros de café e sucedáneos da provincia de Ourense (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	07.07.04	12.11.04(1)	Ourense
C.C. Harinas y Sémolas del Noroeste, S.A. (HASENOSA) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	09.07.04	24.08.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Euroinversiones Last Teardrop, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	14.07.04	06.08.04(2)	Ourense
C.C. Cervezas San Martín, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	14.07.04	24.11.04(1)	Ourense
C.C. Panificación (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	20.07.04	13.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Obradoiros e despachos de confeiterías, pastelerías, reposterías e pratos precociñados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	28.07.04	17.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Aguas de Cabreiroá, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	04.08.04	19.11.04(1)	Ourense
C.C. Bajamar Séptima, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	01.09.04	15.10.04(1)	A Coruña
C.C. Pastelería, confeitería, bolería, repostería e pratos precociñados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	01.09.04	26.11.04(1)	Ourense
C.C. Pedro Benéitez Souto (Panaderías) (Vixencia do 30.08.04 ao 31.08.05)	15.000	17.09.04	26.11.04(1)	Ourense
C.C. Panadería Tito, S.L. (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.05)	15.000	17.09.04	29.11.04(1)	Ourense
C.C. Servicios Auxiliares de Arosa, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.000	20.09.04	08.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Quely, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.03.08)	15.000	23.09.04	13.10.04	Estatal
C.C. Centro Frigorífico Conservero, S.A. – CEFRICO (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.000	24.09.04	26.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Frinova, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	24.09.04	26.10.04(1)	Pontevedra
Vitivinícola do Ribeiro, S.C.L. (Revisión Salarial) (Vixencia do 01.09.04 ao 31.08.05)	15.000	30.09.04	29.11.04(1)	Ourense
C.C. Pescanova, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.000	24.11.04	31.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Pez Austral, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.200	03.11.04	20.12.04(1)	Pontevedra
C.C. FRIGALSA, Frigoríficos de Galicia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.201	26.10.04	25.11.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Cargill España S.A., e AOP Iberia, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.400	15.07.04	26.08.04	Estatal
Industrias Lácteas e os seus derivados (Táboa salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	15.511	30.06.04	20.07.04	Estatal
C.C. Unilever Foods España, S.A. / División Frigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.520	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Industrias de Elaboración do Arroz (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.600	02.08.04	31.08.04	Estatal
C.C. Harinas Panificables e Sémolas (Vixencia do 01.01.04 ao indeterm.)	15.613	08.09.04	23.09.04	Estatal
C.C. Panaderías (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	15.800	25.10.04	03.12.04(1)	A Coruña
C.C. Bombones Suguimar (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.800	12.11.04	02.02.05(1)	Lugo
C.C. Industrias e comercio vitivinícolas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	15.900	15.06.04	26.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. - CASBEGA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	15.900	06.10.04	27.10.04	Estatal
Industrias de Augas e Bebidas Envasadas (Acta modificación Acordo Marco)	15.980	09.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Aguas de Fontenova, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.980	08.07.04	12.11.04(1)	Ourense
C.C. Fontecelta, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	15.980	09.12.04	02.02.05(1)	Lugo
Moderropa, S.A. (Acta modificación)	17.400	09.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Araujo Piel, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	18.000	17.11.04	02.12.04(2)	Ourense
C.C. Industrias do Curtido, Correas, Coiros Industriais e Curtición de Peles para Peletería (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	18.000	02.12.04	20.12.04	Estatal
Xeral do Corcho (Acta s/ Incremento salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	10.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Carpintaría de Ribeira (Provincia de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.000	29.06.04	13.08.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Carpintaría de Ribeira (Provincia de A Coruña) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	20.000	20.07.04	06.09.04(1)	A Coruña
C.C. Interbón, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	20.000	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Primeira transformación da madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	22.10.04	13.12.04(1)	Lugo
Primeira transformación da madeira (Corrección erros (Tab. Salariais)) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	20.000	07.12.04	03.02.05(1)	Lugo
C.C. Rematantes e serradoiros de madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.101	16.06.04	20.07.04(1)	A Coruña
C.C. Rematantes e serradoiros de madeira (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.101	28.07.04	07.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Técnica de Envases Pesqueros, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	20.400	05.11.04	21.01.05(1)	Lugo
C.C. Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriais e Industrias Auxiliares (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	21.000	13.07.04	31.08.04	Estatal
C.C. Pastas, Papel e Cartón (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	21.100	20.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Corporación de Medios de Murcia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	22.100	20.09.04	06.10.04	Estatal
Prensa non Diaria (Cláusula Rev. Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	22.120	14.06.04	30.06.04	Estatal
C.C. La Voz de Galicia, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	22.120	02.07.04	02.08.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Prensa non Diaria (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	22.120	21.09.04	11.10.04	Estatal
C.C. Faro de Vigo, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	22.120	24.09.04	11.11.04(1)	Pontevedra
La Opinión de A Coruña, S.L.U. (Revisión Salarial 2004 e prórroga) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	22.120	29.11.04	10.01.05(1)	A Coruña
C.C. Compañía Española de Petróleos Atlántico, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	23.200	19.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. La Artística Productos Químicos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	24.000	29.06.04	23.08.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Industria Química (Vixencia do 10.06.04 ao 31.12.06)	24.000	21.07.04	06.08.04	Estatal
C.C. Bridgestone Hispania, S.A. (Delegaciones Comerciales) (Vixencia do 10.07.04 ao 30.06.05)	24.000	14.09.04	04.10.04	Estatal
C.C. Bridgestone Hispania, S.A. (Fábricas) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	24.000	14.09.04	05.10.04	Estatal
Ertisa (Acta modificación) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.04)	24.100	22.07.04	11.08.04	Estatal
C.C. Fertiberia, S.A. (excepto Luchana-Vizcaya) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	24.150	29.09.04	18.10.04	Estatal
C.C. Praxair España, S.L.; Praxair Producción España, S.L.; Praxair Soldadura, S.L. e Praxair Euroholding, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	24.200	14.09.04	05.10.04	Estatal
C.C. Perfumerías e Afins (Vixencia do 21.09.04 ao 31.12.06)	24.520	16.07.04	21.09.04	Estatal
Industria fotográfica (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	24.640	01.07.04	20.07.04	Estatal
Plásticos de Galicia, S.A. (Revisión Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	25.000	05.07.04	22.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Michelín España Portugal, S.A. (para os centros de Burgos, Madrid, Barcel. Toledo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	25.100	20.09.04	06.10.04	Estatal
C.C. Michelín España Portugal, S.A. (para os centros de Aranda del Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	25.100	21.09.04	11.10.04	Estatal
Derivados del cemento (Modif. arts.; Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	26.000	11.06.04	12.07.04(1)	A Coruña
C.C. Industrias Extractivas, Industrias do Vidro, Industrias Cerámicas e Consorcio Exclusivista dos mesmos materiais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	26.000	22.07.04	11.08.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Fabricantes de Xesos, Escaiolas, Cales e os seus Prefabricados (Corrección erros (Táboa Sal.2003, 2004)) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	26.500	15.11.04	02.12.04	Estatal
C.C. Cementos Cosmos, S.A. (Factoría de Oural) (Vixencia do 26.08.04 ao 31.12.06)	26.510	05.08.04	21.10.04(1)	Lugo
C.C. Materiais e prefabricados da construción (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	26.610	30.09.04	15.12.04(1)	Lugo
Materiais e prefabricados da construción (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	26.610	10.12.04	04.02.05(1)	Lugo
C.C. Siderometal e talleres de reparación de vehículos (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	27.000	10.06.04	30.08.04(1)	Ourense
C.C. Alcoa Inespal, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27000 ?	29.07.04	13.09.04(1)	A Coruña
C.C. Masa Servicios, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	02.08.04	21.08.04	Estatal
C.C. Industria siderometalúrxica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	16.08.04	01.10.04(1)	A Coruña
Plasto Adhesivos Ibérica, S.L. (Acta de Adhesión) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	27.000	28.09.04	18.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Flowserve Spain, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	27.000	05.11.04	24.11.04	Estatal
C.C. Domar, S.A. (Vixencia do 02.06.04 ao 31.12.08)	27.000	10.11.04	30.11.04	Estatal
C.C. Empresas de Frío Industrial (Vixencia do 09.07.04 ao 31.12.06)	27.000	24.11.04	28.12.04	Estatal
C.C. Industria siderometalúrxica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	27.000	30.11.04	14.02.05(1)	Lugo
C.C. Alonarti Envases, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	28.000	21.06.04	30.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Casa Baudes, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	28.000	13.07.04	30.07.04	Estatal
Envases Metálicos de Vigo, S.A.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	28.000	29.09.04	02.11.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Faurecia Sistemas de Escape España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	29.000	22.09.04	16.11.04(1)	Pontevedra
Thyssenkrupp Elevadores, S.A. (Centros de Traballo de Madrid e Valencia) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	29.200	14.06.04	30.06.04	Estatal
C.C. Miele, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	29.710	15.07.04	02.08.04	Estatal
C.C. Euroservice Asistencia Técnica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	30.020	21.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Teydesa Conectores, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	31.000	15.06.04	31.08.04(1)	Ourense
C.C. Valeo Sistemas de Conexión Eléctrica, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	31.000	27.09.04	23.11.04(1)	Ourense
C.C. Televés, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	32.000	27.09.04	22.10.04(1)	A Coruña
C.C. Teleinformática y Comunicaciones, S.A.U. –TELYCO (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	32.202	13.07.04	30.09.04	Estatal
C.C. GKN Driveline Vigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	34.000	08.06.04	08.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Unidad de Vehículos Industriales, S.A. -UNVI,S.A.- (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	34.000	15.06.04	25.08.04(1)	Ourense
C.C. Renault España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.000	18.06.04	06.07.04	Estatal
Nervión Montajes y Mantenimientos, S.L. (Laudo Arbitral)	34.000	28.07.04	07.09.04(1)	A Coruña
C.C. SAI Automotive Lignotock, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.000	21.09.04	08.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Valeo Service España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	34.300	10.09.04	30.09.04	Estatal
C.C. Factorías Vulcano, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	35.000	03.06.04	21.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Construcciones Navales P.Freire, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	35.000	04.06.04	02.07.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Izar Construcciones Navales S.A. fronte a FM-CC.OO, MCA-UGT, CAT-Metal, FM-ELA y FM-USTG. (Acordo en procedemento de mediación)	35.000	10.06.04	26.06.04	Estatal
Izar Construcciones Navales, S.A. (Acta de Acordo)	35.000	10.09.04	02.10.04	Estatal
C.C. Fabricantes de mobles, carpintaría, tapizaría e ebanistaría (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	36.000	04.06.04	26.08.04(1)	Ourense
C.C. Carpintería, ebanistería e actividades afíns (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	36.000	21.06.04	02.08.04(1)	Pontevedra
C.C. Flex Equipos de Descanso, S.A.U. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	36.150	08.06.04	23.06.04	Estatal
Flex Equipos de Descanso, S.A.U. (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	36.150	08.06.04	16.07.04	Estatal
Almacenes, Servicios y Recuperaciones S.L - ALSERVI, S.L. (Calendario laboral 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	37.000	02.07.04	09.08.04(1)	Pontevedra
C.C. Babcock Kommunal MBH y Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. U.T.E. (Vixencia do 01.07.03 ao 31.12.07)	37.000	21.07.04	03.09.04(1)	A Coruña
C.C. Subcontratistas de SOGAMA (Complexo medioambiental de Cerceda) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	37.000	08.10.04	15.11.04(1)	A Coruña
C.C. Burgas Distribución, S.A. (Vixencia do 01.06.04 ao 31.12.06)	40.000	11.06.04	02.09.04(1)	Ourense
Mª del Carmen Porto Diéguez (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	40.000	15.06.04	19.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Butavigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	40.000	15.06.04	19.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. e Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. (Vixencia do 26.02.04 ao 31.12.06)	40.000	02.11.04	19.11.04	Estatal
C.C. Grupo Endesa (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	40.100	19.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Iberdrola Grupo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	40.100	04.10.04	26.10.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Aquagest, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	41.000	02.07.04	03.08.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Gestión y Técnicas del Agua, S.A.(Burgo-Culleredo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	41.000	27.09.04	25.10.04(1)	A Coruña
Red Eléctrica de España, S.A. (Acta de Revisión) (Vixencia do 26.11.03 ao 31.12.06)	41.100	05.11.04	25.11.04	Estatal
C.C. Instituto Técnico de Materiales y Construcciones (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	01.07.04	20.07.04	Estatal
Grupo de Empresas Ortiz (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	13.07.04	15.09.04	Estatal
C.C. Construción (Prov. de A Coruña) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	27.08.04	08.10.04(1)	A Coruña
Grupo de Empresas Ortiz (Modificación Conv. Colec.) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	09.09.04	24.09.04	Estatal
C.C. Construción (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	20.09.04	01.12.04(1)	Ourense
C.C. Construción (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	23.09.04	28.10.04(1)	Pontevedra
C.C. Edificación e obras públicas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.000	30.09.04	10.12.04(1)	Lugo
Construcciones Alea, S.L. (Rev. Sal. 2004, Cal. Labor. 2004 e prórroga) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	45.000	15.11.04	02.12.04(2)	Ourense
Construción (Xornada laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	24.11.04	15.12.04(2)	Pontevedra
Construción (A Coruña) (Calendario Laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	26.11.04	28.12.04(1)	A Coruña
Construción (Prov. de Ourense) (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	29.11.04	23.12.04(2)	Ourense

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Edificación e obras públicas (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	45.000	10.12.04	01.02.05(1)	Lugo
C.C. Mantenimientos y Montajes Industriales, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	45.300	30.06.04	20.07.04	Estatal
C.C. Kaefer Aislamientos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	45.320	06.10.04	15.11.04	Estatal
C.C. Comercial Mercedes Benz (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	50.000	15.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Peugeot España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	50.100	05.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Estacións de servizo (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	50.500	30.06.04	19.07.04	Estatal
Estacións de servizo (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	50.500	16.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Empresas exportadoras de pescado fresco (Provincia de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	04.06.04	06.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Comercio de elementos do metal (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	07.06.04	27.08.04(1)	Ourense
C.C. D.S. Salgado, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.03.05)	51.000	08.06.04	07.07.04(1)	Pontevedra
Exportación de peixe fresco do porto de A Coruña (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	51.000	09.07.04	03.09.04(1)	A Coruña
UNIDE, Sociedad Cooperativa G-5 Centro S.A. e COIDEC (Cláus. Rev. Sal. 2003 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	51.000	22.07.04	11.08.04	Estatal
C.C. Venda maior de tecidos, mercería e paquetería (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.05.04 ao 30.04.06)	51.000	28.07.04	23.09.04(1)	Pontevedra
Butacid Verín, S.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	51.000	06.08.04	28.08.04(2)	Ourense
C.C. Almacenistas de madeira (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	20.09.04	03.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Pescanova Alimentación, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	27.09.04	04.11.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Comercio de materiais de construción e saneamento (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.000	30.09.04	09.12.04(1)	Lugo
Almacenistas de madeira (Calendario Laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	51.000	11.11.04	27.12.04(1)	Pontevedra
Comercio de materiais de construción e saneamento (Calendario laboral 2005) (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.05)	51.000	10.12.04	04.02.05(1)	Lugo
Grupo de Empresas Centro Farmacéutico del Norte, S.A. e Centro Distribuidor del Norte, S.A. (Táboa Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.400	23.09.04	13.10.04	Estatal
Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (Modificación C.C.) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.04)	51.460	08.09.04	25.09.04	Estatal
Hierros Ibáñez, S.A. (Revisión salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.500	01.07.04	19.07.04	Estatal
C.C. Amper Soluciones, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	51.651	26.10.04	03.12.04	Estatal
C.C. Comercio do téxtil (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	52.000	09.06.04	01.09.04(1)	Ourense
C.C. Comercio de alimentación (Prov. de Ourense) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	15.06.04	02.09.04(1)	Ourense
C.C. Comercio de alimentación (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	52.000	28.06.04	18.10.04(1)	Lugo
C.C. Comercio de alimentación (Prov. de Pontevedra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	28.07.04	08.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Comercio da pel e o calzado (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	52.000	03.09.04	07.12.04(1)	Lugo
C.C. Comercio de mobles (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	22.09.04	29.10.04(1)	Pontevedra
Comercio de alimentación (Prov. de Pontevedra) (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	52.000	08.10.04	15.11.04(1)	Pontevedra
Comercio de mobles (Revisión Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	52.000	26.11.04	12.01.05(1)	A Coruña

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Comercio do metal (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	52.000	30.11.04	21.02.05(1)	Lugo
Supermercados, Superservizos, Autoservizos e Distribuidores Maioristas de Alimentación (Sentenza Audiencia Nacional) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	52.110	15.11.04	02.12.04	Estatal
C.C. Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.P.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	52.300	29.09.04	15.10.04	Estatal
C.C. Ciclo do Comercio do Papel e Artes Gráficas (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	52.470	01.06.04	17.06.04	Estatal
Ciclo do Comercio do Papel e Artes Gráficas (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	52.470	11.08.04	13.09.04	Estatal
C.C. General Óptica, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	52.481	14.09.04	04.10.04	Estatal
Hostalería (Acordo Laboral)	55.000	08.11.04	26.11.04	Estatal
Hostalería (Acordo Laboral)	55.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
C.C. Automóviles de Tuy, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	03.06.04	28.06.04(1)	Pontevedra
C.C. Tranvías de Ferrol, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.000	18.06.04	15.07.04(1)	A Coruña
C.C. Viguesa de Transportes, S.L. – VITRASA (Vixencia do 16.07.04 ao 31.12.07)	60.000	20.09.04	03.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Frigoríficos de Vigo, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.000	24.09.04	10.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Transporte de mercadorías por estrada - Prov. A Coruña (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	25.10.04	29.11.04(1)	A Coruña
C.C. GEFCO España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.000	12.11.04	28.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Ferrocarrís de Vía Estreita – FEVE (Vixencia do 09.03.04 ao 31.12.05)	60.100	28.10.04	19.11.04	Estatal
C.C. Vigo-Barcelona, S.A. - VIBASA. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.200	20.09.04	17.11.04(1)	Comunidade Autónoma

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Atracem, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	60.200	07.10.04	21.10.04	Estatal
Transportes La Unión, S.A (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	60.210	28.07.04	08.07.04(1)	Pontevedra
Transportes Bacoma, S.A. (Cláusula Rev. Salarial 2003) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	60.240	14.07.04	16.09.04	Estatal
C.C. Disa Andalucía, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.240	21.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Fernando Buil, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	60.240	15.10.04	04.11.04	Estatal
C.C. Transportes Bacoma, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.240	25.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Autotransporte Turístico Español, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	60.320	01.07.04	20.07.04	Estatal
C.C. Naviera Mar de Ons, S.L. (Vixencia do 29.06.04 ao 31.12.04)	61.000	20.07.04	15.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Naviera Ría de Arosa, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	61.100	02.08.04	23.08.04	Estatal
C.C. European Air Transport N. V/S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.000	02.08.04	23.08.04	Estatal
Tap-Air Portugal, S.A. (Prórroga 2004 e Rev. Sal. 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.000	02.08.04	24.08.04	Estatal
Lufthansa Cargo AG (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	62.100	19.07.04	03.08.04	Estatal
Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. e os técnicos de mantenim. Aeronáutico (Corrección erros) (Vixencia do 10.12.03 ao 31.12.06)	62.100	11.08.04	13.09.04	Estatal
C.C. Futura International Airways, S.A. (administ. e tripulantes de cabina de pasaxeiros) (Vixencia do 01.10.04 ao 31.12.08)	62.100	15.11.04	02.12.04	Estatal
C.C. Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. e os tripulantes de Cabina de Pasaxeiros (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	62.100	25.11.04	15.12.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Empresas concesionarias de servizos municipais de aparcamento e retirada de vehículos (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	63.000	29.06.04	28.07.04(1)	A Coruña
C.C. Frigodis, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.000	28.07.04	16.09.04(1)	Pontevedra
C.C. Estacionamientos y Servicios, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.000	03.11.04	17.12.04(1)	Pontevedra
CYCSA e EYSSA, UTE Vigo (ORA) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.000	11.11.04	17.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Aparcamentos e Garaxes (Vixencia do 20.10.04 ao 31.12.04)	63.200	01.10.04	19.10.04	Estatal
C.C. Boteros Amarradores de Vigo, S.L. BOTAMAVI (Vixencia do 01.06.02 ao 31.10.04)	63.200	03.11.04	21.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Europistas, Concesionaria Española, S.A. A1 (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.213	15.06.04	07.08.04	Estatal
C.C. Regulación do Estacionamento Limitado de Vehículos na Vía Pública (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	63.214	15.10.04	04.11.04	Estatal
SETEX - APARKI, S.A. (Lugo) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.215	19.11.04	01.02.05(1)	Lugo
C.C. Buquebus España, S.A. (e o seu persoal de flota) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	63.222	13.09.04	29.09.04	Estatal
C.C. Remolcadores de Vigo, S.A. REMOLCAVISA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	63.222	20.09.04	10.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Buquebus España, S.A. (e o seu persoal de terra) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.08)	63.222	21.09.04	08.10.04	Estatal
C.C. Viajes Ecuador, S.A. (Vixencia do 03.06.04 ao 31.12.05)	63.300	21.07.04	05.08.04	Estatal
CWT Viajes de Empresa, S.A. (Acordo de supresión e anulación premio xubilación) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	63.300	23.07.04	11.08.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Europhone 2000, S.A. (Vixencia do 01.01.02 ao 31.12.04)	64.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
C.C. Empresas de Mensaxería (Vixencia do 24.05.04 ao 31.12.05)	64.120	20.07.04	04.08.04	Estatal
Telefónica de España, S.A.U. (Sentenza da Audiencia Nacional)	64.200	05.07.04	20.07.04	Estatal
Sociedad Española de Instalación de Redes Telefónicas, S.A.U. (Laudo Arbitral)	64.200	13.07.04	30.07.04	Estatal
Sociedad Española de Instalación de Redes Telefónicas, S.A.U. (Aclaración Laudo Arbitral)	64.200	15.07.04	05.08.04	Estatal
C.C. Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	64.200	08.09.04	23.09.04	Estatal
C.C. Telefónica Móviles España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	64.200	13.09.04	30.09.04	Estatal
C.C. Telefónica Data España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	64.200	04.10.04	22.10.04	Estatal
Cajas de Ahorro (Escala Salarial 2003 e outros) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	65.000	16.07.04	03.08.04	Estatal
C.C. Xesgalicia, Soc. Gestora de Entidades de Capital Riesgo, S.A. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.03)	65.000	10.11.04	09.12.04(2)	A Coruña
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (Acordo Colectivo (s/ Sistema de Previs. Social))	65.000	11.11.04	01.12.04	Estatal
C.C. Banque PSA Finance (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	65.100	10.06.04	25.06.04	Estatal
C.C. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Vixencia do 30.04.04 ao 31.12.06)	65.122	02.08.04	23.08.04	Estatal
Establecementos financeiros de crédito (Cláusula Sal. 2003 e Rev. Salar. 2004) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	65.200	14.06.04	01.07.04	Estatal
Aegon (Laudo Arbitral)	66.000	16.06.04	01.07.04	Estatal
C.C. Mutua de Previsión Social do Persoal de Renault España (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	66.000	02.07.04	19.07.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Grupo Generali España (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	66.000	21.07.04	04.08.04	Estatal
Grupo Generali España (Corrección erros) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	66.000	11.08.04	14.09.04	Estatal
C.C. Entidades de Seguros, Reaseguros e Mutuas de Accidentes de Traballo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	66.000	02.11.04	19.11.04	Estatal
C.C. Europcar, IB, S.A. (Vixencia do 01.04.04 ao 31.12.06)	71.100	15.07.04	09.08.04	Estatal
C.C. Hertz de España, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	71.100	25.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Digitex Informática, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	72.600	22.10.04	10.11.04	Estatal
C.C. Instituto de Calidad, S.A.U. (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.08)	73.000	13.12.04	30.12.04	Estatal
C.C. Limpezas de edificios e locais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	02.06.04	—	Ourense
C.C. limpeza de edificios e locais (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	02.06.04	11.08.04(1)	Ourense
Amalis, S.A. (Limpeza no Hosp. Meixoeiro) (Modif. artígo 17) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	03.06.04	05.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas e Contable (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	74.000	10.06.04	25.06.04	Estatal
Eulen, S.A. (Mantemento do Hosp. Meixoeiro) (Acordo s/ xubilación parcial (ampl. art.14) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06))	74.000	15.06.04	16.07.04(1)	Pontevedra
C.C. SENAX, U.T.E. 2 (MAESSA - LAINSA) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	18.06.04	14.07.04(1)	A Coruña
C.C. Amalis, S.A. (Limpeza no Hosp. Universitario Juan Canalejo da Coruña) (Vixencia do 01.01.04 – indefinido)	74.000	29.07.04	14.09.04(1)	A Coruña
C.C. Eulen, S.A. (Mantemento, recadación, reconto de moedas, limpeza e publicidade de cabinas telefónicas, soportes e teléfonos da empresa Eulen) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.000	11.08.04	05.10.04(1)	Comunidade Autónoma

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Vulcarol, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	14.09.04	12.11.04(1)	A Coruña
C.C. Ramel, S.A. (Limpeza no Hosp. Teresa Herrera) (Vixencia do 01.01.04 – indefinido)	74.000	17.09.04	15.10.04(1)	A Coruña
C.C. Samyl, S.L. (Mantemento do CRD Meixoeiro) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.000	21.09.04	29.10.04(1)	Pontevedra
Oficinas e despachos (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.000	27.09.04	04.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Estructura, Grupo de Estudios Económicos, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.000	07.10.04	25.10.04	Estatal
Empregados de Notaría de Madrid (Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo) (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.112	14.06.04	07.07.04	Estatal
C.C. Telefónica, Publicidade e Información (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	74.400	25.11.04	14.12.04	Estatal
C.C. Empresas de Traballo Temporal (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.05)	74.502	07.06.04	24.06.04	Estatal
Limpeza de edificios e locais (AGA 11/04)	74.700	17.07.04	27.07.04(1)	Pontevedra
C.C. Persoal de limpeza do hospital universitario Juan Canalejo de A Coruña (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.700	29.07.04	—	A Coruña
C.C. Clece, S.A. (pers. de limp. do hospital da costa de Burela) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.700	27.09.04	03.12.04(1)	Lugo
Limpeza de edificios e locais (C.C.publicado en Dog de 14.08.03) (Sentenza de impugnación de C.C.)	74.700	08.10.04	19.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Cespa Ingeniería Urbana, S.A. – Pontevedra (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	74.700	20.10.04	24.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Cespa Ingeniería Urbana, SA - Vilagarcía de Arousa (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.700	20.10.04	03.12.04(1)	Pontevedra

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Damaterra Empresa de Servicios, S.L. (Vixencia do 26.08.04 ao 31.12.06)	74.840	06.08.04	26.08.04	Estatal
C.C. Ecoclinic, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.840	05.10.04	27.10.04	Estatal
Asistencia Distribución y Servicios 2003, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	01.06.04	17.06.04	Estatal
C.C. Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.843	08.06.04	23.06.04	Estatal
C.C. Gesgrup Outsourcing, S.L. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	74.843	15.06.04	01.07.04	Estatal
C.C. Móstoles Industrial, S.A. (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.07)	74.843	05.07.04	21.07.04	Estatal
Babcock Borsig España, S.A. (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	14.07.04	05.08.04	Estatal
C.C. Umano Servicios Integrales, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.843	02.08.04	24.08.04	Estatal
Asistencia Distribución y Servicios 2003, S.A. (Acordo de modificación) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	74.843	20.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Grupo Amcor Flexibles Hispania, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	74.843	20.09.04	07.10.04	Estatal
C.C. Made, Tecnologías Renovables, S.A. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	74.843	02.12.04	23.12.04	Estatal
Concello de Xinzo de Limia - Persoal Laboral (Táboa salarial 2004 e modific. arts.)	75.000	07.06.04	13.08.04(1)	Ourense
C.C. Consello Xeral do Poder Xudicial - Persoal Laboral (Vixencia do 07.07.04 ao 31.12.05)	75.000	16.06.04	06.07.04	Estatal
C.C. Concello de Sada - Persoal Laboral (Vixencia do 21.06.04 ao 21.06.07)	75.000	09.07.04	09.09.04(1)	A Coruña
Concello de Ribadeo - Persoal Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	14.07.04	12.08.04(2)	Lugo
C.C. Concello de Ribadeo - Persoal Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	14.07.04	21.10.04(1)	Lugo

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Concello de Cuntis - Persoal Laboral (Vixencia do 08.11.04 ao 07.11.05)	75.000	19.07.04	20.09.04(1)	Pontevedra
Concello de Fisterra - Pers. Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.000	10.08.04	24.09.04(1)	A Coruña
C.C. Concello de Fisterra - Pers. Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.000	16.08.04	06.10.04(1)	A Coruña
Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. (Sentenza Audiencia Nacional)	75.000	08.09.04	24.09.04	Estatal
C.C. Concello de Ourense - Pers. Laboral (Vixencia do 05.08.04 ao 31.12.06)	75.000	16.09.04	25.11.04(1)	Ourense
C.C. Concello de Vilaboa - Pers. Laboral (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	22.09.04	27.10.04(1)	Pontevedra
Fremap, Mutua de AT y EP nº 61 (Acordo s/ sistema de promoción e ascensos)	75.000	15.10.04	28.10.04	Estatal
Consello Xeral do Poder Xudicial - Persoal Laboral (Acta Comisión Paritaria do C.C.) (Vixencia do 07.07.04 ao 31.12.05)	75.000	05.11.04	18.11.04	Estatal
Concello de Arteixo -Pers. Funcionario (Acta modificación art. 1)	75.000	15.11.04	24.12.04(1)	A Coruña
Parlamento de Galicia - Pers. Funcionario (Acordo regulador condicións de emprego) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.000	16.11.04	27.12.04(1)	A Coruña
Fremap, Mutua de AT y EP nº 61 (Corrección erros)	75.000	25.11.04	15.12.04	Estatal
Centros especiais de emprego (Acta de Reunión da Comisión Paritaria) (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.04)	75.102	02.06.04	07.07.04(1)	Comunidade Autónoma
Consello de Administración do Patrimonio Nacional - Persoal Laboral (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	75.111	22.07.04	10.08.04	Estatal
Concello de Bueu. Pers. Funcionario e Laboral (Mod. Acordo marco)	75.113	11.11.04	30.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Colexios Maiores Universitarios Privados (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	75.120	04.10.04	27.10.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Fábrica Nacional de Moeda e Timbre - Real Casa da Moeda (Acordo s/ nivel salarial e categorías profesionais)	75.140	27.09.04	16.10.04	Estatal
Fábrica Nacional de Moeda e Timbre - Real Casa da Moeda (Acta modificación salaria l e definición cat. prof.)	75.140	25.11.04	15.12.04	Estatal
Ensino e Formación non regulada (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	80.000	20.08.04	26.08.04	Estatal
C.C. Fundación Diagrama Intervención Psicosocial (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	80.000	20.09.04	06.10.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo paga antigüidade (Aragón))	80.000	21.10.04	10.11.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo sobre Complem. Salariais (La Rioja))	80.000	24.11.04	15.12.04	Estatal
Empresas de Ensino Privadas sostidas total ou parcialmente con fondos públicos (Acordo sobre Complem. Salariais (Valencia))	80.000	24.11.04	15.12.04	Estatal
C.C. Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados e Centros de Formación de Posgraduados (Vixencia do 04.08.04 ao 31.12.04)	80.300	20.07.04	04.08.04	Estatal
Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados e Centros de Formación de Posgraduados (Corrección erros (Táboa Sal.2003, 2004)) (Vixencia do 04.08.04 ao 31.12.04)	80.300	10.09.04	29.09.04	Estatal
C.C. Autoescolas (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	80.411	11.11.04	01.12.04	Estatal
Asociación Pro Personas con Retraso Mental de Galicia – ASPRONAGA (Revisión Salarial 2004) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	85.000	11.06.04	09.07.04(1)	A Coruña
C.C. Policlínico Vigo, S.A. - POVISA. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	85.000	29.06.04	10.08.04(1)	Pontevedra
Sanidade privada (Lugo) (Táboa definitiva 2002 e 2003) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.03)	85.000	25.10.04	09.12.04(1)	Lugo
C.C. Sociedad Cooperativa Reto a la Esperanza (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	85.300	14.07.04	31.07.04	Estatal

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
Residencias Privadas de Persoas Maiores e do Servizo de Axuda a Domicilio (Regulam. do Comité Central de Seg. e Saúde Laboral)	85.300	02.08.04	24.08.04	Estatal
C.C. Asociación de Hogares para Niños privados de Ambiente Familiar "Nuevo Futuro" (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	85.313	30.06.04	06.08.04	Estatal
C.C. Axuda a domicilio (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.05)	85.320	23.06.04	—	Comunidade Autónoma
Axuda a domicilio (Adaptación do C.C. á resolución xudicial da sentenza do TSXG) (Vixencia do 01.01.01 ao 31.12.05)	85.320	06.07.04	04.08.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Atendo Calidade, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	85.323	03.08.04	13.10.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. CESPA CONTEN, S.A. (Recollida de RSU e Limpeza Viaria) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	16.08.04	28.09.04(1)	A Coruña
C.C. Técnicas Medioambientales - TECMED, S.A. Concello de Narón (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	20.09.04	22.10.04(1)	A Coruña
C.C. Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. e Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. Unión Temporal de Empresas (Vigo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	24.09.04	11.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Servizos de limpeza e recollida de residuos do porto pesqueiro-Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	90.000	27.09.04	09.11.04(1)	Pontevedra
C.C. CESPA, S.A. (Limpeza e recollida de lixo do porto pesqueiro de Vigo) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	90.000	27.09.04	01.12.04(2)	Pontevedra
Tratamiento Industrial de Aguas, S.A.- TRAINASA. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	90.000	30.09.04	18.11.04(1)	Pontevedra
C.C. UTE SUFI, S.A. - Celta PRIX, S.L. -UTE Lalín (Vixencia do 01.07.04 ao 01.07.09)	90.002	07.10.04	07.12.04(1)	Pontevedra
C.C. Partido Socialista de Galicia, Partido Socialista Obrero Español (PSG-PSOE) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	91.300	09.08.04	14.10.04(1)	Comunidade Autónoma

Denominación	Actividade	Rexistro	Publicación*	Ámbito xeográfico
C.C. Real Club Náutico de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	92.000	04.06.04	29.06.04(1)	Pontevedra
C.C. Casino Ferrolano - Tenis Club (Vixencia do 01.01.03 ao 31.12.06)	92.000	11.06.04	12.07.04(1)	A Coruña
C.C. Compañía de Iniciativas y Espectáculos, S.A. – CINESA (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	92.000	19.07.04	06.09.04(1)	A Coruña
C.C. Círculo Cultural Mercantil e Industrial de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	92.000	20.09.04	09.11.04(1)	Pontevedra
Ankesename, S.L. (Pacto Extraestatutario) (Vixencia do 01.05.04 ao 31.12.06)	92.000	30.09.04	16.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Real AeroClub de Vigo (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	92.000	07.10.04	19.11.04(1)	Pontevedra
C.C. Radio Popular, S.A. (COPE) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.06)	92.201	02.08.04	31.08.04	Estatal
C.C. Administracións de Lotería (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.05)	92.710	05.07.04	27.07.04	Estatal
ONCE (Acordo Comisión Negociadora (Venda cupón esp.))	92.712	14.07.04	31.07.04	Estatal
ONCE (Acordo Comisión Negociadora)	92.712	06.08.04	26.08.04	Estatal
C.C. Servimgal, S.L. (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.04)	93.000	21.06.04	27.07.04(1)	Comunidade Autónoma
Pompas fúnebres (Acordo s/ aprazamento plan pensións) (Vixencia do 01.01.04 ao 31.12.07)	93.030	28.10.04	14.12.04(1)	Comunidade Autónoma
C.C. Consello da Xuventude de Galicia (Vixencia do 01.01.05 ao 31.12.07)	99.000	11.08.04	07.10.04(1)	Comunidade Autónoma

A NEGOCIACIÓN COLECTIVA GALEGA

A información deste apartado foi elaborada pola **Área de Estudios do Consello Galego de Relacións Laborais**

REVISTA GALEGA DE DEREITO SOCIAL

Estrutura global da Negociación Colectiva en Galicia con especificación do seu ámbito territorial

a 31-12-04

	C. Autónoma / Interprovincial C. Autónoma	A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra	TOTAIS
Sector	13	34	23	20	34	**124**
Empresa	47	182	55	64	241	**589**
TOTAL	**60**	**216**	**78**	**84**	**275**	**713(*)**

(*) Neste cómputo total contabilízanse convenios colectivos e acordos reguladores

Convenios colectivos asinados

Galicia 31-12-04

	C. Autónoma Interprov./CA		A CORUÑA		LUGO		OURENSE		PONTEVEDRA		TOTAL GALICIA	
	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados
Sector	5	5.475	9	62.136	8	14.687	14	22.431	18	77.212	54	181.941
Empresa	12	1.373	36	3.336	18	819	23	1.690	68	16.463	157	23.681
TOTAL	**17**	**6.848**	**45**	**65.472**	**26**	**15.506**	**37**	**24.121**	**86**	**93.675**	**211**	**205.622**

Convenios colectivos revisados

Galicia 31-12-04

	C. Autónoma Interprov./CA		A CORUÑA		LUGO		OURENSE		PONTEVEDRA		TOTAL GALICIA	
	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados	Nº	Traball. afectados
Sector	2	9.854	6	32.365	4	6.211	4	2.041	5	41.643	**21**	**92.114**
Empresa	1	425	7	828	4	168	5	701	9	1.573	**26**	**3.695**
TOTAL	**3**	**10.279**	**13**	**33.193**	**8**	**6.379**	**9**	**2.742**	**14**	**43.126**	**47**	**95.809**

Traballadores e empresas afectados por convenios colectivos de sector asinados e revisados

Galicia 31-12-04

	C. Autónoma Interprov./CA		A CORUÑA		LUGO		OURENSE		PONTEVEDRA		TOTAL GALICIA	
	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.
Agricultura	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Industria	3.029	108	22.005	2.605	5.517	1.725	8.311	637	28.875	4.667	**67.737**	**9.787**
Construción	-	-	40.000	3.500	8.618	903	7.952	661	42.000	4.000	**98.570**	**9.064**
Servizos	12.300	3.690	32.496	3.302	6.763	4.387	8.209	2.766	47.980	12.623	**107.748**	**26.768**
TOTAL	**15.329**	**3.798**	**94.501**	**9.452**	**20.898**	**7.015**	**24.472**	**4.064**	**118.855**	**21.290**	**274.055**	**45.619**

Traballadores e empresas afectados por convenios colectivos de grupo de empresas, empresa ou ambitos inferiores á empresa asinados e revisados

Galicia 31-12-04

	C. Autónoma Interprov./CA		A CORUÑA		LUGO		OURENSE		PONTEVEDRA		TOTAL GALICIA	
	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.	Nº Traball.	Nº Empr.
Agricultura	260	1	211	2	-	-	-	-	-	-	**471**	**3**
Industria	1.080	3	2.355	20	681	11	1.745	19	14.397	35	**20.258**	**88**
Construción	-	-	-	-	-	-	62	1	-	-	**62**	**1**
Servizos	458	9	1.598	25	306	11	584	8	3.639	42	**6.585**	**95**
TOTAL	**15.329**	**13**	**4.164**	**47**	**987**	**22**	**2.391**	**28**	**18.036**	**77**	**27.376**	**187**

Media ponderada do incremento salarial pactado

Galicia 31-12-04

	Convenios sector	Revisións sector	Convenios empresa	Revisións empresa	MEDIA TOTAL
A Coruña	4,20	3,90	3,44	3,38	**4,07**
Lugo	4,43	3,99	2,40	4,09	**4,27**
Ourense	3,85	3,55	3,45	3,96	**3,81**
Pontevedra	3,86	4,07	3,33	4,97	**3,88**
C. Autónoma/ Interprovincial C. Autónoma	3,38	3,20	3,04	3,10	**3,22**
TOTAL GALICIA	**4,02**	**3,90**	**3,34**	**4,17**	**3,93**

Media ponderada do incremento salarial pactado por sectores de actividade

Galicia 31-12-04

	C. Autónoma Interprov./CA	A CORUÑA	LUGO	OURENSE	PONTEVEDRA	TOTAL GALICIA
Agricultura	2,50	5,46	-	-	-	**3,82**
Industria	3,57	4,24	4,17	3,86	4,04	**4,06**
Construción	-	4,20	4,60	4,00	4,20	**4,22**
Servizos	3,10	3,79	3,95	3,55	3,47	**3,58**
TOTAL	**3,22**	**4,07**	**4,27**	**3,81**	**3,88**	**3,93**

A Negociación Colectiva Galega

Galicia 31-12-04

	C. Autónoma Interprov./CA		A CORUÑA		LUGO		OURENSE		PONTEVEDRA		TOTAL GALICIA	
	Nº Conv.	Nº Traball.	Nº Conv.	Nº Traball.	Nº Conv.	Nº Traball.	Nº Conv.	Nº Traball.	Nº Conv.	Nº Traball.	Nº Conv.	Nº Traball.
CONVENIOS DE SECTOR												
Renovados	4	3.055	9	62.136	8	14.687	14	22.431	18	77.212	**53**	**179.521**
Revisados	2	9.854	6	32.365	4	6.211	4	2.041	5	41.643	**21**	**92.114**
Negociados 1ª vez	1	2.420	-	-	-	-	-	-	-	-	**1**	**2.420**
CONVENIOS DE EMPRESA												
Renovados	7	1.099	26	2.792	14	767	19	1.575	55	15.975	**121**	**22.308**
Revisados	1	425	7	828	4	168	5	701	9	1.573	**26**	**3.695**
Negociados 1ª vez	5	174	10	544	4	52	4	115	-13	488	**36**	**1.373**

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos e revisións salarias

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
A CORUÑA	CARPINTERÍA DE RIBEIRA	8,95	COMERCIO DE EXPORTACION DE PEIXE FRESCO DO PORTO DA CORUÑA	3,70	ALCOA INESPAL, S.A.	4,00	ARTABRA, S.A.	3,70
	CARPINTERÍA E EBANISTERÍA	4,70	DERIVADOS DO CEMENTO	4,55	BABCOCK, KOMMUNAL MBH E TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED, S.A. -UTE (ALBADA)- PLANTA DE TRATAMENTO DE RSU DA CORUÑA	4,50	ASPRONAGA	2,35
	CONSTRUCCION E OBRAS PUBLICAS	4,20	HOSTALERIA	4,20	BAJAMAR SEPTIMA, S.A.	3,70	CAOLINES DE VIMIANZO, S.A.U. (CAVISA)	2,00
	ELABORACION E INSTALACIONS DE PEDRA E MARMORE	3,95	LIMPEZA DE EDIFICIOS E LOCAIS	4,55	CASINO FERROLANO TENIS CLUB	3,70	ISOLUX WAT, S.A.	3,70
	EMPRESAS CONCESIONARIAS DE SERVIZOS MUNICIPAIS DE APARCAMENTO E/OU RETIRADA DE VEHICULOS DA VIA PUBLICA DA PROVINCIA DA CORUÑA (ORA)	3,70	OFICINAS E DESPACHOS	3,60	CINESA -COMPAÑIA DE INICIATIVAS Y ESPECTACULOS, S.A.	2,60	PROMOTORA INDUSTRIAL SADENSE, S.A. (PROINSA)	3,20
	INDUSTRIA SIDEROMETALURXICA	4,20	TINTURERÍAS, LAVANDERÍAS E REPASADO DE ROUPA 4	4,00	CONCELLO DE CARIÑO - PERSOAL LABORAL	2,00	TECNICAS MEDIOAMBIENTALES -TECMED, S.A. (LIMPEZA PUBLICA SANTIAGO DE COMPOSTELA)	4,40
	PANADERIAS	3,70			CONCELLO DE FISTERRA - ACORDO REGULADOR FUNCIONARIOS CONCELLO DE FISTERRA - PERSOAL LABORAL CONCELLO DE RIBEIRA - PERSOAL LABORAL	2,00	UNION DE EMPRESAS MADERERAS, S.A. - UNEMSA	2,60
	REMATANTES E SERRADOIROS DE MADEIRA	4,45			CONCELLO DE SADA - PERSOAL LABORAL	2,00		
	TRANSPORTE DE MERCADORIAS POR ESTRADA	3,50			CONGELADOS BARBANZA, S.A.	2,00		
					CORUÑESA MOTOR, S.A. - CORMOSA EMESA TREFILERIA, S.A.	4,00		
					EMPRESAS QUE PRESTAN SERVICIOS NO COMPLEXO MEDIOAMBIENTAL DE CERCEDA, COMO SUBCONTRATISTAS DA SOCIEDADE GALEGA DE MEDIOAMBIENTE (SOGAMA)	3,50 3,20 3,20		

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos e revisións salarias

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
A CORUÑA					I GESTION Y TECNICAS DEL AGUA, S.A. - CICLO INTEGRAL DA AUGA NO CENTRO DE TRABALLO DO BURGO-CULLEREDO- (GESTAGUA, S.A.)E TRABALLO DO BURGO-CULLEREDO- (GESTAGUA, S.A.)	3,20		
					I HOTEL FINISTERRE, S.A.	4,00		
					I HOTEL RIAZOR CORUÑA, S.L. -PERSOAL QUE PRESTA SERVICIOX NO HOTEL E CAFETERIA RIAZOR	4,20		
					I INDUSTRIAS DEL TABLERO, S.A. - INTASA	4,70		
					I LA OPINION DE LA CORUÑA, S.L.U.	2,80		
					I LIMPIEZAS XALO, S.L.**- LIMPIEZA VARIA DO CONCELLO DE CULLEREDO**	4,70		
					I MEGASA SIDERURGICA, S.L.			
					I PARLAMENTO DE GALICIA-ACORDO REGULADOR FUNCIOANRIOS	3,00 2,00		
					I PERSOAL DA CAFETERIA DO COMPLEXO HOSPITALARIO JUAN CNALEJO - MARITIMO DE OZA (CONCESIONARIA SERUNION, S.A.) PERSOAL DE LIMPEZA INDUSTRIAL DA REFINARIA DE REPSOL PETROLEO DA CORUÑA- VULCAROL, S.L.	2,60		
					I PERSOAL DE LIMPEZA DO HOSPITAL UNIVERSITARIO JUAN CANALEJO - AMALIS, S.A.. (GRUPO UNICA)	2,00		
					I PERSOAL LABORAL DO EDIFICIO DE OFICINAS DO COMPLEXO MEDIOAMBIENTAL DE SOGAMA RAMEL, S.A. - LIMPEZA DO HOSPITAL MATERNO INFANTIL TERESA HERRERA	2,00		
						2,00		

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos e revisións salarias

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
A CORUÑA					I ROCAS ARCILLAS Y MINERALES, S.A.- RAMSA	4,20		
					I (CENTRO DE TRABALLO DE SERRABAL-VEDRA)SERVIZOS DE RECOLLIDA DE LIXOS, EXPLOTACION DAS PLANTAS DE TRATAMENTO E ELIMINACION DE RESIDUOS E LIMPEZA VIARIA DO CONCELLO DA CORUÑA - CESPA, S.A. STOLT	2,60		
					I SEA FARM, S.A.	5,86		
					I TECNICAS MEDIOAMBIENTALES -TECMED, S.A.- LIMPEZA VARIA E RECOLLIDA DE RESIDUOS SOLIDOS URBANS NO CONCELLO DE NARON	3,45		
					I TELEVES, S.A.	3,85		
					I TRANVIAS DEL FERROL, S.A.	4,20		
					I TURISMOS MOTOR, S.A. - TUMOSA	3,90		
					I (CENTROS DE TRABALLO DE OLEIROS) UTE MAESSA-LAINSA (SENAX UTE 2) - LIMPEZA INDUSTRIAL DA CENTRAL TERMICA DE ENDESA NAS PONTES	4,20		
INCREMENTO SALARIAL MEDIO PONDERADO		**4,20**		**3,90**		**3,44**		**3,38**

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos asinados e revisados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
LUGO	COMERCIO DA PEL E DO CALZADO	3,70	CONFEITERÍA, PASTELERÍA E REPOSTERÍA DE LUGO	3,00	AGLOMERADOS ECAR, S.A.	4,20	CALFENSA PROYECTOS, S.L. (ANTES SEMENTES DE GALICIA, S.L.)	3,70
	COMERCIO DE ALIMENTACION	3,70	HOSTALERÍA	4,10	BOMBONES SUGUIMAR, S.A.	3,20	INDUSTRIAS PLÁSTICAS ARIAS, S.L.	3,20
	COMERCIO DE MAERIAIS DE CONSTRUCCION E SANEAMENTO	4,60	INDUSTRIA DA EBANISTERIA E AFINS	4,20	CELTA PRIX, S.L. - SERVICIO DO CONECELLO DE BURELA		PULEVA FOOD, S.L. – CENTRO DE TRABALLO DE NADELA (ANTES LA LACTARIA ESPAÑOLA, S.A. E LEYMA)	4,45
	COMERCIO DO METAL	4,20	TRANSPORTE DE MERCADORÍAS POR ESTRADA	3,70	CEMENTOS COSMOS, S.A.	4,20	SETEX-APARKI, S.A.	4,60
	EDIFICACION E OBRAS PUBLICS (CONSTRUCCION)	4,60			COMAR OPERADORA DE LUGO , S.A. (ANTES OPEGASA)	3,20		
	INDUSTRIA SIDEROMETALURXICA	4,20			CONCELLO DE RIBADEO -ACORDO REGULADOR FUNCIOANRIOS	2,00		
	MATERIAIS E PREFABRICADOS PARA A CONTRUCCION	4,60			CONCELLO DE RIBADEO - PERSOAL LABORAL	2,00		
	PRIMERA TRANSFORMACION DA MADEIRA	4,20			CONSTRUCCIONES Y REPARACIONES GALAICO ASTURIANAS, S.A. (CYRGASA)- CENTRO DE TRABALLO DE SAN CIBRAO	3,95		
					EL PROGRESO DE LUGO, S.L.	3,20		
					EXPLOTACIONES CERAMICAS ESPAÑOLAS, S.A.- ECESA	3,20		
					FONTECELTA, S.A.			
					(CENTRO DE TRABALLO DE CELTIGOSSARRIA) GESTION Y TECNICS DEL AGUA, S.A. (GESTAGUA)-SERVICIOS DO CICLO INTEGRAL DA AUGA	3,20 3,95		
					LIMPEZAS DOMICILIARIAS LUCENSES, S.L. - PERSOAL DE LIMPEZA DO CENTRO REHABILITADOR SAN RAFAEL DE CASTRO DE RIBEIRAS DE LEA NEG MICON EOLICA, S.A.- CENTRO DE TRABALLO DE CHAVIN (VIVEIRO) E POLIGONO O CEAO (LUGO)	3,00		

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos asinados e revisados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
LUGO					I PERSOAL DE LIMPEZA NO HOSPITAL DA COSTA DE BURELA - CLECE,S.A **(ANTES EUROLIMP,S.A.)**	2,00		
					I RESIDENCIA DE ANCIANS NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE SARRIA TECNICAS DE ENVASES PESQUEROS, S.A. - TEPSA	3,20		
					I UTE CHANTADA (CELTA PRIX, S.L. SUFI, S.A.)			
INCREMENTO SALARIAL MEDIO PONDERADO		**4,43**		**3,99**		**3,40**		**4,09**

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos asinados e revisados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
OURENSE	I COMERCIO DA PEL	3,78	I EMPRESAS CONCESIONARIAS DE SERVICIOS MUNICIPAIS DE INMOBILIZACION, RETIRADA DA VIA PUBLICA, TRASLADO E DEPOSITO DE VEHICULOS	3,60	I AUGA DE FONTENOVA, S.A.U.	3,20	I CONCELLO DE VIANA DO BOLO (PERSOAL LABORAL)	4,10
					I AUGAS DE CABREIROA, S.A.	3,70	I CONCELLO DE XINZO DE LIMIA - PERSOAL LABORAL FAURECIA AUTOMOTIVE ESPAÑA, S.A.	
					I ARAUJO PIEL, S.A.	3,25		
					I AUTO-GRUAS BERTOLEZ, S.L.	2,60	I FABRICA DE OURENSE	
	I COMERCIO DE ALIMENTACION	4,00	I HOSTALERÍA	3,55	I BURGAS DISTRIBUCION, S.A.	3,25	I LIMACO, EMPRESA DE INSERCION S.L. (CONVENIO FRANXA)	
	I COMERCIO DE ELEMENTOS DO METAL	3,25	I TORRADOIROS DE CAFE E SUCEDANEOS	3,10	I BUTACID VERIN, S.L. (PACTO EXTRAESTATUTARIO)	3,00		
	I COMERCIO DE MATERIAIS PRA A CONSTRUCCION E SANEAMENTO	4,20	I TRANSPORTE DE VIAXEIROS POR ESTRADA	3,60	I CARLOS SABUCEDO GOMEZ (PANADERIA)	4,00	I OURENSE DE TRANSPORTES, S.A.	3,20
	I COMERCIO TEXTIL	3,25			I CELCOAUTO, S.L. CEE - CELTICA DE COMPONENTES DEL AUTOMOVIL, S.L.	3,50		
	I CONSTRUCCION	4,00			I CERVEZA SAN MARTIN, S.A.	2,00		
	I FABRICANTES DE MOBLES, CARPINTERIA, TAPICERIA E EBANISTERIA	4,95			I CIMO, ENTIDADE PRESTADORA DE SERVICIOS	2,000		
	I INDUSTRIAS VITIVINICOLAS, ALCOHOLEIRAS E SIDREIRAS	3,10			I CONCELLO DE OURENSE -PERSOAL LABORAL	3,95		
	I LIMPEZA DE EDIFICIOS E LOCAIS	3,50			I CONCELLO DE VERIN - ACORDO REGULADOR FUNCIONARIO.	4,00		
	I LIMPEZA DE INSTITUCIONS HOSPITALARIAS DA SEGURIDAD SOCIAL DE OURENSE	2,00			I CONSTRUCCIONES ALEA, S.L.	3,60		
	I PANADERIAS	3,25			I EUROINVERSIONES LAST TEARDROP S.L. (AUGAS DE SOUSAS, S.A.)	4,10		
	I PASTELERIA, CONFEITERIA, BOLERIA, REPOSTERIA E PRATOS PRECOCIÑADOS	3,25			I GSB GALFOR, S.A.	3,20		
	I REMATANTES, SERRADOIROS E PREPARADOS INDUSTRIAIS DA MADEIRA	4,20			I PANADERIA TITO, S.L.	3,70		
	I SIDEROMETAL E TALLERES DE REPARACION DE VEHICULOS	3,50			I PEDRO BENEITEZ SOUTO PANADERIA	3,90		
					I PERSIANAS ROMA, S.L.	2,30		
					I TEYDESA CONECTORES, S.A.	5,00		
					I UNIDAD DE VEHICULOS INDUSTRIALES, S.A. (UNVI, S.A.)			
					I VALEO SISTEMAS DE CONEXION ELECTRICA, S.L.			
					I VITIVINICOLA DO RIBEIRO, S.C.G.			
INCREMENTO SALARIAL MEDIO PONDERADO		**3,85**		**3,55**		**3,45**		**3,96**

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos asinados e revisados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
PONTEVEDRA	ALMACENISTAS DE MADEIRA	4,70	COMERCIO DA PEL	**4,50**	AUGAS DE MONDARIZ - FUENTE DEL VAL, S.A.	6,20	ALMACENAMIENTOS Y MONTAJES, S.A.U.-ALYMOSA CYCSA Y EYSSA - UTE VIGO (ORA)	4,20
	CARPINTERIA DE RIBEIRA	4,35	COMERCIO DO METAL	**4,50**	AGUASANA, S.L.			9,09
	CARPINTERIA, EBANISTERIA E ACTIVIDADES AFINS	4,95	EMPRESAS DO METAL SEN CONVENIO PROPIO (SIDEROMETAL)		ALONARTI ENVASES, S.A. (CENTRO DE VIGO)	3,60	EMPRESA PEREIRA, S.L.	3,60
	COMERCIO DE ALIMENTACION	3,00	HOSTALERIA	**4,20**	ANKESENAME, S.L.	4,70	FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. – PERSOAL ADSCRITO AOS SERVIZOS DE RECOLLIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS E LIMPEZA VIARIA DO CONCELLO DE NIGRÁN	
	COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUCCION E SANEAMENTO	4,00	LIMPEZA DE EDIFICIOS E LOCAIS	**2,85**	AQUALIA - FCC VIGO U.T.E. LEY 18/1982 - CONCESIONARIA DO SERVICIO DE ABASTECEMENTO E SANEAMENTO DE AUGAS DE VIGO (ANTES SERAGUA-FCCSA UTE LEY 18/82)	5,00	FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. – SERVIZOS DE RECOLLIDA E TRANSPORTE DE R.S.U., LIMPEZA URBANA E DE PRAIAS DA CIDADE DE VIGO	4,70
	COMERCIO DE MOBLES	3,50			AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA, S.A. Y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (NIGRAN UTE) - CONCESIONARIA DO SERVIZO MUNICIPAL DE ABASTECEMENTO E SANEAMENTO DE AUGA DE NIGRAN	3,00	GESTAMP VIGO, S.A.	5,20
	COMERCIO POR XUNTO DE PEIXE FRESCO	3,00			AUTOMÓVILES DE TUY, S.A.	3,20	MADERAS IGLESIAS, S.A.	
	CONSTRUCCION	4,20			BOTEROS AMARRADORES DE VIGO, S.L. - BOTAMAVI	3,50	(CENTROS DE PUXEIROS (VIGO), SANGUIDEÑA (MOS) E PONTELLAS (O PORRIÑO))	5,20
	DERIVADOS DO CEMENTO	4,05				3,20		
	HOSPITALIZACION E INTERNAMENTO INDUSTRIAIS DE PANIFICACION (PANADERIAS)	3,20 3,45			BUTAVIGO, S.A. CENTRO FRIGORÍFICO CONSERVERO, S.A. - CEFRICO	3,20	MAVIVA, S.A. SP ERNER PLASTIC GROUP S.L. (ANTES PLASTICOS DE GALICIA, S.A.)- EXTENSION O XIII CONVENIO XERAL DA INDUSTRIA QUIMICA	4,00 4,30
	INDUSTRIAS E COMERCIO VITIVINICOLAS	3,70			CESPA CONTEN, S.A. CESPA INGENIERÍA URBANA, S.A. - SERVICIO DE LIMPEZA PUBLICA E INTERIORES CONTRATADOS CO CONCELLO DE PONTEVEDRA	3,00 3,00		

Detalle dos incrementos salariais pactados nos convenios colectivos e revisións salariais negociados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
PONTEVEDRA	MARMORES E PEDRAS	4,20			CÍRCULO CULTURAL MERCANTIL E INDUSTRIAL DE VIGO	2,50		
	OBRADOIROS E DESPACHOS DE CONFEITERIAS, PASTELERIAS, REPOSTERIAS E PRATOS COCIÑADOS	3,20			CONCELLO DE BUEU - ACORDO REGULADOR FUNCIONARIOS	2,00		
	OFICINAS E DESPACHOS	2,60			CONCELLO DE CAMBADOS - PERSOAL LABORAL FIXO	2,00		
	REMATANTES E SERRADOIROS DE MADEIRAS	4,20			CONCELLO DE CAMBADOS - PERSOAL LABORAL FIXO	2,00		
	TRANSPORTE PUBLICO DE VIAXEIROS POR ESTRADA	3,60			CONCELLO DE CUNTIS - PERSOAL LABORAL	2,00		
	VENDA POR XUNTO DE TECIDOS, MERCERIA E PAQUETERIA (TEXTIL)	3,25			CONCELLO DE MOS - PERSOAL LABORAL	2,00		
					CONCELLO DE VILABOA - PERSOAL LABORAL			
					CONSTRUCCIONES NAVALES P.FREIRE, S.A.	3,20		
					CRISTALERÍA PONTEVEDRESA, S.A.			
					D.S. SALGADO, S.L.	3,00		
					ELECTROQUÍMICA DEL NOROESTE, S.A. (ELNOSA)	3,20		
					EMPRESA OJEA, S.A.	4,90		
					ENVASES METÁLICOS DE VIGO, S.A.L. (EMVISAL) - EXTRAESTATUTARIO	3,20		
					ESTACIONAMENTOS Y SERVICIOS, S.A. (EYSSA) - SERVIZO DE RETIRADA, DEPOSITO E CUSTODIA DE VEHICULOS, CONTEDORES, INDEBIDA OU DEFECTUOSAMENTE ESTACIONADOS, PARADOS OU DEPOSITADOS NA VIA PUBLICA DO CONCELLO DE VIGO	3,60		
					EULEN, S.A. - SERVICIO DE MANTEMENTO DO HOSPITAL DO MEIXOEIRO	2,00		

Detalle dos incrementos salariais pactados nos convenios colectivos e revisións salariais negociados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
PONTEVEDRA					FACTORÍAS VULCANO, S.A. - FACTORIA DE SANTA TECLA (VIGO)	5,20		
					FARO DE VIGO, S.A.U.	4,00		
					FAURECIA SISTEMAS DE ESCAPE ESPAÑA, S.A.	3,95		
					FRIGODIS, S.A.	3,20		
					FRIGORÍFICOS DE GALICIA, S.A. - FRIGALSA	3,70		
					FRIGORÍFICOS DE VIGO, S.A.	4,70		
					FRINOVA, S.A.	3,20		
					GEFCO ESPAÑA, S.A.	3,13		
					GKN DRIVELINE VIGO, S.A. (ANTES GKN INDUGASA, S.A.)	3,70		
					HARINAS Y SÉMOLAS DEL NOROESTE, S.A. (HASENOSA)	3,00		
					KIWI ATLÁNTICO, S.A.	5,80		
					LA ARTÍSTICA PRODUCTOS QUÍMICOS, S.A. (SOCIÈDADE UNIPERSOAL)	3,20		
					LA VENECIANA IBERIAGLASS, S.L.	5,20		
					LICEO MARÍTIMO DE BOUZAS	5,20		
					LIMPEZA DO CRD E IESP MANOEL ANTONIO DE VIGO - MACONSI, S.L.	2,00		
					LIMPIEZAS FARO SL - SERVIZO DE LIMPEZA DO COMPLEXO HOSPITALARIO UNIVERSITARIO XERAL - CIES DE VIGO	2,00		
					LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE LIMPISA, S.A. - SERVICIO DE LIMPEZA DO HOSPITAL NICOLAS PEÑA DE VIGO	6,00		
					Mª CARMEN PORTO DIÉGUEZ	4,00		
					MGI-COUTIER ESPAÑA, S.L.	3,20		
					NAVIERA MAR DE ONS, S.L.			

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos asinados e revisados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
PONTEVEDRA					I NESTLE ESPAÑA, S.A. - CENTRO DE TRABALLO DE PONTECESURES	3,60		
					I PESCADOS MARCELINO, S.L.			
					I PESCANOVA ALIMENTACIÓN, S.A. - TRABALLADORES ADSCRITOS O CENTRO DE TRABALLO DE OFICINAS CENTRAIS	3,20		
					I PESCANOVA, S.A.	3,20		
					I PEUGEOT CITROËN AUTOMÓVILES ESPAÑA, S.A.	3,13		
					I PEZ AUSTRAL, S.A.	3,50		
					I PLASTO ADHESIVOS IBÉRICA, S.L. - ADHESIÓN O CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS DO METAL SEN CONVENIO PROPIO DE PONTEVEDRA	4,50		
					I POLICLÍNICO DE VIGO, S.A. (POVISA)			
					I REAL AERO CLUB DE VIGO	3,20		
					I REAL CLUB NÁUTICO DE VIGO	3,20		
					I REMOLCADORES DE VIGO, S.A.- REMOLCAVISA	3,00		
					I SAI AUTOMOTIVE LIGNOTOCK, S.A. - FABRICA DE PORRIÑO	3,03		
					I SERVICIO DE LIMPEZA E RECOLLA DO LIXO NO PORTO PESQUEIRO DE VIGO (O BERBÉS) - CESPA, S.A. (ANTES HIXITEL)	3,00		
					I SERVICIOS AUXILIARES DE AROSA, S.L.			
					I SERVICIOS DE DISTRIBUCIÓN FRIGORÍFICA DE GALICIA, S.A. - CENTRO DE TRABALLO DE PORRIÑO	3,65		
					I SERVIZO DE MANTEMENTO DO CENTRO RESIDENCIAL DOCENTE DO MEIXOEIRO - SAMYL, S.L. (SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA S.L.)	1,80		

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos asinados e revisados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
PONTEVEDRA					SERVIZOS DE LIMPEZA PUBLICA CONTRATADOS CO CONCELLO DE VILAGARCIA DE AROUSA -	8,97		
					CESPA INGENIERIA URBANA, S.A.			
					STAR, S.L. - SOCIEDAD DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES, S.L.	2,85		
					TRANSPORTES LA UNIÓN, S.A.	3,60		
					TRATAMIENTO INDUSTRIAL DE AGUAS, S.A. (TRAINASA - VIGO)			
					SERVICIO DE LIMPEZA E CONSERVACION DA REDE DE SUMIDOIROS. (EXTRAESTATUTARIO)	4,90		
					UTE DE LALIN (SUFI, S.A. E CELTA PRIX, S.L.) - LIMPEZA VIARIA E RECOLLIDA DE RESIDUOS SOLIDOS URBANS DE LALIN	5,20		
					VIGUESA DE TRANSPORTES, S.A. - VITRASA	3,00		
INCREMENTO SALARIAL MEDIO PONDERADO		**3,86**		**4,07**		**3,33**		**4,97**

Incrementos salariais pactados nos convenios colectivos asinados e revisados

Galicia 31-12-04

ÁMBITO	CONV. DE SECTOR	%	REVIS. DE SECTOR	%	CONV. DE EMPRESA	%	REVIS. DE EMPRESA	%
COMUNIDADE AUTÓNOMA	I APARCAMENTOS E GARAXES DE VEHÍCULOS	3,70	I LOUSAS DE OURENSE E LUGO	3,70	I ATENDO CALIDADE, S.L.		I AQUAGEST,S S.A.	3,10
	AXUDA A DOMICILIO		I PERRUQUERÍAS DE DONAS, CABALEIROS, UNISEX E BELEZA	3,00	I CONSELLO DA XUVENTUDE DE GALICIA	3,20		
	I POMPAS FÚNEBRES	3,50			I CORPORACIÓN VOZ DE GALICIA, S.L.U.	3,20		
	I RESIDENCIAS PRIVADAS DA TERCEIRA IDADE	2,60			I EULEN, S.A. - PERSOAL DE MANTENEMENTO, RECADACION, RECONTO DE MOEDAS, LIMPEZA E PUBLICIDADE DE CABINAS TELEFONICAS, SOPORTES E TELEFONOS DE USO PUBLICO	2,60		
					I LA VOZ DE GALICIA, S.A.	3,70		
					I NORSALNES, S.L.	2,00		
					I NORTE FORESTAL, S.A.	2,50		
					I PARTIDO SOCIALISTA DE GALICIA (PSDEG - PSOE)	2,60		
					I PLÁSTICOS FERRO, S.L.	2,20		
					I PROYECT 3001, S.L. SERVIMGAL, S.L.	2,00		
					VIGO-BARCELONA, S.A. (VIBASA)	3,60		
INCREMENTO SALARIAL MEDIO PONDERADO		**3,38**		**3,20**		**3,04**		**3,10**

DEREITO SOCIAL GALEGO

XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE TRABALLO

CONSELLO GALEGO
DE RELACIÓNS LABORAIS