



Roj: **STSJ GAL 3525/2008 - ECLI:ES:TSJGAL:2008:3525**

Id Cendoj: **15030340012008102342**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2008**

Nº de Recurso: **2760/2008**

Nº de Resolución: **3041/2008**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO NUM. 2760/08

CRS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS D./Dña.

MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ

MARIA ANTONIA REY EIBE

ISABEL OLMOS PARES

A CORUÑA, DIECISIETE DE JULIO DE DOS MIL OCHO.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0002760 /2008 interpuesto por María Rosa , RADIO

POPULAR, SA contra la sentencia del JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de SANTIAGO DE COMPOSTELA siendo Ponente el/a

Ilmo/a. Sr/a. D/Dña. MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por María Rosa en reclamación de DESPIDO DISCIPLINARIO siendo demandado RADIO POPULAR, SA. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000608 /2007 sentencia con fecha once de Enero de dos mil ocho por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

PRIMERO. Doña María Rosa comenzó a prestar servicios para la empresa Radio Popular SA en fecha 1 de julio de 1987, mediante la suscripción de un contrato de trabajo en prácticas./ SEGUNDO. Posteriormente la actora pasó a tener la condición de trabajadora a tiempo indefinido y a jornada completa. Su categoría profesional era la de Redactora de Primera./ TERCERO. En febrero de 2004 el salario bruto de la actora con inclusión de la prorrata de pagas extras ascendía a 1802,33 euros, desglosado en los conceptos siguientes: Salario base: 935,78 euros Antigüedad: 190,74 euros Plus de disponibilidad horaria: 180,30 euros Realizaciones: 120 euros

Prorrata pagas extras: 375,51 euros./CUARTO. La actora venía realizando un horario partido de 10.00 a 14.00 y de 17.00 a 20.00 horas de lunes a viernes, y, por lo menos en el año 2004, se encargaba del informativo regional



de la tarde./ QUINTO. El 13 de febrero de 2004 la actora dirigió un escrito a la dirección de la empresa en el que informaba de que con fecha 12 de febrero de ese año había sido designada por el Ilmo. Presidente de la Excm. Diputación de A Coruña como asesora técnica de la misma con carácter de cargo público eventual para realizar funciones de confianza y asesoramiento, por lo que al amparo de los artículos 45.1 f) y k) y 46.1 del ET, y 21.1 y 22.1.1º del Convenio Colectivo, solicitaba la excedencia forzosa desde la fecha de efectos de su nombramiento, el 15 de marzo de 2004./ SEXTO. La Dirección de Recursos Humanos de la empresa, mediante escrito de 26 de febrero de 2004, concedió a la actora la excedencia forzosa, señalando que aquella se regiría por lo dispuesto en los artículos 21.1 y 22 del convenio colectivo de la empresa, extendiéndose la misma mientras se mantuviese en el cargo de asesora técnica de la Diputación de A Coruña./ SÉPTIMO. Durante la vigencia de la excedencia forzosa, la actora ocupó el puesto de Jefa de prensa del partido político Bloque Nacionalista Galego (BNG) en la Diputación Provincial de A Coruña. Esta circunstancia era conocida por su Jefe y Director de Radio Popular en Galicia, don Imanol, y por sus compañeros de trabajo./ OCTAVO. La actora contrajo matrimonio con otra mujer, en fecha 17 de diciembre de 2005.

Esta circunstancia fue conocida por compañeros de profesión de la actora, tanto de Radio Popular SA como de otras emisoras, los cuales hicieron llegar sus felicitaciones a la actora. Dicho hecho fue comentado en el centro de trabajo de Radio Popular SA en Vigo por directivos de la empresa, concretamente por el director de la COPE en Vigo y por el director de Donosti. También se comentó en una reunión del comité intercentros de la empresa que tuvo lugar en Madrid en el año 2006./ NOVENO. La actora tuvo conocimiento de que iba a ser cesada en el puesto de asesora tras la celebración de las elecciones municipales de junio de 2007, al cambiar la composición de la Diputación Provincial. Los servicios jurídicos de la Diputación comunicaron a la actora que la fecha prevista para su cese era el 17 de julio de ese año, pero al haberse impugnado los resultados de una mesa electoral tenían dudas de que finalmente el cese pudiera tener efectos de esa fecha. Finalmente la decisión del cese fue de fecha 16 de julio de 2007, con efectos del 18 de ese mes./ DÉCIMO. La actora acudió a la empresa el día 11 de julio de 2007 e hizo entrega de un escrito en el que se ponía en conocimiento de la demandada que "en fecha 17 de julio del presente año, previsiblemente cesaré en mi designación de Asesora Técnica de la Excm. Diputación Provincial de A Coruña", razón por la cual se le había concedido por la empresa la excedencia forzosa. En virtud de lo expuesto, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 22.1 in fine del Convenio colectivo vigente en la empresa, solicitó su reincorporación al servicio activo en fecha 18 de julio de 2007 en su puesto de trabajo como redactora en la emisora de Santiago de Compostela, computándosele el tiempo de excedencia a efectos de antigüedad./ UNDÉCIMO. Ese día 11 de julio de 2007, cuando la actora acudió al centro de trabajo de la emisora de Radio Popular SA en Santiago, se entrevistó con el Director don Imanol. Este último recibió con agrado su solicitud de incorporación, comentándole a la Sra. María Rosa que tenía huecos en todos los departamentos, y preguntó a esta cuál era el que más le interesaba, y la actora comentó que "local", advirtiéndole el director que en ese departamento tenía que prestar servicios en turno partido, mostrando su conformidad la demandante, por cuanto dicho turno le parecía bien y era idéntico al que venía realizando antes de pasar a la situación de excedencia./ DUODÉCIMO. El día 12 de julio el Sr. Imanol telefoneó a la actora y le comunicó que tenía una propuesta de Madrid consistente en que no era posible aceptar su reincorporación porque no tenían puesto vacante en el centro de trabajo, y le comentó "si los del Bloque no tenían otro puesto para ella", respondiendo la Sra. María Rosa que no, que su puesto era en la COPE./ DECIMOTERCERO. El día 18 de julio de este año, fecha en la que la actora tenía que incorporarse a su puesto, y por precaución tras la conversación telefónica que había sostenido con el Sr. Imanol, pidió a doña Eva que la acompañase al centro de trabajo. La Sra. Eva es compañera de la actora en la COPE, y en fechas muy recientes, casi coetáneas al cese de la actora como personal eventual en la Diputación de A Coruña, solicitó a Radio Popular SA una excedencia forzosa para ocupar el puesto de concejala en el Ayuntamiento de Santiago de Compostela por el Partido Popular.

Una vez que ambas mujeres se encontraban el día señalado en el centro de trabajo de la COPE en Santiago, el Sr. Imanol, en presencia de la Sra. Eva, entregó a la actora una carta, al tiempo que le comunicaba verbalmente que no la readmitía. La Sra. Eva preguntó al Sr. Imanol si iba a pasar lo mismo con ella cuando rematada su excedencia quisiera reincorporarse, y el Sr. Imanol le respondió que "su caso era su caso y el de María Rosa el de María Rosa". En esa conversación no se hizo mención a que la empresa estuviese en mala situación económica, o a que Radio Popular SA tuviese como política no readmitir las excedencias forzosas./ DECIMOCUARTO. La carta que el Sr. Imanol entregó a la actora estaba fechada el 17 de julio de este año y en la misma se indicaba en relación con el escrito de la actora del 11 de ese mes y año: "Al respecto siento comunicarle que en este momento no disponemos de vacante de su categoría en la emisora de Santiago de Compostela, por lo que no podemos acceder a efectuar su readmisión en la fecha solicitada."/ DECIMOQUINTO. La empresa Radio Popular SA denegó la incorporación de diversos trabajadores de la misma que se encontraban en situación de excedencia voluntaria: Sra. Ángela : en fecha 29 de setiembre de 2006 y el 27 de agosto de 2003. Sra. Lucía : el 24 de octubre de 2005 (finalmente la relación laboral se extinguió en un acto de conciliación por despido). Sr. Jose Miguel : en abril de 2005./ DECIMOSEXTO. La empresa Radio



Popular SA concedió la excedencia forzosa a don Romeo , destinado en Radio Popular SA de Santiago, el cual ocupó un puesto en el gabinete del Presidente de la Xunta de Galicia, don Jose María . Cuando el Partido Popular perdió las elecciones autonómicas, el citado trabajador solicitó la reincorporación a su puesto y fue readmitido. El trabajador don Plácido solicitó la excedencia forzosa para prestar servicios en el gabinete del Presidente del Gobierno español, don Leonardo . Cuando el Partido Popular perdió las elecciones estatales, el citado trabajador solicitó la reincorporación a su puesto y fue readmitido./ DECIMOSÉPTIMO. Los miembros del Comité intercentros trataron en una reunión con la dirección de la empresa la negativa de esta última a la readmisión de la actora, argumentando que era el único caso conocido de negativa a readmitir a una trabajadora que acababa de disfrutar una excedencia forzosa.

La empresa alegó como razones que en el momento de la concesión de la excedencia se interpretó que la trabajadora pasaba a ocupar un cargo electo, pero que actualmente no comparten esa interpretación y entienden que no se trata de una excedencia forzosa. En ningún momento de esa reunión ni en otro posterior la dirección de la empresa alegó como causa la mala situación económica de la empresa en Santiago./ DECIMOCTAVO. La empresa Radio Popular SA actúa en el mercado radiofónico como radio COPE. Es una emisora dependiente de la Conferencia Episcopal Española, que se declara confesionalmente católica, y que se sitúa de partida en el marco de los fines generales de la Iglesia, y más en concreto, de su presencia evangelizadora en el ámbito de la opinión pública. La referida emisora actúa conforme a un ideario aprobado por el Pleno de la Conferencia Episcopal en su reunión de 26 de abril de 1991./ DECIMONOVENO. La empresa Radio Popular SA autoriza la realización de prácticas en sus distintos centros de trabajo, incluido el de Santiago, a estudiantes de Periodismo. Con este fin ha firmado diversos convenios de colaboración con universidades públicas y privadas./ VIGÉSIMO. En el centro de trabajo de la demandada en Santiago realizaron prácticas el siguiente número de alumnos en los años que a continuación se especifican: Becarios año 2002: total de 3 Becarios año 2003: total de 3 Becarios año 2004: total de 3 Becarios invierno 2004/2005: total de 2 Becarios año 2005: total de 2 Becarios año 2006: total de 2 Becarios año 2007: total de 2./ VIGÉSIMO PRIMERO. En el año 2004 la empresa Radio Popular SA en Santiago tenía vigente un contrato civil, concretamente con doña Guadalupe , cuyo objeto era que esta última, en su condición de periodista especializada en internet, confeccionase diariamente "los contenidos informativos de Galicia en internet", y llevase a cabo tareas de apoyo a los programas informativos./ VIGÉSIMO SEGUNDO. En el año 2005 continuó vigente el citado contrato civil y con el mismo objeto. Además se formalizó un contrato con don Jose Ángel , para que este, en su calidad de periodista, llevase a cabo tareas de apoyo en los programas informativos./ VIGÉSIMO TERCERO. En el año 2006 se celebró nuevo contrato con don Jose Ángel con igual objeto que el anterior. Ese mismo año se celebró contrato civil con doña Begoña para que esta, en su condición de periodista, colaborase en la realización y presentación de los informativos regionales de Galicia./ VIGÉSIMO CUARTO. En el año 2007 la demandada realizó sucesivos contratos civiles con don Jose Ángel y doña Begoña con igual objeto que los anteriores./ VIGÉSIMO QUINTO. Los contratos civiles suscritos por Radio Popular SA en Santiago en los años 2002 a 2004 no tenían por objeto la colaboración en los informativos./VIGÉSIMO SEXTO. En el año 2004 se encontraban contratados laboralmente por Radio Popular SA en Santiago con la categoría de redactores: Doña María Rosa , antigüedad 02/07/87 y categoría de Redactora de Primera. Don Jesús Luis , antigüedad de 03/07/00 y categoría de Redactor Jefe. Doña Alejandra , antigüedad de 01/04/00, y categoría de Redactora de Primera.

Los tres trabajadores realizaban funciones relacionadas con los informativos regionales. El trabajador don Juan Francisco Vilasuso tiene una antigüedad de 01/07/97 y categoría de Redactor Deportivo. Estuvo siempre destinado a los informativos deportivos./ VIGÉSIMO SÉPTIMO. En el año 2007 los informativos regionales de la COPE fueron realizados por don Jesús Luis , doña Alejandra , don Jose Ángel y doña Begoña . Estos dos últimos están destinados especialmente al informativo de tarde./ VIGÉSIMO OCTAVO. El Comité Intercentros ha protestado en diversas ocasiones a la empresa Radio Popular SA por el hecho de no ampliar la plantilla con más contratos de naturaleza laboral, y por el contrario aumentar el número de contratos civiles de arrendamiento de servicios./ VIGÉSIMO NOVENO. En septiembre de 2007 el médico de cabecera de la actora evacuó interconsulta al Servicio de Psiquiatría del CHUS, refiriendo que la Sra. Ariadna presentaba un cuadro de ansiedad secundario a problemática laboral.

La USM de Fontiñas emite informe el 19/10/07 señalando que la enferma presenta ansiedad, insomnio mixto, ánimo depresivo y dificultad de concentración. El diagnóstico es de trastorno ansioso-depresivo: reacción mixta de ansiedad y depresión. Se pauta tratamiento farmacológico. Fue así mismo atendida en diversas consultas de Dermatología del Hospital Clínico La Rosaleda por un problema de rosácea y neurodermatitis asociados a estrés./ TRIGÉSIMO. El 10 de agosto de 2007 tuvo lugar el acto de conciliación ante el SMAC, finalizando sin efecto./ TRIGÉSIMO PRIMERO. La actora no ejerció la condición de delegada de personal o miembro del comité de empresa en el año anterior a la extinción de su contrato.

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



FALLO: Que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por doña María Rosa contra la empresa Radio Popular SA, y en consecuencia declaro nulo el despido de la actora, condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora en el mismo puesto de trabajo y con las mismas condiciones que regían antes de su despido, con abono de la suma de doce mil ciento cuarenta euros con cuarenta y tres céntimos (12.140,43) en concepto de salarios de trámite devengados desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, más los que se devenguen hasta la fecha de su readmisión a razón de un salario diario de sesenta y ocho euros con cincuenta y nueve céntimos (68,69), así como a abonar a la actora una indemnización adicional por importe de tres mil euros (3000,00).

CUARTO.- En fecha veintidos de enero de dos mil ocho, se dictó auto de aclaración en el que la parte dispositiva es del tenor siguiente;

PARTE DISPOSITIVA: 1. En el Hecho Probado decimotercero, donde dice "(...) en el centro de trabajo de la COPE en Santiago, el Sr. Carlos Jesús " debe decir "(...) en el centro de trabajo de la COPE en Santiago, el Sr. Imanol ". 2. En el Fundamento de Derecho segundo, donde dice "en el centro de trabajo de la COPE en Santiago, el Sr. Carlos Jesús " debe decir "(...) en el centro de trabajo de la COPE en Santiago el Sr. Imanol ". 3. En el Hecho Probado décimo sexto donde dice: "El trabajador D Plácido solicitó la excedencia forzosa para prestar servicios (...)" debe decir "El trabajador D Romeo solicitó la excedencia forzosa para prestar servicios (...)". 4. En el Fundamento de Derecho Segundo: donde dice "Por una parte, y también relevante que cuanto la actora compareció el día 11 de julio (...)" debe decir "Por otra parte, y también relevante que cuanto la actora compareció el día 18 de julio (...)". 5. En el Hecho Probado Vigésimo noveno: donde dice "En septiembre de 2007 el médico de cabecera de la actora (...)" debe decir "el 10 de agosto de 2007 el médico de cabecera de la actora (...)".

QUINTO.- 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.- Recurren ambas partes la sentencia de instancia, que acogió parcialmente la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento íntegro de sus respectivas pretensiones y comenzando por el de la empresa empleadora recurrente, RADIO POPULAR SA, postula, en primer lugar, con amparo en el art. 191.a) LPL, la nulidad de la resolución recurrida por cuanto viola los arts. 53, 74, 89.1.d), 89.2 y 3, todos de la LPL, en relación con los arts. 231 y 240 LOPJ art. 6.3 del Código civil y art. 24 CE razonando que el acto de juicio oral se celebró en lengua gallega de modo que se rompió la igualdad de partes y no tuvo oportunidad de contradecir las posiciones de la otra parte lo que le ha generado indefensión.

Este primer motivo de recurso decaerá a la vista de que la parte recurrente olvida la existencia del art. 231.2 LOPJ según el cual "Los jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales podrán usar también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella que pudiera producir indefensión"; el derecho de las partes a usar la lengua oficial en la Comunidad Autónoma y la validez de las actuaciones realizadas y de los documentos presentados en el idioma oficial de la Comunidad autónoma (..sin necesidad de traducción al castellano..), así como la posibilidad de designar intérprete, aparecen debidamente regulados en los apartados, tercero, cuarto y quinto del citado precepto, por tanto, la parte ahora recurrente que, paladinamente, reconoce que en el acto de juicio no efectuó manifestación alguna sobre la lengua en que se estaba celebrando el acto, que atendió a la diligencia final acordada en dicho acto por el Juzgador de instancia sin efectuar objeción alguna a la lengua y que, "se acuerda del idioma" del proceso cuando recibe la sentencia contraria a sus intereses, -por primera vez efectúa una manifestación al respecto el 23/1/08-, no puede invocar válidamente una indefensión producida en el acto de juicio oral que no fue denunciada oportunamente para que pudiera ser remediada mediante la designación del oportuno intérprete, es más, ninguna indefensión se observa que se le produjera en dicho acto cuando se advierte que formuló sus alegaciones en el idioma que tuvo por conveniente, formuló la propuesta de prueba que tuvo por oportuna, examinó la prueba documental de la parte contraria sin objeción alguna, practicó su propia prueba de interrogatorio a la parte contraria, aclaraciones al interrogatorio de su defendida, practicó su testifical y a la testifical contraria le formuló las repreguntas a los testigos de la parte actora que estimo adecuadas, -luego debió entender lo que les habían preguntado y habían contestado a la parte que los propuso-, atendió a la diligencia acordada en juicio por el Juzgador de instancia (en idioma gallego) y la cumplimentó por escrito como tuvo por más provechoso a sus intereses, por todo ello, no se observa que la lengua del procedimiento le hubiera generado limitación alguna para la defensa de la parte, y cuando muestra su primera queja se genera la traducción de la Sentencia recaída y otros documentos al Castellano, y sin esperar a recibir



la traducción ya el día 25/1/08 anuncia -con todas las formalidades legales - el presente recurso, por lo tanto, ni durante el juicio ni con posterioridad al mismo se acredita motivo alguno que le haya generado indefensión a dicho recurrente.

Por último señalar en relación con la grabación del acto de juicio, que la Sala ignora si existían los medios para llevarla a cabo en su momento y si se efectuó o no, mas lo evidente es que el recurrente, no consta, en todo lo actuado -examen complementario de actuaciones-, que haya solicitado del Juzgado dicha grabación pues no existe norma que imponga la obligación de entrega de copia del soporte de la misma sino que el art. 147 LEC señala que "Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales", conclusión que se extrae igualmente de la lectura del art. 89.4 LPL, esto es, se precisa solicitud de parte para que se entregue la copia de la misma de haberse efectuado, cuestión esta que tampoco le planteo ningún problema durante el juicio ni se acordó de plantear si se estaba gravando o no el mismo, sin que se aprecie, dada la naturaleza casacional del recurso de suplicación, en que podía perjudicar su derecho la falta de grabación del acto, por lo tanto, todo este motivo de recurso carece de sustento fáctico y jurídico alguno por lo que se rechaza.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, la mercantil recurrente efectúa varias denuncias normativas, así, en primer lugar cita como infringidos el art.46.1 LET en relación con el art. 22.1 y 21.1.1º del convenio colectivo de empresa de los años 2003 y 2007, respectivamente, argumentando esencialmente que la petición de reingreso se efectúa extemporáneamente por estimar que tal petición debe ser posterior al cese en el cargo que generó tal situación y como la actora efectúa la solicitud con anterioridad la denegación de reincorporación es correcta. Con igual amparo procesal se denuncia por la empresa la violación del art. 55 LET en relación con los arts. 103 y siguientes de la LPL en relación con el título primero del Libro II de igual cuerpo legas, arts. 80 y siguientes del mismo razonando que no existe despido tácito alguno y que por lo tanto el procedimiento adecuado es el ordinario, reiterando la inadecuación de procedimiento invocada en la instancia.

Ambos motivos de recurso han de analizarse conjuntamente ya que se encuentran intrínsecamente unidos ya que se refieren a la situación generada a la actora y al procedimiento seguido, y así en el primer motivo, si bien se aduce que el convenio colectivo aplicable resulta irrelevante, lo cierto es que la parte viene a sostener la imposición a la actora de una exigencia de solicitud de reingreso posterior al cese en el trabajo que generó la excedencia forzosa y que como tal solicitud fue previa a aquel cese resulta inválida y habilita la respuesta patronal, respuesta que considera no constitutiva de despido por cuanto no hay negativa a dar ocupación. Ambos motivos decaen, pues, tal como señala la actora en la impugnación del recurso el convenio aplicable es relativamente importante ya que el del año 2003 -vigente a la fecha de inicio de la excedencia de la actora-, no exige solicitud de reingreso sino reincorporación directa en el plazo de treinta días posteriores al cese de la causa que motivó la excedencia y, si bien es entendible que bajo aquella vigencia era igualmente lógica una "solicitud" de reingreso, pues difícilmente puede asumirse la presencia intempestiva en la empresa del reingresado para iniciar la actividad desconociendo el puesto, tareas o incluso el local y sin dar opción a la empresa de preparar tales extremos, lo cierto es que, tanto en el antiguo como en el nuevo precepto convencional se hace referencia a la "reincorporación al servicio" para la cual se señala un plazo máximo, pero en ningún caso se prohíbe una solicitud anticipada de reincorporación, cosa distinta sería que la actora pretendiera incorporarse al servicio manteniendo el trabajo que justificó la excedencia, pero este no es el caso, por lo tanto la fecha de solicitud de reingreso para después del cese, presentada antes del cese en la situación de excedencia, no supone ni puede interpretarse en sentido negativo para la trabajadora, por lo tanto no concurren las infracciones que se denuncian en el primer motivo de recurso.

En cuanto al segundo motivo de recurso, lo primero que cabe manifestar es que se plantea por cauce procesal inadecuado ya que si se denuncia un vicio procesal el cauce correcto para su denuncia es el art. 191.a) LPL y no el apartado c) de dicho precepto, con la consecuencia inmediata de que no puede postularse la desestimación de la demanda -como plantea el recurrente-, sino la declaración de nulidad de actuaciones con reposición de los autos al momento de haberse planteado para que se tramite por el cauce adecuado. En segundo lugar, la pretensión del recurrente equivale a deparar los mismos efectos a la excedencia voluntaria y a la forzosa, lo cual se encuentra alejada tanto de las previsiones convencionales establecidas en los convenios de empresa de 2003 y 2007, como de las previsiones legales del art. 46 LET y ello es así por cuanto, mientras el excedente voluntario solo conserva un derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera en la empresa - en cualquier centro de trabajo de la misma -, el excedente forzoso tiene derecho a ocupar una plaza de su categoría en el centro de trabajo donde prestaba sus servicios al inicio de la situación de excedencia (art. 46.1 LET art. 22.1 convenio 2003 y art. 21.1.1º convenio 2007), esto es, mantiene reservada su plaza, por lo tanto, ante la solicitud de reingreso de un excedente forzoso la empresa no puede negar su derecho en base a falta de plaza, sino que tiene que dar ocupación efectiva respetando la literalidad de la normativa convencional establecida, por ello, cualquier conducta, expresión, acto o fórmula que no sea la de dar ocupación efectiva constituye bien un despido expreso - si así se explicita verbalmente o por escrito-, o un



despido tácito, como consecuencia de la falta de ocupación, por ello, la acción ejercitada de despido, por la actora, es la adecuada a la conducta de la patronal ya que esta no tenía otra opción que reingresar a la actora a su trabajo y la manifestación por escrito de falta de vacante constituye una clara voluntad de incumplir el deber de darle ocupación que constituye un despido expreso, no cabe por tanto, que la actora ejercite pretensiones declarativas de existencia de vacante o de obligación de reingreso, solo le cabe la acción de despido, debiendo recordarse que las partes no tiene un derecho genérico a la libre elección de acción sino que han de ejercitar en cada caso y momento la acción que le corresponda, habiendo señalado el Tribunal Supremo reiteradamente en sentencias dictadas para la unificación de doctrina, partiendo de un concepto genérico de despido que tal acción alcanza no sólo al disciplinario sino a todas las extinciones de contrato cualquiera que sea su causa - SSTS 20 julio 1994 y 23 diciembre 1996 -, en el presente enjuiciado la inadmisión al puesto de trabajo constituye una extinción del contrato, por tanto la acción de despido ejercitada, en tiempo y forma, es adecuada por lo que decae el motivo de recurso ya que no se ha infringido ninguna de las normas que invoca el recurrente.

TERCERO.- Igualmente se formula acusación por infracción de los arts. 55 y 56 LET señalando que de existir despido este sería improcedente mas no nulo, como se ha declarado, con fundamento en que no se han probado indicios de discriminación en la patronal recurrente ya por la condición sexual de la actora ya por su posicionamiento ideológico, mientras que esta acredita, primero que al pasar la actora a excedencia su plaza se amortizó ya que no se contrató a ningún trabajador para suplirla siendo el resto de plantilla la que asume la actividad que ella deja, igualmente, acredita la existencia de pérdidas en el centro de trabajo por lo que la no readmisión de la demandante es ajena tanto a su ideología como a su opción sexual, por lo que no cabe la nulidad declarada.

Este Tribunal sobre esta cuestión tiene señalado, entre otros supuestos al resolver el R.3575-2004 (S. 14/10/2004), que "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 parte 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 7/3/1997 , 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 25/3/98 y 23/9/96)" todo ello extrapolando lo dispuesto en el art. 179.2 LPL a los demás supuestos en que se denuncie la vulneración de derechos fundamentales. Igualmente de forma reiterada, el TC en numerosas Sentencias, entre otras las núm. 85/95, de 6 de junio (RTC 1995\85); núm. 82/97, de 22 de abril (RTC 1997\82) y núm. 308/00, de 18 de diciembre (RTC 2000\308), ha señalado que «cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental, pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone por tanto la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación- sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales".

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado implica que la actora acredite la existencia de los indicios de vulneración de su derecho a la igualdad de trato "sin discriminación por razones de tipo sexual, ..., opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art.14 CE) ni violación de su derecho a la libertad ideológica" (art.16 CE) y del inalterado relato fáctico de la resolución recurrida resulta acreditado que: a) Han existido en la empresa, al menos dos trabajadores, excedentes forzosos por desempeño de cargos por designación de partidos políticos, la actora por el Bloque Nacionalista Gallego y otro, este vinculado al partido popular; b) que el otro trabajador disfruto de dos excedencias forzosas y al finalizar cada una de ellas fue readmitido inmediatamente, (HDP 16), mientras que a la actora no se la readmite; c) que era conocido en la empresa, e incluso se comentó, en reunión del comité intercentros celebrada en Madrid en 2006, que la actora - hallándose en excedencia forzosa- había contraído matrimonio con otra mujer (HDP 8º); d) que por el Director del Centro de Trabajo de Santiago se le reconoció a la actora que existían huecos en todos los departamentos (HDP 11º); e) La emisora actúa conforme a un ideario aprobado por el pleno de la Conferencia episcopal en su reunión de 26/4/91 (HDP 18), y el examen complementario de dicho ideario (doc. 105) permite observar que



en su apartado IV párrafo tercero señala "Difundirá asimismo, con claridad y con ahínco, el concepto cristiano del matrimonio, de la familia y de la sexualidad..". Con los anteriores datos se han acreditado por la actora los indicios racionales de discriminación por razón de su opción sexual y por su ideología política, ya que queda constancia que a otro trabajador en excedencia forzosa -dos veces- por nombramiento de otra opción política se le readmitió al finalizar las excedencias sin objeción alguna, es más, a la compañera que asiste a la actora el 18 de julio, de igual opción política que aquel otro trabajador, el director del centro le manifiesta " su caso es el suyo y el de María Rosa el de María Rosa " (HDP 13), lo que evidencia un trato desigual en atención a la ideología política de cada trabajador, en detrimento de la actora; igualmente se acredita que el ideario de la mercantil, tal como se ha transcrito, es contrario al matrimonio homosexual y la empresa tiene conocimiento del matrimonio de tal índole celebrado por la actora, por lo que concluir, prima facie, que existe un trato distinto por cuestiones derivadas de la opción sexual y de la opción ideológica de la actora aparece como indiciariamente conforme con las reglas de la sana crítica, por ello, es adecuado imponer a dicha mercantil la carga de acreditar que su actuación es ajena a tales indicios y obedece a motivos razonables ajenos a cualquier ánimo discriminatorio.

La empleadora recurrente no ha aportado prueba suficiente que desvirtúe aquellos indicios pues: a) En la carta que se entrega a la actora se le esgrime como causa de inadmisión la "falta de vacante de su categoría en la emisora de Santiago", ahora bien esta causa no es cierta pues hemos de recordar que al pasar la actora a excedencia forzosa esta mantiene el derecho a la conservación del puesto de trabajo, por tanto, la vacante existe por imperativo legal, máxime cuando no se acredita que se halla seguido ningún expediente de regulación de empleo o que se halla procedido a amortizar dicha plaza en forma reglamentaria, por lo tanto la causa invocada prima facie decae; b) Como segundo argumento de justificación se invoca una petición extemporánea de reingreso, argumento ya desechado en el precedente motivo y que no fue invocado en la carta sino en el acto de juicio; c) como tercer argumento se invoca la existencia de causas organizativas, económicas etc, motivo que tampoco se expuso en la carta y que no resulta acreditado pues se sustenta en el hecho de que el puesto de la actora fue amortizado de hecho ya que sus tareas se repartieron entre los otros trabajadores del centro sin que se haya contratado a ningún productor para el desempeño del mismo, argumento que tampoco se comparte a la luz de que en el centro de trabajo existen contratados civiles de prestación de servicios y becarios que vinieron desempeñando trabajos para la empleadora, sin que se hayan acreditado pérdidas económicas en el centro de trabajo, consecuentemente con lo razonado, se evidencia que la causa razonable de inadmisión de la actora es su opción sexual y política, por lo que tal decisión deviene en discriminatoria y por tanto nula, con lo que no infringe la resolución recurrida los preceptos que se señalan como violados procediendo la desestimación del motivo de recurso.

CUARTO.- Con idéntico amparo procesal que el precedente se imputa a la resolución recurrida la infracción por violación de los arts. 46.1 en relación con el 56.1.a) y b) de LET y doctrina contenida en STS de 26/9/01 alegando que, para el supuesto de que se declare la existencia de despido improcedente, la indemnización que corresponde a la actora solo debe tomar en consideración el "tiempo de servicios" prestados a la recurrente, no siendo computable a efectos indemnizatorios el tiempo que permaneció en excedencia forzosa. Si bien la argumentación que se vierte en este motivo sería adecuada, la desestimación del precedente motivo de recurso hace inviable el presente sin necesidad de otra argumentación.

QUINTO.- Por último se denuncia la infracción del art. 180 LPL en relación con la doctrina de STS de 9/6/1993, razonando que no se ha acreditado el nexo entre la situación de incapacidad temporal de la actora y la conducta de la patronal por lo que no cabe imputarle daño moral alguno a la misma, así como que no se han fijado en demanda ni acreditado las bases para determinar el importe de la indemnización pedida ni de la otorgada en instancia que debe ser eliminada. Por su parte la actora, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la parte actora la infracción del art. 180 LPL en relación con los arts 14,16 y 18 CR y doctrina jurisprudencial que cita, al objeto de que se estime íntegramente su demanda y se conceda la indemnización postulada en su totalidad. Ambos motivos han de analizarse conjuntamente ya que ambos se encuentran plenamente enfrentados en su planteamiento, así, la mercantil recurrente alega que en la demanda no se han establecido las bases para fijar la oportuna indemnización y que no se ha acreditado el daño moral que debe ser resarcido impugnando los informes médicos obrantes en autos, por su parte, la actora, sostiene que declarada la vulneración de un derecho fundamental nace el derecho a ser indemnizada por daño moral so pena de convertir la protección de los derechos fundamentales en meras declaraciones vacías de contenido, degradando así la protección que es debida.

En cuanto al recurso de la empresa debe ser desestimado por cuanto, en primer lugar, en demanda se establece en el ordinal quinto ya se fija el daño que se ha producido a la actora con la vulneración de sus derechos y se cuantifica el mismo; en segundo lugar, no es admisible que dicha recurrente admitiera los informes médicos aportados por la actora en el acto de juicio, ya que no los impugnó expresamente pese a que se le dio traslado de la documental sin que efectuara oposición alguna (f.47), y pretenda ahora en suplicación ignorarlos o



restarles validez; en tercer lugar, resulta que pretende que las dolencias que se recogen en aquellos informes no queda acreditado que las generara la situación de conflicto laboral que se generó entre las partes, pretendiendo imputarla al cese en su anterior puesto de trabajo, argumento que va contra las reglas de la sana crítica pues si después de aquel cese no presento afección psíquica ni física alguna y tales problemas se plantean en agosto, después, de iniciarse el conflicto con la patronal ahora recurrente, debe considerarse que es este conflicto y no históricos antecedentes el que genera la situación de enfermedad física y psíquica, argumentos todos que llevan a estimar que se han aportado por la parte demandante elementos mínimos suficientes para tener por acreditada la existencia del daño físico y moral íntimamente vinculado a la conducta de la patronal (relación de causalidad), por lo que surge la obligación de indemnizarlo de modo independiente a los efectos generados por la declaración de nulidad del despido de la actora ya que los salarios de tramitación solo atienden a subsanar la obligación patronal incumplida de dar empleo a la trabajadora, por lo que, siendo ambas compensaciones compatibles - "es compatible la readmisión y el abono de salarios de tramitación, propios de la declaración de nulidad, con la reparación indemnizatoria por los daños morales e incluso materiales sufridos STS de 23-3-2000 y 20-9-2007 "-, procede fijar esta indemnización en la cuantía mas ajustada, y al respecto ha de señalarse que, acorde con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, no es función de la Sala establecer el montante indemnizatorio que considere pertinente, sino que es al órgano de instancia al que corresponde su determinación, criterio que ha de prevalecer salvo que se aprecie de modo manifiesto su ilegalidad o desproporción (STSJ País Vasco 5/12/2006) y al no mostrarse la señalada en la sentencia de instancia (3000 €), como inapropiada, la Sala no aprecia argumentos para apartarse de la decisión de la instancia.

Por último señalar que la reparación mediante indemnización del daño moral que produce toda conducta violadora de derechos fundamentales o libertades públicas exige la objetivación de dicho daño moral, esto es, la exigencia de concreción y prueba de los perjuicios concretos en que se traduce la lesión, que es lo mismo que exigir concreción de los perjuicios derivados del daño moral que produce la lesión del derecho o libertad vulnerado, ahora bien, esta exigencia queda cumplida con la misma prueba de los hechos que generan la lesión y los efectos que han producido en la salud de la trabajadora. Los perjuicios que produce la violación de un derecho fundamental inmaterial, se encuentran insitos en la misma lesión; la alegación detallada, y prueba de los hechos, proporciona ya el conocimiento exacto del tipo de perjuicio producido, moral y, o, económico, en su caso y, además, esos mismos hechos son los que van a servir para mensurar o cuantificar la lesión y, con ello, la cuantificación de la indemnización, a falta de parámetros legales al respecto. En definitiva, el problema de cuantificación de una indemnización por el daño moral que produce la violación de un derecho fundamental como el de libertad ideológica o el derecho a no ser discriminado por razón de sexo,..., opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social - la orientación sexual, en términos de legalidad ordinaria (art. 4.2.c) y 17 LET, no debe ser la causa para no admitir la procedencia de dicha indemnización, pues a este mismo problema se enfrentan otros derechos inmateriales y sin embargo ello no es óbice para que, a falta de parámetros legales de cuantificación, la indemnización se fije discrecionalmente por los juzgados de instancia, no siendo revisable en vía de recurso la cuantía de la indemnización, salvo en supuestos de error o desproporción manifiesta. Este criterio es el que igualmente se deduce de la STCo 247/2006 al señalar que "...los requisitos procesales exigidos por la doctrina del TS, para la procedencia y cuantificación de la indemnización [por conducta antisindical] se pueden condensar en los siguientes: que el demandante detalle en su demanda la conducta antisindical de la que venía siendo víctima; que, además de alegados, los hechos antisindicales sean probados indiciariamente por el demandante; que, en su caso, concrete los daños económicos que ello le ha supuesto; que, además alegue y explicita la existencia de los concretos daños morales que ha sufrido...";- doctrina extrapolable a la violación de cualquier otro derecho fundamental, como ocurre en el presente enjuiciado, requisitos que concurren plenamente en la demanda rectora de los autos, pruebas practicadas y resolución recurrida, por lo que debe mantenerse el pronunciamiento de instancia sobre al indemnización adicional.

Lo anteriormente expuesto implica, sin necesidad de mayores razonamientos, la desestimación del recurso de la parte actora ya que no se acredita por la misma la existencia de error, desproporción o ilegalidad en la cuantía fijada en la resolución de instancia.

SEXTO.- La desestimación del recurso de la mercantil recurrente implica, de conformidad con el art. 202 LPL la pérdida del depósito constituido para recurrir y que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que en ejecución de sentencia se disponga lo procedente. Igualmente en aplicación del art. 233 LPL se han de imponer las costas del recurso a la parte recurrente a quien se condena al abono de 200 €, en concepto de honorarios de letrado de la actora impugnante del recurso.

Por todo lo expuesto,



FALLAMOS

Que desestimamos los recursos de suplicación formulados por la actora María Rosa , y la demandada RADIO POPULAR SA contra la sentencia dictada el 11/1/08 por el Juzgado de lo Social N° 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en autos N° 608/07 sobre DESPIDO seguidos entre dichos recurrentes, resolución que se mantiene en su integridad.

En cuanto a depósitos, aseguramientos y costas estése a lo razonado.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEND