



Roj: **STSJ GAL 5666/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:5666**

Id Cendoj: **15030340012023103884**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2023**

Nº de Recurso: **2042/2023**

Nº de Resolución: **3926/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 03926/2023

**SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO//MDM**

PLAZA DE GALICIA, S/N

15071 A CORUÑA

**Tfno:** 981-184 845/959/939

**NIG:** 36038 44 4 2022 0002685

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0002042 /2023**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000676 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S:** Nemesio

**ABOGADO/A:** JUAN RAMIRO AGRA REQUEIJO

**RECURRIDO/S:** FOGASA, RODEX WIRE SL

**ABOGADO/A:** LETRADO DE FOGASA, FATIMA MARIA LOZOYA PEREZ , ,

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELO**

**D. JUAN LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ**

**D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

En A CORUÑA, a quince de septiembre de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**



ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACIÓN 0002042/2023, formalizado por el Letrado don Juan Ramiro Agra Requeijo, en nombre y representación de D. Nemesio , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 3 de PONTEVEDRA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000676/2022, seguidos a instancia de D. Nemesio frente a RODEX WIRE SL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, con la intervención del MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D. Nemesio presentó demanda contra la empresa RODEX WIRE SL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil veintitrés.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Don Nemesio , con D.N.I. NUM000 vino prestando servicios para la empresa RODEX WIRE S.L. desde el 16 de febrero de 2021, con categoría de especialista y salario prorrateado de 1781,02€. Las funciones del demandante consisten en el tratamiento de bobinas de alambre de hierro y acero para adaptarlo a las dimensiones y galvanizados requeridos por el cliente, manipulando productos químicos disueltos en agua para su tratamiento. Es de aplicación a la relación laboral lo dispuesto en el convenio colectivo del metal.- SEGUNDO.- En fecha 19 de septiembre de 2022 la empresa comunicó a los trabajadores la presentación de Expediente de Regulación de Empleo para transformar algunos de los contactos indefinido en fijos discontinuos, indicando como inicio del periodo de consultas el día 26 de septiembre, designándose como representante de los trabajadores a Don Luis Angel . En reunión mantenida el 3 de octubre de 2022 se alcanzó un principio de acuerdo sobre la base de determinadas cláusulas expuestas por los trabajadores, algunas de ellas no aceptadas por la empresa, fijándose nueva reunión para el día 7 de octubre de 2022 en la que los trabajadores adelantaban el no acuerdo si no se garantizaba el abono de la prestación de desempleo, solicitando una nueva reunión. El día 14 de octubre de 2022 la empresa comunica al representante de los trabajadores que algunos de ellos han cambiado de opinión, estando de acuerdo con la conversión, reuniéndose la plantilla el día 18 del mismo mes, votando en contra de cerrar el acuerdo el demandante y tres compañeros más teniendo lugar la última reunión el día 20 de octubre de 2022 en la que se comunica a la empresa que no ha existido mayoría a favor del acuerdo, no habiendo participado en la misma el trabajador, a quien se le puso de manifiesto si quería reconsiderar su negativa a la transformación.- TERCERO.- La empresa comunicó al demandante tras esa reunión, la extinción de su contrato de trabajo mediante carta de fecha 20 de octubre de 2022 con el siguiente contenido: Muy Sr./a nuestro/a: En relación con el contrato que, con fecha de 16 de FEBRERO de 2021 y al amparo del Real Decreto LEY 35/2010 tenemos suscrito, ante el vencimiento del mismo y dentro del plazo legalmente establecido, esta empresa le comunica que causará baja en la misma el próximo 20/10/2022, como consecuencia DESPIDO DISCIPLINARIO motivado por no adaptarse usted a las normas de producción de esta empresa de forma habitual y reiterada, despido que reconocemos como improcedente por lo que ponemos a su disposición la indemnización máxima legalmente establecida de 45/33 días de salario por año de servicio, con reconocimiento expreso de la improcedencia del mismo. Sírvase firmar la copia de la presente para nuestra constancia y archivo. En la misma fecha firmó el siguiente DOCUMENTO DE LIQUIDACIÓN Y FINIQUITO: El suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie, con cuyo percibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa por lo que se compromete a nada más pedir ni reclamar dando su expresa conformidad a la resolución y extinción de la relación contractual por la causa y motivo que consta al haberse dado debido cumplimiento a lo dispuesto legalmente en las normas de aplicación tanto en materia retributiva, descansos y jornada laboral, categoría y funciones laborales desempeñadas, etc. Asimismo declara percibir en este acto toda la documentación necesaria para la prestación por desempleo y cualquier otro asunto legal consistente en documento de liquidación y finiquito, certificado de empresa, boleta/recibo salarial, carta de despido o notificación de fin de contrato y notificación de fin de contrato y prefiniquito. Así mismo expresamente hago constar que con el percibo de las cantidades que constan en el presente documentos de finiquito renuncio al ejercicio de cualquier acción judicial administrativa en materia de reclamación de cantidades, así como de reclamación contra la causa extintiva. SALARIO BASE 937,75 PLUS NOCTURNIDAD 88,64 PRORRATA PAGAS EXTRA 156,28 Parte proporcional vacaciones -169,20 Indemnización 3.365,09. La empresa abonó al actor



mediante cheque bancario de fecha 20 de octubre de 2022 al actor la cantidad de 3734,25€, presentando la demandada ante la XUNTA DE LA GALICIA escrito en fecha 25 de octubre de 2022 desistiendo del expediente.- CUARTO.- Presentó el actor papeleta de conciliación el 10 de noviembre de 2022, celebrándose el preceptivo acto el día 28 del mismo mes, teniéndose el mismo por intentado SIN EVENENCIA."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimando en su petición subsidiaria la demanda interpuesta por DON Nemesio frente a la empresa RODEX WIRA S.L. declaro improcedente el despido del trabajador con derecho a la indemnización ya percibida, acordando así mismo la extinción del contrato de trabajo en la fecha del despido."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Nemesio formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la empresa RODEX WIRE SL y por el MINISTERIO FISCAL.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 10 de mayo de 2023.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Con la pretensión principal de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad más una indemnización de 30.000 euros por el daño moral consiguiente a la vulneración de derechos fundamentales, e incremento del salario regulador, o subsidiariamente de desestimarse dicha pretensión principal de nulidad del despido, el incremento del salario regulador y de la indemnización de despido improcedente, el trabajador demandante anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas.

Opuesta a los expuestos motivos de suplicación, la empresa demandada, ahora recurrida, solicita, en su impugnación del recurso de suplicación, su desestimación total y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.** Respecto a la revisión de los hechos probados, la parte recurrente pretende las siguientes revisiones fácticas de los hechos probados:

1ª. La adición de un nuevo hecho probado, numerado quinto, donde se diga lo siguiente: "El 20 de octubre de 2022 también se despidió a otro compañero del demandante, Don Luis Angel . Tras el despido del demandante se contrató a dos trabajadores con contrato indefinido fijo discontinuo (código de contrato 300), Don Carlos Francisco el 2 de noviembre de 2022; y Doña Filomena el 14 de noviembre de 2022. A los trabajadores, Adriano , Alberto , Alexander y Jesus Miguel se les modificó su contrato indefinido ordinario en un contrato indefinido fijo-discontinuo (código 300)". Tal adición fáctica se sustenta en la vida laboral de la empresa, aportada en el ramo de prueba de la propia empresa, que es prueba documental con fuerza de convicción suficiente a efectos revisores suplicacionales y su contenido es literosuficiente en orden al contenido de la adición fáctica pretendida, de modo que, en consecuencia, podría ser incorporada, pero es intrascendente a efectos resolutorios, como lo corrobora la circunstancia de que el juzgador de instancia no desconoce (y así lo afirma en la fundamentación jurídica de su sentencia) que se despidió a otro trabajador tras haberse negado a la conversión contractual y que a quienes la aceptaron se les reconvirtió el contrato en fijo discontinuo, mientras que nada aporta el dato adicional de que se contrataron dos sustitutos, con lo cual, en resumen, dicha documental no acredita ningún error judicial en su valoración que justifique una revisión fáctica en un recurso de suplicación.

2ª. La adición de un nuevo hecho probado, numerado sexto, donde se diga lo siguiente: "Que el 13 de octubre de 2022 a las 14:39 horas don Avelino comunicó por mensaje de WhatsApp a don Luis Angel , representante de los trabajadores en el período de consultas del ERE, que: Buenas te comento yo tuve una conversación con el jefe y a mí personalmente me conviene firmar te lo digo a ti para que lo sepas con todo lo voy a poner en el grupo para que se sepa la gente eso va a ser decisión de cada uno". Tal adición fáctica se sustenta en las conversaciones de WhatsApp, pero de nuevo son datos fácticos no decisivos a los efectos de la resolución de la cuestión litigiosa, pues simplemente se trata de una conversación del ahora recurrente con otro trabajador de la empresa quien sí que aceptó la conversión.

Debemos recordar, a los efectos de completar la argumentación denegatoria expuesta, que el éxito de una revisión fáctica obliga, según la letra b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, y normas concordantes, al cumplimiento exacto de las siguientes exigencias: 1º. Que se pretenda la modificación de



un hecho probado del relato fáctico judicial o la adición de un nuevo hecho probado, señalando con precisión el hecho cuestionado, sin incurrir en imprecisiones por defecto o por exceso, y expresando en todo caso el relato fáctico alternativo al judicial. 2º. Que se identifique la prueba documental o pericial sustentadora de la revisión fáctica pretendida y, dentro de la prueba documental o pericial identificada, se concrete el extremo de relevancia, siendo ese extremo no desvirtuado por otros extremos de la misma documental o pericial y asimismo literosuficiente para sustentar el relato fáctico alternativo al judicial. 3º. Que el extremo de relevancia de la prueba documental o pericial identificada tenga una especial fuerza de convicción sin ser contradicho por otros elementos de prueba, de manera que, al contraponer el hecho cuestionado con ese extremo, se aprecie error judicial evidente, notorio o palmario sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentos probatorios complejos. 4º. Que dicho error tenga una trascendencia en el fallo.

**TERCERO.** Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia: (1) la infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, así como la infracción de la jurisprudencia sobre garantía de indemnidad en relación con el artículo 24 Constitución Española, más concretamente las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1993 y 14/1993 de 18 de enero y 54/1995 de 24 de febrero; (2) el artículo 52 del Convenio colectivo siderometalúrgicas de Pontevedra (empresas del metal sin convenio propio); y (3) la infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

**CUARTO.** 1. En cuanto a la denuncia de infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, así como la infracción de la jurisprudencia sobre garantía de indemnidad en relación con el artículo 24 Constitución Española, más concretamente las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1993 y 14/1993 de 18 de enero y 54/1995 de 24 de febrero, se construye con la finalidad de estimación de la pretensión principal de nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad más una indemnización de 30.000 euros por el daño moral consiguiente a la vulneración de derechos fundamentales, y se argumenta, dicho en apretada esencia, en que hay una represalia contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque la empresa demandada comunicó a varios trabajadores la iniciación de un expediente de regulación de empleo para transformar sus contratos fijos continuos en contratos fijos discontinuos, sin que se llegase a acuerdo por la oposición, entre otros, del ahora recurrente, a pesar de lo cual varios trabajadores, después de hablar con el jefe, aceptaron la conversión, y al propio demandante se le indicó si quería reconsiderar su negativa, tras lo cual se le comunicó el despido el mismo día en que finalizó el periodo de consultas sin acuerdo, lo mismo que a otro trabajador que también se negó a la conversión contractual, siendo contratados dos trabajadores nuevos como fijos discontinuos para sustituir a los dos despedidos.

Por el contrario, la sentencia de instancia considera que "lo único que existe es una negativa del demandante a aceptar la conversión de su contrato indefinido en otro de la misma naturaleza, pero discontinuo, decisión que la empresa adoptó en uso del poder de dirección legalmente atribuido, por lo que propiamente no estamos ante el ejercicio de una pretensión sino ante un conflicto que entra dentro de la lógica de las relaciones laborales, debiendo de añadir, primero, que esta circunstancia aparece expuesta en la propia comunicación de despido y en segundo lugar, que la extinción se acordó con otro trabajador que también rechazó la medida empresarial que se hizo efectiva, procediendo al cese de su actividad que hace imposible el mantenimiento de sus contratos ... No puede tampoco hablarse de una coacción al demandante, pues la empresa se limitó a ofertar esa transformación en varios momentos y ante la negativa, a extinguir el contrato, teniendo a su alcance otros instrumentos, como la modificación de condiciones de trabajo, con una indemnización en su caso, sustancialmente inferior, que por las razones que fueran, no utilizó. Admitir lo contrario implicaría dejar en manos de los trabajadores la gestión de la empresa, condicionado con sus decisiones la facultad del empresario de dirigir su explotación y adoptar las medidas que entienda convenientes, amparado por la libertad de empresa que también reconoce el artículo 38 de la Constitución".

La empresa, en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, pone de manifiesto que, subyacente a la propuesta de conversión del contrato fijo continuo en fijo discontinuo hecha a varios trabajadores de su plantilla entre los cuales estaba el ahora recurrente, había una parada de actividad por ausencia de contratados y así se acreditó en el expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que finalizó sin acuerdo, de ahí que, precisamente conscientes de la realidad de la empresa, varios trabajadores aceptasen individualmente la conversión, pero no tras hablar con su jefe (como, según la impugnante, se afirma por el recurrente), amén de que tal realidad (según la empresa) también se acreditó a través de la documental y testifical propuesta y practicada en el acto de juicio oral pues la empresa, al no poder dar ocupación efectiva de manera continua a su personal, interrumpió la producción dado el elevado coste de mantenerla y la falta de continuidad en los pedidos. Si finalmente la empresa le ofreció al ahora recurrente que reconsiderase su postura, no fue para coaccionarlo, y si lo despidió fue por razones de reestructuración, no por otro motivo, reconociendo la improcedencia con la finalidad de no perjudicarlo con menor indemnización.



2. Contexto normativo de resolución de la denuncia jurídica. En la regulación de la contratación atípica (y el de trabajo fijo discontinuo es un contrato laboral atípico porque no garantiza trabajar durante la jornada anual completa), es habitual establecer ciertas garantías asociadas al principio de voluntariedad dirigidas a evitar que esa contratación sea impuesta por la empresa (así ocurre, en nuestro derecho interno, en relación con el trabajo a tiempo parcial, en relación con el trabajo temporal y en relación con el trabajo a distancia; véanse, respectivamente, artículo 12.4.e) del ET, artículo 15.7 del ET y artículos 5 a 8 de la Ley de Trabajo a Distancia). Sin embargo, ni antes ni después de la Reforma laboral de 2021, se establecen en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, que es la sede normativa donde se regula la contratación fija discontinua, unas tales garantías. Pero no se nos puede pasar por alto que, desde la perspectiva del Derecho de la Unión europea, un trabajador fijo discontinuo es un trabajador a tiempo parcial en los términos definidos en la cláusula 3ª, apartado 1, de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (esto es, "un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable"). De este modo, la conversión de un contrato fijo continuo en un contrato fijo discontinuo se somete al principio de voluntariedad en los términos establecidos en la cláusula 5ª, apartado 2, de la Directiva, a cuyo tenor "el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado". Lo cual permite deducir: (1) que la conversión de un contrato fijo continuo en fijo discontinuo solo puede realizarse por acuerdo individual, sin que pueda imponerse por acuerdo colectivo, y menos aún por decisión unilateral de la empresa ni siquiera a través de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo; (2) que la persona trabajadora no puede ser despedida por consecuencia de su negativa a la conversión, con lo cual el despido sería ilegítimo (no procedente en la terminología del derecho interno, aunque la norma comunitaria no dilucida si sería improcedente o nulo); y (3) que sí puede ser despedida objetivamente cuando, subyacentes a la oferta empresarial de conversión, existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

3. Pues bien, y atendiendo a este contexto normativo, la Sala no rechaza radicalmente la posibilidad de declaración de nulidad en escenarios como el de estas actuaciones (como sí se hace en la sentencia de instancia). Ciertamente, el trabajador ahora recurrente, antes de ser despedido, no había interpuesto ninguna demanda contra la empresa, ni había realizado ningún acto previo al proceso como presentar una papeleta de conciliación, ni ningún otro acto que, sin ser obligatorio previo al proceso, estuviera teleológicamente dirigido al planteamiento de una contienda en sede judicial, como una comunicación a la empresa dirigida por un abogado o abogada buscando resolver la cuestión sin necesidad de acudir a juicio, o una denuncia ante la Inspección de Trabajo por cuestión objeto de reivindicación individual o colectiva contra la empleadora.

Ahora bien, estamos ante una actuación del trabajador de resistencia frente a una propuesta de la empresa para alterar su estatuto jurídico laboral de fijo continuo en fijo discontinuo que, en aplicación de la cláusula 5ª, apartado 2, de la Directiva 97/81/CE, no podría ser impuesta en un acuerdo colectivo, ni por decisión unilateral de la empresa a través de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Si la empresa, ante la negativa del trabajador a la propuesta de conversión, persistiese en la intención de alterar su estatuto jurídico laboral a través de una imposición unilateral, y frente a esta imposición el trabajador impugnase, aparte del previsible éxito de su demanda, un despido en represalia sería declarado nulo. De admitir que la empresa podría despedir al trabajador por haberse negado a la conversión con la sanción de improcedencia dada la ausencia de causa, se estaría segando de entrada tanto la posibilidad de reclamación del trabajador para el supuesto de que la empresa decidiese acordar unilateralmente la ilegítima alteración de su estatuto laboral, como la protección de esa reclamación con la nulidad ante un eventual despido hecho en represalia. Ítem más, no sería lógico que el despido por rechazar la propuesta empresarial de conversión derivase en una consecuencia jurídica de menor relevancia (léase, improcedencia del despido) a la que tendría el despido por reclamar frente a la unilateral decisión empresarial de conversión (léase, nulidad del despido).

En consecuencia, y a juicio de la Sala, la garantía de indemnidad vinculada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española se vulnera cuando la empresa despide al trabajador por su resistencia a la propuesta de modificación de su estatuto laboral pues ese despido cercena toda posibilidad de reclamación contra la eventual unilateral decisión empresarial (ilegítima) de modificación de dicho estatuto laboral, así como elude la protección frente a represalias de que sí gozaría esa reclamación.

4. Sobre la base de estas consideraciones, debemos valorar si en el caso de autos son apreciables causas económicas, técnicas, organizativas o de producción justificativas de la actuación de la empresa en orden al despido pues, atendiendo a la cláusula 5ª, apartado 2, de la Directiva 97/81/CE, en ese caso estaría justificado el despido por motivos ajenos a la negativa del trabajador a la propuesta empresarial de conversión del contrato



de trabajo fijo continuo en fijo discontinuo. Ciertamente, la cuestión se complejiza porque, como el juzgador de instancia rechazó radicalmente la existencia de represalia, la declaración de hechos probados de su sentencia no contiene ninguna precisión al respecto. Pero en la fundamentación jurídica se parte de la existencia real de dichas causas con afirmaciones de valor fáctico como la de que "(la empresa procedió) al cese de su actividad (lo) que hace imposible el mantenimiento de sus contratos (del trabajador y de otro compañero)", o que "(paralizó) su proceso productivo". Una lectura amplia y complementaria de las actuaciones, incidiendo en particular en la existencia de un expediente de regulación de empleo que no fue cuestionado por sus causas, sino por sus efectos sobre los contratos, permite corroborar la realidad de lo que la empresa afirma en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, o sea, una parada de actividad por ausencia de contratos pues, al no poder dar ocupación efectiva de manera continua a su personal, interrumpió la producción dado el elevado coste de mantenerla y la falta de continuidad en los pedidos. Todo lo cual descarta la nulidad del despido.

**CUARTO.** En cuanto a la denuncia de infracción del artículo 52 del Convenio colectivo siderometalúrgicas de Pontevedra (empresas del metal sin convenio propio), se construye con la finalidad de la estimación de la pretensión, también principal, de incremento del salario regulador, y se argumenta, dicho en apretada esencia, en que, siendo las funciones del trabajador demandante "el tratamiento de bobinas de alambre de hierro y acero para adaptarlo a las dimensiones y galvanizados requeridos por el cliente, manipulando productos químicos disueltos en agua para su tratamiento" (hecho probado primero, incombustible), dichas funciones atribuyen el derecho al plus de trabajos especiales contemplado en la norma convencional citada como infringida, según la cual: "Plus por trabajos especiales. Los puestos de trabajo que impliquen penosidad, toxicidad o peligrosidad, dan derecho a la correspondiente bonificación. La determinación o calificación del trabajo como penoso, tóxico o peligroso se hará por acuerdo entre el empresario y la representación legal de los trabajadores. En caso de desacuerdo, decidirá la Autoridad Judicial. La expresada bonificación se establece así para el año 2021: Cuando se produce un solo supuesto: 0,62 €/hora. Si se produjeran dos o más supuestos: 0,97 €/ hora".

Tal denuncia jurídica debe ser desestimada porque, como correctamente razona el juzgador de instancia, el trabajador no especificó de forma adecuada en su demanda (y tampoco lo ha hecho en su recurso) cuáles son las características especiales del trabajo a los efectos de asignar al trabajo la naturaleza de penoso, tóxico o peligroso, ni en particular los productos químicos manejados calificables de tóxicos, dado que el plus de que se trata (y su concreta denominación como "plus por trabajos especiales" así lo confirma) solo procede cuando la penosidad, toxicidad o peligrosidad se produce en un grado superior al que se puede considerar normal, habitual o corriente (ya que de no ser así todo puesto de trabajo sería merecedor del plus pues en todos los puestos de trabajo existe un cierto grado de penosidad, toxicidad o peligrosidad).

Hemos de añadir que esa imprecisión (en orden a la especificación adecuada de las características especiales del trabajo) no queda cubierta con el reconocimiento (según el hecho probado primero) de que el trabajador, en ejecución de sus labores profesionales, realiza el tratamiento de bobinas de alambre de hierro y acero y también maneja productos químicos disueltos en agua, pues ni se concreta la especial penosidad o peligrosidad que supone el tratamiento de bobinas de alambre de hierro y acero, o que ello sea tóxico en algún momento de su tratamiento, ni tampoco que sean tóxicos los productos químicos disueltos en agua para ese tratamiento, y la simple afirmación de que se manejan productos químicos no trae de suyo la consideración de toxicidad en los términos establecidos en el convenio para el devengo del plus reclamado.

**QUINTO.** En cuanto a la denuncia de infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, se construye con la finalidad de estimación de la pretensión subsidiaria para el caso desestimarse la principal de nulidad del despido, dirigida esta subsidiaria al incremento del salario regulador y de la indemnización correspondientes al despido improcedente. Pero dado que esta pretensión subsidiaria se argumenta como se argumentó, en la denuncia jurídica anterior a la presente, la pretensión principal de incremento del salario regulador del despido nulo, si bien en el caso de la subsidiaria para afectar tanto al salario regulador como a la indemnización del despido improcedente, decae en los mismos términos en que decayó la anterior denuncia jurídica, que se reiteran.

**SEXTO.** Por todo lo antes expuesto, el recurso de suplicación será totalmente desestimado y la sentencia de instancia íntegramente confirmada.

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Don Nemesio contra la Sentencia de 30 de enero de 2023 del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra la Entidad mercantil Rodex Wire Sociedad Limitada, con llamamiento a juicio del Fondo de Garantía Salarial, la Sala la confirma íntegramente.



Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 \*\*\*\* ++**).

Una vez firme, únase para su constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal, quedando incorporada informáticamente al procedimiento, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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