

ET, y ello supone estimar el recurso del FOGASA y revocar en el sentido expresado el fallo que se combate.

Fallamos

Que estimando el recurso interpuesto por el FOGASA contra sentencia del Juzgado de lo Social Núm. DOS de ORENSE, de fecha 26 de marzo de 1996, revocando en parte la misma, debemos condenar y condenamos a la codemandada "U.F., S.A." a que solidariamente con las condenadas empresas: "M.E.C., S.L.", "M.R., S.L.", "S.M.L.", le abone a los actores las cantidades ya referidas, manteniendo en todo lo demás el fallo recurrido.

2635 RECURSO Nº 928/96

S.S.

DETERMINACIÓN DA COMPETENCIA MATERIAL E TERRITORIAL PARA COÑECER DA RECONVENCIÓN INTERPOSTA POLA EMPRESA DEMANDADA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

A Coruña, a veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 928/96, interpuesto por don C.D.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 348/95 se presentó demanda por don C.D.B. en reclamación de salarios siendo demandado el empresa "F., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de diciembre de 1995 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 el actor prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "F., S.A.", dedicada a la actividad de construcción y obras públicas y con domicilio en Madrid C/..., con antigüedad desde el día veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, categoría profesional de Delegado de Edificación de Galicia y Asturias con efectos desde el día uno de mayo de mil novecientos noventa y tres, habiendo ocupado con anterioridad el puesto de Jefe de Grupo de Obras Galicia Edificación.- **SEGUNDO.-** Que el actor asistió a unas jornadas técnicas a finales de mil novecientos noventa y tres donde se le informó de los criterios que se seguirían para la fijación de las retribuciones correspondientes a mil novecientos noventa y cuatro, sin fijar porcentajes concretos, sin que el actor y otros Delegados de Edificación de la empresa hayan recibido para su suscripción los correspondientes documentos en los que constan concretamente los porcentajes en concepto de retribución variable.- **TERCERO.-** Que en el mes de enero de mil novecientos noventa y cuatro la empresa notificó a la mayoría de los Delegados de Edificación las concretas condiciones retributivas para mil novecientos noventa y cuatro, referidas tanto a la parte fija como a la variable de retribuciones, en los siguientes términos: el 3% sobre resultados de la Delegación, medidos según los criterios establecidos en "F., S.A." y que en ningún caso podrían ser negativos; el 0,36% del incremento de cartera de gestión local tomando como base de referencia la cartera de gestión local al cierre del año 1993; el 0,09% del incremento de cartera de gestión central, tomando como base la cartera de gestión central al cierre del año 1993 y no pudiendo superar la suma de las cantidades a percibir por el incremento de las carteras local y central una determinada cantidad; el 0,34% sobre la variación del capital, tomando como referencia el capital dispuesto de apertura al uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro, sin que este concepto pudiera superar una determinada cantidad. Las cantidades correspondientes a retribuciones variables deberían de ser abonadas no más tarde del primer trimestre del año siguiente a su devengo, salvo las que excedieran de una determinada cantidad que serían abonadas en dos plazos iguales en los meses de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y seis, condicionado todo ello a la permanencia en la plantilla de la empresa.- **CUARTO.-** Que el actor percibió en 1994 las siguientes cantidades: once millones ochocientas cincuenta y ocho mil setecientas cuarenta y siete pesetas (11.858.747 pts) en concepto de retribución fija y la de un millón ochocientas mil pesetas (1.800.000 pts) en concepto de retribución variable.- **CINCO.-** Que en fecha veintiuno de julio

de mil novecientos noventa y cuatro la Empresa “F., S.A.” procedió a reestructurar las Direcciones Regionales de la Dirección General de Construcción, incluyendo Galicia en la Regional III y Asturias en la Regional IV, sin que se produjera el cese del actor como Delegado de Edificación de Asturias.- **SEXTO.**- Que en fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro la demandada notificó al actor carta de despido, presentando el actor papeleta demanda de conciliación y posteriormente demanda ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, que turnada correspondió a este Juzgado con el nº 27/95, dictándose sentencia en fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y cinco, por la que se estimaba parcialmente la demanda del actor, declarando la improcedencia del despido y condenando a la demandada a optar, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre la readmisión del actor en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle la indemnización de veintinueve millones ochocientas treinta y dos mil cuarenta y seis pesetas (29.832.046 pts), en concepto de indemnización por despido y a que le abonara, en cualquier caso, la cantidad de seis millones quinientas ochenta y tres mil trescientas pesetas (6.583.300 pts), en concepto de salarios de tramitación, devengados hasta la fecha de la sentencia, más el haber diario de sesenta y siete mil setecientas cincuenta y tres pesetas (67.753 pts) desde esa fecha hasta el día de notificación de la sentencia, sentencia que fue recurrida en suplicación por la demandada, dictando sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y cinco, hoy recurrida en casación para unificación de doctrina, sentencia que revocaba parcialmente la sentencia de este Juzgado y reducía la cuantía de la indemnización a la cantidad de quince millones cuatrocientas ochenta y una mil setecientas ochenta y cinco pesetas (15.481.785 pts) y limitándose el abono de los salarios de tramitación hasta el día cuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco, fecha de celebración de acto de conciliación.- **SÉPTIMO.**- Que el actor tenía un salario garantizado para 1994 de quince millones de pesetas (15.000.000 pts).- **OCTAVO.**- Que la Delegación de Construcción de Galicia y Asturias tuvo en 1994 un resultado negativo de trescientos cincuenta y seis millones de pesetas (356.000.000 pts); la cartera central presentaba a fin de ejercicio un saldo de cero pesetas; la cartera local un saldo negativo de ciento sesenta y seis mil pesetas (166.000 pts); y un capital dispuesto un incentivo negativo de un millón quinientas mil pesetas (1.500.000 pts).- **NOVENO.**- Que en fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos el actor y la demandada suscribieron contrato de préstamo

por importe de diez millones de pesetas (10.000.000 pts), con vencimiento el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, con interés variable y revisable cada trimestre sobre la base del MIBOR a noventa días, liquidándose los intereses por trimestre naturales los días tres de marzo, treinta de septiembre y treinta de diciembre de cada año, fijándose como interés inicial hasta el treinta de marzo de mil novecientos noventa y dos el 13.125% anual. El principal a devolver se fijó en la siguiente forma: 1992 ochocientas mil pesetas (800.000 pts); 1993 novecientas mil pesetas (900.000 pts); 1994 un millón de pesetas (1.000.000 pts); 1995 un millón doscientas mil pesetas (1.200.000 pts); 1996 un millón trescientas mil pesetas (1.300.000 pts), 1997 un millón quinientas mil pesetas (1.500.000 pts); 1998 un millón seiscientas mil pesetas (1.600.000 pts) y 1999 un millón setecientas mil pesetas (1.700.000 pts), pactándose un interés de demora añadiendo al tipo de interés en vigor el día del impago dos punto y con efectos desde el día siguiente al del impago.- **DÉCIMO.**- Que en el contrato de préstamo se pactó, entre otros extremos, el supuesto de vencimiento anticipado del préstamo por dejar de prestar servicios bajo régimen de dependencia laboral de la prestamista, cualquiera que sea la causa, viniendo obligado el prestatario a devolver la totalidad del capital más intereses pendientes de pago a esa fecha y sometiéndose las partes para el conocimiento de cuantas cuestiones puedan suscitarse en torno al cumplimiento, incumplimiento o interpretación del contrato de préstamo a la Jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid, con renuncia expresa a su propio fisco.- **DÉCIMO PRIMERO.**- Que en fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro la demandada requirió al actor para que en plazo de quince días procediera a la devolución de la cantidad de siete millones setecientas noventa y nueve mil ochocientas pesetas (7.799.800 pts) de principal pendiente de devolución y de los intereses devengados, o procediera a garantizar dicha cantidad mediante aval, sin que conste que el actor haya procedido a hacer devolución de cantidad alguna ni a avalar la cantidad adeudada.- **DÉCIMO SEGUNDO.**- Que en fecha doce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco había procedido a devolver un total de dos millones doscientas mil pesetas (2.200.000 pts) de principal y dos millones ochocientas sesenta y siete mil trescientas sesenta y cuatro pesetas (2.867.374 pts) de intereses.- **DÉCIMO TERCERO.**- Que el actor percibió de “F., S.A.” la cantidad de noventa mil pesetas (90.000 pts), en concepto de cantidad para abonar fianza de vivienda, sin que haya procedido a devolverla.- **DÉCIMO CUARTO.**- Que el actor conserva en su poder un ordenador portátil marca Toshiba por el que la demandada abonó, en fecha veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y

cuatro la cantidad de cuatrocientas veintiocho mil trescientas setenta y cinco pesetas (428.375 pts).- DÉCIMO QUINTO.- Que en fecha doce de mayo de mil novecientos noventa y cinco tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia y en el que la demandada anunció su propósito de formular reconvención por la devolución del préstamo, la cantidad anticipada en concepto de fianza y el abono del importe del ordenador.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando parcialmente la demanda formulada por don C.D.B. contra la empresa “F., S.A.”, debía de condenar y condenaba a la demandada a que abone al actor, en concepto de diferencias salariales del año 1994, la cantidad de un millón trescientas cuarenta y una mil doscientas cincuenta y tres pesetas (1.341.253 pts), desestimando la demanda, en cuanto al resto de sus pedimentos y absolviendo de ellos a la empresa demandada, y desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y del territorio formuladas por el actor-demandado en reconvención y estimando parcialmente la reconvención formulada por “F., S.A.” contra don C.D.B., debía de condenar y condenaba al demandado en reconvención a que abone a “F., S.A.”, las siguientes cantidades: siete millones setecientas noventa y nueve mil ochocientas pesetas (7.799.800 pts), importe del principal adeudado del préstamo; quinientas doce mil quinientas treinta y siete pesetas (512.537 pts), importe de los intereses adeudados; noventa mil pesetas (90.000 pts), en concepto de anticipa para pago de fianza de vivienda, y doscientas cincuenta mil pesetas (250.000 pts), en concepto de valor del Ordenador portátil marca Toshiba retenido por el actor, y desestimando la diferencia de valor reclamado por el ordenador y el pago de intereses de mora, debía de absolver y absolvía al demandado en reconvención 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 de instancia estima en parte la demanda del actor contra la Empresa “F., S.A.”, a la que condena al abono de la cantidad de 1.341.253 pts., en concepto de diferencias salariales correspondientes al año 1994; pero, en lo relativo a la reconvención formulada contra él por dicha

Empresa, con desestimación de las excepciones de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y del territorio que le opuso, estima en parte dicha reconvención y condena al aquí actor - demandado de reconvención- al pago de 7.799.800 pts. como importe del principal adeudado por préstamo, 512.537 pts. por intereses adeudados, 90.000 pts. en concepto de anticipo para pago de fianza de vivienda, no devuelto, y 250.000 pts. en concepto del valor del ordenador portátil marca Toshiba retenido por el actor.

La sentencia se recurre por la parte demandante tanto en lo que se refiere a su demanda, para que se le estime en la cantidad de 10.341.253 pts. o, subsidiariamente en la 1.823.038 pts., como en lo relativo a la reconvención, insistiendo únicamente en las excepciones de incompetencia objetiva y territorial para conocer de la misma.

SEGUNDO.- En cuanto a su demanda, solicita en primer lugar que se supriman los ordinales 7 y 8 de la declaración de probanza, sustituyéndolos por otro nuevo que diga: SÉPTIMO.- “El salario del actor en el año 1994 era de 24.000.000 de pesetas (veinticuatro millones de pesetas)”, y subsidiariamente, se añada: “que el actor tenía un salario para 1994 de quince millones cuatrocientas ochenta y una mil setecientas ochenta y cinco pesetas (15.481.785 pts.).

Ninguna de las modificaciones puede prosperar. La primera, porque pretende apoyarse en la sentencia dictada por el mismo Juzgado de lo Social número uno de Santiago de Compostela el 31.03.95, en los anteriores autos de despido, y no constituye documento hábil para la revisión el razonamiento que al respecto se hace en la fundamentación jurídica de la misma -ni siquiera, aunque constase en hechos probados, pues tal probanza se derivaría de la prueba practicada en aquellos autos, que puede arrojar un resultado distinto-, y menos cuando se dice que debe tenerse por probado ese salario ante la falta de documentación aportada por la empresa, salario que, por otra parte, no constituye el objeto del pleito de despido, y que únicamente se discute como cuestión prejudicial a los efectos de calcular las indemnizaciones pertinentes. La segunda por la misma razón de apoyarse en la sentencia de esta Sala en relación con el mismo despido y a efectos del cálculo indemnizatorio.

TERCERO.- En un segundo motivo de recurso se invoca por el recurrente la no aplicación del principio de seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 de la CE. Alegación destinada al fracaso porque la interpretación constitucional del referido principio se refiere a los casos en que el Juzgador se aparta del criterio jurídico sustentado anteriormente

sin ofrecer motivación razonable, y ello nada tiene que ver con el caso que nos ocupa, puesto que si en el pleito de despido, ante la falta de prueba por parte de la demandada, el Juzgador aplicando las reglas de la carga de la prueba, tomó en cuenta la cantidad de 24.000.000 de ptas. como salario a efectos de las indemnizaciones por despido – cantidad, que como hemos visto, fue rectificada por la sentencia de esta Sala-, nada le impide en el presente pleito, y en virtud de las pruebas practicadas en el mismo, declarar probado otro salario distinto, tanto mas cuanto que la cosa juzgada solo se refiere al fallo y no a los hechos ni a los fundamentos jurídicos, y ya hemos explicado también que esa discusión era prejudicial pero no el objeto del pleito de despido. Lo anterior conduce a desestimar el recurso en cuanto solicita el abono de una cantidad superior por diferencias de salarios.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la reconvención, se insiste en las excepciones de incompetencia por razón de la materia y por razón del territorio, invocando en el primer caso la infracción del art. 2.a) de la LPL, y en el segundo la del art. 10.1 de la misma Ley. Ambos motivos son inviables.

El art. 2.a) de la LPL atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores “como consecuencia del contrato de trabajo” y los Tribunales han interpretado siempre este precepto (así por ejemplo la sentencias del T.S. de 25 de octubre de 1971 (Ar. 4.020) y del TCT del 21 de abril de 1977 (Ar. 2.194)) en el sentido de que comprende también las demandas de reconvención por préstamos del empresario al trabajador siempre que lo hayan sido por razón del contrato de trabajo; y en el presente caso, como se razona con acierto por el Magistrado “a quo”, resulta impensable el indicado préstamo sin la existencia de la relación laboral que unía a ambos litigantes, y buena prueba de ello es que se vincula al cese de la relación laboral el vencimiento anticipado del mismo, sin que aparezca como relevante a estos efectos la alegación de que se trata de tener la garantía del salario del trabajador porque, aunque ello sea así, es evidente, y lo prueba la propia reclamación que ahora examinamos, que ya no existiría esa garantía para la parte del préstamo que todavía se adeudase. Por otra lado, nada tiene que ver lo previsto en el art. 283 de la LPL sobre ejecución el desahucio del trabajador despedido de la vivienda del empresario que ocupase por razón del contrato de trabajo, porque en ese caso la extinción del arrendamiento viene aparejada ya a la extinción del contrato de trabajo y se trata de regular una mera ejecución sin necesidad de tener que discutir la procedencia del desahucio, por lo que nada supone en orden a atribuir o negar competencia a la jurisdicción laboral en otras cuestiones vinculadas al contrato de

trabajo. Y en cuanto a la incompetencia territorial, el Magistrado “a quo” razona con acierto el sentido de la jurisprudencia contraria a la sumisión en la jurisdicción laboral, prohibición hoy clara en la base 2^a.1 de la Ley de Bases delegante de la L.P.L., por lo que habrá que estar en primer lugar a lo dispuesto en el art. 10.1 LPL que atribuye la competencia territorial del litigio -aquí la demanda del actor- al del lugar de prestación de los servicios o del domicilio del demandado, a elección del demandante, siendo evidente que tal elección recayó en la de los Juzgados de lo Social de Santiago de Compostela. Y siendo esto así, para la reconvención habrá de atenderse a la que corresponda por conexión con la demanda originadora del litigio, sin otros límites que los derivados de la propia incongruencia con lo anunciado previamente (art. 85.2 LPL) y que para la reconvención tenga competencia por razón de la materia el mismo Órgano Judicial.

Dicho está pues, que también estos motivos deben desestimarse, y con ello el recurso en bloque, confirmándose íntegramente la sentencia recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don C.D.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Santiago de Compostela de fecha 22 de diciembre de 1995, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

recurrida.

2636 RECURSO N° 4.384/96

S. S.

**DECLARACIÓN DE GRAN INVALIDEZ POR
REVISIÓN DE INCAPACIDADE
PERMANENTE ABSOLUTA.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jusús Souto Prieto

A Coruña, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.384/96, interpuesto por el letrado don M.C.R., en nombre y representación de don J.R.R., contra sentencia del Juzgado de lo Social N° Dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 343/96 se presentó demanda por la aludida parte recurrente, sobre GRAN INVALIDEZ, derivada de enfermedad común, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 17.07.96 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Que el actor, nacido el 2 de febrero de 1940 y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social en su condición de Auxiliar de Psiquiatría, fue declarado en situación de invalidez permanente, derivada de enfermedad común, en grado de incapacidad total, mediante resolución de 8 de junio de 1987, con derecho a una pensión mensual del 100% de una base reguladora de sesenta y una mil ciento veinte pesetas (61.120 ptas.), con efectos de 7 de diciembre de 1986, como consecuencia de haber sufrido un accidente cerebro-vascular por infarto isquémico de tronco cerebral, con secuelas de plejía de extremidad superior derecha y paresia en la inferior del mismo lado, lenguaje disártico, parálisis casi completa del ojo izquierdo (sólo capaz de elevarlo y bajarlo ligeramente) parálisis recto interno ojo derecho, parálisis de la mirada conjugada hacia la izquierda, nistagmos horizontal y con componente rotatorio espontáneo del ojo derecho, parálisis facial izquierda, labilidad emocional, marcada hipoacusia derecha. **SEGUNDO.**- Que solicitó la revisión de la invalidez, el 17 de noviembre de 1995, y previo dictamen emitido por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades, el día 8 de febrero de 1996, la Dirección Provincial del I.N.S.S. aprobó la propuesta de la Comisión de Evaluación de Incapacidades, en fecha 7 de marzo de 1996, denegando la solicitud por no haberse producido variación en el estado de sus lesiones que determine la modificación del grado de incapacidad que tiene reconocido. **TERCERO.**- Que don J.R.R. padece actualmente las siguientes secuelas de ACV en 1983: Deambulación asistida por bastón de mano. Marcha en segador derecho. Plejía del miembro superior derecho. Conversación con muy leve disartria. Razonamiento normal. Hipoacusia derecha. Nistagmo derecho y leve parálisis ocular izquierda (dimetria y adiadicocimetría), síndrome ocular del uno y medio. CUARTO.- Que se formuló la preceptiva Reclamación Previa en fecha 21 de marzo de 1996, siendo desestimada por Resolución de fecha 18 de abril de 1996”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO.** Que desestimando la demanda formulada por don J.R.R., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de Gran Invalidez, debo absolver y absuelvo al demandado de todas las pretensiones deducidas en este proceso. 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Recurre el actor, auxiliar de psiquiatría, la sentencia de instancia que desestima su demanda de ser declarado en situación de gran invalidez por revisión del grado total que tiene reconocido.

En cuanto a los hechos, procede rectificar el error de transcripción sufrido en el ordinal primero, al decir que había sido declarado incapaz total en vez de absoluto, que es lo ocurrido.

Prospera la denuncia de infracción del art. 137.6 L.G.S.S., pues ante el cuadro patológico descrito en el inatacado ordinal tercero: “Deambulación asistida por bastón de mano. Marcha en segador derecho. Plejía del miembro superior derecho. Conversación con muy leve disartria. Razonamiento normal. Hipoacusia derecha. Nistagmo derecho y leve parálisis ocular izquierda (dimetria y adiadicocimetría), síndrome ocular del uno y medio”, la Sala entiende que está incurso en dicha situación, ya que la precaria deambulación y la inutilidad del brazo derecho difícilmente le permitirán vestirse, ducharse, etc. sin ayuda de otra persona.

Procede por ello estimar el recurso y revocar el fallo que se combate, declarando la gran invalidez.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación formulado por don J.R.R. contra la sentencia de fecha 17 de julio de 1996, dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Santiago de Compostela en autos instados por el recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, con revocación de la misma y estimación de la demanda

inicial, debemos declarar y declaramos al actor en situación de gran invalidez, condenando a la Entidad gestora demandada a que le abone la prestación correspondiente en cuantía y con efectos reglamentarios.

2637 RECURSO N° 610/99

S. S.

MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNNS DE TRABALLO DE CARÁCTER COLECTIVA DECLARADA PROCEDENTE, Ó RESULTAR XUSTIFICADA E TERSE NEGOCIADO SOBRE ELA DE BOA FE.

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

A Coruña, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 610/99 interpuesto por don M.G.C. en representación del comité de empresa de la Delegación Provincial de Pontevedra da Consellería de Familia, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.G.C., en representación del comité de empresa de la Delegación Provincial de Pontevedra da Consellería de Familia, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia, en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado XUNTA DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 852/98 sentencia con fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: 1º.- El Centro de Atención al menor “A.M.”, dependiente de la Xunta Galicia- Consellería de Familia, Muller e

Xuventude- emplea a 20 educadores y dos serenos entro otro personal. Vienen los educadores realizando un horario de 33 horas semanales disfrutando además de 15 días de vacaciones en navidad y siete días en semana santa. Tales derechos fueron reconocidos condiciones más beneficiosas de carácter colectivo en sentencia de este mismo Juzgado en sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad incorporadas como documental por la parte demandante.- 2º.- A finales de julio 1998 la demandada comunica al Comité de Empresa que el 05.08.98 se iniciará el período de consultas. Se alegan como causas de modificación las condiciones laborales las siguientes: Por la circular nº 19 de fecha 26.06.98 la Dirección General de Familia se pone en marcha la red de centros con objeto de dar respuesta a las necesidades sociedativas en el campo de la atención en instituciones, con el colectivo de menores adolescentes con problemáticas de comportamiento -dentro de las que se incluyen también las toxicomanías a través de una reordenación de los recursos disponibles bajo la forma del centro de menores de la titularidad propia que, por sus características, sean susceptibles de convertirse en centros de reeducación. Así mismo, se pretende enmarcar estos centros en una estructura más amplia, a modo de red, que permita una atención más flexible e interdependientes, aportando un mayor campo de maniobra en la atención a este tipo de necesidades particulares. Dicha red está formada por cuatro centros de reeducación uno por cada una de las provincias de la comunidad autónoma, siendo el “A.M.” el centro de referencia en la Provincial de Pontevedra. La puesta en marcha de esta red demanda la realización efectiva de las jornadas establecidas en los convenios aplicables al personal laboral de éstos. Paulatinamente, con base a los dos puntos anteriores, y en la medida de los recursos disponibles cumplir la Orden del 29 de febrero de 1996, por la que se regulan los requisitos específicos que deben reunir los centros de menores y los centros de atención a la infancia (DOG nº 57 del 20 marzo 1996), en concreto a ratio del personal establecido en la Disposición 7ª, anexo T. al ser el “A.M.” un centro de reeducación de menores que engloba el régimen abierto, o semiabierto y el cerrado que funciona 24 horas al día durante los 365 días del año.- 3º.- Finalizado el período de consultas la demandada acuerda modificar la jornada y régimen de vacaciones del personal educador y vigilancia nocturna en los términos establecido en la comunicación incorporada como documento nº 1 al expediente administrativo y que damos aquí por reproducido. Fue notificada personalmente a los trabajadores afectados y al Comité de Empresa por medio de fax.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO: que desestimando la demanda de conflicto colectivo interpuesta por don M.G.C. en representación del COMITÉ DE EMPRESA DE LA DELEGACION PROVINCIAL DE PONTEVEDRA DE LA CONSELLERÍA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE DE LA XUNTA DE GALICIA contra XUNTA DE GALICIA declaro justificada la modificación de las condiciones de jornada, vacaciones del personal educador del Centro “A.M.” absolviendo a la demandada de lo peticionado contra ella en la demanda. Y considerándola injustificada respecto al personal nocturno anulo la decisión empresarial que modifica las condiciones de trabajo de dicho colectivo dejándolo sin efecto.

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.- Contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda de conflicto colectivo respecto del personal educador del Centro “A.M.”, recurre la representación del Comité de empresa de la Delegación Provincial de Pontevedra de la Consellería de Familia, Muller e Xuventude da Xunta de Galicia, en su calidad de promovente del aludido conflicto, articulando un primer motivo de suplicación en el que -al amparo del art. 191.b) de la LPL - interesan la modificación de los hechos declarados probados en la forma que a continuación se expresa:

* En primer término, se solicita la adición de un nuevo hecho -el cuarto- con el siguiente contenido: “En fecha 02.10.98 en una de las reuniones correspondientes al período de consulta previo al acuerdo por el que se modificaban las condiciones de trabajo, por el Comité de Empresa se presentó una propuesta de horario en la que, respetando las jornadas realizadas hasta la fecha por cada trabajador, se daba cumplimiento a las ratios de personal de un educador por cada cinco internos en pabellón cerrado y un educador por cada ocho internos en pabellón abierto. En la misma reunión la propuesta fue rechazada por la representación de la Administración alegando que con esta no se respetaban las condiciones laborales que regían para colectivo de educadores, además de dificultar, aún mas el cumplimiento de las ratios anteriormente indicadas”.

*En segundo término, se pretende también la modificación de la redacción del hecho primero,

para que se añada al mismo lo siguiente. “De forma verbal, el 18 de marzo de 1.998 la demandada comunicó a los trabajadores del centro “A.M.” su intención de que realizasen cada uno la jornada prevista en sus convenios de origen, así como la supresión de las vacaciones de Semana Santa y Navidad”.

*En tercer lugar se solicita además la adición de un nuevo hecho probado -el quinto- con el siguiente contenido: “En período de consultas, en reunión de 11.09.98, se acordó que los turnos de mañana y de tarde comprenderán los períodos horarios comprendidos entre las 8 y las 16 horas y entre las 15,30 y las 23,30 horas. En la decisión final de la Administración se establecieron turnos de mañana que alcanzaban las 17 horas y 15 minutos”.

La adición propuesta en primer término no resulta acogible, pues el contenido de la modificación que se pretende añadir como hecho probado contiene, en la parte sustancial, una valoración no susceptible de figurar en el relato fáctico y que para nada resulta de la documental que se cita, ya que se trata de identificar una simple propuesta de horario realizada por el Comité de empresa, con la veracidad y realidad de los resultados propuestos, lo cuales para nada resultan de la documental que se cita en apoyo del motivo.

Tampoco prospera la modificación propuesta en segundo lugar, pues la adición que se pretende proviene de los relatos fácticos de las Sentencias a las que hace referencia el mismo hecho probado, en el que ya se indica que tales resoluciones figuran incorporadas a las actuaciones, resultando innecesario una reproducción sesgada o parcial de alguna de ellas, máxime cuando se refieren a unos hechos ya juzgados y ocurridos con anterioridad al inicio de las negociaciones iniciadas por la Administración demandada, para la modificación colectiva de las condiciones de trabajo.

Finalmente, fracasa también la propuesta de adición de un nuevo hecho probado (el quinto), en cuanto que de la documental que se cita para nada resulta que en la decisión de la Administración, durante el período de consultas, se establecieran turnos de mañana que alcanzaban las 17 horas y 15 minutos. Así se desprende del calendario obrante al folio 69 de las actuaciones, en el que todos los turnos aparecen establecidos o bien dentro del horario de mañana, o bien dentro del de tarde.

SEGUNDO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL formula el recurrente un segundo motivo de suplicación, relativo al examen del derecho aplicado, en el que denuncia infracción del art. 41. 4 del ET, en relación con el art. 138. 5 de la LPL, por entender que la decisión adoptada por la

demandada debió haber sido declarada nula por haber sido adoptada en fraude de ley, toda vez que, a su juicio, no se ha llevado a cabo una negociación de buena fe, sino que lo que ha pretendido la Administración es aparentar un interés por mejorar las condiciones de atención a los menores, para modificar las condiciones de trabajo de los actores suprimiéndoles un derecho adquirido.

El motivo no resulta acogible, pues del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución impugnada nada se desprende a propósito del invocado fraude de ley, ya que la propuesta de modificación colectiva de las condiciones de trabajo es posterior a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social nº 2 y 3 de Pontevedra (a que se refiere el hecho probado primero), en las que se expresamente se deja a salvo, o se afirma, que tales condiciones de trabajo no pueden ser modificadas sin seguir el procedimiento legalmente establecido de consultas con los representantes de los trabajadores (art. 41.1, 2 y 4 del ET), que es precisamente lo que ha hecho -con posterioridad a tales sentencias- la Administración autonómica demandada.

Por otro lado, tampoco cabe deducir -como afirma el recurrente- esa supuesta falta de buena fe y el invocado fraude de ley de la no aceptación de las propuestas del Comité de empresa, ya que no existe dato objetivo alguno a propósito de que ese rechazo pueda calificarse de abusivo o contrario a las exigencias de esa buena fe, ni en último término, que tales propuestas permitieran la plena consecución de los requisitos y ratios de personal que deben cumplirse en un centro de menores a tenor de las exigencias establecidas en la Orden de 26 de febrero de 1996.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal denuncia el tercero de los motivos de recurso, infracción por interpretación errónea del art. 18.e) del Convenio colectivo aplicable, en relación con el art. 41. 2 párrafo 3º del E.T., todo ello sobre la base de sostener que el segundo de los preceptos citados establece que no es posible modificar, si no es por acuerdo con los representantes de los trabajadores, las condiciones establecidas en los convenios colectivos en materia de horario, nunca, ni siquiera por acuerdo con los representantes de los trabajadores, la jornada establecida en el convenio colectivo. Siendo así, es preciso destacar que el convenio colectivo establece la obligación de respetar las jornadas que mejoren la del convenio que hayan sido “adquiridas legalmente”, aunque permite “negociar” por remisión al art. 18.b) otras condiciones a las Direcciones de los centros con la representación del personal, debiendo interpretarse -a su juicio- las palabras “adquiridas legalmente” de forma diferente a como lo hace la sentencia de

instancia; en concreto, en el sentido de que el convenio se refiere a una mejora de las condiciones de trabajo, en este caso de la jornada, y pretende asegurar de forma normativa y contractual la vigencia de estas mejoras por lo que pasan a formar parte del convenio colectivo y son inmodificables.

El motivo tampoco prospera, pues en este punto la Sala comparte la interpretación realizada por la Magistrada de instancia. En efecto, el art. 18.e) del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, establece que “se respetará el derecho adquirido legalmente determinado de los trabajadores/as que tengan un horario y/o una jornada semanal laboral inferior a la fijada en este artículo (37 horas y 30 minutos semanales), todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el punto b) del presente artículo”; apartado éste que permite a la Dirección de cada centro... y a los representantes de los trabajadores que puedan negociar un horario o una jornada distinta de la expresada (las 37 horas y 30 minutos semanales) cuando, por sus peculiaridades específicas, así se considere necesario, respetándose, en todo caso, la capacidad organizadora que le corresponde a la Xunta de Galicia.

Y en el supuesto presente, la jornada de trabajo de 33 horas semanales y vacaciones de Navidad y Semana Santa que venían disfrutando los educadores a quienes afecta el conflicto, no deriva de un derecho adquirido por virtud de la ley, ni de un convenio colectivo estatutario de los previstos en el Título III del ET (arts. 82 y ss.), con naturaleza de pacto normativo, sino de un Acuerdo extraestatutario o impropio negociado por el Comité de empresa y la Dirección del Centro (para el período 01.10.95 a 30.09.98), de naturaleza contractual, cuya fuerza vinculante es la propia de los contratos prevista en los arts. 1.255 y concordantes del C.c. (STS de 22.01 y 17.10.1994; 24.10.1995 y 14.12.1996). Por ello, esa condición más beneficiosa (colectiva) no escapa al procedimiento de modificación colectiva de las condiciones de trabajo previsto en el art. 41 del ET, lo que -por lo demás- resulta congruente con el reducido ámbito de aplicación de dicho Acuerdo y con el inciso final del apartado b) del art. 18 del III Convenio Colectivo Único de la Xunta, que deja a salvo el respeto, en todo caso, de la capacidad organizadora que corresponde a la Xunta de Galicia.

CUARTO.- El cuarto y último motivo de suplicación denuncia, con el mismo amparo procesal que el anterior, infracción por interpretación errónea del art. 41.1 del ET, en relación con el art. 138.5 de la LPL y con el art. 1.256 del C.c., sobre la base de sostener la absoluta falta de prueba de las motivaciones de la

Administración para modificar las condiciones de trabajo existentes, al no existir en el expediente datos objetivos que indiquen la necesidad de la medida.

El motivo deviene también inaceptable, pues el art. 41.1 del ET, tras su reforma por la Ley 11/1994, de 19 mayo, faculta al empresario a imponer unilateralmente modificaciones sustanciales de carácter colectivo en las condiciones laborales de sus trabajadores, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, si bien la medida ha de ir precedida de un período de consultas con la representación de los trabajadores, destinado a intentar conseguir un acuerdo sobre tales modificaciones, y surtir efectos sólo después de transcurrido un mes desde su imposición.

Y en el presente caso, esa modificación sustancial acordada por la Xunta de Galicia -que afecta a la jornada de trabajo y vacaciones- debe entenderse justificada, por cuanto responde a la finalidad organizativa (manifestada en la circular de 20.06.98 de la Dirección Xeral de familia) de “poner en marcha una red de centros con el objetivo de dar respuesta a las especiales necesidades socioeducativas en el campo de atención en instituciones con colectivos de menores adolescentes con problemas de comportamiento, - dentro de las que se incluyen también las toxicomanías- a través de una reordenación de los recursos disponibles bajo la forma de centro de menores de titularidad propia que, por sus características, sean susceptibles de convertirse en centros de reeducación...”, siendo el “A.M.” el centro de referencia en Pontevedra; y todo ello a fin de adaptarse a lo dispuesto en la Orden de 20 de febrero de 1996, por la que se establecen los requisitos y ratios de personal que deben cumplirse en los centros de menores y de atención a la infancia, siendo la necesidad de cumplimiento de esas ratios lo que ha motivado la modificación de la jornada, vacaciones y horario del colectivo de educadores en todos los centros de reforma.

Por ello, tratándose de medidas cuya adopción contribuye a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorece... una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (art. 41.1 ET), en este caso, mediante lo que es una mejora en la prestación de un servicio público, y siendo éstas valoraciones que corresponden al empresario, han de ser aceptadas al no concurrir un supuesto de desviación notoria de la finalidad perseguida que constituya un abuso o ejercicio antisocial del derecho en el sentido propio y fuerte del art. 7.2 del C.c. En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo

impugnado, en cuanto correctamente declaró justificada la modificación de las condiciones de jornada y vacaciones del personal educador del Centro “A.M.” de Pontevedra, e injustificada la del personal nocturno.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don M.G.C., en representación del Comité de empresa de la Delegación Provincial de Pontevedra de la Consellería de Familia, Muller e Xuventude da Xunta de Galicia, contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 1998 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, en los presentes autos sobre conflicto colectivo tramitados a instancia del recurrente frente a la demandada Xunta de Galicia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

2638 RECURSO N° 1.143/99

S. S.

A RESPOSTA EMPRESARIAL A UNHA COMUNICACIÓN DE FOLGA, CONSIDERADA ILEGAL, NON MENOSCABA O EXERCICIO DO DEREITO FUNDAMENTAL NIN SUPÓN UNHA VULNERACIÓN DA LIBERDADE SINDICAL.

ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a seis de abril mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.143/99 interpuesto por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE GALICIA (CGT) 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 CONFEDERACIÓN GENERAL

DEL TRABAJO DE GALICIA (CGT) en reclamación de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE HUELGA Y LIBERTAD SINDICAL siendo demandado “F.G., S.A.” Y MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 12/99 sentencia con fecha 20 de enero de 1999 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- La Empresa “F.G., S.A.” cuenta con una plantilla de 45 trabajadores fijos y 29-discontinuos, en su domicilio o centro de trabajo en..., donde tiene instalaciones fijas de frigoríficos y muelle portuario, en zona de concesión administrativa, siendo las funciones de los trabajadores fijos-discontinuos la estiba y desestiba de buques y clasificación de pescado.- Existe Comité de Empresa formado por cinco miembros, según elecciones de 14.03.95, dos por el sindicato UGT, dos por CIG y uno por CGT.- 2º) El demandante don M.C.A., con D.N.I. número..., Secretario General de la CGT de Galicia, comunicó por medio de escrito de fecha 18.12.98 a la Empresa la convocatoria de Huelga indefinida, que daría comienzo a las 00,00 horas del día 23 de diciembre, siendo su objetivo la readmisión inmediata del trabajador fijo-discontinuo de la Empresa (“F.G., S.A.”) D.G.R., despedido el pasado día 16 de diciembre. Dicha convocatoria se participó a la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales de Pontevedra. En el escrito se participó la composición del Comité de Huelga...- 3º) La Empresa, por escrito de 21.12.98, comunicó a la CGT “Señores: En relación con su escrito de fecha 18 de diciembre, actual, a través del cual convocan huelga indefinida para todos los trabajadores de esta empresa, cuyo inicio tendrá lugar el próximo día 23 del presente mes a las 00,00 horas, debemos significarles que, sin perjuicio del pronunciamiento judicial posterior, esta Dirección empresarial considera dicha huelga ILEGAL, por lo siguiente: 1.- Despues de la reciente huelga de tres meses de duración (sep-nov.98) soportada por esta empresa, cuya dirección se ha visto obligada a realizar importantes concesiones al personal huelguista para la desconvocatoria de la misma, se ha adquirido por parte de los trabajadores el compromiso formal de mantener la paz social durante toda la vigencia del convenio colectivo, que se extiende al día 31 de diciembre de 1999 y que, mediante esta nueva convocatoria de huelga, se incumple.- 2.- Por solidarizarse con el despido de un trabajador se ha incurrido en transgresión de buena fe contractual al venir practicando el deporte de fútbol mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal, tratando de privar a esta empresa de las facultades que le confiere el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores.- 3.- Por abusiva, al ser la misma

completamente desproporcionada.- Lo que ponemos en conocimiento de esa central sindical para los efectos oportunos”.- El 22 de diciembre, se celebró reunión entre la Empresa y el Comité de Huelga con mediación de la Autoridad Laboral, que terminó sin acuerdo. En asamblea, de ese mismo día, 01.02.99. Decisión comunicada a la empresa por el demandante en escrito de 23 de diciembre. A este escrito la empresa contesta el 24 lo siguiente “Señores: En relación con su escrito de fecha 23.12.98, a través del cual aplaza al 01.02.99 la huelga convocada para las 00,00 del día 23.12.98, debemos significarle lo siguiente: 1.- La Dirección de esta Empresa no ha tenido inconveniente en reunirse el pasado día 22.12.98, con esa representación sindical y comité de la citada huelga por haber sido convocada dicha reunión por la Consellería de Traballo, Xustiza e Relacións Laborais.- 2.- Pero la asistencia por nuestra parte a dicha reunión, no significa en modo alguno el reconocimiento de la huelga como legal, ni tampoco al comité designado como negociador, toda vez que de conformidad con nuestro escrito de fecha 21 de diciembre, actual, en respuesta al de ese sindicato de fecha 18 del mismo mes, ya le anunciábamos nuestra consideración de ILEGAL de dicha huelga y las causas de tal ilegalidad.- 3.- Dicho esto, es preciso que tengan en cuenta que esta Dirección, respecto al despido del trabajador, D.G.R., asistirá al acto de conciliación ante el SMAC con la sana intención de negociar con el trabajador o sus representantes, con el ánimo de alcanzar un acuerdo razonable que ponga fin al conflicto.- 4.- No obstante, si el trabajador despedido, o los miembros del comité de Empresa, desean reunirse con esta Dirección con antelación a la fecha de conciliación ante el SMAC, o en todo caso, en cualquier fecha anterior al acto judicial, no existirá inconveniente alguno por nuestra parte para celebrar las reuniones que fueran precisas para conseguir la deseada conciliación, bien entendido que la postura de esta Empresa es firme en cuanto al despido y sus causas, razón por la cual solamente estaría dispuesta a negociar el importe de una razonable indemnización resolutoria.- Lo que ponemos en su conocimiento de ustedes para los efectos oportunos”.- 4º) En la Empresa demandada “F.G., S.A.”, se convocó huelga indefinida a partir del 1 de septiembre de 1998, que duró hasta el 01.12.98, según Acta ante la Delegación Provincial de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales, obrante al folio 36 y que se da por reproducida. El día 16 de diciembre, la Empresa entrega carta de despido al trabajador don A.D.G.R.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que apreciando falta de acción ejercitable, debo desestimar y desestimo al demanda formulada por

la CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE GALICIA (C.G.T.) contra la Empresa “F.G., S.A.”, quedando imprejuzgada la cuestión de fondo.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por la Confederación General de Trabajo de Galicia (C.G.T.) recurre el sindicato actor articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191.c) LPL, en el que denuncia infracción por no aplicación de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, sobre Libertad Sindical, en relación con los arts. 28 de la CE y 175.1 de la referida Ley procesal laboral, sobre la base de sostener que, al afirmar la empresa la ilegalidad de la huelga, ha incurrido en una clara y concreta injerencia en la actuación del sindicato convocante, estimando que vulnera sus derechos fundamentales al suponer una injerencia que conlleva el propósito de impedir el ejercicio del derecho de huelga, ya que -a su juicio- encubre una amenaza cierta que no deja de ser otra de las múltiples formas utilizadas por la empresa para impedir el ejercicio del referido derecho fundamental.

SEGUNDO.- La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues partiendo del inalterado relato fáctico, la respuesta inicial dada por la empresa -en 21.12.98- a la comunicación de huelga efectuada por el Sindicato actor el 18 de diciembre anterior, no puede interpretarse como una actuación dirigida a impedir o menoscabar el ejercicio del derecho fundamental a la huelga consagrado en el art. 28.2 de la CE.

En efecto, dicha respuesta no contiene mas que una opinión de la Dirección de la empresa o, a lo sumo, un juicio de valor, al considerar la anunciada huelga como ilegal, si bien dejando a salvo -de manera expresa- un hipotético pronunciamiento judicial posterior, lo que por si solo no constituye ningún acto lesivo del aludido derecho fundamental, máxime cuando esa respuesta al sindicato demandante no aparece acompañada de ninguna otra actuación empresarial de la que pueda deducirse la finalidad de cercenar, vulnerar o limitar el aludido derecho de huelga, pues lo único que consta probado es que la demandada, pese a sostener ese criterio de la ilegalidad de la huelga -incluida la del comité designado- acudió a la reunión convocada por la Consellería de Traballo, Xustiza e Relacións Laboráis con la finalidad de

alcanzar un acuerdo que pusiese fin al anunciado conflicto, lo que en modo alguno puede interpretarse como un proceder contrario a las exigencias de la buena fe.

Por otro lado, tampoco resulta admisible la interpretación propugnada por el sindicato recurrente a propósito de que la respuesta empresarial constituye en realidad una velada amenaza de sanción a los trabajadores que puedan participar en una huelga calificada de ilegal, ya que, aparte de dejar a salvo esa calificación por los Tribunales, ni del relato fáctico ni de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida para nada se desprende que la empresa hubiese dirigido alguna comunicación en tal sentido a los trabajadores o que hubiese realizado algún acto con semejante finalidad, limitándose simplemente a responder al anuncio de huelga efectuado por el sindicato demandante en el sentido ya relatado; anuncio en el que -por lo demás- la C.G.T. expresa como objetivo de dicha huelga, “la readmisión inmediata del trabajador fijo discontinuo don D.G.R. que había sido despedido el 16 de diciembre de 1998”, y cuyo despido estuvo motivado por la imputación de una presunta transgresión de la buena fe contractual durante una situación de incapacidad temporal, esto es, respondió en principio a un motivo disciplinario ajeno a su posible participación en una huelga anterior a la convocada actualmente. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado, aunque por una motivación parcialmente distinta en cuanto que no es de apreciar la pretendida lesión del derecho fundamental que se invoca como infringido. Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Confederación General de Trabajo de Galicia (C.G.T.), contra la sentencia de fecha 20 de enero de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, en los presentes autos sobre tutela de derechos fundamentales, tramitados a instancia del sindicato recurrente frente a la empresa demandada “F.G., S.A.”, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

2639 RECURSO N° 882/99

S. S.

DESPEDIMENTO DECLARADO NULO, POR DISCRIMINATORIO, Ó TRATARSE DUNHA CONDUCTA EMPRESARIAL DE REPRESALIA

E NON QUEDAR PROBADAS AS FALTAS DE DESOBEDIENCIA IMPUTADAS.

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

A Coruña, a ocho de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 882/99 interpuesto por "D.F., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña G.G.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandada "D.F., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 838/98 sentencia con fecha 30 de diciembre de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- doña G.G.F., mayor de edad, con DNI..., vino prestando servicios por cuenta y orden de "D.F., S.A." en el centro de..., desde el 16.09.87, como dependienta y con un salario mensual de 163.315 ptas mensuales, con prorrata de pagas extras. La actora está afiliada a la C.I.G., extremo conocido por la Empresa./ II.- Con fecha 13.11.97 se dictó sentencia por este Juzgado en proceso de "Tutela de derecho de libertad sindical", estimatoria de la demanda de la Delegada Sindical de la C.I.G., en la que se reconocía una actitud antisindical de la demandada contra las seis afiliadas de la C.I.G. en el Centro de... (incluida la actora); el 17.12.97 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº Uno de Pontevedra, en la que se declaró nula la sanción impuesta a la actora, por atentatoria de la libertad sindical. En el mes de junio 98 la empresa impuso sanción a doña A.R. -miembro del Comité por la CIG-, desistiendo de la misma en el SMAC por defectos formales, momento en que el Jefe de personal manifestó que "la próxima vez lo harían mejor, que las iban a echar a una por una, para que en las siguientes elecciones no saliera nadie de la CIG". Posteriormente, sancionó la Empresa a la Delegada Sindical, doña M.C.C., desistiendo de la sanción en conciliación judicial ante este Juzgado en octubre del 98 por defectos formales./ III.- Con

fecha 05.10.98 la empresa notificó a la actora carta que decía: "Estimada colaboradora: La Dirección del centro le avisa por escrito: El día 3 de octubre de 1998 se fue UD. al finalizar la jornada matinal, sin realizar el arqueo de la caja en la que había estado cobrando. La tarde de ese día le tocaba librar, por lo que dicho arqueo no lo ha realizado UD., como era su obligación. Esperamos reconsiderar su actitud y no se repitan de nuevo este tipo de hechos o nos veremos obligados a tomar las medidas sancionadoras oportunas"./ IV.- El día 20 de octubre se entregó a la actora carta que reza: "Muy Señora nuestra. La presente es para comunicarle que, la Dirección de esta Empresa, viene observando últimamente en Vd. una actitud de desobediencia, de tomar sus obligaciones a broma, y falta de rendimiento en el trabajo, que ha motivado que se le hayan notificado varios apercibimientos y sanciones, sin que pese a ello, haya rectificado su actuar. En concreto, y como constatables, se le imputan los siguientes hechos: 1º.- El día 3 de octubre de 1998, tenía Vd. jornada matinal librando de tarde, por lo que estaba obligada a realizar el arqueo al terminar la jornada de mañana, pese a lo que se marchó sin hacer el mencionado arqueo, habiéndosele apercibido por escrito por tal actual./ 2º.- El día 9 de octubre de 1998 a las 10,10 horas, se le ordenó por el encargado que se pusiese en caja a cobrar, ya que había clientes haciendo cola. Al comunicarle el encargado que hiciese el favor de ponerse en caja a cobrar, Vd, se puso a cantar en voz alta, dirigiéndose a continuación, sin parar de cantar hacia la oficina, con evidente falta de respeto hacia el mismo, y pérdida de seriedad del establecimiento para con los clientes, lo que supone un perjuicio notorio para la empresa. En la oficina recogió el cajón de cobro, que ya debía de haber tenido preparado desde las 9 de la mañana y tarda entre ir y volver más de 15 minutos./ 3º.- El 10 de octubre de 1998, una clienta le entrega a Vd. el dinero de una compra pendiente en la caja en que Vd. estaba cobrando, recogiéndole Vd. el dinero, cuando es norma de la empresa que cuando algún cliente deja debiendo una cantidad se le entregue a la persona que le cobró./ 4º.- El 16 de octubre de 1998, a las 5,15 horas de la tarde se le ordena por el Encargado Adjunto, -al estar el encargado principal ausente del centro al librar dicho día- que se ponga a cobrar en caja, al haber muchos clientes en cola, negándose a ir, y más tarde, al insistirle el encargado por Megafonía, tardó mas de 20 minutos en incorporarse a la caja. Ese mismo día, sobre las 8,10 horas de la tarde, al producirse una nueva acumulación, y ordenársele nuevamente acudiera a caja, se le vuelve a negar a hacer dicho trabajo al encargado, yendo posteriormente a hacer el arqueo, dejando a los clientes sin atender en la cola, lo que supone un perjuicio notorio para la empresa. Dichos hechos son constitutivos de una falta muy grave de

conformidad a lo dispuesto en el Artículo 54, número 2, apartados b) y e), en relación con el Convenio Provincial de la Alimentación, Acuerdo Sectorial Estatal de Formación Continua del Sector de Comercio, aprobado por resolución de 30 de mayo de 1997, y Ordenanza Laboral de comercio, Artículo 68, número 5 y 69 número 12, y por ello se le sanciona con el despido, el cual tendrá efectos desde el día de notificación de la presente. Lamentando tener que tomar tal decisión, sólo debida a su conducta, le saluda atentamente”./ V.- Ese día 20 de octubre, el representante de la empresa llamó a la Oficina a la Delegada Sindical de la CIG y a un miembro del Comité por la UGT, entregándoseles copia de la carta de despido de la actora, comunicándoseles que podían quedarse, ya que iba a hacerle entrega de la misma en ese momento a la demandante, lo que hizo a continuación. en esa misma fecha se entregó copia de la carta al resto de los miembros del comité./ VI.- La actora, desde hace años, ocupaba un puesto de trabajo de Recepcionista; cuando volvió de vacaciones a mediados de septiembre de 1998, fue destinada a la Bodega. Al cesar una cajera a fines de tal mes, el encargado le asignó labores de reponedora de productos, así como de cajera para sustituciones o refuerzos. Las cajeras fijas suben diariamente, al principio de la jornada, la caja desde el Almacén hasta su puesto de trabajo, lo que, en cambio no venían haciendo las cajeras de refuerzo hasta el despido de la actora... Antes, el personal bajaba al Almacén por el Montecargas interior; a raíz de denuncia de la CIG en 1997, se instruyó expediente sancionador por la Inspección, por lo que desde entonces las trabajadoras deben salir al exterior y rodear el edificio para acceder al Almacén y volver, trayecto en el que invierten unos 15 minutos./ VII.- El día 9 de octubre la actora estaba reponiendo mercancía en los anaqueles, cuando el encargado le dijo que fuera a Caja, lo que repitió dos minutos después por megafonía; la actora, tarateando una canción, se dirigió al almacén a recoger la caja y al volver ya no había público esperando, tardando el tiempo habitual./ VIII.- El día 10 de octubre, cuando la actora estaba en Caja, una clienta le entregó una cantidad que había dejado a deber esa mañana a M.C.C., en cuya Caja introdujo la actora el dinero entregado, dándole el ticket a la clienta. cuando la Sra. C. llegó y vio que faltaba el comprobante, se dirigió al encargado en todo airado, pensando que era éste quien lo había cogido (debido a una reciente experiencia), indicándole éste que preguntaría a sus compañeras, lo que así hizo, contándole la demandante lo sucedido./ IX.- El día 16.10.98 la actora comenzaba su jornada a las 17,30 horas; a las 17,15 horas el encargado le dijo que se pusiera en la Caja, repitiéndolo por megafonía diez minutos después, recogiendo la demandante entonces la caja en el Almacén y atendiendo la Caja indicada. Ese

mismo día, poco antes de la hora de fin de la jornada de la actora (20,30), se le indicó por el encargado adjunto que fuera a Caja, dirigiéndose la actora a la Oficina, pidiéndole la llave para ir a hacer el arqueo de Caja, antes de marcharse, como así hizo a continuación./ X.- Se intentó, sin avencencia, la conciliación ante el SMAC.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda de doña G.G.F., declaro nulo el despido de que fue objeto la actora el día 20.10.98, condenando a “D.F., S.A.” a que readmita de inmediato a la actora a su puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la efectiva readmisión, a razón de 5.444 ptas/día”.

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.- “D.F., S.A.” recurre la Sentencia de instancia, que declaró la nulidad del despido de la trabajadora demandante Sra. G.F., e interesa la revisión de los hechos probados y el examen del derecho que contiene tal pronunciamiento. Las sugerencias fácticas que ofrece, merecen las siguientes consideraciones:

1º) Con relación al hecho probado 2º (“Con fecha 13.11.97 se dictó sentencia por este Juzgado en proceso de “Tutela de derecho de libertad sindical”, estimatoria de la demanda de la Delegada Sindical de la CIG, en la que se reconocía una actitud antisindical de la demandada contra las seis afiliadas de la C.I.G. en el Centro de... (incluida la actora); el 17.12.97 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social Nº Uno de Pontevedra, en la que se declaró nula la sanción impuesta a la actora, por atentatoria de la libertad sindical. En el mes de junio 98 la empresa impuso sanción a doña A.R. - miembro del Comité por la CIG-, desistiendo de la misma en el SMAC por defectos formales, momento en que el Jefe de personal manifestó que “la próxima vez lo harían mejor, que las iban a echar una por una, para que en las siguientes elecciones no saliera nadie de la CIG”. Posteriormente, sancionó la Empresa a la Delegada Sindical, doña M.C.C., desistiendo de la sanción en conciliación judicial ante este Juzgado en octubre del 98 por defectos formales”), propone:

a) Sustituir el inciso inicial de su párrafo primero por: “Que con fecha 13.11.97, se dictó sentencia en proceso de “Tutela de Derecho de Libertad

Sindical”, en la que se estimaba la demanda formulada por la Delegada de la Sección Sindical de la CIG en la empresa, entendiendo, por “la inversión de la carga de la prueba”, que el no haberse concedido a los trabajadores de la CIG un día libre, existía en ello un indicio de discriminación. Fallo que en cuanto a la condena de concesión de ese día libre, no afectó a la ahora demandante”; se basa en los folios 48 a 51.

Aceptamos la redacción sugerida para consignar que la Sentencia señalada no afectó personalmente a la trabajadora demandante aunque, como en sede jurídica se indicará, carece de relevancia al signo del fallo, porque si la actora en aquel proceso (Sra. C.R.) parece haber actuado en exclusivo interés, lo cierto es que entonces ostentaba y ahora reúne la condición de representante de la Confederación Intersindical Galega (Cig), a la que pertenece la actora (hecho probado 1º), cual admite la propia empresa recurrente.

Por el contrario, la influencia que la citada resolución pueda tener en la presente litis lo será, en su caso, por su parte dispositiva -ya recogida en el hecho impugnado- y no, cual se pretende, por los razonamientos que pudieran haber servido de base a dicha decisión judicial.

b) Sustituir el inciso final de su párrafo primero por: “El 17.12.97 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, en reclamación contra sanción, por falta leve, debida a haber comido una fruta en público, la que se declaró nula por no haber sido notificada la sanción a los representantes de los trabajadores, y por indicios de discriminación, consistentes que no se había sancionado nunca por hechos similares a ningún trabajador, y por haber sido condenada recientemente la empresa por prácticas antisindicales contra la CIG, con el proceso de inversión de la carga de la prueba”; se basa en los folios 46 y 47.

Lo recogido en el segundo párrafo del apartado anterior es aplicable a la actual pretensión que, por tanto, no prospera.

c) Sustituir y suprimir el contenido restante del hecho impugnado por: “La empresa impuso una sanción a doña A.R., miembro del Comité de Empresa por la CIG y posteriormente otra a doña M.C.C., Delegada Sindical, las que fueron conciliadas y dejadas sin efecto”; se basa en que las sanciones no constan en autos, en que las manifestaciones del jefe de personal no se hicieron figurar en la demanda ni en su ampliación como causa de discriminación con la consiguiente indefensión, y en las declaraciones del encargado de la empresa (Sr. P.L.).

La redacción tampoco es aceptable: En primer lugar, porque la invocación de prueba negativa no es suficiente para acreditar el error judicial fáctico (SS.TS. 15.01, 13.03.90) y la prueba testifical no es de las legalmente permitidas al mismo fin (arts. 191.b) y 194.3 Ley de Procedimiento Laboral, LPL). En segundo término, porque la alegada indefensión requeriría la necesaria protesta previa, ahora omitida; además, mal podría apreciarse si, de acuerdo con lo consignado en el acta de juicio (folios 317-319), la empresa formuló las preguntas y repreguntas que estimó oportunas sobre el particular.

2º) Con relación al hecho probado 6º (“La actora, desde hace años, ocupaba un puesto de trabajo de Recepcionista; cuando volvió de vacaciones a mediados de septiembre de 1998, fue destinada a la Bodega. Al cesar una cajera a finales de tal mes, el encargado de asignó labores de reponedora de productos, así como de cajera para sustituciones o refuerzos. Las cajeras fijas suben diariamente, al principio de la jornada, la caja desde el Almacén hasta su puesto de trabajo, lo que, en cambio no venían haciendo las cajeras de refuerzo hasta el despido de la actora. Antes, el personal bajaba al Almacén por el Montacargas interior; a raíz de denuncia de la CIG en 1997, se instruyó expediente sancionador por la Inspección, por lo que desde entonces las trabajadoras deben salir al exterior y rodear el edificio para acceder al Almacén y volver, trayecto en el que invierten unos 15 minutos”) propone sustituir su párrafo segundo por: “Todas las cajeras tienen la obligación de subir, al principio de la jornada, diariamente, la caja desde el almacén hasta su puesto de trabajo”.

3º) Añadir al relato de hechos: “El día 3 de octubre de 1998, teniendo la demandante jornada matinal, - por lo que estaba obligada a realizar el arqueo al terminar la jornada de mañana-, se marchó sin hacerlo, pese a haberse ordenado que lo hiciera expresamente por el Encargado, por lo que fue amonestada en su momento”.

4º) Sustituir el hecho probado 7º (“El día 9 de octubre la actora esta reponiendo mercancía en los anaqueles, cuando el encargo le dijo que fuera a Caja, lo que repitió dos minutos después por megafonía; la actora, tarareando una canción, se dirigió al almacén a recoger la caja y al volver ya no había público esperando, tardando el tiempo habitual”) por: “El día 9 de octubre la actora se encontraba reponiendo mercancía en los anaqueles, cuando el Encargado le ordenó personalmente que se pusiera a cobrar en caja, no obedeciendo la orden dada, y poniéndose a cantar en voz alta, de manera desafiante, haciendo caso omiso de la orden dada. Pasados unos minutos se le ordena nuevamente por

megafonía obedeciendo entonces la orden, dirigiéndose lentamente a la oficina de planta a coger la llave de la oficina donde se encontraba la caja, por no haber sido subida a caja a primera hora, pese a estar obligada a ello”.

5º) Sustituir el hecho probado 8º (“El día 10 de octubre, cuando la actora estaba en Caja, una clienta le entregó una cantidad que había dejado a deber esa mañana a M.C.C., en cuya Caja introdujo la actora el dinero entregado, dándole el ticket a la clienta. Cuando la Sra. C. llegó y vió que faltaba el comprobante, se dirigió al encargado en tono airado, pensando que era éste quien lo había cogido (debido a una reciente experiencia), indicándole éste que preguntara a sus compañeras, lo que así hizo, contándole la demandante lo sucedido”) por: “El día 10 de octubre, una cliente, deja pendiente parte del abono de una compra, a la cajera M.C.C. Más tarde al venir la cliente a pagar, la demandante cobra el dinero pendiente de esa compra, accediendo para ello a la caja de doña M.C.C., en la que introdujo el dinero, y le entrega el ticket a la cliente, cuando es norma que nadie manipule más que en su propia caja, y no poniendo tal actuar en conocimiento de la cajera, en cuya caja había operado, lo que motivó que esta se dirigiera al Encargado en tono airado, pidiéndole explicaciones acerca de la falta de ese ticket en su caja”.

6º) Con relación al hecho probado 9º (“El día 16.10.98 la actora comenzaba su jornada a las 17,30 horas; a las 17,15 horas el encargado le dijo que se pusiera en la Caja, repitiéndolo por megafonía diez minutos después, recogiendo la demandante entonces la caja en el Almacén y atendiendo la Caja indicada. Ese mismo día, poco antes de la hora de fin de la jornada de la actora (20,30), se le indicó por el encargado adjunto que fuera a Caja, dirigiéndose la actora a la Oficina, pidiéndole la llave para ir a hacer el arqueo de Caja, antes de marcharse, como así hizo a continuación”) propone:

a) Sustituir el inciso inicial de su párrafo primero por: “La demandante, para cumplir estrictamente la jornada laboral de 40 horas semanales, y no hacer horas extraordinarias, entraba una semana una hora mas tarde de mañana, esto es a las 10 de la mañana, y no a las 9 horas, y a la semana siguiente una hora mas tarde en la jornada de tarde, esto es a las 17,30 horas, en vez de a las 4,30 horas. Y que el día 16 de octubre entraba a las 16,30 horas”.

b) Sustituir el inciso final de su párrafo primero por: “A las 17,15 horas el Encargado le dijo que se pusiera en caja no obedeciendo la accionante, aunque sí obedeció 10 minutos más tarde, cuando fue llamada por megafonía”.

c) Sustituir el contenido restante del hecho impugnado por: “Cuando ese mismo día se le ordenó por el adjunto del Encargado, a las 8,10 horas acudiese a caja, no obedeció, no llegando a incorporarse a la tarea de cajera, dirigiéndose a las 8,30 horas al finalizar la jornada directamente a hacer el arqueo”.

7º) Añadir al relato de hechos: “Que el otro representante sindical existente en el Centro de..., perteneciendo a la UGT, don J.G., manifiesta que tratan a todo el personal por igual. Que nunca vio (a nadie) retirar carteles de la CIG y que no les impiden repartir propaganda”.

Rechazamos todas estas pretensiones, porque:

A) La referencia documental que la empresa efectúa con relación a los hechos probados 6º, 7º, 8º, 9º y a la segunda adición fáctica, no presenta ese carácter al identificarse con el acta de juicio, la cual carece de eficacia en orden a la revisión de hechos (SS.TS. 6, 16.02, 22.05.90).

B) Tal como exponemos en la consideración 1º.c), son aplicables los artículos 191.b) y 194.3 LPL, porque la empresa recurrente invoca de forma indebida la prueba testifical representada por las declaraciones de su encargado (Sr. P.L.) respecto de las dos adiciones fácticas y del hecho probado 8º, del adjunto a aquél (Sr. B.A.) con relación a los hechos probados 6º y 9º, de las empleadas cajeras fijas (Sras. B.S. y R.M.) respecto de los hechos probados 6º, 7º, 8º, 9º y segunda adición fáctica, del vigilante de seguridad (Sr. G.V.) del centro de trabajo con relación al hecho probado 7º, o del miembro del comité de empresa por la Unión General de Trabajadores (Sr. G.C.) respecto de la segunda adición fáctica.

C) Efectúa una crítica subjetiva y particular de la valoración judicial de las pruebas practicadas, que consiste en dar preferencia a algunos medios probatorios respecto de otros (por ejemplo, con relación al hecho probado 6º) o en establecer deducciones que parten de prueba inhábil (por ejemplo, respecto del hecho probado 9º), lo que es contrario a la jurisprudencia cuando afirma que “el error de hecho ha de ser claro, concluyente e inequívoco, sin que pueda basarse en conjeturas o suposiciones más o menos verosímiles” (SS.TS. 29.09.89, 23.01.90).

D) El folio 275 que cita con relación al hecho probado 9º, incorpora la conformidad de un cliente a una compra que efectuó en el centro de trabajo pero, por sí solo, es insuficiente para acreditar que dicha venta fuera realizada por la demandante y, menos aún, la jornada de trabajo que ésta viniera obligada a cumplir.

SEGUNDO.- En el ámbito jurídico denuncia la infracción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 14, 16 y 28 de la Constitución, de los artículos 55.4 y 54.2.b) ET y, subsidiariamente, del artículo 56 ET, pues la trabajadora demandante no fue sancionada, perseguida o represaliada constantemente sino que se le sancionó en una sola ocasión por falta leve, sin que le afectaran las otras sentencias y conciliaciones entre la Cig y la empresa, y además su conducta conformó una desobediencia sistemática y pertinaz a las órdenes del encargado de la empresa o de su adjunto, con desgana, reticencia y falta de respeto.

La Sala no comparte el motivo, porque:

1.- La jurisprudencia constitucional (SS. 90/97, 73, 74, 87/98) señala 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 para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales.

En el actual supuesto, esa denominada inversión de la carga de la prueba resulta justificada pues, al menos inicialmente y sin perjuicio de otras pruebas, la actora documenta (folios 22 a 44, resoluciones judiciales sobre su persona o su central sindical frente a la empresa, actividad sindical denunciadora ante los servicios inspectores del Ministerio de Trabajo y sanciones impuestas a la empleadora), el argumento (hecho 2º.c de demanda, afiliación sindical) que utiliza para denunciar su discriminación.

La juez de instancia aprecia que el despido discriminó a la demandante por razón de su pertenencia a la Cig y basa su estimación de trato desigual en las manifestaciones del jefe de personal de la empresa, en las sentencias de 13-noviembre y 17-diciembre-97, así como en que el despido litigioso se sustentó en incumplimientos que no merecieron sanción alguna cuando fueron cometidos por otras trabajadoras.

De acuerdo con lo consignado en nuestro fundamento anterior, tales circunstancias, con versión fáctica en los hechos probados 1º y 2º y fundamentación jurídica en los razonamientos 3º y 5º, devienen inalterables y, en consecuencia, es de obligado acatamiento la decisión judicial impugnada que, por otra parte, al constatar un trato empresarial discriminatorio respecto tanto de la Cig

en cuanto central sindical como de sus afiliados, no se desvirtúa porque la sentencia de 13-noviembre-97 no afectara personalmente a la actora, particular que confirma la irrelevancia de la pretensión fáctica admitida en nuestra consideración 1ª.a) del fundamento que precede.

2.- La desobediencia en el trabajo, única de las dos causas legales de despido imputadas en la carta a la que se limita el presente trámite (la otra fue la falta de rendimiento en el trabajo), es una falta conexa con la indisciplina muchas veces interdependientes: La jurisprudencia configura esta última no sólo como una actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes recibidas del empresario en el ejercicio regular por éste de sus funciones directivas, sino también como el acto de incumplimiento de las obligaciones que el contrato de trabajo entraña para el trabajador (S.TS. 15.03.83), y la desobediencia como la directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder rector que le reconoce la ley, sujeto a las exigencias de la buena fe, que puede derivar de una conducta intencional, maliciosa o de la omisión de la diligencia necesaria sin necesidad de reiteración (SS.TS. 25.01, 30.04.85, 19.01, 01.10, 03.12.87, 14.10.88, 19.09.89).

La conducta de la demandante no encaja en la doctrina expuesta porque, de acuerdo con el relato de hechos, o no se constata su voluntad omisiva ante las órdenes de los representantes de la empresa porque, en definitiva, cumplió las instrucciones recibidas de ellos (hechos probados 7º y 9º, fundamentos de derecho 4º y 6º), o las características propias de alguna otra circunstancia que también sirvió de base a la decisión empresarial litigiosa no es tributaria de despido (hecho probado 8º, fundamento de derecho 5º), todo lo que descarta las exigidas gravedad y culpabilidad en el comportamiento de la actora que, en otro caso, determinarían la apreciación de la disputada causa legal de despido.

TERCERO.- De acuerdo con lo consignado en 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 demandada recurrente que, por imperativo del artículo 233.1 LPL, ha de abonar los honorarios de la Sra. Letrada de la trabajadora demandante impugnante que fijamos en cuantía de veinticinco mil pesetas (25.000 pts.). Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por "D.F., S.A." contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, pronunciada el treinta

de diciembre de mil novecientos noventa y ocho en sus autos nº 838/98, que confirmamos.

2640 RECURSO N° 596/99

S. S.

DESESTÍMASE A TERCEIRÍA DE DOMINIO SOBRE BENS EMBARGADOS, Ó RECORRERSE CON DEFICIENCIAS FORMAIS E, ADEMAIS, PERTENCER AS EMPRESAS EN CUESTIÓN Ó MESMO TITULAR.

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

A Coruña, a nueve de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 596/99 interpuesto por la empresa “T.P., S.L.” contra Auto del Juzgado de lo Social Núm. dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, en sus autos por despido nº 65/97 seguidos a instancia de don J.M.P.N. contra “P.A., S.L.”, pronunció Sentencia el 4-marzo-97 que decidió: “Que estimando la demanda promovida por don J.M.P.N. frente a la empresa “P.A., S.L.”, debía declarar y declaraba la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, condenando a la demandada que opte, entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo, o el abono de la cantidad de dos millones doscientas cincuenta mil quinientas treinta pesetas (2.250.530 ptas.) en concepto de indemnización, opción que debe ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de doscientas setenta y nueve mil cuatrocientas cincuenta y cinco pesetas (279.455 ptas.), en concepto de salarios de tramitación, y a un haber

diario de cuatro mil quinientas ochenta y una pesetas (4.581 ptas.), desde la fecha hasta que se notifique la presente resolución”.

SEGUNDO.- El demandante, con fecha 21-marzo-97, dirigió escrito al Juzgado conforme al cual: “...tenga por formulada solicitud de ejecución del fallo de la sentencia dictada en este procedimiento, citando de comparecencia a las partes para, previos los trámites de rigor, dictar auto por el que se declare extinguida la relación laboral que le une con la demandada y se condene a la misma a que le abone la indemnización procedente en Derecho así como los salarios dejados de percibir”.

El Juzgado, por providencia de 26-marzo-97, citó a las partes a comparecencia, que se celebró el 21-abril-97, tras lo cual dictó Auto el 23-abril-97 que decidió: “Declarar extinguida la relación laboral que ligaba a don J.M.P.N. con la empresa “P.A., S.L.”, con efectos desde la presente resolución, condenando a la citada empresa a que abone a la actora la suma de dos millones setecientas setenta y siete mil seiscientas treinta y nueve pesetas (2.777.639 ptas.) en concepto de indemnización, que corresponde a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, más la cantidad de cuatrocientas noventa y nueve mil trescientas cuarenta y tres pesetas (499.343 ptas.) en concepto de salarios de tramitación devengados desde el día del despido hasta la fecha”.

TERCERO.- El demandante, con fecha 5-mayo-97, dirigió escrito al Juzgado conforme al cual: “...tenga por solicitada la ejecución del Auto dictado en los autos sobre despido número 65/97, trabando embargo sobre bienes propiedad de la condenada en importe de dos millones setecientas setenta y seis mil novecientas ochenta y dos pesetas (2.776.982 pesetas), más la cantidad que prudencialmente se fije para intereses, gastos y costas del procedimiento ejecutivo”.

El Juzgado, por Auto de 12-mayo-97, decidió: “Decretar la ejecución por sus trámites legales correspondientes derivada del auto firme dictado en los presentes autos, solicitada por don J.P.N. y, previo registro en el libro de su clase con el número 42/97, requerir a “P.A., S.L.” para que satisfaga la cantidad de dos millones setecientas setenta y seis mil novecientas ochenta y dos pesetas (2.776.982 ptas.) que se reclaman de principal, más doscientas setenta y ocho mil pesetas (278.000 ptas.) que se calculan prudencialmente para intereses, gastos y costas, y de no verificarlo en el acto, se requiera al ejecutado o a sus administradores o representantes..., a que en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación de este auto, de no haber consignado la total cantidad objeto de apremio..., efectúe manifestación sobre sus bienes o

derechos con la precisión necesaria para garantizar sus responsabilidades... De no efectuar el abono en los plazos señalados, se procederá al embargo y traba de bienes y derechos de su propiedad o titularidad en cuantía suficiente para cubrir dichas sumas...”.

CUARTO.- El Juzgado, por providencia de 4-junio-97, acordó el embargo de bienes propiedad de “P.A., S.L.” y otras medidas complementarias a dicho fin.

El día 18-diciembre-97 la Comisión Judicial, a presencia de C.P.C. que manifestó ser administrador de la empresa ejecutada asistido por el Letrado Sr. L.P., trabó embargo sobre los siguientes bienes: 1º.- Saldo existente en cuenta a nombre de la entidad en la oficina del Banco Banesto de... 2º.- Un elevador viejo, marca Istobal. 3º.- Devoluciones que por Iva e Impuesto de Sociedades puedan corresponder a la entidad demandada. En dicho acto, el Letrado referido aportó documento de conciliación con avenencia efectuada por las partes el 24-septiembre-97 ante el mismo Juzgado, conforme a la cual “la empresa demandada “T.P.A., S.L.” ofrece y el trabajador acepta la cantidad de cuatrocientas mil pesetas (400.000 ptas.) por los conceptos reclamados en demanda, cuyo pago se efectúa en este acto con moneda de curso legal”.

El día 5-junio-98 la Comisión Judicial, a presencia del citado Sr. P.C. y del Sr. O.S., empleado de aquél, y en un local de negocio abierto al público con el rótulo “P.A., S.L.” sito en la Avenida de... Padrón (La Coruña), trabó embargo sobre los siguientes bienes: 1º.- Vehículo todo-terreno marca Mitsubishi Pajero, matrícula C-...-BN. 2º.- Turismo marca BMW, modelo 520, matrícula PO-...-AM. 3º.- Turismo Ford Fiesta, matrícula M-...-GU. 4º.- Turismo Peugeot 205, sin matrícula, con placa y número de chasis VF...C.... 5º.- Turismo Peugeot 309, sin matrícula, con chapa en compartimento del motor en el que figura número de bastidor VF...AD.... 6º.- Turismo Toyota Celica, sin matrícula, en el compartimento del motor figura placa con nº de bastidor F...JI...

QUINTO.- En calidad de representante legal de “T.P., S.L.”, el Sr. P.C., con fecha 15-junio-98, dirigió escrito al Juzgado conforme al cual: “...resolver alzando el embargo efectuado, o bien, levantarla a la vista de las pruebas aportadas en este acto que justifican perfectamente la propiedad o posesión de los bienes embargados, indicando además el perjuicio que esta situación está causando a esta empresa al no poder enajenar dichos bienes mientras no se resuelva la presente litis, que podrá causar daños de difícil reparación”.

El Juzgado, por providencia de 22-junio-98, citó a las partes y a “T.P., S.L.” a comparecencia, que se celebró el 8-julio-98, tras lo cual dictó Auto el 10-julio-98 que decidió: “Que desestimando como desestimo la demanda de tercera de dominio interpuesta por “T.P., S.L.”, debo ratificar y ratifico el embargo acordado en estas actuaciones sobre los vehículos que constituyen su objeto”.

“T.P., S.L.” interpuso recurso de reforma contra la resolución anterior; el Juzgado, por Auto de 14-septiembre-98, decidió: “Que desestimando como desestimo el recurso de reposición interpuesto por “T.P., S.L.” contra el auto de fecha 10 de julio de 1997, debo confirmar y confirmo éste en su integridad”. Dicho pronunciamiento es el que ahora se impugna en suplicación.

SEXTO.- Esta Sala, por Auto de 18-noviembre-98, decidió: “Declarar la nulidad de las actuaciones, retrotrayendo las mismas al momento de la formalización del recurso de Suplicación interpuesto por “T.P., S.L.” contra el Auto del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de fecha 14.09.98, para que se proceda a acreditar el ingreso del depósito en los términos señalados”.

Remitidos los autos a este Tribunal, se acordó su pase al Magistrado ponente.

Hechos probados

PRIMERO.- Los esposos don C.P.C. y doña M.C.N.P. fundaron “T.P., S.L.” por escritura notarial de 16-julio-92, cada uno aportó trescientas mil pesetas en metálico y suscribió trescientas participaciones sociales, acordaron su nombramiento como administradores, el domicilio social se ubicó en Carretera de Noya km... en el municipio de... (La Coruña), su objeto social quedó fijado en taller de reparación de toda clase de vehículos, venta menor de recambios y repuestos para vehículos y venta de coches nuevos y usados.

SEGUNDO.- Los esposos don J.R.J.S. y doña M.D.C. fundaron “P.A., S.L.” por escritura notarial de 13-julio-93, dividieron el capital social de seiscientas mil pesetas en seiscientas participaciones que distribuyeron a partes iguales, acordaron su nombramiento como administradores solidarios, el domicilio social se ubicó en Avenida... s/n de... (La Coruña), su objeto social quedó fijado en taller de reparación de automóviles, venta de coches nuevos y usados así como sus accesorios y transporte de mercancías por carretera.

TERCERO.- La Sra. D.C., por escritura notarial de 22-agosto-95, vendió sus trescientas participaciones por el precio de trescientas mil pesetas al Sr. P.C., quien intervino en su propio nombre; la vendedora

quedó desligada de la empresa y quedaron como únicos socios y administradores mancomunados los Sres. J.S. y P.C.

CUARTO.- El Sr. Jamardo Seco, por escritura notarial de 27-diciembre-96, vendió sesenta de sus trescientas participaciones por el precio de sesenta mil pesetas al Sr. P.C., quien intervino en su propio nombre; renunciaron al cargo de administradores mancomunados y acordaron nombrar administrador único al Sr. P.C.

QUINTO.- El 30-marzo-98 M.A.G. arrienda a "T.P., S.L.", quien contrata por medio de su administrador Sr. P.C., el local sito en la Avenida de... nº... de... (La Coruña), por una renta de sesenta y tres mil pesetas mensuales más el respectivo impuesto sobre el valor añadido -Iva-; desde la fecha indicada, la empresa referida desplegó su actividad en el local reseñado.

SEXTO.- El Antecedente de Hecho Cuarto.

SEPTIMO.- En 1997, "P.A., S.L." no figuró como titular catastral ni municipal de bienes de naturaleza urbana y rústica, del impuesto municipal sobre vehículos de tracción mecánica, de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad de Padrón, de cuenta corriente o de ahorro en el Banco Español de Crédito..., ni de ninguna devolución por Iva.

La cantidad convenida en la conciliación de 24-septiembre-97, referida en el antecedente de hecho cuarto, corresponde a los autos nº 399/97 del Juzgado de instancia.

OCTAVO.- Los vehículos matrículas PO-...-AM, C-...-BN y M-...-GU, figuran a nombre de don J.P.N., don J.A.C. y don G.T.P., desde los días 13-febrero-96, 22-abril-96 y 16-mayo-90 respectivamente, según permisos de circulación de tales fechas. La matrícula del turismo Peugeot 309, número de bastidor VF...AD..., es C-...-BX, figura a nombre de doña M.V.C.G. desde el día 20-junio-98, según permiso de circulación de tal fecha. Los Sres. P.N., A.C. y T.P., con fecha 18-julio-98, prestaron declaración jurada en el sentido de que los automóviles referidos son "de su propiedad, resultando que la Empresa "T.P., S.L.", los tiene en concepto de mera depositaria a efectos de su exposición y venta de la que si llega a producirse percibirá una comisión por la misma, conforme al acuerdo verbal suscrito entre ambas partes". El anverso de los permisos de circulación correspondientes a los vehículos C...BN y M-...-GU, incorpora un cajetín de transferencia de los mismos que aparece firmado en blanco por los Sres. A.C. y T.P.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- "T.P., S.L." recurre el Auto de 14-septiembre-98 que, al confirmar el de 10-julio-98, desestimó su tercería de dominio. El recurso no se acepta por las trascendentales deficiencias formales en que incurre, así:

1.- Aunque cita el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), lo cierto es que no indica el hecho o hechos que pudieran entenderse impugnados ni propone ninguna de las modalidades de revisión legalmente permitidas; esta conducta omisiva infringe los artículos 191.b) y 194.3 LPL.

2.- Tampoco cita la normativa jurídica o la jurisprudencia que el Auto recurrido pudiera haber vulnerado; omisión que también infringe los artículos 191.c) y 194.2 LPL.

3.- En ambos casos el recurso, que incomprendiblemente remite a la figura del legislador, se limita a efectuar una crítica subjetiva de las circunstancias fácticas y de los razonamientos de derecho del juez de instancia que, por sí misma, es insuficiente para conocer y decidir las cuestiones planteadas en torno a la ejecución de que se trata.

No obstante lo anterior y a mayor abundamiento, compartiríamos esencialmente el Auto impugnado al tener en cuenta: a) El Sr. P.C., presente en la diligencia de embargo, es el titular efectivo de "T.P., S.L." y de "P.A., S.L.". b) Ambas empresas coinciden en el domicilio y objeto sociales. c) Algunos de los vehículos embargados con permisos de circulación anteriores a la traba, pudieran haber sido transferidos a la empresa tercista con anterioridad en virtud de la documental que consta al anverso de aquellos, apreciación no desvirtuada por las declaraciones juradas de sus titulares al ser inmediatamente posteriores a la diligencia de embargo. d) Respecto de los demás vehículos, debemos hacer constar que el permiso de uno de ellos fue expedido con posterioridad a la traba y la documentación extranjera de los otros nada acredita.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir efectuado por la empresa recurrente-tercista que, con arreglo al artículo 233.1 LPL, ha de abonar los honorarios del Sr. Letrado del trabajador ejecutante-impugnante que fijamos en cuantía de veinticinco mil pesetas (25.000 pts.).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por “T.P., S.L.” contra el Auto del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, pronunciado el catorce de septiembre de mil novecientos noventa y ocho en sus autos nº 65/97- ejecución nº 42/97, que confirmamos.

2641 RECURSO N° 1.367/96

S. S.

DECLÁRASE O DEREITO Ó PERCIBO DO SUBSIDIO DE DESEMPREGO PARA MAIORES DE 52 ANOS A TRABALLADOR QUE ACREDITA PERÍODO COTIZADO EN SUIZA.

ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.367/96 interpuesto por don J.F.O. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.F.O. en reclamación de DESEMPLEO siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 687/95 sentencia con fecha uno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Que el actor don J.F.O. nacido 11.12.40, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº... solicitó subsidio de desempleo para mayores de 52 años, que le fue denegado por resolución de 01.06.95 por no acreditar carencia genérica, para tener derecho a pensión de jubilación, ni por convenios bilaterales Suiza, ni por R.R. CC (Alemania).- **SEGUNDO.**- El actor disconforme con el anterior acuerdo interpuso reclamación

previa, ante la entidad gestora, que asimismo fue desestimada por resolución de 11.07.95.- **TERCERO.**- El actor acredita las siguientes cotizaciones: a la Seguridad Social Española un período 02.73 a 04.95, 3.191 días a la Seguridad Social Alemana, en período 2-10.64 a 14.04.66, 19 meses, igual a 570 días; y a la Seguridad Social Suiza en período 1969 un total de 1.170 días”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimando la demanda interpuesta por don J.F.O. contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, debo de absolver y absuelvo a los demandados 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.- Al amparo del art. 191.c) de la Ley de Procedimiento el recurrente interesa el examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia que desestimó su pretensión de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, denunciando infracción la infracción del artículo 215.3 de la Ley General de la Seguridad Social así como del artículo 51.1 y artículo 28 y siguientes del Convenio Europeo y Acuerdo complementario de 14.12.72, ratificado por España el 10.01.96 y publicado en el BOE de 11 y 12 de noviembre de 1986 y anexos al mismo, publicados en el BOE del 10 de Abril de 1989 e infracción del Convenio nº 157 de la OIT así como de la doctrina jurisprudencial a la que se refirió.

Entiende, en síntesis, que reúne todos los requisitos para tener derecho a la referida prestación, en concreto, los seis años de cotización a un régimen con desempleo y la carencia necesaria para acceder a cualquier tipo de jubilación, sin que al respecto tenga importancia que el marco normativo no sea común a todos los países en que la demandante ha trabajado, alegando, además, que dada la fecha de solicitud del subsidio de desempleo – 01.06.93 – es de aplicación lo dispuesto en la DT 2ª, 1 de la Ley 26/85 de 31 de julio a efectos carenciales.

SEGUNDO.- La censura jurídica que se denuncia debe prosperar, pues por más que la Gestora en ningún momento le ha discutido la carencia específica de haber cotizado por desempleo más de seis años a lo largo de su vida laboral, acredita el recurrente que en el momento de la solicitud reunía las cotizaciones siguientes: a la SS española un total

de 3.191 días, a la SS alemana 570 días y a la SS suiza 1.170 días, siendo los primeros computables al amparo de los Reglamentos Comunitarios 1.408/71 y 474/72, y los cotizados en Suiza -sólo a efectos de jubilación- en virtud de lo establecido en el Convenio Hispano - Suizo de Seguridad Social como consecuencia del cómputo de cotizaciones recíprocas o de intercomunicación de las mismas al tratarse de normas que han pasado a formar parte del derecho interno español, sin que al respecto tenga importancia que el marco normativo no sea común a todos los países en que la demandante ha trabajado, ya que la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y del Convenio Hispano Suizo, no se traduce en la adquisición de un derecho en un país ajeno al marco comunitario, sino en su reconocimiento en España al amparo de normas internas propias, siendo así que en torno a la "carencia genérica", exigida por el art. 13.2 de la Ley 31/84 de 2 de agosto, modificado por el Real Decreto Ley 3/89, de 31 de marzo, para causar derecho al subsidio de desempleo para mayores de 52 años, uno de los problemas que plantea se centra en determinar cuál ha de ser esa carencia exigible y en qué momento ha de reunirse la misma, esto es, si será la que se necesitaría en la fecha de la solicitud del subsidio o la que corresponde al cumplimiento de la edad de jubilación.

Así las cosas cabe establecer que esta propia Sala en sentencias de 29.03.93 y 30.11.1992 determinó que si bien es exigencia genérica carencial a efectos de lucrar pensión por jubilación la de quince años (precitado art. 2 LRP), la indicada normativa transitoria específica que el período mínimo exigible «será el que resulte de sumar al período mínimo establecido en la legislación anterior la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigor de la presente Ley y la del hecho causante de jubilación» debiendo entenderse que el correcto juego de la ficción obliga a considerar como fecha del hecho causante de esa hipotética jubilación aquella en que fue solicitado el subsidio (no la posterior en que se cumpla la edad reglamentaria), por lo que en el caso que nos ocupa habiendo nacido el reclamante en fecha 11.12.40 y habiéndose reclamado el subsidio el 01.06.93 la correcta exigencia carencial habría de concretarse en 5.094 días (los 3.650 días exigidos por el art. 154.1.b) Ley General de la Seguridad Social y los 1.444 que han de ser añadidos en virtud de la disposición intertemporal que queda indicada), por lo que acreditando el actor 4931 días naturales cotizados (ordinal tercero de los hechos declarados probados), complementada dicha carencia con los 524 días que le corresponden por pagas extraordinarias resulta claro, al totalizar 5.455 días, que se ha superado aquel período mínimo exigido y en consecuencia ha de estimarse el recurso con

revocación de la sentencia de instancia desestimatoria de las pretensiones del actor.

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por J.F.O., contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 1995 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de esta Capital, en los presentes autos sobre subsidio de desempleo en su modalidad de Mayores de 52 años, tramitados a instancia de aquel frente al Instituto Nacional de Empleo e Instituto Nacional de la Seguridad Social, revocamos dicha sentencia y acogiendo las pretensiones del actor declaramos el derecho de éste al disfrute del subsidio por desempleo en la modalidad de mayores de 52 años condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y a que le abone el mencionado subsidio en la cuantía, forma y efectos reglamentarios.

2642 RECURSO N° 1.593/96

S. S.

PERSOAL Ó SERVICIO DE CORPORACIÓN LOCAL VINCULADO POR MEDIO DE CONTRATO DE TRABALLO E NON ADMINISTRATIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.593/96 interpuesto por el **AYUNTAMIENTO DE LARACHA** 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 **DIRECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL Y ASUNTOS SOCIALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL** en reclamación de concepto siendo demandado **AYUNTAMIENTO**

DE LARACHA, doña A.R.M., doña C.M.S., doña M.D.F.R., doña M.R.G., doña M.I.G. y doña M.C.L.P. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 602/95 sentencia con fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Por la Inspección Provincial de Trabajo de La Coruña se efectúan visitas en fechas 24.02.94 y 23.03.95, afectando al Ayuntamiento de Laracha y personas que realizaban servicios de limpieza a favor del mismo, provocando acta de la misma Inspección de 24.04.95, con sanción al Ayuntamiento citado de 306.000 ptas.- 2º.- Son personas relacionadas en acta y que conforme a la misma prestaban servicios al Ayuntamiento, doña C.M.S., doña M.D.F.R., doña M.R.G., doña A.R.M., doña M.I.G. y doña M.C.L.P.- 3º.- Tales trabajadores prestaban servicios a tiempo parcial tal como se detalla en la citada acta, con duración y lugares de trabajo allí señalados, que al no ser desvirtuadas por la demandada y su prueba se dan por reproducidas y acreditados.- 4º.- De tal acta de infracción se impone en relación a la demandada actas de liquidación de cuotas a la S.A. por períodos y cuantía que asimismo se dan por reproducidas”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda de la DIRECCION PROVINCIAL DE TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL Y ASUNTOS SOCIALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, contra doña C.M.S., contra doña M.D.F.R., contra doña M.R.G., contra doña A.R.M., contra doña M.I.G. y contra doña M.C.L.P., debo declarar y declaro que la relación existente desde su inicio entre la entidad demandada y las citadas codemandada es de naturaleza laboral, con todos los efectos que corresponden, debiendo las partes estar y pasar por esta declaración con las consecuencias de todo orden que la citada declaración comporta”.

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

UNICO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda promovida de oficio por el Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social, a los efectos del art. 149 de la L.P.L., al plantearse la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las

partes implicadas, con ocasión de un acta de infracción por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y liquidación de cuotas, declaró que dicha relación es de naturaleza laboral. Decisión judicial que es recurrida por el Ayuntamiento condenado denunciando, como único motivo, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y que articula en dos apartados diferentes, por un lado infracción por inaplicación del art. 1.252 del Código Civil. y de la jurisprudencia que lo interpreta y con carácter subsidiario, infracción por inaplicación del art. 1 nº 3 del apartado a) del E.T., alegando en primer lugar la excepción de litis pendencia, por entender que las actas fueron recurridas en vía administrativa sin que hasta el momento hubiese recaído resolución expresa alguna, y que si la resolución que en su día se dicte, anulaba dichas actas, estimando las alegaciones de ésta representación, estaría en total y abierta contradicción con la aquí recurrida, que declara la existencia de la relación laboral con base, exclusivamente en aquéllas actas; y con carácter subsidiario, que la naturaleza de la relación no era laboral sino administrativa al estar regulada por normas administrativas, pues, en la referida acta de la Inspección de Trabajo se constata literalmente que los trabajadores tienen un contrato administrativo.

Por lo que respecta a la excepción de litispendencia, se rechaza, por cuanto, si bien es cierto que para que se de la citada excepción la jurisprudencia no exige que el pleito nuevo sea una reproducción exacta de otro precedente para aplicar la presunción legal, pues, no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los demás procesos, sino que, aunque en alguno de ellos, no concorra la mas perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como “elemento condicionante y prejudicial” de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio...; no se puede desconocer, que la resolución que se dicte en vía administrativa no actúa como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que recaiga en la presente litis, sino al contrario, de tal manera que la resolución que recaiga en el presente pleito, actúa como prejudicial devolutiva, a cuya virtud es remitido al conocimiento del órgano judicial del orden social un tema sobre el que hay opiniones encontradas de la Administración sancionadora y del sujeto responsable, acerca de la naturaleza de la relación jurídica que ha originado el procedimiento sancionador, y para evitar actuaciones inútiles y trastornos de todo orden, si es que la materia se declarará después que no era laboral, debiendo anticiparse un pronunciamiento judicial del único órgano competente para calificar de laboral o extralaboral la relación controvertida; de tal manera que la demanda de oficio presentada

ante la jurisdicción social suspende el trámite administrativo hasta que la jurisdicción se pronuncie acerca de la naturaleza de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, infracción por inaplicación del art. 1 nº 3 apartado a) del E.T. por entender que la relación jurídica era de carácter administrativo, por cuando dicho precepto excluía del ámbito de aplicación del E.T. al personal al servicio, entre otros de las corporaciones locales, cuando como en este caso ocurre, la relación se regula por normas administrativas, habiendo suscrito contratos administrativos.

Es patente la dificultad que entraña definir la naturaleza, laboral o administrativa de una relación contractual, porque en muchas ocasiones no resulta decisivo el objeto del contrato, es decir, la índole de los servicios contratados, pues aquella dificultad se ve incrementada por la incidencia, mayor cada vez de criterios empresariales que pragmáticamente se adoptan por las Administraciones Públicas con el propósito de hacer más eficaz su función. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado los siguientes principios básicos: 1) que ha de atenderse a la verdadera naturaleza de los contratos y no a la calificación que las partes les hayan atribuido, 2) que los servicios retribuidos por cuenta ajena han de presumirse como relación laboral (art. 8.1 Estatuto de los Trabajadores) y que dicha presunción queda desvirtuada si de las cláusulas del contrato aparece que el mismo está sometido a otro régimen (sentencia del Tribunal Supremo de 13.06.85). Por su parte las sentencias del Tribunal Supremo del 04.10.85 y 24.03.86 señalan los siguientes principios: 1º) para calificar la naturaleza, administrativa o laboral de la relación ha de estarse a la auténtica realidad del contrato, sin atender a su "nomen iuris" o a la calificación que le den las partes; 2º) los servicios retribuidos por cuenta ajena, aun prestados a entidades públicas, han de presumirse con presunción "iuris tantum" que entraña relación laboral según el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores; 3º) tal presunción queda, sin embargo desvirtuada si de las cláusulas del contrato o de los términos en que los servicios se prestaron aparece que la relación está sometida a distinto régimen; 4º) las irregularidades que en la aplicación de las normas hayan podido producirse, no tienen en principio, entidad suficiente para transformar en laboral el carácter administrativo de los correspondientes contratos pactados por las partes (sentencias del Tribunal Supremo de 23.10.86, 02.03.87 y 02.04.87); 5º) el régimen laboral o administrativo de los contratos es una cuestión de técnica organizativa al poder utilizar la Administración indistintamente cualquiera de ambas modalidades contractuales, siempre que para ello le faculte la Ley y lo determinante y decisivo

de su adscripción al área de la contratación administrativa con exclusión de la laboral no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de Ley (art. 1.3 a del Estatuto de los Trabajadores) que lo autorice y el sometimiento a la misma de los contratantes, no operando en tal supuesto, la presunción "iuris tantum" contenida en el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores a favor del contrato de trabajo (sentencia del Tribunal Supremo 02.04.87 y 10.12.91).

Del inalterado relato fáctico de hechos probados así como del examen complementarios de los autos, resulta acreditado, que los demandados han venido prestando servicios a tiempo parcial en los servicios de limpieza para el Ayuntamiento de Laracha, así C.M.S. con contrato administrativo desde 13-09.1990 en trabajos de limpieza del aula de cultura y biblioteca; M.D.F.R. con contrato de 01.08.1989 para limpieza de la escuela de Iglesario en... Laracha, M.R.G. con contrato desde 01.01.1988 para limpieza de la escuela de...; A.R.M. con contrato de 02.01.1992 para limpieza de la escuela de...; M.I.G. con contrato de fecha 29.02.1992 para limpieza de la escuela de...; y M.C.P. con contrato de 01.01.1988 para limpieza de la escuela de.... Todas las trabajadoras realizan la prestación de servicios a tiempo parcial. Las limpiadoras de escuelas durante 10 meses al año (enero a junio y septiembre a diciembre) con jornada inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes. Por término medio vienen trabajando 2 días a la semana y de 3 a 6 horas semanales, con horario fijado por el Ayuntamiento y bajo sus órdenes, facilitando los materiales de limpieza el Ente Local.

Esto sentado, no ofrece duda a esta Sala, que en el supuesto de autos, se trata una relación laboral (tal como acertadamente se interpretó por el Magistrado de instancia) y no administrativa, dándose las notas tipificadoras del contrato de trabajo de dependencia y ajeneidad, como para que se incluya la relación en el ámbito del art 1.1 del E.T. sin que exista cobertura legal alguna que ampare la elección de la contratación administrativa para cubrir un servicio de limpieza. Así el R.D. 3.046/77 posibilita la contratación administrativa de personal por las Corporaciones Locales para el desempeño de actividades administrativas o técnicas excluyendo, indirectamente al no citarlas la contratación por ese cauce de tareas o funciones de carácter manual. Por su parte la Ley de la Función Pública de 27 de julio de 1985 igualmente posibilita la contratación administrativa de personal por las corporaciones locales para el desempeño de actividades técnicas, o puestos de confianza pero en ningún caso permite la contratación por este cauce para funciones de carácter manual; sin que por otro lado, se trate de un contrato para la ejecución de un servicio público

de los que regulan el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y el R.D. citado, pues, la finalidad de un contrato de este tipo es la satisfacción de un fin o necesidad públicos, mediante una actividad comprendida dentro de las peculiaridades del orden administrativo, lo que no se puede sostener respecto de las tareas de limpieza. En base a lo que al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE LARACHA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, dictada en autos seguidos a instancia de DIRECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO, SEGURIDAD SOCIAL Y ASUNTOS SOCIALES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, contra AYUNTAMIENTO DE LARACHA, doña A.R.M., doña C.M.S., doña M.D.F.R., doña M.R.G., doña M.I.G. y doña M.C.L.P. sobre Otros Extremos, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

2643 RECURSO N° 133/99

S. S.

A RESPONSABILIDADE POR
DESPEDIMENTO NO CASO DE QUE A
EMPRESA SEXA UNHA SOCIEDADE
ANÓNIMA OU LIMITADA NON SE
TRASLADA INDIVIDUALMENTE ÓS SEUS
ADMINISTRADORES, QUE SÓ RESPONDEN
NO ÁMBITO CIVIL.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 133/99 interpuesto por don E.F.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 507/98 se presentó demanda por don E.F.G. en reclamación de despido siendo demandado las empresas “R., S.A.”, “A., S.L.”, “G.M.V., S.L.”, “R., S.L.”, m.R.G., “T., S.A.” y “G.L.V., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de octubre de 1998 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.F.G., mayor de edad y con D.N.I. número..., viene prestando servicios para la empresa “R., S.A.”, desde el día 16.11.90, con la categoría profesional de jefe de transporte y un salario mensual de 144.600 pesetas, incluido prorratoe de pagas extraordinarias./Segundo.- Por medio de carta de fecha 16.07.98, notificada al actor ese mismo día, se le comunicó que se le despedía con efectos desde el 16.07.98 en base a los siguientes hechos: el pasado 15.06.98 fue usted sancionado con 20 días de suspensión de empleo y sueldo por insubordinación, y el 06.07.98 tuvo otra sanción de 10 días de suspensión de empleo y sueldo por abandono total en el servicio que desempeñaba. Se incorporó en el día de la fecha, y se le ordena ir desde nuestras oficinas en Vigo... a la estación de..., contestando por su parte que para mover el camión con el que tenía que realizar el transporte quería la póliza de seguros. Al serle indicado por la responsable de seguros de esta empresa, doña M.J.A., que tenía en su poder la propuesta de solicitud de la Compañía “A.”, con fecha de hoy, le contestó que no era válida y que no realizaba el servicio. También en el día de hoy se le indicó que mañana, día 17, tenía que ir a recoger un contenedor a la firma “G.I.”, contestando que como no era su horario normal de trabajo, ya que según Usted, entra a las 9.00 horas, horario que la empresa no reconoce, ya que la entrada de los conductores es a las 7.00 horas, se negó usted a hacer el servicio si no se le daba una nota por escrito... En vista de todo lo expuesto, que lleva dos faltas graves acumuladas en el plazo de 30 días y que al reincorporarse a su trabajo lo único que ha hecho es poner todo tipo de trabas e inconvenientes a los distintos Jefes de Servicio de la empresa... y a la Dirección de la empresa, la cual se ha visto obligada, en vista de su actitud negativa total y reiterativa, a despedirlo con esta misma fecha, dieciséis de julio de 1998, puede pasar a recoger la liquidación que legalmente le corresponde por las oficinas de la empresa a partir del día 20 de julio de 1998./Tercero.- De los hechos imputados al actor

en la carta de despido no ha resultado acreditado ninguno./Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 07.08.98, la misma tuvo lugar en fecha 21.08.98 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 24.08.98./Quinto.- El actor es desde el 13.03.95 delegado de personal en la empresa “R., S.A.”, de la C.I.G./Sexto.- “R., S.A.”, “A., S.L.”, “G.M.V., S.L.”, “G.L.V., S.L.”, “T., S.A.” actúan en el mercado de forma conjunta, existiendo entre ellas transferencia de trabajadores. El Sr. M.R.G. es administrador único de “R., S.A.”, tiene participación en la sociedad G.L.V., habiendo sido Consejero delegado de la misma hasta septiembre del 98, teniendo poder de representación de las sociedades “T., S.L.”, “A., S.L.” y “G.M.V.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don E.F.G., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 16.07.98 por parte de la empresa “R., S.A.”, y condeno a esta y, solidariamente con ella a “A., S.L.”, “G.M.V., S.L.”, “G.L.V., S.L.” y “T., S.L.” a que, a opción del trabajador, que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días por escrito o comparecencia ante la secretaría de este Juzgado, sin esperar a la firmeza de la Sentencia, procedan a su readmisión o a abonarle una indemnización de 1.663.890 pesetas y, en ambos casos, a abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, advirtiendo al actor que en caso de no optar en el plazo y forma expresado se entenderá que procede la readmisión; absolviendo de las peticiones deducidas de contrario a “T., S.A.” y a M.R.G.”.

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.

QUINTO.- Por Providencia de fecha 19 de Febrero de 1999, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, se acordó remitir las actuaciones de las que dimana el presente Recurso de Suplicación al Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia para emitir el precedente informe sobre competencia, habiéndose recibido dicho informe en esta Sala de lo Social en fecha 5 de Abril de 1999.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda, declarando la improcedencia del despido del actor de que fue objeto por parte de la empresa demandada “R., S.A.”, condenando a ésta y, solidariamente con ella, a “A., S.L.”, “G.M.V.,

S.L.”, “G.L.V., S.L.” y “T., S.L.” a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración, concediendo al demandante, por su calidad de representante de los trabajadores, el derecho de opción; absolviendo a los también demandados “T., S.A.” y a don M.R.G. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal del accionante, construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, formulando, al efecto, las siguientes peticiones: A) Que al hecho sexto se intercale -después del punto y seguido- lo siguiente: “habiendo trabajado todos ellos con anterioridad para otras de las empresas demandada, donde trabajadores de una empresa dan órdenes a trabajadores de otra de las empresas demandadas. Respecto al personal de “R., S.A.”: Año 96, a partir del mes de junio ha ido descendiendo. A final de año había 9 personas. Año 97, se continuó en la misma línea y se pasó de las 9 personas de enero a 3 en el mes de diciembre. Año 98, en el mes de febrero se pasa de 3 a 2 trabajadores que se mantendrán hasta el mes de julio, mes en que uno de ellos (L.P.) causa baja voluntaria y el otro (E.F.) es despedido...”. B) Que se adicione un nuevo hecho en el que se haga constar: “1.- “R., S.A.” está constituida por don M.R.G., su esposa M.C.L.S. y sus hijos M.C.Y.R.L. y don M.F.R.L.; siendo su Administrador Único, don M.R.G. 2.- “T.V.M., S.A.” está constituida por don M.R.G., su esposa M.C.L.S., sus hijos C.Y.R.L. y M.F.R.L. y don J.L.P.E. y como Director y Administrador de la Sociedad a don M.R.G. 3.- “A., S.A.” está constituida por don M.R.G. y don J.L.P.E., de la que don M.R.G., tiene amplios poderes. 4.- “G.M.V., S.L.” está constituida por don J.L.P.E. don J.H.P., siendo su Administrador Único don M.R.G. 5.- “G.L. V., S.L.” tiene como socio a don M.R.G. quien fue Consejero Delegado de las misma hasta septiembre del 98 (así se declara probado en el hecho 6º). Todas ellas se dedican al transporte de vehículos y mercancías, tienen el mismo domicilio, teléfono, fax...las citaciones para el juicio a “G.L.V., S.L.”, “A., S.A.”, “T., S.A.” y “R., S.A.” fueron rehusadas y publicadas en el B.O.P., si bien posteriormente fueron todas ellas citadas junto con el Sr. R. En... Vigo”. C) Que se adicione un nuevo hecho probado, octavo, en el que se haga constar: “T.A. S.A.” tiene relaciones comerciales con alguna de las codemandadas. El Sr. R. en nombre y representación de G.L.V. y G.M.V., firma un acuerdo -que entra en vigor el 01.04.97- con el Sr. A.P. en representación de “T., S.A.” por el que se concierta la cesión del transporte que G.L.V., S.L. realizaba de los vehículos de Seat hasta...(León) y Vigo, a “T., S.A.”, acordándose que a su vez esta subcontratará con G.M.V., S.L., el almacenamiento y distribución de dichos vehículos, así como la descarga. Consta alguna facturación remitida a “T., S.A.” por los servicios realizados por G.M.V., S.L.”

Ninguna de las revisiones merece ser acogida; la primera -apartado A)- y la tercera -apartado C)-, porque, como el propio recurrente aduce, están reflejadas, al menos en lo esencial, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, con indudable valor de hecho probado, y la segunda -apartado B)- porque resulta irrelevante para decidir el debate, habida cuenta de que lo planteado en este trámite versa, únicamente, sobre la ampliación de la responsabilidad derivada de la declaración de improcedencia del despido, a la persona de don M.R.G. y a la empresa codemandada “T., S.A.”, solidariamente con los demandados ya condenados en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con cobertura en el art. 191, letra c), se denuncia: a) infracción, por no aplicación del art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores a don M.R.G.; b) infracción, por no aplicación, del art. 262 L.J.A: a la que se remite el art. 105.5 y 133.1 L.J.R.L. de 23.03.95 y 135. L.S.A.; c) infracción por no aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, y d) infracción, por no aplicación del art. 42.1 y 2 del citado Estatuto. Estimando el recurrente, como queda dicho, de un lado, que el pronunciamiento de condena contenido en la sentencia de instancia debe hacerse extensivo, con el carácter de solidario, al demandado antes nombrado, y de otro, a la empresa “T., S.A.” La censura no puede prosperar, por las siguientes razones:

A) En cuanto a la persona individual porque la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, bien sea social o individual, tiene un carácter civil o mercantil, al tender al resarcimiento de daños causados a la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 134 del Real Decreto Legislativo 1.504/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, o a los socios y a los terceros -art. 135 de la propia Ley-; normativa aplicable a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada, por el reenvío contenido en la Ley 2/1995, de 23 de marzo; estando, por ello, situada la responsabilidad social de los administradores dentro del campo normativo delimitado por el derecho patrimonial de daños; no siendo posible, por tanto, acudir al terreno propio del derecho laboral y, por ende, a la jurisdicción de este orden, para la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento de deberes propios de los administradores sociales, ya que la jurisdicción competente viene dada por la naturaleza del derecho que aplica, derecho sobre el que incide; por otro lado, la jurisdicción del orden social tiene atribuida competencia para resolver las cuestiones que deriven del contrato de trabajo, sin posibilidad de extenderse su ámbito, so pena de infringir el

principio de improrrogabilidad de la jurisdicción, proclamado en el art. 9, nº 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por otra parte, la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, en Auto de 8 de marzo de 1996, ha proclamado que la acción contra los administradores de sociedades anónimas, cuya “causa petendi” reside en el incumplimiento por aquéllos de los deberes que les competían como tales, que nada tiene que ver con la relación laboral sometida a debate, debe ventilarse en el orden civil de la jurisdicción, por ser éste el competente; criterio ratificado por el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de enero de 1997 y 21 de julio de 1998; postura, así bien mantenida por los Tribunales Superiores de Justicia -Salas de lo Social- de Aragón, Castilla León-Valladolid y Andalucía-Sevilla, en sentencias de 2 de febrero de 1994, 19 de abril de 1994 y 24 de febrero de 1995, respectivamente. En idéntico sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 5 de julio de 1997 y 9 de mes de abril en curso. Procediendo, por lo expuesto, en criterio coincidente con el mantenido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, dar a cogida a la excepción de incompetencia de jurisdicción, al tratarse de cuestión que afecta al orden público procesal, respecto al codemandado don M.R.G., declarando que la competencia para exigir la misma corresponde a la jurisdicción civil, a la que se habrá de remitir a las partes, revocando, en este particular la sentencia recurrida.

B) En cuanto a la cointerpelada(sic), empresa “T., S.A.”, porque si, respecto a la misma, como se afirma con valor fáctico, en el fundamento de derecho tercero, párrafo segundo, de la sentencia recurrida, lo único que se ha acreditado es que tiene relaciones comerciales con algunas de las codemandadas, pero no se ha probado la existencia de vinculación interna entre ellas, que haga suponer la existencia de un engranaje en una misma dirección, con existencia de caja y plantilla única, por lo que la consecuencia jurídica de esta situación derivada no puede ser otra que la establecida en el fallo censurado.

TERCERO.- Por todo lo que queda expuesto procede desestimar el recurso y, en consecuencia, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado, con la salvedad de la competencia a que se remite el fundamento inmediato anterior, letra a), inciso final.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don E.F.G. contra la sentencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de Vigo,

en proceso por despido promovido por el recurrente frente a las empresas “R., S.A.”, “A., S.L.”, “G.M.V., S.L.”, “T., S.L.”, “T., S.A.” y “G.L.V., S.L.” y don M.R.G., debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, excepción hecha de su pronunciamiento absolutorio del codemandado don M.R.G., el que se revoca, por apreciar de oficio la excepción de incompetencia de jurisdicción, respecto a la responsabilidad solidaria de éste, al que se absuelve en la instancia, sin perjuicio de que pueda ser exigida dicha responsabilidad en el correspondiente proceso, tramitado ante la jurisdicción del orden civil.

2644 RECURSO N° 1.395/96

S. S.

CONCESIÓN DE SUBSIDIO EN FAVOR DE FAMILIARES, Ó NON TER PRESCRITO A ACCIÓN PARA RECLAMALO E ACREDITARSE O CUMPLIMENTO DE TÓDOLOS REQUISITOS LEGALMENTE ESIXIDOS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a quince de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.395/96 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 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 doña N.P.P. y don F.P.P. en reclamación de SUBSIDIO A FAVOR DE FAMILIARES siendo demandado el I.N.S.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 58/95 sentencia con fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Que los actores N.P.P. y F.P.P., con D.N.I. núm... y...

respectivamente, nacidos el 20.12.70 y 30.12.71, respectivamente, conviven en el domicilio familiar a cargo de sus padres y demandantes de empleo, habiendo obtenido F. un contrato temporal que le dio derecho luego a un subsidio de desempleo, como prestación asistencial agotado el 13.05.93./ 2º.- Que el padre de los actores trabajó en “C.H., S.A.”, el cual falleció el 18.12.93./ 3º.- Que la madre de los actores P.P.H. percibe una pensión de viudedad en cuantía mensual de 74.614 pesetas./ 4º.- Que con fecha de 07.06.94, los actores solicitaron prestación a favor de familiares, que le fueron denegadas por sendas resoluciones de fecha 04.07.94, con fundamento en “no acreditar que carece de medios de subsistencia, quedan familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos, según la legislación civil” y respecto a F., además “por cuanto que no carece de medios de subsistencia, toda vez que es perceptor de prestaciones periódicas por desempleo”. Contra esta resolución los actores interpusieron reclamación previa, que fueron desestimadas por resoluciones de fecha 11.08.94./ 5º.- Que con fecha de 05.12.94 los actores prestaron nuevo escrito de reclamación previa, con la contestación negativa de fecha 30.12.94./ 6º.- Se presentó demanda ante esta jurisdicción social con fecha de 20.01.95.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por N.P.P. y F.P.P. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de los actores a percibir el subsidio temporal a favor de familiares, calculado en el 20% de la base reguladora tenida en cuenta para la viudedad, en 14 pagas y desde la fecha del fallecimiento, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a su abono y a estar y pasar por esta declaración”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimando la demanda, declaró el derecho de los actores a percibir el subsidio temporal en favor de familiares, calculado en el 20% de la base reguladora tenida en cuenta para la viudedad en catorce pagas y desde la fecha del fallecimiento, condenando al I.N.S.S. a su abono y a estar y pasar por tal declaración. Decisión judicial que es recurrida por la Entidad Gestora, denunciando como primer motivo, y con amparo en el art. 191.a) de la L.P.L. infracción del art. 97 de la L.P.L., 359 de la LEC y 243 de la LOPJ, por

entender que se habían infringido normas o garantías del procedimiento que habían producido indefensión, solicitando se repongan los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido tales normas, alegando sustancialmente que la sentencia no daba la debida contestación a la excepción alegada, por cuanto desestimaba la excepción de caducidad de la acción, cuando la misma no había sido alegada, sino la de caducidad de la instancia, por lo que entendía se había producido una clara indefensión.

Censura jurídica que no puede merecer favorable acogida, por cuanto la Juez en el fundamento primero de la sentencia, da cumplida respuesta a la excepción alegada, rechazándola, al razonar que considera caducada la instancia inicial pero no la acción sustantiva, admitiendo la posibilidad de reiniciar aquélla válidamente, por lo que la sentencia evidentemente, es congruente con lo alegado por la Entidad Gestora.

SEGUNDO.- Como segundo motivo y con amparo procesal en el art. 191.c) de la L.P.L. se denuncia infracción del art. 71.5 de la L.P.L. al entender que la demanda se habría presentado fuera del plazo de treinta días a contar desde la fecha en que se notificó la denegación de la reclamación previa; argumentando que la reclamación previa fue notificada el 16.08.94 y la demanda fue presentada el día 20.01.95 (hechos probados 4º y 6º), produciéndose (sigue diciendo) una caducidad de la instancia y de la acción, decayendo el derecho de ejercitar acciones judiciales sobre ese expediente, que debe tenerse definitivamente por firme en la vía administrativa por no haber sido impugnado en plazo oportuno, independientemente del nuevo escrito que presentó la parte actora el 05.12.94 al que denominó reclamación previa.

Censura jurídica, que merece igual rechazo, por cuanto es reiterada y consolidada la doctrina jurisprudencial, que declara la posibilidad del ejercicio, en tanto no prescriba el derecho derivado de las normas materiales de S.S., sin que la preclusión derivada de la inobservancia de los plazos de ejercicios señalados en las leyes procesales, frente a la previa decisión administrativa implique su caducidad, sino sólo de la instancia, pudiendo reabrirse ésta con nueva petición que habrá la posibilidad de nuevo y previo pronunciamiento administrativo.

Como dice la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1994 (R. N° 188/92), una cosa es la caducidad del procedimiento administrativo por incumplimiento de los plazos, bien para formular la reclamación previa o bien para demandar contra la desestimación de la misma, y otra la prescripción del derecho sustantivo ejercitado. Pues bien, la

jurisprudencia tiene declarado que la cuantía de una pensión forma parte del reconocimiento del derecho a la misma porque no es más que la medida de su extensión, y de ahí que si el derecho a esa prestación todavía no ha prescrito por el transcurso de cinco años o es imprescriptible, el hecho de que no se haya impugnado el reconocimiento de la misma, dejando causar estado en vía administrativa, no determina para el afectado sino la caducidad del procedimiento administrativo, pero no del derecho sustantivo, que puede hacerse valer con posterioridad en vía judicial, agotando de nuevo la vía administrativa (en este sentido, entre otras, SSTCT de 31-marzo-87, R. 6922 y de 4-abril-89, R. 3.082).

Doctrina que aplicada al supuesto litigioso, habiendo quedado inalterado el relato fáctico de hechos probados y si bien es cierto que los actores solicitaron subsidio temporal a favor de familiares el 07.06.94 que le fue negado por resolución de 4 de julio de ese año y que contra esa resolución interpusieron reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 11.08.94, no habiendo presentado demanda hasta el 20.01.95; no se puede desconocer que con fecha 05.12.94 reinician la vía administrativa, presentando nueva solicitud, que ellos denominan de reclamación previa; por lo que esta Sala entiende, que si bien se ha producido la caducidad del procedimiento administrativo, no así del derecho sustantivo que se hizo valer con posterioridad en vía judicial reiniciando de nuevo la vía administrativa.

TERCERO.- Como tercer motivo, denuncian con adecuado amparo procesal, infracción del art. 162.1 (hoy 176.2 de la L.G.S.S.) y arts. 22 y 25 de la Orden Ministerial de 13.02.67, sobre prestaciones por muerte y supervivencia del Régimen General; por entender que los actores no acreditaban que carecían de medios de subsistencia, quedando familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos según la legislación civil, así señalaban, que respecto al actor F., era perceptor de prestaciones periódicas por desempleo y que la madre de los mismos era perceptora de pensión de viudedad en cuantía de 74.614 pesetas, es decir no carecía de medios para prestar alimentos a sus hijos y que en todo caso de accederse a la prestación solicitada, serían de mejor condición los huérfanos mayores de 18 años (para los que la Ley no prevé una pensión si no están incapacitados), que otros huérfanos menores de 18 años, a los que la Ley concede "per se" una pensión de orfandad y que lo percibido por la madre en el año 1994, era claramente superior al salario mínimo interprofesional vigente en el año 1994 de 60.560 pts.

La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues como señala las Sentencias de la Sala 4^a del TS de 09.11.92 (Ref. 8.791) 28.10.1995 (Ar. 9.837), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina y seguida, entre otras, por la de esta Sala de 30.01.1996 (Recurso de suplicación nº 1.923/94), “el problema que se suscita en la presente litis queda centrado en la averiguación de cuáles deben ser las reglas y criterios que se han de seguir para diferenciar los casos en que se tiene que estimar incumplido el apartado e) del art. 22.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en relación con el art. 25 de la referida Orden, de aquellos otros en que, a pesar de existir un deudor de alimentos, es posible entender cubiertas las exigencias que esta norma prescribe para poder obtener el reconocimiento de la prestación... Y para llevar a cabo tal diferenciación, se han de determinar los límites que configuran la situación de necesidad de que tratamos, los cuales, vienen definidos por dos factores distintos: de un lado, los ingresos percibidos por la persona que ha de dar los alimentos, y de otro, el número de familiares que viven a cargo de ésta. Y resulta que en la legislación española de la Seguridad Social hay varias disposiciones que regulan supuestos similares a los que se acaban de expresar, en los que se delimitan las condiciones que es preciso cumplir para obtener la correspondiente protección, es decir, para poder entender que en tales casos se da una situación de necesidad amparada por el sistema. A tal respecto, cabe mencionar el art. 13.4 de la Ley 31/1984, de 2 agosto, conforme a la redacción que le dio el art. 35 de la Ley 22/1993, de 29 diciembre (hoy artículo 215.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio), y también los arts. 137.bis y 154.bis de la Ley General de la Seguridad Social, estatuidos(sic) por la Ley 26/1990, de 20 diciembre de Pensiones no Contributivas (hoy arts. 144 y 167 del referido Texto Refundido). Parece lógico, por consiguiente, acudir a estas disposiciones de la legislación española de la Seguridad Social, para fijar los criterios que nos sirvan de guía en la aplicación del apartado e) del art. 21.1.1) de la Orden Ministerial 13 febrero 1967; máxime cuando la identidad de razón es evidente ya que, en todos estos supuestos, se trata de contabilizar y valorar los ingresos de una unidad familiar a los fines del reconocimiento y abono de unas prestaciones y subsidios de la Seguridad Social. Ahora bien, de las dos clases de regulaciones de las situaciones de necesidad que se han consignado en las líneas anteriores, la que presenta una mayor proximidad y similitud con el asunto sobre el que aquí se debate es, sin duda, la que se refleja en el art. 13.4 de la Ley 31/1984, que a su vez, antes de la citada Ley 22/1993, venía recogida en el art. 18 del Real Decreto 625/1985, toda vez que las pensiones no

contributivas, reconocidas por vez primera en sentido general en nuestro ordenamiento por la Ley 26/1990, también mencionada, se otorgan sin necesidad de la existencia de vínculo previo del interesado con la Seguridad Social, lo que las separa con nitidez de la prestación sobre la que versa la controversia de esta litis”.

En consecuencia, aplicando estas consideraciones y criterios al caso ahora enjuiciado, ha de tenerse presente que los actores por un lado carecen de medios propios de subsistencia, pues, si bien es cierto que uno de aquéllos estuvo percibiendo subsidio de desempleo como prestación asistencial, lo agotó el 13.05.93 y la madre (familiar con obligación de prestar alimentos) si bien es cierto percibe pensión de viudedad en cuantía mensual de 74.614 pesetas, divididas por el número de miembros que componen la unidad familiar (3) arroja un resultado de 24.871, inferior al 75% del salario mínimo interprofesional vigente en el año 1994, (45.420) que fija el art. 13.4 de la Ley 31/1984, redactado conforme a la Ley 22/1993 (hoy art. 215.2 de la L.G.S.S.); por lo que no cabe duda a esta Sala que tiene derecho a percibir el subsidio temporal a favor de familiares. En base a lo que al haberlo entendido así la Magistrado de instancia, siendo ajustada a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar el fallo combatido.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Vigo, de fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, dictada en autos núm. 58/95 seguidos a instancia de doña N.P.P. y don F.P.P. contra el I.N.S.S. sobre SUBSIDIO EN FAVOR DE FAMILIARES, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

2645 RECURSO N° 1.567/96

S. S.

ACCIÓN DE FIXEZA QUE DEBE PROSPERAR, AÍNDA QUE Ó TRATARSE DUNHA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (INEM) DECLÁRASE Ó ACTOR COMO TRABALLADOR VINCULADO POR MEDIO DE CONTRATO INDEFINIDO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López

A Coruña, a dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.567/96 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO 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 P.R.V. en reclamación de RECONOCIMIENTO DE DERECHO siendo demandado el INEM en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 27/96 sentencia con fecha trece de febrero de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I. El actor P.R.V. viene prestando servicios para el I.N.E.M. DEMANDADO DESDE EL DÍA 15.10.89, CON LA CATEGORÍA PROFESIONAL DE TITULADO DE Grado Superior y un salario mensual de 233.700 ptas., incluida la prorrata de pagas extras./ II. El actor inició la relación laboral el 15.10.89 con un contrato temporal para fomento de empleo al amparo del R.D. 1.989/84 y que se prorrogó hasta cumplir los tres años, el día 15.20.92; y el 15.10.92 suscriben los litigantes nuevo contrato para obra o servicio determinado y sometido al R.D. 2.104/84 todavía vigente, y cuyo objeto era “la evaluación de los resultados de las medidas sobre fomento de empleo y reconocimiento y control de las prestaciones por desempleo; y también participación en un proceso de análisis de las medidas de fomento de empleo y en las propuestas de corrección que se consideren oportunas y valoración de la gestión de los fondos de cobertura del desempleo aprobados para tal fin en el presupuesto del organismo./ III. El actor presentó en la Dirección Provincial del I.N.E.M. en el Servicio de Asesoría Jurídica y tenía como funciones la realización de las propuestas de resolución de las reclamaciones previas, información de recursos, etc./ IV. Desde el 22.05.95 presta servicios en la Oficina de Empleo de.../ V. Se ha agotado la vía previa administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por P.R.V. contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, debo declarar y declaro que el actor tiene derecho a ostentar la condición de fijo del citado Organismo y al abono de la cantidad de 33.132 ptas. por el plus de antigüedad en el período de enero de 1995 hasta octubre de 1995, condenando al I.N.E.M. demandado a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la precitada cantidad”.

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 Instituto Nacional de Empleo la sentencia de instancia que acogió la demanda rectora de los autos y declaró al actor como trabajador fijo del recurrente al que condena a que le abone el plus de antigüedad, admitiendo el relato fáctico que contiene dicha resolución, denuncia infracción normativa de los arts. 15 LET y 6.4 Código Civil y RD 2.104/84, así como de la jurisprudencia que cita, el motivo se centra en determinar que no ha existido fraude en la contratación del actor, pues el fraude no puede presumirse en el actuar de una administración pública y que esta debe someterse al principio de legalidad por lo que no puede proveer a la cobertura en cortos plazos de tiempo y por ello debe acudir a la contratación temporal por lo que las posibles irregularidades que afecten a dicha contratación no pueden llevar aparejado el efecto de fijeza.

SEGUNDO.- Centrado así el debate, el recurso no puede prosperar, por cuanto el contrato para obra o servicio determinado firmado por el actor, y que siguió al de fomento de empleo, tenía como finalidad “la evaluación de los resultados de las medidas sobre fomento de empleo y reconocimiento y control de las prestaciones por desempleo; y también participación en un proceso de análisis de las medidas de fomento de empleo y las propuestas de corrección (HP II)”, de otra parte, las tareas desempeñadas realmente por el demandante han consistido en “la realización de propuestas de resolución de reclamación previas, información de recursos etc.” (HP III) tareas, tanto las pactadas como las realmente ejecutadas, encuadrables dentro del art. 5.1 del RD-L 36/78 de 16 de noviembre sobre las funciones ordinarias encomendadas a dicho Organismo, por tanto resulta que el contrato celebrado al amparo del RD 2.104/84 carece de causa justificativa al no ostentar las tareas objeto del mismo y las realmente

ejecutadas sustantividad propia dentro de su actividad, tal y como exige el art. 2.1 de dicho Decreto, lo que lleva a estimar la existencia de fraude de ley en dicha contratación.

La anterior conclusión no conlleva, sin embargo, la estimación integra de la demanda y la consiguiente declaración de fijeza de plantilla del actor en el Organismo demandado, sino que siguiéndose la doctrina sentada por STS 07.05.1998 sólo cabe la declaración de vinculación indefinida del actor con dicho Organismo, sin que suponga obtener la condición de fijo de plantilla del demandante, tal como viene sentando dicho Alto Tribunal en las Sentencias, dictadas en Sala General, de 20 y 21 enero 1998 (RJ 1998\1.000 y RJ 1998\1.138, Recursos 317 y 315 de 1997) que vienen a recoger y matizar la doctrina fijada por la Sentencia de 7 octubre 1996 (RJ 1996\7.492), en la que se establece que «la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», reiterada en Sentencias de 10 y 30 diciembre 1996 (RJ 1996\9.139 y RJ 1996\9.864) y 14 marzo y 24 abril 1997 (RJ 1997\2.471 y RJ 1997\3.498) tal doctrina, con fundamento en el artículo 19 de la Ley 30/1984 desarrollado en el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo aprobado por el Real Decreto 2.223/1984 que autoriza la contratación temporal de personal laboral para realizar trabajos que no puedan ser atendidos por personal fijo, entiende que se sitúa a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público.

Por último establecer que el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado

a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. Lo anteriormente expuesto ha de traducirse en la desestimación del recurso planteado confirmándose la resolución recurrida si bien aclarando la parte dispositiva de la misma en sentido de entender que “el actor ostenta un contrato de carácter indefinido con el organismo demandado” en lugar de condición de fijo.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el Sr. Letrado del Estado en representación del Instituto Nacional de Empleo contra la sentencia dictada el 13.02.96 por el Juzgado de lo Social N° 2 de Vigo en autos N° 27/96 seguidos a instancias de P.R.V. contra el recurrente, resolución que se confirma si bien aclarando su parte dispositiva en el sentido de declarar al actor como trabajador vinculado con el recurrente a medio de contrato de duración indefinida, manteniéndose en el resto la resolución recurrida.

2646 RECURSO N° 1.184/99

S.S.

INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO POR FALSIDADE DA SINATURA DO EMPRESARIO, A PESAR DE SER ABSOLTO O TRABALLADOR DO DELICTO DE FALSIDADE NO ÁMBITO PENAL.

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

A Coruña, a diecinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.184/99, interpuesto por el CONCELLO DE NEGREIRA

contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 102/96 se presentó demanda por don A.S.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el CONCELLO DE NEGREIRA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de enero de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Que el actor prestaba servicios por cuenta y bajo la dependencia del Concello demandado desde el día uno de enero de mil novecientos noventa y tres, en virtud de contrato de lanzamiento de nueva actividad, suscrito por término de seis meses y prorrogado por idéntico término en fechas treinta de junio de mil novecientos noventa y tres y treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres con categoría profesional de Director de la Escuela Taller./ **SEGUNDO.**- Que anteriormente las partes habían suscrito contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, en fecha uno de agosto de mil novecientos noventa y dos, para la prestación de servicios como coordinador de cursos de formación ocupacional, con categoría profesional de coordinador del servicio municipal de empleo y por término de 12 meses./ **TERCERO.**- Que en fecha dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco las partes suscribieron contrato de trabajo indefinido para la prestación de servicios como coordinador de cursos de formación ocupacional, con categoría profesional de coordinador del servicio municipal de empleo, reconociéndose en el contrato la antigüedad de uno de agosto de mil novecientos noventa y dos y que el contrato se amparaba en la convocatoria pública de empleo./ **CUARTO.**- Que el actor percibía un salario diario de nueve mil trescientas veinte pesetas (9.320 pts), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ **QUINTO.**- Que la entidad demandada notificó al actor, mediante comunicación de fecha catorce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, su cese por fin de contrato el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco./ **SEXTO.**- Que por Resolución de treinta de abril de mil novecientos noventa y dos, del Concello de Negreira, publicada en el BOE de 26 de mayo de 1992, se convocó la plaza de Encargado del Servicio de Empleo, publicándose las correspondientes bases en el BOP de 3 de abril de 1992./ **SEPTIMO.**- 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 el actor formuló la preceptiva

reclamación previa en fecha diecisés de enero de mil novecientos noventa y seis, siendo desestimada por Resolución de fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y seis./ **NOVENO.**- Que la parte demandada presentó querella por falsedad en documento trascendente para la resolución del procedimiento en fecha veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis, admitiéndose a trámite por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Negreira y siguiendo la instrucción del procedimiento, dictándose auto de apertura de juicio oral, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 2 de esta Ciudad, en fecha diez de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, por la que se absolvía a don A.S.A.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Que estimando la demanda formulada por don A.S.A. contra el CONCELLO DE NEGREIRA, debía declarar y declaraba la improcedencia del despido efectuado, condenando a la entidad demandada, a que opte, en el término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la cantidad de un millón doscientas cincuenta y ocho mil doscientas pesetas (1.258.200 pts.), en concepto de indemnización por despido, y a que le abone, en todo caso, la cantidad de nueve mil trescientas veinte pesetas (9.320 pts.) diarias, desde el día no(sic) de enero de mil novecientos noventa y seis hasta la fecha de notificación de esta sentencia, en concepto de salarios de tramitación.”

CUARTO.- Con fecha veintinueve de enero siguiente, por el Juzgado de referencia se dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: **S.S^a.**, por ante mí, Secretario, DIJO. Que debía aclarar y aclaraba el Fallo de la sentencia en el sentido de que debe decir: “...Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual deberá ser anunciado, por escrito o comparecencia, en el término de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia...”, manteniéndose todos los demás pronunciamientos de dicha sentencia.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda sobre despido y declara la improcedencia del mismo, condenando al Ayuntamiento demandado a que opte por la readmisión o la indemnización en aquélla señalada. Frente a dicha resolución se alza en Suplicación el Organismo demandado y en el primer motivo del recurso postula la revisión del ordinal tercero de la resolución recurrida para el que propone el siguiente texto alternativo: “El actor presentó en el acto de juicio contrato de trabajo indefinido para la prestación de servicios como coordinador de cursos de formación ocupacional con categoría profesional de coordinador del servicio municipal de empleo de fecha 18 de mayo de 1995, supuestamente firmado por el anterior alcalde don J.T.S., firma que se reveló falsa”.

No puede aceptarse la última afirmación que se hace, pues si lo que se discute es la falsedad de la firma que aparece estampada y atribuida a la parte contratante, tal revelación sería claramente predeterminante del fallo, por lo que su acceso al relato histórico ha de venir rechazado de plano; todo ello sin perjuicio de ser examinado al analizar la cuestión jurídica. No hay, sin embargo, inconveniente en aceptar, al constar documentalmente acreditado, el texto que precede a aquella afirmación de que la firma se reveló falsa.

En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción, por interpretación errónea del artículo 4.2 del E.T., en sus letras g) y h), alegando que la falsedad de ese contrato de trabajo provoca su inexistencia, por lo que el actor no tiene derecho a ejercitar acciones derivadas de un contrato de trabajo inexistente por falso, independientemente de que tenga o no alguna responsabilidad en dicha falsificación. Considera el Organismo recurrente que el actor que suscribió contrato de lanzamiento de nueva actividad con el Ayuntamiento, como director de la escuela de taller, el día 01.01.93, sucesivamente prorrogado hasta el máximo de tres años, fue cesado por la finalización del mismo el día 31.12.95, negando la existencia del contrato de trabajo por tiempo indefinido de 18.05.95 en el que el actor se basa para ejercitar la acción de despido.

El Juzgador de instancia que ante dicha alegación, acordó, con acertado criterio, la suspensión concediéndole a la parte ocho días para presentar querella criminal, llega sin embargo a la errónea conclusión, de que al recaer sentencia absolutoria en el procedimiento penal no hay elementos concluyentes de la existencia de la falsedad de la firma obrante en el contrato y presuntamente correspondiente al, en aquel entonces, Alcalde del Concello de Negreira, por lo que a falta de otro medio probatorio dicha firma debe presumirse auténtica, lo que implica que en el momento de su

cese el actor estaba vinculado con la Corporación demandada con un contrato indefinido.

La Sala, sin embargo, discrepa de tal apreciación, pues lo que ha hecho la sentencia penal ha sido absolver al denunciado – el aquí demandante – de los delitos de falsedad y estafa de que venía siendo acusado, al considerar que no ha quedado probado que haya sido el autor de la firma que aparece estampada en el apartado “la empresa” del contrato de trabajo de 18.05.95; pero ello no impide en absoluto que en este ámbito jurisdiccional se pueda examinar la invocada falsedad del contrato, pues ha de tenerse en cuenta que la acción de despido ejercitada se basa precisamente en la existencia de ese contrato por tiempo indefinido cuya firma, atribuida al representante de la empresa demandada, es cuestionada por la parte que alega expresamente la falsedad de la misma, que es tanto como negar la existencia del título que constituye la causa de pedir, lo que necesariamente obliga a la Sala a analizar tal extremo, pues en modo alguno cabe entender, como parece deducir el Juzgador de instancia, que la cuestión ha quedado resuelta en la sentencia del Juzgado de lo Penal, pues lo decidido en ésta ha sido la ausencia de responsabilidad penal del inculpado en los delitos de falsedad y estafa que se le imputaban, lo que determinó su libre absolución, pero dejando imprejuizado, como no podía ser de otro modo, todo lo relativo a la falsedad de la firma, y así la propia resolución recoge “...si bien existen probabilidades de que la firma en cuestión sea falsa, resulta muy difícil dictaminar sobre la autoría de una firma falsa...”.

Existen a los autos pruebas evidentes que vienen a demostrar que la firma en cuestión es falsa, y esta rotunda conclusión se extrae de lo siguiente: a) El entonces alcalde del Ayuntamiento de Negreira, Sr. L.T., manifestó que no tiene conocimiento de haber hecho otro contrato con el actor que no sea el de lanzamiento de nueva actividad suscrito el día 01.01.93, prorrogado hasta el máximo de tres años, y que finalizó el 31.12.95 y, exhibido que le fue el contrato de 18.05.95, no reconoce como suya la firma que figura en el mismo, añadiendo que hasta el mes de junio, en que cesó como alcalde, no existía la actividad ni el cargo a desempeñar por el trabajador que figura en el repetido contrato (folios 67 y 68 de las presentes actuaciones); b) La prueba pericial caligráfica emite la siguiente conclusión “por lo analizado y cotejado, por el predominio de diferencias frente a posibles analogías, a mi juicio y según mi leal saber y entender, la firma cuestionada que figura en el documento de fecha 18.05.95, y que aparece en el lugar EL/la representante de la Empresa, no ha sido estampada por don J.M.L.T., por lo tanto a mi juicio, es una firma falsa” (folios 99 a 101); y c) El Secretario del Ayuntamiento de Negreira certificó que analizados los antecedentes

obrantes a dicha secretaría, no existe ningún contrato laboral con don A.S.A. posterior al de 1 de enero de 1993, formalizado por lanzamiento de nueva actividad (folio 14).

En consecuencia la falsedad del meritado contrato provoca su inexistencia y hace decaer la acción de despido basada en el mismo, lo que conlleva la estimación del recurso de Suplicación formulado y la revocación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el CONCELLO DE NEGREIRA contra la sentencia de fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Santiago de Compostela, en proceso seguido a instancia de don A.S.A. frente al recurrente, sobre despido, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda rectora, debemos absolver y absolvemos a la demandada de la petición deducida en el escrito rector.

2647 RECURSO N° 1.717/96

S.S.

ALTA NO RÉXIME ESPECIAL AGRARIO, Ó QUEDAR ACREDITADO QUE A TRABALLADORA SE ADICA DE MANEIRA DIRECTA E HABITUAL ÁS TAREFAS AGRARIAS, CONSTITUINDO O PRINCIPAL INGRESO DA UNIDADE FAMILIAR.

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

A Coruña, a veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.717/96 interpuesto por doña S.E.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña S.E.P. en reclamación de AFILIACIÓN siendo demandado 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. 26/96 sentencia con fecha seis de febrero de mil novecientos noventa y seis 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 S.E.P. en fecha 28 de marzo de 1995 formuló solicitud de Alta en el Régimen Especial Agrario, cuenta propia, de la Seguridad Social, ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.- SEGUNDO.- En fecha 22 de setiembre de 1995 se le comunica resolución denegatoria de la misma, por parte de la citada Entidad, alegando que las tareas realizadas como agricultora no son suficientes para adquirir la cualidad de Agricultor por cuenta propia, al considerar que no reúne los requisitos de inscripción del Régimen Especial Agrario a que se contraen el artículo 2º del Texto Refundido de la Leyes 38/66 de 31 de mayo y 41/70 de 22 de diciembre, aprobado por Real Decreto 2.123/71 de 23 de julio y del Reglamento General aprobado por Real Decreto 3.772/72 de 23 de diciembre.- TERCERO.- La actora es propietaria de las fincas, cuya identidad y superficie consta en el certificado emitido por al Gerencia Territorial del Catastro de..., cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, dedicándose de forma habitual a labores agrarias, obteniendo patatas, legumbres y maíz, que dedica al consumo familiar, dedicándose también a la cría de tres vacas, un becerro, siete ovejas, dos cerdos y unas gallinas. El marido de la actora obtiene unos ingresos mensuales de 92.000.-pts., al prestar servicios como albañil en una empresa constructora.- CUARTO.- Formulada reclamación previa en fecha 5 de octubre de 1995, que fue denegada por resolución de fecha 30 de noviembre de 1995, presentando demanda la actora ante el Juzgado de lo social -Decano- en fecha 11 de enero de 1996".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña S.F.(sic)P. contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a los demandados, de las pretensiones ejercitadas contra ellos por la actora".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante no

siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la actora, sobre declaración de alta en el Régimen Especial Agrario, absolviendo libremente a las Entidades Gestoras demandadas.

Y contra este pronunciamiento recurre la referida demandante articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia infracción del art. 2 del Decreto 2.123/1971 de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Especial Agrario, en relación con los arts. 35 y 14 de la CE, todo ello sobre la base de sostener que está acreditado que la trabajadora se dedica de manera directa y habitual a las tareas agrarias, y que tal actividad no debe ser considerada como simbólica o anecdótica, sino como principal ingreso de la unidad familiar dado que, a su juicio, el caso presente es el típico de muchas familias gallegas, en que la demandante viene percibiendo por tales labores unos ingresos suficientes para contribuir al sostenimiento familiar, procediendo por ello su afiliación al Régimen Especial Agrario.

SEGUNDO.- La censura jurídica que se denuncia debe prosperar, pues como ya declaró esta Sala en su Sentencias, entre otras, de 4 de Junio de 1992 (Recurso de Suplicación nº 546/91), 30 de noviembre de 1996 (Recurso de Suplicación nº 2.086/94) y 30/1/98 (Recurso de Suplicación nº 2.405/95), aun cuando el art. 2.2 del Decreto 3.772/1972, por el que se aprobó el Reglamento del Régimen Especial Agrario, establece la presunción iuris tantum respecto a los trabajadores agrícolas por cuenta propia, de que los ingresos por tales labores no constituyen el medio principal de vida cuando su cónyuge sea titular de un negocio mercantil o industrial; sin embargo, ello no se da en el caso presente, al quedar el supuesto enjuiciado fuera dicha presunción tal como resulta del inalterado relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, de los que se desprende lo siguiente: a) El marido de la actora no es titular de ningún negocio mercantil o industrial, sino que trabaja en una empresa de construcción, como albañil por cuenta ajena, obteniendo por sus servicios unos ingresos mensuales de 92.000 ptas.; b) La demandante es propietaria -según certificado emitido por la Gerencia Territorial del Catastro de...-, de un total de 47 fincas rústicas, de las que 16 están destinadas a labradío, 19 a prados o praderas, y las restantes a matorral y robledal, dedicándose de forma habitual a labores agrarias,

obteniendo patatas, legumbres y maíz que dedica al consumo familiar; c) Asimismo, la actora también cría ganado, teniendo tres vacas, un becerro, siete ovejas, dos cerdos y unas gallinas, obteniendo de los mismos los productos correspondientes.

Consecuentemente, el hecho de que su esposo trabaje como albañil, en modo alguno supone que la demandante no pueda, de igual manera, obtener otros ingresos que complementen los conseguidos por aquél, ni que tales ingresos -en especie o por la venta de productos o animales- puedan calificarse como meramente simbólicos o anecdóticos, ya que no existe precepto alguno que fije porcentajes en cuanto a los ingresos que puedan obtener cada uno de los cónyuges trabajadores, a los efectos de determinar si los medios económicos aportados por uno de ellos constituyen el medio fundamental de vida de la unidad familiar. Por ello, los rendimientos que pueda obtener el esposo, como trabajador por cuenta ajena, no eliminan el carácter de medio primordial de vida de las labores agrarias que desempeña su esposa, pues en tal caso deben entenderse los ingresos de uno y otro cónyuge como aportación respectiva al sostenimiento de la familia.

No entenderlo así supondría la vulneración del art. 35 de la CE, que consagra el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para la satisfacción de las necesidades personales y familiares, así como del art. 3.1 del C.c., en cuanto impone la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, en concreto, la realidad de minifundio del campo gallego integrado en su mayor parte por pequeñas explotaciones agrarias de índole personal o familiar, lo que no permite la exclusión de la actora del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social cuando se encuentra claramente comprendida en su ámbito de aplicación (art. 2 del Decreto 2.123/1971 de 23 de julio). Procede, por tanto, acoger el recurso, revocar la sentencia impugnada y estimar la pretensión de demanda frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, con la correlativa absolución del también demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social por no ser la Entidad Gestora con competencia en materia de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores en la Seguridad Social (RD. 1.314/1984, de 20 de junio, modificado por el RD 1.619/90, de 30 de noviembre y RD 2.583/96, de 13 de diciembre).

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la actora doña S.E.P., contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 1996 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Orense, en los

presentes autos sobre declaración de alta en el Régimen Especial Agrario, debemos revocar y revocamos la referida resolución y, con estimación parcial de la demanda, declaramos el derecho de la actora a ser dada de alta en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social desde la fecha de su solicitud (28.03.1995) y, en consecuencia, condenamos a la demandada Tesorería General de la Seguridad Social, a estar y pasar por tal declaración, absolviendo libremente al también demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2648 RECURSO Nº 2.067/96

S.S.

PENSIÓN DE VIUVEZ DERIVADA DE ENFERMIDADE COMÚN E NON DE ACCIDENTE DE TRABALLO, POIS O FALECIMENTO DO TRABALLADOR PRODUCIUSE FÓRA DO TEMPO E DO LUGAR DE TRABALLO.

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

A Coruña, a veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.067/96 interpuesto por doña M.H.Q. 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 doña M.H.Q. en reclamación de VIUDEDAD siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la Mutua de Accidentes de trabajo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la que desistió en el acto de juicio, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 785/95 sentencia con fecha trece de febrero de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El marido de la compareciente don R.B.V., funcionario perteneciente al Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Seguridad Social desde el 08.01.87, falleció el 07.04.95, estando destinado en la fecha de su fallecimiento de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, sita en la c/... de esta ciudad, siendo su base de cotización media mensual, a lo largo del año anterior al fallecimiento de 148.550 pts./ 2º.- El citado trabajador fichó el 7 de abril de 1995 a las 17,40 horas, siendo presentes en el Centro los trabajadores don A.F.M. y don J.J.P.B., con fichaje este último a las 15,35 horas./ 3º.- El día 7 de abril de 1995 a las 19,05 se solicitó servicio de ambulancia a la Cruz Roja que acudió al domicilio del trabajador fallecido c/... 10.3./ 4º.- Se solicitó Servicio de Urgencia médica el 07.04.95, a las 19,10 horas, para el mismo domicilio citado, encontrando al paciente fallecido./ 5º.- No consta ningún documento en que se describa la causa del fallecimiento del esposo de la actora./ 6º.- La actora tiene asignada pensión mensual de 69.304 pts y solicitó pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo./ 7º.- Como consecuencia de lo expuesto la demandante solicitó la correspondiente pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo./ 8º.- En contestación el I.N.S.S. emitió Resolución./ 9º.- Frente a la antedicha resolución se interpuso reclamación previa, la cual fue desestimada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda de doña M.H.Q., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que no asiste a la actora el derecho de viudedad derivada por accidente de su difunto esposo, absolviendo a la de mandada de la pretensión de condena interesada”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor absolviendo libremente de la misma a los demandados. Y contra este pronunciamiento recurre el referido demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la L.P.L.,

en el que interesa la revisión de los hechos declarados probados para que se adicione -tras el numeral segundo- otro con el siguiente contenido: “El día del fallecimiento 07.04.1995- a lo largo de su jornada laboral el fallecido comenzó a sentirse indispuesto, según manifestaciones del mismo a sus compañeros de trabajo”.

La modificación que se pretende no puede prosperar, pues la misma descansa en una manifestación firmada de otras personas (folio 62), al parecer, compañeros de trabajo del fallecido, que no constituye documento hábil para la revisión de los hechos declarados probados de conformidad con lo dispuesto en el aludido art. 191.b) de la L.P.L., ya que se trata en realidad de prueba testifical encubierta de documental, siendo así que alguno de los firmantes de dicho documento declaró como testigo en el acto de juicio, y su declaración fue apreciada, por el Juzgador a quo, de forma conjunta con los demás medios probatorios y en base a los principios de oralidad, inmediación y contradicción, sin que esta Sala pueda realizar una nueva valoración de dicha prueba testifical, dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal interesa la demandante la modificación del hecho probado quinto, para que se sustituya su actual redacción por la siguiente: “El fallecimiento de don R.J.B.V. fue motivado por un fracaso cardíaco agudo consecutivo a una cardiopatía isquémica”.

La revisión interesada debe prosperar por resultar así de la documental que se cita (folio 30 de las actuaciones), consistente en la certificación emitida por el Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción nº 3 de esta Capital, en la que se recogen las conclusiones médico-legales del informe de autopsia realizado por médico forense al fallecido esposo de la actora, informe que consta en las Diligencias Previas nº 768/95-B de dicho Juzgado.

TERCERO.- Al amparo del art. 191.c) de la L.P.L., en el que denuncia infracción por no aplicación del art. 115.3 de la vigente L.G.S.S. y de la jurisprudencia y doctrina de suplicación que cita, todo ello sobre la base de sostener que quedó acreditado que los hechos desencadenantes del fallecimiento se produjeron en el centro de trabajo, por lo que debe operar la presunción establecida en el mencionado precepto, de tal modo que si las dolencias que desencadenaron posteriormente el fallecimiento del causante de la pensión tuvieron su origen o acaecieron en el tiempo y lugar de trabajo, el hecho de que el mismo falleciese al llegar a su domicilio no desvirtúa en modo alguno tal presunción, por cuanto el hecho de que el fallecimiento se produzca con posterioridad al

acaecimiento de las lesiones desencadenantes de aquél, no constituye impedimento alguno para considerar tal fallecimiento como derivado de accidente laboral.

El recurso no puede prosperar, pues del relato fáctico de la sentencia recurrida se desprende que la lesión desencadenante del fallecimiento del esposo de la actora no está amparada por la presunción iuris tantum de accidente de trabajo contenida en el art. 115.3 de la L.G.S.S., por cuanto consta probado que el día 07.04.1995, el trabajador fallecido fichó por última vez la salida de su puesto de trabajo a las 17,40 horas y su fallecimiento se produjo en su domicilio sobre las 19,05 horas del mismo día, esto es, fuera del tiempo y del lugar de trabajo así como con posterioridad a haber regresado del mismo, sin que conste la afirmación expresada en el recurso de que a lo largo de su jornada laboral el trabajador comenzó a sentirse indispuesto y, por tanto, la crisis cardíaca desencadenante de su óbito se inició ya en el centro de trabajo, pues en este punto el Magistrado de instancia ha formado y plasmado su convicción como consecuencia de la apreciación conjunta de las pruebas documental y testifical practicadas en el acto del juicio en base a los principios de oralidad, inmediación, concentración y contradicción (art. 97.2 L.P.L.), sin que esta Sala tenga facultades para volver a valorar unos medios probatorios -como la testifical- cuya apreciación corresponde en exclusiva al Juzgador a quo, habiendo llegado a la conclusión de que existe una clara desconexión entre el trabajo realizado por el actor y la posterior lesión que sufrió cuando ya se encontraba en su domicilio. Por ello, ha de concluirse que la pensión de viudedad reconocida a la actora, como derivada de enfermedad común, lo fue por la Entidad Gestora de forma correcta y ajustada a derecho, en cuanto que no existe base para apreciar que el fallecimiento de su causante haya sido debido a una dolencia que pueda ser calificada de accidente laboral. En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora doña M.H.Q., contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 1996 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital, en los presentes autos sobre declaración de accidente de trabajo tramitados a instancia de la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

2649 RECURSO Nº 951/99

S.S.

INCAPACIDADE TEMPORAL DERIVADA DE ENFERMIDADE COMÚN E NON DE ACCIDENTE DE TRABALLO, Ó TRATARSE DUN PROCESO DEXENERATIVO NON RELACIONADO CUN ANTERIOR ACCIDENTE LABORAL.

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

A Coruña, a veintiuno de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 951/99, interpuesto por la MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO “A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 314/95 se presentó demanda por don A.B.P., en reclamación de IMPUGNACIÓN DE ALTA MÉDICA (ACCIDENTE DE TRABAJO) siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA PATRONAL DE ACCIDENTES DE TRABAJO “A.”, la empresa “E.C.I., S.A.” Y EL SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de octubre de 1998 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 A.B.P., nacido el 09.04.37, que figura afiliado y en alta en la Seguridad Social, régimen general, con el número..., viene trabajando para la empresa demandada “E.C.I., S.A.”, haciéndolo como Jefe de ventas y teniendo una base reguladora diaria a efectos de accidentes de trabajo de 10.714 pesetas, y de 6.289 pesetas por contingencias comunes./ Segundo.- Con fecha 22.06.92 cuando el actor se encontraba en su puesto

de trabajo, se cayó de una silla sufriendo contusión lumbar, muscular lumbosacra, y lumbalgia, siendo atendido por los servicios médicos de la empresa hasta el 01.08.92 que le dieron el alta, remitiéndolo a los servicios médicos del SERGAS para su tratamiento por enfermedad común, dándole de baja por dicha contingencia el 03.08.92. Con fecha 03.02.94 pasó el actor a situación de invalidez provisional, hasta que el 03.02.95 la inspección médica le expidió el alta./ Tercero.- El actor fue reconocido por la UVAMI el 23.06.94 que informó en contra de la invalidez permanente, proponiendo la CEI el 25.08.94 al INSS no haber lugar a declarar al actor en invalidez permanente, propuesta así asumida por dicho organismo el 25.10.94. El actor el 23.06.94 padecía: cervicobraquialgias bilateras y lumbalgias con irradiación a pelvis en la bipedestación y con la realización de esfuerzos físicos. Rectificación cervical probable discopatía L5-S1, sacralización de osteofitos anteriores, dolencias definitivas que persisten en la actualidad./ Cuarto.- El 24.02.95 formuló el actor reclamación previa frente al alta médica, que le fue desestimada por resolución de 13.03.95, interponiendo demanda el 18.04.95.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don A.B.P. contra la empresa “E.C.I., S.A.”, la MUTUA PATRONAL “A.” y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo declarar y declaro que el período de invalidez provisional iniciado desde el 22.06.92 hasta el 03.02.95 derivada de accidente de trabajo, y, en consecuencia, condeno a dichos demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a la Mutua Patronal “A.”, por subrogación de la empresa, a que le abone al referido actor las prestaciones correspondientes calculadas sobre la base reguladora de 10.714 pesetas, de cuyo pago responderán subsidiariamente, para el caso de insolvencia de la Mutua, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en cuyo sentido les condeno, reconociendo el derecho de las mismas al reintegro de lo abonado en dicho período por enfermedad común absolviendo al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE de las peticiones deducidas de contrario.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la pretensión actora y declara que el período de invalidez provisional iniciado el día 22.06.92 y finalizado el 03.02.95 deriva de accidente de trabajo, condenando a la Mutua “A.”, por subrogación de la empresa, a que le abone al referido actor las prestaciones correspondientes calculadas sobre la base reguladora de 10.714 Pts, de cuyo pago responderán subsidiariamente, para el caso de insolvencia de la Mutua, el INSS y la Tesorería, tal resolución es recurrida por la expresada Mutua para pedir la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y para denunciar las normas legales aplicadas en la resolución de instancia.

Así en el primer motivo del recurso postula la modificación del hecho probado segundo, a fin de que quede redactado de la siguiente forma: “Con fecha 22.06.92 cuando el actor se encontraba en su puesto de trabajo, se cayó de una silla sufriendo contusión lumbar, muscular lumbosacra y lumbalgia, siendo atendido por los servicios médicos de la empresa hasta el 01.08.92 que le dieron el alta, remitiéndolo a los servicios médicos del SERGAS para su tratamiento por enfermedad común, dándole de baja por dicha contingencia el 03.08.92. Con fecha 03.02.94 pasó el actor a situación de invalidez provisional, hasta que el 03.02.95 la inspección médica le expidió el alta. En el informe emitido por el Servicio médico de empresa de “E.C.I.”, Dr. V.M.G., de fecha 01.07.92, se refiere: “te envío a este paciente..., el cual hace un mes tuvo una caída que le ocasionó una contusión lumbo-sacra y de la cual ha estado de baja por accidente laboral desde entonces. Actualmente las molestias que padece ya no proceden de su accidente sino de las lesiones degenerativas de su columna (se adjunta radiografía) por lo que te lo envío para que sea tratado como enfermedad común y no como accidente de trabajo”. Asimismo el Sanatorio “C.” informa el 23.11.94 que reconocido el radiografiado dicho enfermo padece “lumbarización de 1ª S con megapófisis. Espondilosis generalizada con gran osteofitosis marginal. Discartrosis y pinzamientos de discales con irradiación radicular a miembros. Proceso degenerativo irreversible y progresivo.”

Petición que se acepta al encontrar apoyo en la prueba documental obrante al folio 28 de los autos, consistente en el informe emitido por el médico de empresa y aportado por el propio demandante, y en el informe del Sanatorio “C.” (folio 36) también aportado por el accionante.

En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción del artículo 115 de la L.G.S.S., en sus apartados 1º, 2º y 3º, así como del artículo 71 de la

L.P.L., alegando, en síntesis, que el padecimiento relevante que justifica la permanencia del actor durante casi tres años en incapacidad temporal e invalidez provisional, no es el accidente sufrido el 22 de junio de 1992, consistente en “lumbalgias” al caerse de una silla, sino el proceso degenerativo que sufre, de carácter progresivo e irreversible, en lo que sin duda tiene también influencia su edad, ya que en la fecha del accidente laboral el actor tenía 55 años de edad.

En primer lugar es significativo resaltar que no son los facultativos de la Mutua recurrente los que en agosto de 1992 emiten el parte de alta por accidente de trabajo, sino el propio médico de la empresa que, como autoaseguradora de la ILT abonaba las prestaciones cualquiera que fuese la contingencia causante –accidente de trabajo o enfermedad común– lo que otorga mayor objetividad al informe. En segundo lugar cabe destacar que el actor en ningún momento ha impugnado aquella alta por accidente de trabajo, emitida por los servicios médicos de la empresa el primero de agosto de 1992, y su remisión a los servicios médicos del SERGAS para su tratamiento por enfermedad común. Si a esto añadimos la contundencia de los informes médicos aludidos en los que se pone de manifiesto que las dolencias que actualmente padece el actor ya no proceden de su accidente sino de las lesiones degenerativas de su columna, no parece razonable llegar a la conclusión adoptada por la Magistrada de instancia de declarar derivado de accidente el período de invalidez provisional que abarcó de 22.06.92 al 03.02.95, ya que a la vista de las circunstancias que concurren no parece que pueda aplicarse, ahora, al caso debatido la presunción de que el accidente pudo haber agravado el padecimiento preexistente, cuando el accionante no impugnó en su día el parte de alta emitido y desde entonces, han transcurrido casi tres años.

Por lo expuesto y razonado, procede la estimación del recurso de Suplicación formulado y la revocación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Mutua de Accidentes de Trabajo “A.”, contra la sentencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Vigo en proceso seguido a instancia de don A.B.P. frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo “A.”, la empresa “E.C.I., S.A.” y el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debemos revocar la expresada resolución,

desestimando la demanda rectora y absolviendo a la demandada de la pretensión deducida.

2650 RECURSO N° 2.470/96

S.S.

CÁLCULO DE INDEMNIZACIÓN DE ESPECIAL DEDICACIÓN E COMPENSACIÓN DE GASTOS DE DESPLAZAMIENTO RESPECTO DE MÉDICO DO SERGAS.

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

A Coruña, a veintitrés de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.470/96 interpuesto por el Servicio Galego de Saúde (SERGAS) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO. Que según consta en autos nº 36/96 se presentó demanda por I.D.K. en reclamación de PERSONAL S.S. siendo demandado el Servicio Galego de Saúde (SERGAS) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de marzo de 1996 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO. Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) Probado que el demandante I.D.K. viene prestando servicios para el demandado desde el año 1974, con la categoría profesional de Especialista de Otorrinolaringología, Jefe de Cupo adscrito al Centro de Especialidades de..., dependiente del Complejo Hospitalario “C.P.” de...- 2º) Desde el año 1985 viene efectuando dos desplazamientos semanales a la localidad de... para pasar consulta en el Ambulatorio “A.” de dicha localidad.- 3º) En el trayecto de ida y vuelta, que realiza en vehículo propio, al no haber sido puesto a su disposición vehículo del SERGAS, recorre 56 kilómetros.- 4º) Desde 27 de julio de 1994 a 5 de diciembre de

1995, el demandante se desplazó a... 122 días.- 5º) El demandante percibió en concepto de desplazamiento para consultas de orientación familiar desde julio 1994 a diciembre 1995, la cantidad de 139.200 pesetas.

TERCERO. Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda presentada por don I.D.K. contra el SERGAS DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado a que abone al demandante las cantidades siguientes: 449.578 pesetas en concepto de kilometraje y dietas y 696.396 pesetas en concepto de indemnización; cantidades correspondientes al período 27.07.94 a 05.12.95.

CUARTO. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO. El Servicio Galego de Saúde recurre la Sentencia de instancia que, al estimar en parte la demanda, reconoció al actor el derecho a percibir 499.578 pesetas por kilometraje y dietas y 696.396 pesetas por indemnización correspondientes al período 27-julio-94/5-diciembre-95, e interesa con amparo procesal correcto la revisión de los hechos probados y el examen del derecho que contiene aquel pronunciamiento. En el ámbito histórico, solicita: 1º) Sustituir el hecho probado 2º (“Desde el año 1985 viene efectuando dos desplazamientos semanales a la localidad de... para pasar consulta en el Ambulatorio “A.” de dicha localidad”) por: “Desde el año 1985, viene efectuando dos desplazamientos a la localidad de... al habersele adjudicado los cupos 15 y 16, pertenecientes a dicha localidad, no constando ni siendo obligatorio el desplazamiento del facultativo para efectuar la asistencia en dicha localidad”; se basa en los folios 12, 22 y 92.

La pretensión no se acepta: Primero, porque alegar la inexistencia de prueba o invocar prueba negativa (“...no constando...”) es inadecuado e insuficiente para acreditar el error judicial fáctico (SS.TS. 15.01, 13.03.90). Segundo, porque los documentos señalados no acreditan los términos sugeridos que, en definitiva, integran una conclusión particular de la entidad recurrente que, al parecer, deduce de aquella documental. 2º) Añadir al relato de hechos un nuevo apartado, 7º: “La parte demandante presentó el 27.07.95 reclamación previa por conceptos y cuantías distintas a los peticionados en la Reclamación Previa de 5-XII-1995, no habiéndose interpuesto demanda, contra la

denegación por silencio administrativo de la primera de las reclamaciones”; se basa en los folios 93, 96 y 97.

A pesar de su intrascendencia al signo del fallo, como indicaremos en sede jurídica, y de su enunciado genérico (“...conceptos y cuantías distintas...”) que debió concretar, la pretensión se acepta en los siguientes términos: Mientras la reclamación previa de 27-julio-95 tuvo por objeto el kilometraje y las medias dietas en el período 1989/30-junio-95 por cuantía de 2.586.720 pesetas, la posterior de 5-diciembre-95 solicitó además la indemnización por desplazamiento durante el período 1989/1995 y cuantía de 5.410.704 pesetas; reclamación ésta última que el actor acompaña a su demanda, aunque ésta fija la cuantía litigiosa por los tres conceptos referidos en 6.332.092 pesetas.

SEGUNDO.- En el ámbito jurídico, denuncia las siguientes infracciones normativas: A) El artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues el demandante interpuso reclamación previa el 27-julio-95 en cuantía de 2.586.720 pesetas por medias dietas y kilometraje, sin haber formulado demanda en tiempo y forma, e inició nuevo procedimiento el 5-diciembre-95 en cuantía de 5.410.704 pesetas por dietas, kilometraje e indemnización por desplazamiento, de ahí que la prescripción opere en todas las cuantías anteriores al 5-diciembre-94. B) El Real Decreto Ley 3/87 de 11-septiembre (Retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud) y la Resolución de 25-abril-88, cuyo anexo B establece que el personal que percibe sus retribuciones a través del servicio de determinación de horarios (cupo y zona) continuará siendo remunerado con el sistema retributivo anterior e incrementado sus emolumentos hasta el porcentaje previsto en el artículo 19 de la vigente Ley de Presupuestos; en el caso, los pacientes de los cupos 15 y 16 de la zona de... asignados al actor deben ser asistidos en el centro de especialidades ubicado en..., sin que aquél hubiera aportado orden expresa administrativa autorizando la atención de los citados beneficiarios en aquella otra localidad, aún cuando la administración le hubiera facilitado la utilización del centro asistencial de... para desarrollar su actividad respecto a los cupos señalados. C) El Real Decreto 236/88 de 4-marzo (Indemnizaciones por razón de servicio de los funcionarios públicos), pues según su artículo 10 no reúne las condiciones exigidas para causar derecho a media dieta y, además, la Orden Ministerial de 8-agosto-86 (Retribuciones del personal dependiente del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Catalán de la Salud y Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social en Andalucía) impone la autorización previa -ahora inexistente- para percibir la indemnización por desplazamiento.

TERCERO.- Con carácter previo, hemos alterar el orden de los motivos que el recurso expone, porque la jurisprudencia (S.TS. 01.02.93) declara que “la naturaleza de excepción procesal perentoria que es propia de la prescripción, excluye su tratamiento con anterioridad al fondo del asunto como si de una dilatoria se tratara -arts. 532 y 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- sino que, al contrario, sólo debe ser tratada en el caso de que le haya sido reconocido al demandante el derecho que ejercita”.

Respecto de las infracciones legales y de los argumentos utilizados por la entidad recurrente, hacemos constar:

1.- Al actor, por ser médico especialista de área de salud (otorrinolaringología, jefe de cupo adscrito al centro de... dependiente del complejo hospitalario “C.P.”, hecho probado 1º), le corresponde el derecho y la obligación de atender los cupos que tiene asignados fuera de su residencia y centro de trabajo habituales, es decir, ha de efectuar la consulta ambulatoria periférica que le corresponde tal como indica la doctrina de suplicación (SS.TCT. 25.04, 20.11.87, 23.12.88; TT.SS.JJ. Baleares 26.07.89, Madrid 12.05.90).

Este principio, junto a la documentación interna de la entidad recurrente acerca de los servicios que el demandante prestó en el ambulatorio de... (folios 12 a 90) y a lo que afirma en su escrito-recurso (“...la Administración ha facilitado al especialista demandante la utilización del Centro Asistencial de..., para que desarrolle su actividad...”, Examen del Derecho Aplicado.II), excluyen la alegada autorización prevista en la Orden de 15-noviembre-84 que el actor necesitaría para trasladarse desde... a...

2.- El Anexo B).Segundo de la Resolución de 25-abril-88 de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria del Instituto Nacional de la Salud (Régimen retributivo del personal estatutario) excluye expresamente la aplicación del RDL. 3/87 respecto del personal que, como el demandante, percibe sus retribuciones a través del Servicio de Determinación de Honorarios (cupo y zona), e indica que continuará siendo remunerado de acuerdo con el anterior sistema retributivo.

3.- La Orden de 8-agosto-86 es la que rige la remuneración del actor, acerca de la cual indicamos: a) Como norma general y de acuerdo con su Título I, se integra por los haberes básicos (coeficientes y cantidad fija) y los complementos. b) Además, el Título X.VI prevé la “Indemnización por Desplazamientos de Médicos Especialistas”, que abarca dos conceptos ya previstos en la Orden de 15-noviembre-84: Uno, la indemnización

económica por régimen de especial dedicación, cuya cuantía resulta de la aplicación del número de días de desplazamiento sobre los módulos que establece y que para los especialistas fija en 5.708 pesetas. Otro, la compensación de los gastos de desplazamiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Real Decreto 1.344/84 de 4-julio (Indemnizaciones por razón de servicio de los funcionarios públicos).

4.- Con independencia de las dietas a las que luego aludiremos, la cuestión discutida surge en el ámbito del citado Título X.VI y, al efecto, señalamos: a) La indemnización que el demandante interesa y el juez acepta es la “especial dedicación”, porque ambos se amparan en la norma referida; su reconocimiento no parece ofrecer mayor duda pues, a pesar de denominarse “indemnización”, responde a “trabajo efectivo desplazado” tal como se infiere de los presupuestos que integran su sistema de cuantificación fija. b) La compensación de los gastos de desplazamiento o kilometraje, cuya cuantía regula el Real Decreto 236/88 de 4-marzo (Indemnizaciones por razón de servicio de los funcionarios públicos), que derogó el citado RD. 1.344/84 invocado por el juez, también se admite porque, entre otras circunstancias, es una cuestión conforme de las partes quienes coinciden (acta de juicio, folio 10) al fijar sus elementos integrantes, es decir, el valor o precio del kilómetro y la distancia entre las poblaciones de que se trata.

5.- El RD. 236/88 contiene la regulación de las medias dietas solicitadas, omitida por la Orden de 8-agosto-86. Su devengo no procede: En primer lugar, porque el actor no acreditó cual le corresponde (artículo 1.214 Código Civil) las circunstancias previstas en el artículo 10.4 del citado RD. 236/88, que determinarían su percepción. En segundo término, porque la documentación interna de la entidad recurrente aportada por el demandante acerca de sus servicios en el ambulatorio de... (folios 12 a 90) fija en las once horas el inicio de sus consultas, lo que al menos en principio aparece incompatible con aquellos requisitos legales.

CUARTO.- La conclusión establecida en el fundamento anterior permite, ahora, decidir la prescripción respecto de los únicos conceptos que procede aceptar, esto es, la especial dedicación y el kilometraje. En tal sentido, consignamos los siguientes particulares:

1.- El actor no impugnó en vía judicial el silencio que la entidad demandada mantuvo respecto de su reclamación previa de 27-julio-95 sino que, en cambio, formuló nueva reclamación el 5-diciembre-95.

2.- La conducta descrita produce una caducidad procedimental que, de ordinario, implica iniciar de nuevo el trámite administrativo y, seguidamente en su caso, deducir la respectiva demanda (S.TSJ. Galicia 19.05.92).

3.- Sin embargo, esa consecuencia no tiene relevancia y de ahí la intrascendencia de la segunda pretensión de hecho: En primer lugar porque, en todo caso y frente a lo consignado por el juez, el plazo de prescripción que ostenta el personal estatutario de la Seguridad Social para exigir la satisfacción y pago de sus remuneraciones no es el de un año del artículo 59 ET sino el de cinco años del artículo 46 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 23-septiembre-88 (S.TS. 14.09.98), principio que, sin embargo, lleva a compartir la decisión de instancia porque, de una parte, el actor no la impugnó en suplicación a pesar de ser el único perjudicado en este aspecto y, de otro lado, la entidad recurrente ve favorecidos sus intereses en cuanto, como ya indicamos, el plazo para reclamar en tiempo y forma es superior al fijado por el juez. En segundo lugar, porque su alcance sería parcial, es decir, afectaría a uno sólo de los conceptos reclamados, la “especial dedicación” que bajo el término “indemnización” el demandante interesó por vez primera en la reclamación de 5-diciembre-95, pero no a los otros dos (kilometraje y medias dietas) ya solicitados en la reclamación de 27-julio-95.

En definitiva y a la vista del inalterable hecho probado 4º, conforme al que “desde 27 de julio de 1994 a 5 de diciembre de 1995, el demandante se desplazó a... 122 días”, las cantidades que resultan son las de seiscientas noventa y seis mil trescientas setenta y seis pesetas (696.376 pts.) por indemnización de especial dedicación y de ciento sesenta y tres mil novecientas sesenta y ocho pesetas (163.968 pts.) por compensación de los gastos de desplazamiento o kilometraje, que la sentencia impugnada no individualiza sino que indebidamente mezcla con las dietas.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Galego de Saúde contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de..., pronunciada el veintidós de marzo de mil novecientos noventa y seis en sus autos nº 36/96, revocamos parcialmente dicha resolución, acogemos en parte la demanda formulada don I.D.K. contra la Entidad recurrente, condenamos al demandado Servicio Galego de Saúde a que le abone seiscientas noventa y seis mil trescientas setenta y seis pesetas (696.376 pts.) por

indemnización de especial dedicación y ciento sesenta y tres mil novecientas sesenta y ocho pesetas (163.968 pts.) por compensación de los gastos de desplazamiento o kilometraje, y la desestimamos en sus restantes peticiones.

2651 RECURSO N° 1.211/99

S.S.

CESAMENTO DE TRABALLADOR INDEFINIDO (NON FIXO DE PLANTILLA) Ó SERVICIO DO SERGAS POR COBERTURA REGULAMENTARIA DA VACANTE OCUPADA, O QUE IMPIDE APRECIAR A EXISTENCIA DE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintiséis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación n° 1.211/99, interpuesto por el letrado don M.G.T., en nombre y representación de don M.R.V., contra sentencia del Juzgado de lo Social N° Uno de los de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos N° 707/98 se presentó demanda por don M.R.V., sobre DESPIDO, frente al “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE”, a la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE y a doña H.A.C. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de enero 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.**- El actor, don M.R.V., vino prestando servicios para el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, con la categoría actual de Celador, sin atención directa, con una antigüedad de 1 de marzo de 1991 y percibiendo un salario de 144.000.- pts., incluida prorrata de pagas extras. **SEGUNDO.**- El actor comenzó a prestar servicios en fecha 1 de marzo de 1991 como Ordenanza en la “E.E.” dependiente en

aquel momento de la Diputación provincial mediante un contrato celebrado al amparo del Real Decreto 2.104/84, de carácter eventual por circunstancias de la producción; el 31 de julio de 1991, sin solución de continuidad, firmó un contrato como medida para fomento de empleo, que fue prorrogado el 2 de enero de 1992, por 8 meses y el 1 de septiembre de 1992, por 6 meses más. El 1 de marzo de 1993, firma un nuevo contrato al amparo del Real Decreto 2.104/84, de carácter eventual por circunstancias de la producción, por acumulación de tareas. El 1 de junio de 1993 vuelve a firmar un contrato semejante. El 1 de julio de 1993 vuelve a firmar un contrato como medida para fomento de empleo que fue prorrogado el 1 de julio de 1994 por 6 meses. Estos contratos fueron firmados por el Director-Gerente del Hospital Provincial. El 1 de enero de 1995 firma un contrato de interinidad como Celador sin atención directa, continuando realizando las mismas funciones que realizó desde el 1 de marzo de 1991. Este Contrato fue firmado por el Director-Gerente del Hospital “S.M.N.”, después de producirse la transferencia de la Escuela al Servicio Galego de Saúde. Los contratos mencionados por constar en autos se dan por reproducidos. El actor desde el inicio de su relación laboral realiza las mismas funciones. El actor es minusválido. **TERCERO.**- Al actor se le entregó comunicación escrita del siguiente tenor literal: “Habiendo tomado posesión de la plaza doña H.A.C. por resolución de 29.10.1998 de la División de RR.HH. pongo en su conocimiento que el contrato suscrito por usted dejará de surtir efectos al finalizar la jornada del día 16 de noviembre de 1998, lo que comunico a los efectos oportunos.- Ourense, 16 de noviembre de 1998.- Recibí,- O Xerente Xeral.- Fdo.: A.C.G.”. Doña H.A.C. tomó posesión de la plaza que ocupa el actor como titular y al cabo de unos 15 días permutó la misma con otra compañera que había aprobado la oposición. **CUARTO.**- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo representativo de los trabajadores. **QUINTO.**- Formulada reclamación previa el 20 de noviembre de 1998, el actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social –Decano- en fecha 23 de noviembre de 1998”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO.** Que desestimando la demanda formulada por don M.R.V. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE y doña H.A.C., debo absolver y absuelvo a los demandados de la pretensión ejercitada contra ellos por el actor. 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor la sentencia de instancia que desestimó su demanda de despido al estimar que la extinción de su contrato de trabajo con los Organismos demandados era consecuencia de la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba el demandante quien, admitiendo el relato fáctico de dicha resolución, con amparo en el art. 191.c) LPL, denuncia diversas infracciones normativas.

Para la resolución del recurso se ha de partir de los hechos declarados probados según los cuales el actor, minusválido, inició su relación laboral con la Excm. Diputación de Ourense el 01.03.91 como Ordenanza de la “E.E.” a medio de contrato celebrado al amparo del RD 2.104/84 como eventual por circunstancias de la producción; que con dicho organismo el 01.07.91, sin solución de continuidad, celebró otro contrato de fomento de empleo que fue prorrogado el 02.01.92 por 8 meses, el 01.09.92 por seis meses más (si bien fueron 8 meses); siendo empleador, el Hospital Provincial; el 01.03.93 (realmente 01.05.93) firma un nuevo contrato, esta vez por circunstancias de la producción por acumulación de tareas y el 01.06.93 nuevo contrato por igual motivo; el 01.07.93 nuevo contrato de fomento de empleo por un año, prorrogado el 01.07.94 hasta el 31.12.94 y un último contrato para obra determinada para “sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo” el 01.01.95, como interino hasta que se cubra la plaza vacante o se amortiza y bajo su vigencia se procede a la extinción contractual aquí impugnada, motivada en la toma de posesión por la trabajadora codemandada de la plaza que ocupaba el actor, quien la desempeño durante quince días permutándola con otra productora que había aprobado la oposición.

SEGUNDO.- Establecido lo anterior varias son las denuncias normativas que se efectúan, así: vulneración del art. 55.5 LET el argumento que se esgrime consiste en aducir que dado que en los contratos posteriores al primero de los realizados se hizo constar “que el trabajador no había estado vinculado a la empresa por otro contrato de dicha naturaleza”, extremo falso, es por lo que considera que su vinculación con las Entidades codemandadas es de fijo de plantilla y por tanto no cabe su cese, y tal argumento no se comparte por cuanto el defecto solo es predictable del contrato de fomento de empleo celebrado con el Hospital “S.M.” de fecha 01.07.93 pues sólo en este tipo contractual existe tal pregunta al empleador y tal prohibición de contratar siempre que en el primer contrato se halla agotado

la duración máxima del mismo, así es reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 octubre 1987 [dos] [RJ 1987\7.204 y RJ 1987\7.205] y 26 julio 1988 [RJ 1988\6.243]) que establece “que la prohibición contenida en el art. 5. del Real Decreto 1.989/1984, de 17 octubre, ha de entenderse referida a la sucesión de contratos temporales de fomento de empleo, para evitar que a través de la misma se vulnere el plazo máximo de duración que tal Real Decreto establece, sin que deba extenderse tal prohibición a otras modalidades de contratación temporal, respecto de las que, la prohibición, carecería de una justificación razonable, limitando, en cambio, las posibilidades de empleo de los trabajadores afectados” por lo que tal defecto no concurría en el momento de celebrar el segundo contrato de fomento de empleo pues la primera contratación bajo dicha modalidad se extendió desde 01.07.91 hasta 30.04.93, lo que supone 22 meses de contrato, por lo que era factible la segunda contratación bajo dicha modalidad (efectuada el 01.06.93) si bien la suma de ambas contrataciones no podría superar los tres años (art.3 RD 1.989/84) defecto en el que se incurrió pues esta segunda contratación se extendió hasta 31.12.94 alcanzando una duración de 18 meses que añadidos a los 22 anteriores suponen cuarenta, por ello tal contratación del actor habría devenido indefinida conforme a reiterada doctrina de STS 08.06.95; 11.03.97; mas no fijo de plantilla y tal condición ha sido, así mismo aclarada por STS de 20 y 21 de enero de 1998, 10.11.98; y 18.11.98 entre otras muchas, en el sentido de que el vínculo que une a las partes no puede extinguirse por mor de la temporalidad viniendo obligada la gestora a adoptar las medidas necesarias para la cobertura legal de la plaza atendiendo a los principios de mérito y capacidad (art. 103 CE) y con la publicidad que garantice el acceso libre de todos los ciudadanos a los puestos de trabajo de la Administración Pública.

Establecido lo anterior, cualquier otra irregularidad en la contratación del actor no conlleva otro resultado que el indicado, esto es la calificación de su contrato como de indefinido por lo que la valoración del último contrato como de interinaje, o no, o la fecha de firma del mismo carece de transcendencia a los efectos de este litigio pues no llevaría a otra conclusión que la de considerar el contrato como indefinido con los efectos que jurisprudencialmente se le han fijado; de igual manera que no la tiene el hecho de que el actor ostente la condición de minusválido por cuanto a lo largo de todas las contrataciones efectuadas en ninguna de ellas aparece tal condición, ni se acredita ni consta que en atención a ella fuera contratado en algún momento.

Por todo lo expuesto, habiendo reservado el Estatuto de los Trabajadores la calificación de nulidad del despido para los supuestos en que la decisión empresarial vulnera derechos fundamentales del trabajador o tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución, no infringe el art. 55.5 LET el juzgador de instancia al no hacer aplicación del mismo por cuanto no resulta acreditada ningún móvil discriminatorio o que la decisión extintiva del contrato vulnera derechos fundamentales del actor, es mas ni siquiera en la demanda se alega la causa o motivo de discriminación ni cual sea el derecho fundamental vulnerado, por lo que tal petición en esta alzada viene a constituir cuestión nueva; de otra parte no puede aceptarse que el hecho de ostentar la condición de minusválido constituya a favor del actor un derecho a fijeza en la plantilla del demandado no reconocida en precepto alguno y de otra parte la fijeza en el empleo no es un derecho fundamental cuya vulneración conlleve tal efecto, por todo ello que se rechaza el motivo.

TERCERO.- En segundo lugar se denuncia la infracción del art. 55.4 y 56 LET, el motivo es la pretensión de declaración de improcedencia del despido del actor, la argumentación se refiere a la presunta indiferenciación entre fijo de plantilla y vinculación contractual indefinida, la argumentación no se comparte por cuanto tal distinción ha sido plasmada por STS para la contratación temporal con irregularidades producida por las Administraciones Públicas y sus Organismos y tal doctrina ha venido a establecer (STS 07.05.1998) “que en tales supuestos sólo cabe la declaración de vinculación indefinida del actor con el Organismo, sin que suponga obtener la condición de fijo de plantilla del demandante”, en igual sentido las Sentencias, dictadas en Sala General, de 20 y 21 enero 1998 (RJ 1998\1.000 y RJ 1998\1.138, Recursos 317 y 315 de 1997) que vienen a recoger y matizar la doctrina fijada por la Sentencia de 7 octubre 1996 (RJ 1996\7.492), en la que se establece que «la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», reiterada en Sentencias de 10 y 30 diciembre 1996 (RJ 1996\9.139 y RJ 1996\9.864) y 14 marzo y 24 abril 1997 (RJ 1997\2.471 y RJ 1997\3.498) tal doctrina, con fundamento en el artículo 19 de la Ley 30/1984 desarrollado en el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo aprobado por el Real Decreto 2.223/1984 que autoriza la contratación temporal de personal laboral para realizar trabajos que no puedan ser

atendidos por personal fijo, entiende que se sitúa a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público. Por último establecer que el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. Consecuentemente con lo razonado procede determinar si ha existido una cobertura con carácter regular de la plaza que ocupaba el actor, en cuyo caso no existe despido sino extinción del contrato, o si por el contrario tal cobertura resulta irregular en cuyo caso se produciría el postulado despido improcedente; del análisis de las actuaciones resulta que ha existido una convocatoria para la cobertura por el sistema de concurso oposición, con limitación de plazas para minusvalidos, que dicha convocatoria ha recibido la oportuna publicidad y en dicha convocatoria la codemandada obtuvo la plaza del actor, consecuentemente no cabe más que concluir que ha sido cubierta la plaza litigiosa de forma reglamentaria por ello, conforme a la doctrina expuesta no existe despido del actor sino la extinción de su contrato de trabajo por ello no se vulneran los preceptos citados y decae el motivo del recurso.

CUARTO.- Con correcto amparo procesal se denuncia la infracción de los arts. 14, 24 y 35 CE el argumento del motivo se centra en que se discrimina al actor por cuanto se le aplica una doctrina que no sería aplicable si la prestación de servicios lo fuera para una empresa privada, sin embargo sólo cabe argumentar que no toda diferenciación de trato implica discriminación sino sólo aquella diferenciación injustificada, en el presente caso las normas por las que se rige la empresa privada que goza de libertad absoluta para elegir en el mercado de trabajo a los productores que estime oportunos, no son aplicables a los

Organismos Pùblicos que carecen de dicha libertad por cuanto tutelan intereses colectivos supraindividuales y por ello no pueden elegir libremente a sus productores sino que han de someterse en tal elección a los principios de publicidad –que permitan a todos los ciudadanos concurrir en igualdad de condiciones para ocupar puestos de trabajo en los mismos, mérito y capacidad– al objeto de lograr la mayor cualificación posible en quienes les prestan dichos servicios, por ello se han de conjugar los derechos individuales con los colectivos y de ahí que no se reconozca la condición de fijo de plantilla de dichos organismos, más que, a quienes acceden a los puestos de trabajo en forma reglamentaria cumpliendo aquellos principios constitucionales (art. 103 CE) consecuentemente la diferenciación de trato no resulta discriminatoria por ello se rechaza el motivo.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por M.R.V., contra la sentencia dictada el 15.01.99 por el Juzgado de lo Social N° 1 de Ourense en autos N° 707/98 sobre despido, seguidos a su instancia contra EXCMA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE OURENSE, SERVICIO GALEGO DE SAÚDE Y H.A.C., resolución que se confirma en su integridad.

2652 RECURSO N° 1.994/96

S.S.

DEFINICIÓN DA ACTIVIDADE PRINCIPAL DA EMPRESA PARA A DETERMINACIÓN DO CONVENIO COLECTIVO QUE LLE É APPLICABLE.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan L. Martínez López

A Coruña, a veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nùm. 1.994/96, interpuesto por don J.R.T.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nùm. 2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.R.T.V. en reclamación de salarios, siendo demandado La Empresa “A.G.B., S.L.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos nùm. 761/95 sentencia con fecha 12 de febrero de 1996, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** el actor don J.R.T.V., viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada “A.G.B., S.L.”, desde el 5 de junio de 1984, ostentando la categoría profesional de oficial de segunda y percibiendo un salario mensual de 111.481 pesetas, incluido el prorrato de las pagas extraordinarias.- **SEGUNDO.-** La empresa demandada se dedica a la actividad de alquiler de grúas móviles que prestan sus servicios en todo tipo de obras y construcción que exijan la utilización de las mismas.- **TERCERO.-** En reclamación por diferencias salariales desde diciembre de 1994 a diciembre de 1995 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el 30.12.95 celebrándose el acto sin avenencia el 10.01.95. Presentó demanda que fue turnada a este Juzgado el 25 de enero de 1996.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Que desestimando las demandas acumuladas interpuestas por don J.R.T.V. contra la Empresa “A.G.B., S.L.”, debo declarar y declaro no haber lugar a las mismas y en consecuencia absuelvo al demandado de las pretensiones en su contra esgrimidas”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia que desestima las demandas acumuladas sobre complementos y diferencias salariales es recurrida por el actor que en el primer motivo del recurso propone la nulidad de las actuaciones y la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de infringir normas o garantías del procedimiento, al considerar que la sentencia de instancia omite

cualquier pronunciamiento sobre uno de los pedimentos de las demandas acumuladas, en concreto sobre los tres días de salario que reclama del mes de noviembre de 1995, lo que le provoca indefensión, al producirse una incongruencia omisiva

El actor en su segunda demanda, que incluye el plus de desplazamiento que era la única petición deducida en la primera demanda, pedía en la súplica de la misma, que en aplicación del convenio de transporte de mercancías o subsidiariamente en aplicación del convenio de la construcción se condene a la empresa demandada a abonar al actor las cantidades de 1.323.286 Pts por los conceptos especificados en los hechos tercero a séptimo y noveno, o subsidiariamente al abono de 1.466.738 Pts por los conceptos especificados en los hechos tercero, sexto, octavo y noveno. Bien es cierto que en el último párrafo del ordinal tercero alegaba que la empresa, en la nómina correspondiente a la mensualidad de noviembre de 1995 efectuó un descuento improcedente dejando de abonar al actor el salario correspondiente a tres días del citado mes. Ahora bien, para calificar de congruente o incongruente una sentencia hay que atender a la parte dispositiva de la misma, y teniendo en cuenta que en el fallo de la sentencia recurrida se desestima las demandas acumuladas y se absuelve a la parte demandada de las pretensiones deducidas en aquéllas, difícilmente puede tacharse a la sentencia de incongruente, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, la incongruencia no se da por lo general contra las sentencias absolutorias. Esto no impide, sin embargo, que la Sala puede entrar a examinar acerca de la petición de esos tres días que le fueron descontados.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. postula la revisión de los hechos declarados probados con el propósito de añadir dos nuevos hechos probados del siguiente tenor literal: “La jornada de trabajo del actor es de lunes a viernes en horario diario de 8 a 13 horas y de 14,30 a 19,30 horas”. Y en segundo lugar “Que el actor percibe un complemento mensual por importe de 47.930 Pts (2.179 Pts/día efectivo), siendo el salario mensual percibido por el actor el de 130.000 Pts líquidas”.

No podemos aceptar la adición propuesta en torno al horario basada en las fotocopias de unos impresos en los que aparentemente se da cuenta a la empresa de las ausencias del actor, como representante de los trabajadores en el ejercicio de las funciones de su representación, al venir suscritos, únicamente, por el representante legal de la CIG (folios 70, 76, 81, 82, 83 y 84) y en los que no existe la menor constancia de que dicha

comunicación haya llegado a conocimiento de la empresa. Tampoco son aceptables, a los efectos de revisar hechos probados los partes suscritos a máquina obrantes a los folios 77, 78, 79 y 80, en los que también se apoya para pedir dicha adición, pues aunque en estos aparece estampado el sello de la empresa, no consta firma alguna y ni siquiera le han sido exhibidos al representante legal de la empresa que ha comparecido en juicio para su reconocimiento y aceptación. Idéntica suerte de rechazo debe seguir la pretendida adición en torno al plus mensual, pues ni el folio 63 que se cita es documento idóneo para tener eficacia revisoria, ni la prueba testifical en que se apoya constituye medio adecuado para operar la revisión fáctica.

TERCERO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción por vulneración de los artículos 82.3, 83.1 y 91 de la Disposición final segunda del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo dispuesto en el artículo primero del Convenio Colectivo Provincial de Orense de Transporte de Mercancías por Carretera y subsidiariamente en los dispuesto en el artículo primero del Convenio Colectivo Provincial de Construcción de Orense. A la hora de establecer si a la relación laboral que liga al actor con la empresa demandada resulta o no aplicable alguno de los Convenio citados, es fundamental determinar y definir la actividad primordial de la empresa demandada a fin de concretar si encuentra encaje en el ámbito de aplicación de alguno de los Convenios aludidos. Según el incombusto hecho probado segundo de la resolución recurrida, la empresa demandada se dedica a la actividad de alquiler de grúas móviles que prestan sus servicios en todo tipo de obras y construcción que exijan la utilización de las mismas. Sentado ello, hay que descartar la aplicación del Convenio provincial para Orense de Transporte de Mercancías, que constituye la petición principal, pues como se hace constar en la resolución dictada por la Consellería de Trabajo y Servicios Sociales (folio 105 de los autos), las grúas tienen la consideración de vehículos especiales, no aptos para el transporte de mercancías y teniendo en cuenta que la actividad de la empresa es el alquiler de grúas, no cabe configurarla como de transporte ordinario ni especial, tal y como viene clasificado y definido en el artículo 66 de la vigente Ley de Ordenación del Transporte, y en consecuencia no puede subsumirse en el ámbito de aplicación de la Ordenanza Laboral para las empresas de Transporte. Todo parece indicar, sin embargo, que dicha actividad encuentra encaje en el Convenio del Sector de la Construcción de Orense, en cuyo artículo primero, relativo al ámbito de aplicación se establece que el presente Convenio Colectivo será de aplicación y obligado cumplimiento en las siguientes actividades, y cita entre otras, a las empresas con actividad principal que consista en el

alquiler de maquinaria y equipo para la construcción, con personal para su manejo. Y teniendo en cuenta que la grúa es una máquina que sirve para levantar pesos y trasladarlos de un punto a otro, y que la empresa demandada se dedica a alquilar dichas máquinas en todo tipo de obras y construcción, hemos de convenir que el citado Convenio provincial de la Construcción es el que ha de resultar aplicable a dicha actividad, lo que conlleva que la empresa venga obligada a abonar las diferencias existentes entre lo que el actor percibe y lo que le correspondería de aplicar dicho Convenio de la Construcción; pues tales diferencias no pueden ascender a lo reclamado en el hecho octavo de la demanda acumulada (folio 18 de los autos), habida cuenta que en el cálculo de las mismas se incluyen, un plus personal que no consta acreditado viniera abonando la empresa, y un plus de desplazamiento, que configura otra de las peticiones de la demanda y que no puede resultar acogida al no haber prosperado, por lo arriba expuesto, la adición propuesta por el recurrente, en cuya admisión hacía descansar el éxito de dicha petición. Del mismo modo, y por idéntico motivo, tampoco puede prosperar lo reclamado por horas extraordinarias, al no venir demostrado que el horario del actor haya excedido en aquellas dos horas diarias que reclama, de la jornada máxima legal establecida.

Para el cálculo de las diferencias que le corresponden y excluyendo los conceptos aludidos el actor percibió en dic. del 94, 107.570 ptas. de nómina y 86.856 ptas. paga extra, lo que hace un total de 194.426 ptas. Según el Convenio de la Construcción le correspondería percibir 107.789 ptas. de nómina, desglosada por los siguientes conceptos (sueldo base 84.460 ptas.; plus de asistencia 15.770 ptas.; transporte 901 ptas. y antigüedad 6.658 ptas.), a lo que hay que sumar 102.887 ptas. por la paga extra, que arroja un total de 210.767 ptas., con una diferencia a su favor de 16.250 ptas. para el año 94.

Por lo que al año 95 respecta percibió un total de 1.535.011 ptas. y por la aplicación del Convenio le correspondería percibir mensualidades de 112.166 ptas., integrada por los siguientes conceptos (sueldo base 88.116 ptas.; plus de asistencia 16.452 ptas.; plus de transporte 940 ptas. y antigüedad 6.658 ptas.); por cada una de las pagas extras 107.340 ptas. y por vacaciones 105.508 ptas., que suman un total de 1.666.130 ptas.; y que supone una diferencia para el año 1995 de 131.110 ptas. que sumada a la cifra del 94, hace un total de 147.369 ptas., que sumadas a la cantidad de 11.100 ptas. correspondientes a la reclamación de los tres días que le han sido descontados al actor en la nómina de noviembre de 1995 (folio 69 de los autos), acerca de cuya reclamación la empresa ni siquiera

se opuso en juicio, por lo que al no constar la causa que justifique el haber llevado a cabo dicho descuento, ha de admitirse su reclamación.

Por lo expuesto y razonado,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación formulado por don J.R.T.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, de fecha 12 de febrero de 1996, debemos estimar en parte la demanda acumulada, declarando de aplicación a la relación laboral que liga al actor con la empresa demandada, el Convenio Provincial de la Construcción para la provincia de Orense, con abono de las diferencias y los tres días descontados que ascienden a la cantidad de 158.379 ptas. (s.e.u.o), condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración, confirmando la sentencia en cuanto desestima las restantes peticiones deducidas en las demandas principal y acumulada.

2653 RECURSO N° 1.222/99

S.S.

CONTRATO DE TRABALLO TEMPORAL PARA OBRA OU SERVICIO DETERMINADO, QUE TEN COMO CAUSA VÁLIDA A EXTINCIÓN DE INCENDIOS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan L. Martínez López

A Coruña, a veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.222/99, interpuesto por doña J.R.R. 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 J.R.R. en reclamación de

despido, siendo demandado Consellería Medio Ambiente, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 706/98 sentencia con fecha 15 de enero de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** La actora doña J.R.R., ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Consellería de Medio Ambiente demandada en virtud de contratos para obra o servicio determinado en el servicio de defensa contra incendios forestales, durante los siguientes períodos y con las categorías profesionales siguientes: 02.07.94 al 01.10.94: emisorista; 15.06.95 al 30.09.95: peón conductor; 06.07.96 al 30.09.96: emisorista; 01.07.97 al 30.09.97: emisorista; 06.07.98 al 23.07.98: emisorista; 24.07.98 al 06.10.98: emisorista.- El salario mensual asciende a 165.000 pesetas con prorrata de pagas extras.- **SEGUNDO.-** El organismo demandado comunicó por escrito a la actora la extinción de la relación laboral por término de la obra o servicio para la que fueron contratados, con efectos del 06.10.98.- **TERCERO.-** Interpuesta reclamación previa no consta”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por DOÑA J.R.R. contra la CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE LA XUNTA DE GALICIA, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y en consecuencia absuelvo al demandado de las pretensiones en su contra esgrimidas”.**

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La actora recurre la sentencia de instancia que desestima la demanda sobre despido para denunciar la infracción del artículo 15.3 del E.T., en relación con el 6.4 del Código Civil, así como el II y III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, en lo dispuesto en materia de provisión de vacantes y acceso a la condición de personal laboral, y la Ley 4/1988 de 26 de mayo de la Función Pública de Galicia, en concreto los Títulos II y IV, Capítulo III, y lo que en ellos se dispone sobre personal al servicio de la administración y sobre la relación de puestos de trabajo, provisión y oferta de empleo público, y el Decreto 252/1992 de 30 de junio, modificado por el Decreto 89/1997 de 10 de abril, en los artículos que

regulan la cobertura, con carácter temporal, de los puestos de trabajo incluidos en las relaciones de puestos de trabajo mientras no se cubran con carácter definitivo, alegando, en síntesis, que la extinción de la relación laboral efectuada debe ser calificada como un despido improcedente, con fundamento en que bajo la apariencia jurídica de un contrato para obra o servicio determinado, se esconden otras tantas relaciones laborales de carácter interino por cobertura de vacante, de acuerdo con las normas establecidas en el III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, en relación con los Decretos 252/92 y 89/1997 para la cobertura de vacantes mientras no se cubran con carácter definitivo.

Son hechos probados, incombatisdos, los siguientes: a) la demandante ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Consellería de Medio Ambiente demandada, en virtud de contratos para obra o servicio determinado, en el servicio de defensa contra incendios forestales, durante los siguientes períodos y con las siguientes categorías profesionales del 02.07.94 al 01.10.94 como emisorista; del 15.06.95 al 30.09.95 como peón conductor; del 06.07.96 al 30.09.96 como emisorista; del 01.07.97 al 30.09.97 y del 06.07.98 al 06.10.98, en ambos casos también como emisorista y b) El organismo demandado comunicó por escrito a la actora la extinción de la relación laboral por término de la obra o servicio para la que había sido contratada, con efectos del 06.10.98.

Idéntica cuestión que la aquí planteada, ya ha sido resuelta por la Sala, entre otras, sentencia de 24.03.1997 (Rec.665/1997, aplicando la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio y 2 de noviembre de 1994, que proclamaban que la contratación realizada por el ICONA, bajo la modalidad de obra o servicio determinado a fin de atender el desarrollo de la campaña, organizada con referencia a determinada anualidad, dedicada a la lucha contra incendios forestales, se ajusta a la modalidad procesal que establecen los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del real Decreto 2.104/1984, siempre que el trabajo que se encomienda al contratado fuera efectivamente para atención propia de la campaña. En la misma línea se pronuncia la sentencia del Alto Tribunal de 10 de abril de 1995, al resaltar, reiterando los razonamientos de las dos sentencias anteriores, la autonomía y sustantividad que, con relación a la actividad normal de la Administración contratante, tiene cada una de las campañas que organiza, su duración incierta, así como la peculiaridad propia de cada una de ellas, dependiente de su condicionamiento presupuestario, de factores climáticos y del específico y concreto objetivo a que atiende; siendo de destacar que ésta última

sentencia ha dado acogida al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia contra la sentencia de esta Sala de fecha 10 de marzo de 1994, resolutoria de un supuesto en que el cese le había sido comunicado por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, es evidente que resulta de aplicación la citada

2654 RECURSO Nº 867/99

doctrina proclamada en aquéllas, que al ser tenida en cuenta por la resolución de instancia para rechazar la pretensión actora, conlleva la confirmación de la misma previa desestimación del recurso de Suplicación formulado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña J.R.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, de fecha 15 de enero de 1999, dictada en autos seguidos a instancia de la recurrente frente a la Consellería do

verbalmente al trabajador y con efectos de 30 de septiembre de 1993.

Medio Ambiente da Xunta de Galicia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida

S.S.

A RESPONSABILIDADE LABORAL POR DESPEDIMENTO NO CASO DE SOCIEDADES MERCANTIS NON SE PODE TRASLADAR HACIA OS ADMINISTRADORES SOCIAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 867/99 interpuesto por don C.F.C. y otros, J.V.C. y otros y D.G.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por J.V.C. y otros en reclamación de DESPIDO siendo demandado "T.C." y "M.C., S.L." (L., E., T. y D.G.R.), don J.S.R., "G. y A.N., S.L." y don G.G.P., don L.G.P., "P.I.C., S.L.", "L.I.E., S.L.", "P.I.G., S.L.", J.A.F.G., don M.T.I. y FOGASA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 353 y 358/98 sentencia con fecha 25 de noviembre de 1998 por el Juzgado de referencia que estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- (1) don J.V.C., mayor de edad, DNI..., (2) don A.F.L., mayor de edad, DNI..., (3) don J.R.V., mayor de edad, DNI..., (4) don J.R.O.F., mayor de edad, DNI..., y (5) don C.F.C., mayor de edad, DNI..., fueron contratados por la empresa "T.C., S.L.", prestando servicios, al momento del despido, con las siguientes (a) antigüedades, (b) categorías profesionales, y (c) retribuciones mensuales, incluido prorrato de pagas extraordinarias, a saber:

	(a)	(b)	(c)
(1)	06.12.1976	Oficial 2 ^a	140.794 ptas.
(2)	04.11.1982	Oficial 2 ^a	174.137 ptas.
(3)	13.07.1990	Oficial 2 ^a	161.493 ptas.
(4)	06.12.1976	Oficial 1 ^a	188.945 ptas.
(5)	13.06.198(Sic)	Oficial 2 ^a	167.816 Ptas.

Ninguno ostenta ni ha ostentado la condición de Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical. Tampoco consta su afiliación sindical, salvo la del Sr. V.C. a la Unión General de Trabajadores.- 2º) La Entidad Mercantil “T.C., S.L.” fue constituida a 30.11.1974 ante el Notario de..., siendo sus socios don T.G.D., casado con doña M.L.R.R., y sus hijos D., L., E. y T.

De los estatutos sociales destacar lo siguiente: a) El objeto social “será... lo referente a la reparación de vehículos, compra-venta de maquinaria agrícola, instalaciones de Fontanería y calefacción y cualquier otra actividad comercial o industrial que se acuerde en el futuro”.- b) “El domicilio social se establece en..., Calle..., número...”- Por escritura de 09.02.1993 ante el Notario de Vigo se cambió el domicilio a..., (Pontevedra)” y, como integrantes del órgano social de administración, se designa a L.-Presidente-, E., S., T. y D.G.R. y don J.S.R. – Vocales-. El Sr. S.R. es cuñado de los hermanos G.R. Se estableció, en esa misma escritura, un capital social de 1.100.000 ptas. A 26.01.1998 se presentó en el Registro Mercantil de Pontevedra el mandamiento judicial para anotar la calificación judicial de insolvencia definitiva, con diferencia de pasivo de 53.355.654 ptas.- 3º) Realizada la empresa simultáneamente la actividad de maquinaria agrícola y de instalaciones de calefacción, al amparo de dos números patronales diferentes, sin acreditarse confusión alguna de trabajadores. La actividad de maquinaria agrícola, con sus trabajadores, fue asumida por la Entidad Mercantil “M.A.C., S.L.”, constituida a 03.04.1996 ante la Notaría de..., siendo sus socios don G.G.P., actuando en representación de la Entidad Mercantil “G. y A.N., S.L.”. –participación del 99%, y don T.G.R. participación del 1%.- De los estatutos sociales destacar lo siguiente: a) El objeto social son “el asesoramiento, Gestión y Administración e inversión de empresa.- Las operaciones enumeradas podrán ser realizadas por la Sociedad directamente o indirectamente mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto análogo o mediante otras formas admitidas en derechos.- b) “El domicilio se fija en...(Pontevedra), c/...- El órgano de administración podrá decidir la creación, supresión o traslado de sucursales, así como el traslado del domicilio social dentro del mismo término municipal”.- 4º) La Entidad Mercantil “G. y A.N., S.L.”, fue constituida a 01.04.1996 ante el Notario de Vigo, siendo sus socios don G.G.P. – participación del 99,75% y don E.G.R. – participación del 0,75%. Aquél fue designado administrador único, quien simultáneamente confirió poder general a éste último. No consta tuviese esta sociedad actividad efectiva alguna. De sus estatutos sociales destacar lo siguiente: a) El objeto social son “el asesoramiento, Gestión y Administración e inversión de empresas.- Las operaciones enumeradas podrán ser realizadas por la Sociedad directamente o indirectamente

mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto análogo o mediante otras formas admitidas en derecho.- b) “El domicilio se fija en...(Pontevedra), c/...- El órgano de administración podrá decidir la creación, supresión o traslado de sucursales, así como el traslado del domicilio social dentro del mismo término municipal”.- 5º) La Entidad Mercantil “P.I.G., S.L.” fue constituida a 01.04.1996 ante el Notario de Vigo, siendo sus socios don G.G.P., en representación de la Entidad Mercantil “G. y A.N., S.L.”, participación del 99,50%- y don L.A.G.P. – participación del 0,50%. Se designó administrador único a don J.A.F.G., quien simultáneamente confirió poder general a don E.G.R. A 20.02.1998 fue aquél removido como administrador único y se designó a este último. De los estatutos sociales destacar lo siguiente: a) El objeto social son “las Instalaciones de fontanería, frío, calor y acondicionamiento de aire.- Las operaciones enumeradas podrán ser realizadas por la Sociedad directamente o indirectamente mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto análogo o mediante otras formas admitidas en derecho”.- b) “El domicilio se fija en...(Pontevedra), c/...- El órgano de administración podrá decidir la creación, supresión o traslado de sucursales, así como el traslado de domicilio social dentro del mismo término municipal.”- Algunos trabajadores de la empresa pasaron a la empresa “P.I.C., S.L.” esta ha abonado, ocasionalmente, salarios de trabajadores de aquélla. Guardan la maquinaria, así como la mercancía, en el mismo almacén y las usan indistintamente.- 6º) La Entidad Mercantil “P.I.C., S.L.” fue constituida a 18.04.1996 ante el Notario de Valladolid, siendo sus socios don G.G.P., en representación de la Entidad Mercantil “G. y A.N., S.L.”, participación del 99%, y don L.G.R. -participación del 1%-. Se designó administrador único a don J.S.R., quien simultáneamente confirió poder general a don L.A.G.P. Este es hijo de don L.G.R. De los estatutos sociales destacar lo siguiente: a) El objeto social son “las instalaciones de Fontanería, frío, calor y acondicionamiento de aire.- Las operaciones enumeradas podrán ser realizadas por la sociedad directamente o indirectamente mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto análogo o mediante otras formas admitidas en derecho”.- b) “El domicilio se fija en..., C/...- El órgano de administración podrá decidir la creación, supresión o traslado de sucursales, así como el traslado del domicilio social

dentro del mismo término municipal".- 7º).- La Entidad Mercantil "L.I.E., S.L." fue constituida a 04.03.1995 ante el Notario de Silleda, siendo sus socios don M.T.I. participación del 30%- , don E.G.R. –participación del 10%- , don L.G.R.– participación del 10%- , don T.G.R. –participación del 8%- , don D.G.R. –participación del 8%- don J.S.R. –participación del 8%- , don J.A.F.G. – participación del 8%- , y don L.A.G.P. – participación del 12%- . A 05.06.1997 se designaron administradores solidarios a los Sres. S.R., T.I. y E.G.R. De los estatutos sociales destacar lo siguiente: a) El objeto social son "las instalaciones eléctricas en General, Instalaciones de Fontanería y calefacción y Venta al mayor y menor de material eléctrico, de fontanería, calefacción y Gas.- Las operaciones enumeradas podrán ser realizadas por la sociedad directamente o indirectamente mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto análogo o mediante otras formas admitidas en derecho".- b) "El domicilio se fija en..., Calle...- El órgano de administración podrá decidir la creación, supresión o traslado de sucursales, así como el traslado del domicilio social dentro del mismo término municipal".- El Sr. T.I., con anterioridad a la constitución de la referida sociedad, era trabajador autónomo y realizaba trabajos como autónomo para la empresa "T.C., S.L." La Empresa "L.I.E., S.L.", realizó trabajos como subcontratas para la empresa "T.C., S.L.". Usaba para ello, ocasionalmente, vehículos de ésta.- 8º) Con fecha 01.04.1998 la empleadora le envió al Sr. V.C. la siguiente carta de despido: "Muy Sr. nuestro: Desde hace meses esta empresa viene arrastrando serios problemas económicos, que la han obligado a presentar suspensión de pagos. En estos momentos nos encontramos además con una plantilla de trece empleados y la carga de trabajo ha disminuido de tal forma que no podemos menos de amortizar aquellos puestos que no son absolutamente necesarios, con el fin de intentar superar esta situación económica negativa, de la que contablemente se le proporcionará en las oficinas de la empresa toda la documentación que estime oportuna.- Por lo manifestado en el punto anterior, le comunicamos dentro del plazo que establece el apdo. 1.4 del art. 53 del ETT, que el próximo día 30.04.98 cesará de prestar servicios para esta patronal, cifrando la indemnización a que tiene derecho en la cantidad de 1.689.528 ptas., suma que en estos momentos no podemos poner a su disposición por falta de tesorería, y que ese día puede pasar por las oficinas de la empresa, con el fin de recoger la documentación necesaria para solicitar las correspondientes prestaciones de desempleo".- 9º) Con fecha 01.04.1998 la empleadora le envió al Sr. F.L. la siguiente carta de despido: "Muy Sr. nuestro: Desde hace meses esta empresa viene arrastrando serios problemas económicos, que la han obligado a presentar

suspensión de pagos. En estos momentos nos encontramos además con una plantilla de trece empleados y la carga de trabajo ha disminuido de tal forma que no podemos menos de amortizar aquellos puestos que no son absolutamente necesarios, con el fin de intentar superar esta situación económica negativa, de la que contablemente se le proporcionará en las oficinas de la empresa toda la documentación que estime oportuna.- Por lo manifestado en el punto anterior, le comunicamos dentro del plazo que establece el apdo. 1.4 del art. 53 del ETT, que el próximo día 30.04.98 cesará de prestar servicios para esta patronal, cifrando la indemnización a que tiene derecho en la cantidad de 1.403.917 pesetas, suma que en estos momentos no podemos poner a su disposición por falta de tesorería, y que ese día puede pasar por las oficinas de la empresa, con el fin de recoger la documentación necesaria para solicitar las correspondientes prestaciones de desempleo".- 10º) Con fecha 01.04.1998 la empleadora le envió al Sr. R.V. la siguiente carta de despido: "Muy Sr. nuestro: Desde hace meses esta empresa viene arrastrando serios problemas económicas, que la han obligado a presentar suspensión de pagos. En estos momentos nos encontramos además con una plantilla de trece empleados y la carga de trabajo ha disminuido de tal forma que no podemos menos de amortizar aquellos puestos que no son absolutamente necesarios, con el fin de intentar superar esta situación económica negativa, de la que contablemente se le proporcionará en las oficinas de la empresa toda la documentación que estime oportuna.- Por lo manifestado en el punto anterior, le comunicamos dentro del plazo que establece el apdo. 1.4 del art. 53 del ETT, que el próximo día 30.04.98 cesará de prestar servicios para esta patronal, cifrando la indemnización a que tiene derecho en la cantidad de 655.190 pesetas, suma que en estos momentos no podemos poner a su disposición por falta de tesorería, y que ese día puede pasar por las oficinas de la empresa, con el fin de recoger la documentación necesaria para solicitar las correspondientes prestaciones de desempleo".- 11º) Con fecha 01.04.1998 la empleadora le envió al Sr. O.F., la siguiente carta de despido: "Muy Sr. nuestro: Desde hace meses esta empresa viene arrastrando serios problemas económicas, que la han obligado a presentar suspensión de pagos. En estos momentos nos encontramos además con una plantilla de trece empleados y la carga de trabajo ha disminuido de tal forma que no podemos menos de amortizar aquellos puestos que no son absolutamente necesarios, con el fin de intentar superar esta situación económica negativa, de la que contablemente se le proporcionará en las oficinas de la empresa toda la documentación que estime oportuna.- Por lo manifestado en el punto anterior,

le comunicamos dentro del plazo que establece el apdo. 1.4 del art. 53 del ETT, que el próximo día 30.04.98 cesará de prestar servicios para esta patronal, cifrando la indemnización a que tiene derecho en la cantidad de 1.768.992 pesetas, suma que en estos momentos no podemos poner a su disposición por falta de tesorería, y que ese día puede pasar por las oficinas de la empresa, con el fin de recoger la documentación necesaria para solicitar las correspondientes prestaciones de desempleo".- 12º) Con fecha 01.04.1998 la empleadora le envió al Sr. F.C., la siguiente carta de despido: "Muy Sr. nuestro: Desde hace meses esta empresa viene arrastrando serios problemas económicas, que la han obligado a presentar suspensión de pagos. En estos momentos nos encontramos además además con una plantilla de trece empleados y la carga de trabajo ha disminuido de tal forma que no podemos menos de amortizar aquellos puestos que no son absolutamente necesarios, con el fin de intentar superar esta situación económica negativa, de la que contablemente se le proporcionará en las oficinas de la empresa toda la documentación que estime oportuna.- Por lo manifestado en el punto anterior, le comunicamos dentro del plazo que establece el apdo. 1.4 del art. 53 del ETT, que el próximo día 30.04.98 cesará de prestar servicios para esta patronal, cifrando la indemnización a que tiene derecho en la cantidad de 859.780 pesetas, suma que en estos momentos no podemos poner a su disposición por falta de tesorería, y que ese día puede pasar por las oficinas de la empresa, con el fin de recoger la documentación necesaria para solicitar las correspondientes prestaciones de desempleo".- 13º) No llegan a 100 los trabajadores, considerados en su conjunto, de "T.C., S.L."- "M.A.C., S.L."- "P.I.G., S.L."- 14º) Se intentaron sin efecto, respecto a una empresa, sin avenencia, respecto a otras, las obligatorias conciliaciones ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación"

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando parcialmente las demandas interpuestas por (1) DON J.V.C., (2) DON A.F.L. (3) DON J.R.V., (4) DON J.R.O.F. Y (5) DON C.F.C., contra la Entidad Mercantil "T.C., S.L.", la Entidad Mercantil "M.A.C., S.L.", la Entidad Mercantil "P.I.G., S.L.", la Entidad Mercantil "L.I.E., S.L.", la Entidad Mercantil "G. y A.N., S.L.", la Entidad Mercantil "P.I.C., S.L.", DON E.G.R., DON L.G.R., DON T.G.R., DON D.G.R., DON J.S.R., DON M.T.I., DON J.A.F.G., DON L.G.P. Y DON G.G.P., con intervención del FONDO DE GARANTIA SALARIAL, declaro la improcedencia de los despidos de los trabajadores demandantes y, en consecuencia condeno a la Entidad Mercantil "T.C., S.L.", la Entidad Mercantil "M.A.C., S.L.", a la Entidad Mercantil

"P.I.G., S.L.", a DON E.G.R., a DON L.G.R., a DON T.G.R., a DON D.G.R., y a DON J.S.R., a que los readmitan en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a su elección, a que les abonen, de modo solidario, las siguientes percepciones económicas: 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 su orden respectivo, en las cuantías de (1) 4.500.587 ptas, (2) 4.022.865 ptas., (3) de 1.867.901 ptas, (4) de 6.039.782 ptas, y (5) de 2.466.954 ptas. Sin perjuicio, se entiende, de deducir las cantidades que ya hubiesen percibido.- 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 se haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuentos de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador diario será, en su orden respectivo, (1) de 4.693 ptas., (2) de 5.805 ptas., (3) de 5.383 ptas., (4) de 6.298 ptas., y (5) de 5.594 ptas.- La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de 5 días desde la notificación de esta Sentencia, sin esperar su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera.- Quedan absueltas la Entidad Mercantil "L.I.E., S.L.", la Entidad Mercantil "G.A.N., S.L.", la Entidad Mercantil "P.I.C., S.L.", DON M.T.I., DON J.A.F.G., DON L.G.P. y DON G.G.P."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que acogió en parte la demanda rectora de los autos, se alzan los propios trabajadores (dos recursos) al objeto de que se amplíe la condena a todos los codemandados, para lo cual solicitan con correcto amparo procesal modificaciones fácticas y denuncian infracciones normativas y de jurisprudencia.

Igualmente se alza frente a dicha resolución el codemandado y condenado D.G.R. quien, con correcto amparo procesal, invoca también motivos de hecho y de derecho solicitando la revocación de dicha resolución y la desestimación de las demandas rectoras de los autos frente al recurrente,

codemandados personas físicas y la mercantil ENTIDAD MERCANTIL "M.A., S.L." alegando falta de legitimación pasiva e incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la responsabilidad de los administradores sociales. Este recurso se impugna por los trabajadores alegando la indebida admisión y tramitación del mismo con fundamento en que el recurrente no garantizó en tiempo oportuno las cantidades objeto de condena, requisito exigido por el art. 227 LPL, tal impugnación debe ser desatendida por cuanto dicho recurrente al anunciar el recurso, consignó 1.000.000 ptas. para garantizar la condena al tiempo que ponía de manifiesto la falta de liquidez para poder consignar la diferencia, así como falta de garantías suficientes para poder obtener un aval por lo que ofrece, constituir hipoteca inmobiliaria aportando la documentación correspondiente relativa al inmueble que se oferta y valoración del mismo que supera el importe total del crédito a garantizar admitiéndole el juzgador de instancia tal medio de garantía esta fue presentada dentro de plazo si bien con defectos relativos al importe asegurado por lo que se le concedió plazo para subsanación, lo que así realizó, consecuentemente se observa la voluntad palmaria del recurrente de cumplir con los requisitos legales relativos al afianzamiento de la deuda por lo que la aplicación del principio pro actione en el presente supuesto es plenamente eficaz y por ello la tramitación del recurso anunciado de todo punto ajustada a derecho por lo que se debe rechazar en esta alzada la impugnación que se efectúa.

SEGUNDO.- Alegándose por el condenado recurrente la excepción de incompetencia de la jurisdicción social, *ratione materiae*, para conocer de la responsabilidad de los administradores sociales por deudas laborales, procede entrar en el análisis de dicho motivo previa audiencia del Ministerio Fiscal cuyo informe obra unido al Rollo) sin atenerse la Sala a los estrictos límites formales del recurso de Suplicación, no quedando vinculada a las alegaciones de las partes, sino que permite el análisis del total material probatorio existente en autos tal como tiene sentado de forma reiterada la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, (SSTS 23/1/90 y 1/3/90 entre otras), en consecuencia y entrando en el análisis de los elementos probatorios obrantes en autos se observa que el objeto del litigio -en este apartado- se refiere a que la mercantil para la cual prestaban sus servicios los actores y que los ha despedido ("T.C., S.L."), de la cual el recurrente era VOCAL del consejo de Administración, ha entrado en situación de suspensión de pagos situación anotada en el R. Mercantil el 26.01.98 y el 27.06.98 se anotó nuevo mandamiento calificando la insolvencia de dicha mercantil como definitiva con diferencia del pasivo

de 53.355.654 ptas. siendo el capital social de la misma de 1.100.000 ptas.

La resolución de instancia declara la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones en ejercicio de la acción social de responsabilidad, denegando dicha responsabilidad por el concepto de simples socios por estimar que el levantamiento del velo jurídico de la mercantil "T.C., S.L." no es factible pues no puede presumirse que su constitución en 1974 lo fuera con finalidad fiduciaria, igualmente entiende que no existe prueba de que la mercantil "G. y A.N., S.L." sea una sociedad fantasma o que su socio mayoritario fuese un mero testaferro de la familia R., extremos inatacados.

Centrado así el debate, la cuestión ha de ser resuelta de acuerdo con la doctrina unificada sentada por STS 15/1/97, 28/2/97 y 21/7/98 según la cual el ejercicio individual de acciones para la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales al objeto de resarcirse del daño sufrido como consecuencia de una actuación de dichos administradores que haya lesionado sus intereses, acción reconocida por el art. 69 LSRL 1995 que remite al art. 135 LSA 1989, debe ser planteado ante la jurisdicción civil pues dicha cuestión no es una cuestión prejudicial que deba ser resuelta por esta jurisdicción ex art. 4 LPL, sobre todo en los supuestos como el presente en que se implica a los administradores el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ART. 105.4 y 5 LSRL (art. 262.5 LSA en las resoluciones de STS), sino que se trata de una cuestión que necesita para su pronunciamiento de la previa valoración de la existencia de los condicionamientos legales determinantes o no de la obligación de disolución, para una vez determinada la existencia de tal obligación de disolver el incumplimiento de dicha obligación por dichos administradores sería lo que haría surgir su responsabilidad, mas aquel pronunciamiento compete a la Jurisdicción civil conforme al art. 9.2 LOPJ, consecuentemente incurre la resolución recurrida en el vicio denunciado, exceso de jurisdicción, y procede su revocación declarando la incompetencia de esta jurisdicción social para conocer de la responsabilidad de los administradores sociales dejando imprejuzgada dicha cuestión y remitiendo a los actores si les conviene a la jurisdicción civil para su exigencia.

Establecido lo anterior, si bien sólo ha recurrido una de las personas físicas condenadas debe aplicarse el resultado a las demás personas físicas codemandadas a las cuales se extienden los efectos de esta resolución en el indicado extremo aunque no recurrentes en aplicación del principio según el cual la competencia jurisdiccional es cuestión de

orden público apreciable de oficio por el Tribunal, así como en atención a las reglas relativas a la solidaridad previstas en el art. 1.140 y siguientes del Código Civil.

TERCERO.- Recuperando el orden cronológico de los recursos formulados, procede entrar en el análisis de los motivos fácticos de los actores y atendiendo al recurso planteado por la letrado del actor Sr. F.C. y tres más, se insta: A) la adición al hecho primero del hecho de que el actor J.R.O.F. es delegado de personal, se cita en apoyo de tal afirmación el f. 155 de los autos, que es la demanda pretendiendo que tal hecho no ha sido discutido y por ende aceptado por las demás partes, no se admite la modificación por cuanto: 1) la demanda no es documento hábil a los efectos revisorios pues no es un medio de prueba, sino que se limita a recoger los hechos que la parte afirma; 2) que tal hecho debió ser objeto de prueba concreta y determinada en juicio sin que se halla acreditado el mismo; 3) que no puede aceptarse la afirmación de que tal extremo no ha sido negado ni discutido por las demás partes, por cuanto del examen complementario de autos se observa en el acta de juicio (f. 631) que la empleadora directa, que era quien podía aceptar o negar tal extremo, en sus alegaciones manifiesta expresamente los hechos que acepta de la demanda, consecuentemente la oposición a la misma en el resto implica la negación del reconocimiento que se pretende.; B) en segundo lugar se solicita la modificación del hecho 4) al objeto de que se haga constar el parentesco de yerno de E.G. con G.G., sin que se cite documento alguno del que resulte el mismo, tal parentesco lo extrae de las confesiones de los codemandados medio de prueba inhábil a tal fin por lo que no se accede a dicha modificación, igualmente solicita una adición en dicho hecho relativa a dejar constancia de la participación que la mercantil “G. y A.N., S.L.” ostenta en otras codemandadas, la identidad de domicilio social con otra y que su administrador es también administrador de otras codemandadas, cita en su apoyo los f. 502 (factura) 521, 531, 543, 548, 550, y 560 (certificaciones del Registro Mercantil) no procede la adición postulada por cuanto: 1) la participación que ostenta en las demás mercantiles ya consta en probados; 2) la concurrencia de domicilio social con “P.I.G., S.L.” igualmente consta; 3) y de la documental que se cita no resulta la afirmación de que carece de trabajadores y que su administrador lo sea de las otras mercantiles, sino que en las otras mercantiles es apoderado el apoderado de esta (Sr. E.G.R.) que no administrador, y ni siquiera es apoderado de “I.C., S.L.”, por lo que la propuesta no se ajusta a la realidad y por ello se mantiene incólume dicho hecho.

Igualmente el actor Sr. V.C. pretendía la modificación de este hecho en similares términos que los expuestos, modificación que se rechaza por iguales razones, y a mayores por cuanto no cabe pretender una modificación fáctica en sentido negativo como la que se pretende en el último inciso. Siguiendo con el recurso de los (4) actores, C) se postula la modificación del hecho sexto de la sentencia recurrida para que se añada la expresión “...parte de los trabajadores de esta proceden de “T.C., S.L.”, cita en su apoyo el f. 436, que consiste en el Libro de Matrícula de Personal de esta mercantil en el que se observa que efectivamente tres trabajadores de la misma pasan a prestar servicios a la Entidad “P.I.C., S.L.”, procede en parte la modificación postulada para adaptarla a la realidad indicando que han sido tres los trabajadores transferidos; D) se solicita la modificación del último párrafo del hecho séptimo de probados, para que diga: “...el Sr. T.I., con anterioridad a la constitución de la referida sociedad, era trabajador autónomo y realizaba trabajos como autónomo para la empresa “T.C., S.L.” no obstante, una parte importante de los trabajadores de “L.” provienen de “T.C., S.L.” manteniéndoseles antigüedad, categoría, etc. todo ello sin causar baja en la empresa “T.C., S.L.”, además de utilizar los vehículos de ésta y sus instalaciones para guardar su maquinaria y utensilios de trabajo”; cita para ello el f. 436 libro de matrícula de personal de “T.C., S.L.” y f. 485 y 486 que son dos nóminas del mismo trabajador, no procede la modificación que se pretende porque: 1) el primer inciso ya consta en el propio hecho. 2) el resto de la propuesta es inexacto y predetermina el fallo ya que hace una valoración comparativa que no resulta de los documentos que se citan al pretender que “una parte importante de los trabajadores de “L.” proviene de “T.C., S.L.”, manteniéndoles la antigüedad” por cuanto de dichos documentos sólo resulta que pasaron tres trabajadores de esta a aquella mercantil y de ellos sólo se acredita la igualdad de condiciones para uno, desconociéndose cuantos trabajadores tiene “L.” por lo que mal puede afirmarse que tal número sea una parte importante; 3) por cuanto el último inciso carece de apoyo documental que lo sustente por ello se mantiene incólume dicho hecho.

CUARTO.- En sede jurídica los trabajadores recurrentes (ambos recursos), con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, sin cita de precepto infringido y con remisión a la doctrina que contiene la resolución recurrida y cita de la STS de 30/12/95, se razona y pretenden la extensión de la declaración de responsabilidades, de una parte al resto de mercantiles codemandadas y de otra (el primer recurso) del socio SR. G.P.; en cuanto a la última pretensión –responsabilidad del Sr. G.P.- el motivo se rechaza dando por reproducidos los argumentos

expuestos en el fundamento segundo por el cual declaramos la incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer de dicha pretensión remitiendo a los recurrentes a la jurisdicción civil si lo estiman oportuno para plantear dicha responsabilidad si la misma se pretende exigir sobre su condición de administrador de “G. y A.N., S.L.”, consecuentemente sin entrar en el fondo en tal particular extremo, se desestima tal motivo.

Si por el contrario dicha responsabilidad se pretende exigir bajo el prisma del levantamiento del velo jurídico de las sociedades mercantiles, sobre la base de apreciar que la sociedad constituía en realidad una mera vestidura formal o substrato dirigido a proteger los intereses personales de los socios en perjuicio de los trabajadores, tal pretensión no puede ser acogida, pues aparte de que el propio Juzgador a quo afirma “que no se acredita una finalidad fiduciaria en la constitución de dicha mercantil, ni que la misma fuera una pantalla o velo destinada a encubrir a los verdaderos empresarios ni por sí misma ni mediante el socio mayoritario”, por lo que si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial (STS de 19/9/1988, Ar. 6.920; 27/3/1989, Ar. 2.416; 25/9/1989, Ar. 6.488) ha venido señalando que aun cuando no alcanza valor absoluto el hermetismo producido por la utilización de formas societarias, dado que en singulares supuestos en los que la sociedad se constituye con amparo formal en norma determinada, pero con propósito abusivo, persiguiendo lograr un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, pueden los Tribunales para dispensar la tutela efectiva que consagra el art. 24.1 de la CE, penetrar en el substratum personal de dichas entidades, levantando su velo, en protección de los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados; también es lo cierto que la aplicación de tal doctrina requiere que las circunstancias posibilitadoras de esa penetración en el substratum personal de la persona jurídica, hayan quedado debidamente constatadas en la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada. Y en el presente caso, esa exigencia no se da, por cuanto en el relato fáctico no figura dato alguno que evidencie el ánimo defraudatorio en la constitución de la sociedad codemandada, ni que su socio mayoritario sea testaferro de la familia R., consecuentemente debe rechazare el motivo del recurso.

QUINTO.- En cuanto a la responsabilidad de las mercantiles absueltas -“L.I.E., S.L.”, “G.A.N., S.L.” y “P.I.C., S.L.”- no cabe efectuar el pronunciamiento que se postula por las siguientes razones: a) la mercantil “G.A.N., S.L.” tiene un socio mayoritario que controla dicha mercantil cuyo objeto social es precisamente el asesoramiento, gestión y administración e inversión de empresas, es decir su objeto social no es industrial sino que

puede calificarse como una sociedad de capital e inversión, patrimonial incluso, sin que conste que fuera de su actividad inversora dirija los destinos de las mercantiles en que participa imponiendo líneas de actuación, ordenando movimientos de personal, capitales etc. consecuentemente como mero inversor si dirección en las empresas en que invierte (al menos acreditada) no cabe hacerle responsable de aquellas sociedades en que ha invertido, b) en cuanto a la mercantil “L.I.E., S.L.”, tal y como razona el juzgador de instancia dicha mercantil opera con un socio mayoritario que ya actuaba como autónomo en el sector, prestando servicios como subcontratista incluso para la empleadora de los actores, por ello no cabe que por la mera admisión al trabajo de tres productores de aquélla se convierta, ni en sucesora ni en corresponsable de aquélla como si de una unidad patrimonial se tratase por cuanto dicha sucesión no se produjo ni existe tal unidad patrimonial, ni unidad de dirección ni mayores vinculaciones que la coincidencia de objeto social y algunos socios por ello no cabe imponerle responsabilidad alguna frente a los recurrentes de los que nunca ha recibido servicios; c) en cuanto a la mercantil “P.I.C., S.L.”, su objeto social consiste en la instalación de fontanería, frío, calor etc. su domicilio social se halla en Valladolid y pretende sustentarse que forma grupo con las condenadas en el hecho de la coincidencia del socio mayoritario y que asumió tres trabajadores de la empleadora de los actores, motivos insuficientes para acreditar la existencia de un grupo de empresas con responsabilidad solidaria de todos los miembros que lo componen pues no consta, ni se intenta acreditar, que esta mercantil haya recibido bienes o afianzamientos de alguna de las condenadas que permitan sostener la existencia de una caja única, sin que por el hecho de asumir tres trabajadores pueda hablarse de plantilla única entre las mismas. Por todo lo razonado no procede acoger el recurso pues no existe la configuración jurisprudencial del grupo de empresas constituido con fines defraudatorios frente a sus trabajadores, grupo en el que integrar a las codemandadas absueltas para imponerles responsabilidad frente a los recurrentes por ello procede desestimar los recursos formulados por los actores confirmando en dicho aspecto -empresas codemandadas integrantes del grupo- la resolución recurrida.

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

Fallamos

Que desestimamos los recursos formulados por los actores C.F.C. y tres más, representados por la letrado Sra. G.V., y por J.V.C., representado por la letrado Sra. L.L., contra la sentencia dictada el 25.11.98 por el Juzgado de lo Social nº 1 de

Pontevedra en autos nº 353 y 358-98 seguidos a instancia de dichos actores recurrentes contra las mercantiles “T.C., S.L.”, “M.A.C., S.L.”, “G.A.N., S.L.”, “P.I.G., S.L.”, “P.I.C., S.L.”, “L.I.E., S.L.” y las personas físicas codemandadas: E.G.R., L.G.R., T.G.R., D.G.R., J.S.R., M.T.I., J.A.F.G., L.G.P. y G.G.P.; y así mismo estimando el recurso formulado por el codemandado y condenado D.G.R. contra la citada resolución, declaramos la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de la responsabilidad de los administradores sociales de las mercantiles codemandadas y condenadas, remitiendo a los actores para el conocimiento de dicha cuestión a la Jurisdicción civil y en consecuencia, sin entrar en el fondo de dicha cuestión, absolvemos de dichas demandas a los condenados E.G.R., L.G.R., T.G.R., D.G.R. y a J.S.R. del contenido de dicha demanda.

Una vez firme esta resolución devuélvase el depósito constituido para recurrir y cancelense los afianzamientos prestados con dicho fin.

2655 RECURSO Nº 896/99

S. S.

COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER SOBRE INDEMNIZACIÓN DE DANOS E PERXUÍZOS RECLAMADAS Ó EMPRESARIO E Á SÚA ASEGUROURDA COMO DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 896/99 interpuesto por don R.C.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.C.L. en reclamación de Invalidez por accidente (Incompetencia) siendo demandado MUTUA “F.”, empresa “L.B.B., ETT”, empresa “E., 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. 1.077/97 sentencia con fecha veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de falta de competencia de este orden jurisdiccional social, absteniéndose de conocer de las pretensiones deducidas en demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Don R.C.L. figura afiliado a la Seguridad Social con el número..., el cual venía prestando servicios para la empresa “E., S.L.” contratada por la Empresa “L.B.B., ETT” siendo su categoría la de albañil –peón con una antigüedad desde el 02.09.96./ **SEGUNDO.-** El día 23.10.96 sufrió una accidente cuando se encontraba en el centro de trabajo de la empresa sita en... siendo asistido de urgencia en el Hospital “J.C.” causando baja el 23.10.96 por: “Fractura escápula derecha. Fractura clavícula derecha. Fracturas múltiples costales derecha. Hemotorax Izquierdo”. La Mutua “F.”, la cual tenía cubiertas estas contingencias, prestó servicios médicos al actor. Finalmente, fue dado de alta el 13.01.98 una vez agotadas las posibilidades terapéuticas y reparadoras con las siguientes secuelas: Callo exuberante por fractura de clavícula derecha. Pérdida de círculo de caja torácica en hemotorax izquierdo. Fibrotorax bilateral post-traumático de predominio izquierdo. Insuficiencia ventilatoria restrictiva secundaria. Decorticación pleural izquierda. Cicatriz quirúrgica, según expediente administrativo que se da por íntegramente reproducido./ **TERCERO.-** La Mutua “F.” acordó tramitar la invalidez permanente del actor derivada de accidente de trabajo proponiendo la incapacidad permanente total con una base reguladora de 2.288.174 pesetas aprobándose la misma por Resolución de 16.03.98, a propuesta de la C.E.I. de 04.03.98 constando en el dictamen médico de la U.V.M.I. lo siguiente: el 23.10.96 A.T. con fractura escápula derecha clavícula derecha, costillas derechas y hemotorax izquierdo. En 04.97 le realizan decorticación encontrándole un nódulo pulmonar en LSI que se confirmó con Tbc, realizando tratamiento específico con TAC torácico posterior que encontró engrosamiento pleural bilateral. Alta el 13.01.98. Secuelas: callo exuberante en clavícula derecha. Restricción pulmonar con disnea grado II./ **CUARTO.-** El actor reclama indemnización por lesiones permanentes e invalidantes en cuantía de 80.000.000 pesetas, sin que conste pacto sobre mejoras voluntarias de la

acción protectora respecto a accidentes de trabajo ni constan omisiones de medidas de seguridad e higiene./ **QUINTO.-** Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 26.12.97 con el resultado de “sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que, estimando la excepción de falta de competencia de este orden jurisdiccional social alegada por las entidades demandadas, debo abstenerme y me abstengo de conocer las pretensiones deducidas en demanda, siendo competente el orden jurisdiccional 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

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimando la excepción de Incompetencia de Jurisdicción, por razón de la materia, y sin entrar en el fondo del asunto, desestimó la demanda, interpone recurso de Suplicación el actor, denunciando en un único motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, infracción por interpretación errónea y consecuente, inaplicación de los arts. 24 de la C.E., arts. 1.2.b), 6, 10, 71, 80, 139 de la L.P.L., 9.5 de la L.O.P.J., art. 115, 124.4º, 125, 126, 171.2º y 195 de la L.G.S.S., así como art. 1.902 del C.C.; alegando sustancialmente, que los órganos de la jurisdicción social, son competentes para conocer de aquellos procedimientos que versen sobre indemnización de perjuicios reclamados al empresario y su aseguradora como derivados de accidente de trabajo.

El planteamiento del anterior motivo, dado su carácter de presupuesto de orden público procesal, impone a la Sala la necesidad de resolver el recurso, sin sujetarse al relato histórico de la sentencia impugnada, pudiendo analizar nuevamente la prueba practicada.

En relación con los hechos de la demanda, se desprende que el actor reclama determinada cantidad en concepto de indemnización por las lesiones y secuelas padecidas como consecuencia del accidente de trabajo padecido el 26 de octubre de 1996, en que estando haciendo una zanja para conducción de agua, se produjo un derrumbamiento de tierra que cayó sobre el trabajador quedando sepultado metro y medio bajo tierra, habiéndole quedado como secuelas: “callo exuberante en clavícula derecha y una restricción pulmonar con

disnea grado dos”, por la que le fue reconocida una invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo, reclamando indemnización por lesiones permanentes invalidantes en cuantía de 80.000.000 de pts.

Partiendo del art. 97.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que establece la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo con las otras que puedan resultar a consecuencia de que el hecho originador del siniestro pueda implicar responsabilidad civil o criminal de alguna persona, incluido el empresario, la cuestión que se debate en el presente conflicto se reduce a conocer si la competencia para conocer de esta posible responsabilidad civil viene atribuida a los órganos del orden social de la jurisdicción o a los del orden civil.

Tradicionalmente, los procesos sobre responsabilidad civil derivada de forma no del todo directa de la relación laboral o de la de aseguramiento social han sido conocidos por los órganos del orden civil de la jurisdicción, tanto por el ámbito de competencia de los tribunales sociales, limitado históricamente a las materias de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como por el carácter residual y extensivo del orden civil, hoy concretado en el art. 9.2 de la LOPJ, que le atribuye todas las materias que no estén asignadas a otro orden jurisdiccional. Al mismo tiempo, los tribunales de lo social han ensanchado su área de conocimiento, que abarca todo lo relativo a la rama social del derecho, como actualmente determina el art. 9.5 de la LOPJ y desarrolla en los art. 1 y 2 de la L.P.L.

De acuerdo con esto, los órganos de lo social han venido conociendo de acciones de responsabilidad civil que exceden de las puras consecuencias legales que previenen las normas sociales, como pueden ser, a título de ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1987 (daños morales por incumplimiento de contrato); en igual sentido las del Tribunal Central de Trabajo de 10 de julio de 1979, la del Tribunal Supremo (4º) de 20 de septiembre de 1990 (sobre indemnización de perjuicios por violación de derechos fundamentales); la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 1992 (sobre tutela del derecho al honor de unos trabajadores); las del Tribunal Central de Trabajo de 12 de noviembre de 1976 y 10 de diciembre de 1977 (responsabilidad sobre incendio o pérdida de instrumentos musicales de unos trabajadores), las del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990, 20 de abril de 1992, entre otras muchas (responsabilidad del Insalud por daños causados en asistencia sanitaria). Por otra parte el

artículo 75.3 L.P.L. atribuye competencia al Juez de lo social para las reclamaciones por perjuicios causados a consecuencia de actos fraudulentos en el proceso laboral que hayan producido un daño, sustrayendo a los órganos de lo civil el conocimiento de unos litigios que normalmente les correspondía.

Aunque la cuestión no resulta del todo pacífica, en el momento actual debe entenderse resuelta a favor de la jurisdicción social, por las siguientes consideraciones:

1º Las sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo del 6 de abril de 1989 y de 15 de noviembre de 1990, resolviendo un caso en que se ejercitaba la acción de responsabilidad con fundamento en el art. 1.902 del C.C. estableció: “lo mismo que las demás reclamaciones normales derivadas de accidente de trabajo, tienen su origen en el mismo hecho causante, es decir, un accidente de trabajo sufrido por el trabajador en ejecución de contrato de trabajo; si es así es indudable que estamos ante un conflicto individual dimanante de aquél, surgido como consecuencia de las relaciones de trabajo y, por tanto, por imperativo del art. 1.1 de la L.P.L. es competencia de este orden jurisdiccional social”.

2º Más recientemente, las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 4ª de 24 de mayo y 27 de junio de 1994 referencia (ar. 4.296 y 5.489), ambas recaídas en recurso de casación para la unificación de doctrina, han vuelto a pronunciarse sobre la cuestión, reiterando la competencia de este orden jurisdiccional. La primera de ellas comienza afirmando que “el daño producido por un accidente de trabajo puede dar origen a diversos mecanismo de reparación, generando las correspondientes obligaciones para sujetos también distintos”, de tal modo que si la responsabilidad del empresario es civil o criminal, el trabajador y sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables debiendo plantear la acción ante el correspondiente orden jurisdiccional... pero, el término civil se utiliza en el artículo 97.3 de la L.G.S.S. de 1974 (y 127.3 de la vigente de 20.6.1994) en un sentido amplio que comprende, frente a la penal, tanto la responsabilidad estrictamente civil como la que surge de un incumplimiento laboral, pues el empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño causado se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo... Pero cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores), la responsabilidad ya

no es civil, sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que atribuye al orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo.

3º Esa misma conclusión es a la que también llega la Sala de conflictos de competencia en sus autos de 23 de diciembre de 1993 (Ar. 10.131) y de 4 de abril de 1994 (R. 17/93), en los que declara la competencia del orden jurisdiccional social, aludiendo –en el primero de ellos- a que la L.P.L. atribuye a dicho orden el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, y que tanto el ET como la L.G.S.S., hacen referencia a los derechos del trabajador, y correlativa obligación del empresario, a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo que elimine o reduzca los riesgos que surjan en el desarrollo de su actividad; señalando el segundo de ellos: “debe entenderse que el daño causado en un accidente de trabajo, cuando concurre omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad legalmente establecidas, se deriva de un incumplimiento de las obligaciones que constituyen un contenido esencial del contrato de trabajo...”

4º Por otro lado no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido evolucionando (así la sentencia de 10.02.98), al hablar de la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo reconoce la competencia de la jurisdicción social cuando se trata de un ilícito laboral señalando que: “puesto que el cumplimiento de los deberes legales impuestos por la legislación sobre seguridad e higiene en el trabajo se integran en el contenido de la relación laboral atribuye el conocimiento de estas cuestiones a la jurisdicción social”.

Por lo que en aplicación de tal doctrina al supuesto de autos, y dado que la demanda y la contestación a la excepción invocada hace referencia tanto a la genérica responsabilidad extracontractual, como a la concreta responsabilidad del empresario, al indicar que el accidente se produjo el 23 de octubre de 1996, estando el trabajador abriendo una zanja produciéndose un derrumbamiento de tierra cayendo sobre aquél que quedó sepultado, alegándose que ello fue debido a que la zanja que se estaba abriendo no estaba debidamente apuntalada, como era preceptivo en este tipo de trabajos de entubado de conducciones de agua, lo que a juicio del actor, comportaba responsabilidad del empresario por incumplimiento del deber de proporcionar medidas de seguridad y de la aseguradora FREMAP, como responsable solidaria

en virtud del desplazamiento del riesgo derivada del contrato de seguro y garantizado en la correspondiente póliza (art. 76 de la Ley 50/80 de 8 de octubre). Consecuentemente ha de concluirse que la reclamación, sea o no fundada en el fondo, se fundamenta en un “ilícito laboral” que se imputa al empresario demandado, debiendo declararse la competencia del orden jurisdiccional social y con revocación del fallo impugnado, acordar la devolución de las actuaciones al juzgado de procedencia, reponiendo las mismas al momento de dictar sentencia, a fin de que por el Magistrado de instancia, se dicte nueva resolución entrando a conocer sobre el fondo del asunto, decidiendo éste con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don R.C.L. contra la sentencia de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de A Coruña, en proceso promovido por don R.C.L. frente a MUTUA “F”, empresa “L.B.B., ETT”, empresa “E., S.L.”, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar y revocamos la expresada resolución, y acordamos la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia, reponiendo las mismas al momento de dictar sentencia, a fin de que por el Magistrado de instancia, se dicte nueva resolución entrando a conocer sobre el fondo del asunto, decidiendo éste con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción.

2656 RECURSO N° 1.247/98

S.S.

COMPATIBILIDADE ENTRE PENSIÓNS DE INCAPACIDADE PERMANENTE DE DISTINTOS RÉXIMES (ESPECIAL AGRARIO E AUTÓNOMOS).

Ponente. Ilmo. Sr. D. Antonio J. Outeiriño Fuente

A Coruña, a veintinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente
SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.247/98, interpuesto por el letrado don C.M.V.L., en nombre y representación de don A.R.G., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº tres de los de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos Nº 564/93 se presentó demanda por don A.R.G., sobre COMPATIBILIDAD de PENSIONES de INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de diciembre de 1997 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.R.G., causó alta en el Régimen Especial Agrario el 1 de enero de 1968, cotizando sin interrupción desde esta fecha hasta el 30 de octubre de 1989, en que causó baja y desde el 1 de noviembre de 1991 hasta el 28 de febrero de 1993. 2.- Asimismo, el demandante causó alta en el Régimen General de la Seguridad Social como empleado de la construcción y permaneció en este régimen hasta el año 1982, causando alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el 1 de octubre de 1982, hasta el 31 de enero de 1990, en que causó baja, cotizando todo este tiempo en este régimen. 3.- Por el Ente Gestor demandado se recurrieron en Suplicación ambas pensiones, no por incompatibilidad entre las mismas, según ya se ha dicho, sino por entender que el actor no se hallaba incapacitado, recayendo sentencias del Tribunal Superior de Justicia en septiembre de 1991, por las que se desestimó el recurso interpuesto en cuanto a la pensión derivada de la afiliación del actor al RETA, confirmándose, pues, la incapacidad concedida como albañil autónomo y estimándose, por contrario, el otro recurso en cuanto a su trabajo como agricultor, por calificarse como no invalidantes las dolencias que padecía en orden a su trabajo como labrador. 4.- En 14.01.93 el actor solicitó nuevamente pensión de invalidez permanente en el REA y el Ente Gestor demandado le declara afecto de incapacidad permanente total, pero declarándola incompatible con la que venía percibiendo con cargo al RETA y por tanto sin derecho a pensión, contra lo cual interpuso la correspondiente reclamación previa. 5.- La base reguladora es la de 39.850 pts. mensuales”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Se desestima la demanda de don A.R.G., contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre compatibilidad de pensiones en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en

el Régimen Especial Agrario, absolviendo al Organismo demandado de las pretensiones de la demanda. 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor absolviendo libremente a la Entidad Gestora demandada. Y contra este pronunciamiento recurre el referido demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL en el que interesa la adición de un nuevo hecho probado -el sexto- redactado con el siguiente tenor literal: “De acuerdo con el dictamen de la UVM, de 10 de febrero de 1993, se trata de un paciente que fue considerado inválido total por sufrir diabetes e hipertensión arterial, así como EPOC y artrosis raquídea, lesiones que de hecho sufre por lo que no queda más remedio que reiterarle su consideración invalidante”.

La modificación propuesta ha de ser parcialmente acogida en el sentido de que el actor padece: “Diabetes e hipertensión arterial, así como EPOC y artrosis raquídea, habiéndose emitido dictamen por la UVM con fecha 10 de febrero de 1993”, sin que pueda aceptarse lo restante al suponer una predeterminación del fallo y valoración jurídica que no debe figurar en el relato de hechos probados.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 190.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción, por aplicación indebida, del art. 6 del RD 1.799/85, de 2 de octubre, en relación con la doctrina jurisprudencial que cita, por entender que el actor simultaneó durante años las cotizaciones al REA y al RETA, teniendo derecho al disfrute compatible de pensiones con cargo a ambos regímenes, por reunir los requisitos precisos para lucrarlas.

La infracción jurídica que se denuncia ha de ser acogida en función de las siguientes consideraciones:

1.- En primer término, no ofrece duda la declaración de compatibilidad de pensiones que se postula en demanda, pues conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial (STS ud. de 21/9/1992, Ar. 6.797 y 20/1/1993, Ar. 102 y 15/3/1996, Ar. 2.074), el art. 91 de la LGSS de 1974, hoy art. 122 de la vigente, al manifestar que las pensiones del Régimen General son incompatibles entre sí, admite la compatibilidad

entre las procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos necesarios para su devengo, siempre que no exista en los mismos norma que lo prohíba expresamente, la que en el supuesto de autos no ha sido invocada por la Entidad Gestora, limitándose sólo a sustentar la pretendida incompatibilidad en el mencionado art. 91 de la LGSS, cuando del art. 34 del Decreto 2.570/1970 de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de Autónomos, y del art. 47 del Decreto 3.772/72 de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Agrario, sólo se desprende tal incompatibilidad entre las que puedan concederse en cada Régimen respectivo, lo que no se da en el caso presente al tratarse de dos pensiones de invalidez con cargo a regímenes especiales distintos.

2.- En idéntico sentido, debe apreciarse la invocada infracción del art. 6 del RD 1.799/85, de 2 de octubre, toda vez que el supuesto enjuiciado cae fuera de los supuestos de pluriactividad que contempla el aludido precepto. En efecto, el actor solicita en su demanda que se le reconozca el derecho a causar pensión por incapacidad permanente total con cargo al Régimen Especial Agrario, así como que se declare la compatibilidad de tal pensión con la de invalidez total que viene percibiendo con cargo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, siendo así que cuando se produjo el hecho causante de la prestación que ahora solicita -el 10 de febrero de 1993 en que se emitió dictamen por UVM, y no en el año 1989 dado que el reconocimiento inicial de su pensión con cargo al REA fue dejado sin efecto por la sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1991 que revocó la del Juzgado nº 2 de Lugo de 27/6/1990-, se encontraba afiliado y en alta en el Régimen Especial Agrario desde el 01.11.91 y reunía todos los requisitos necesarios para su devengo al acreditar cotizados en dicho Régimen especial un total de 8.370 días que superan ampliamente los 8 años de carencia que se le exigían para la prestación con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.2 de la Ley 26/1985, de 31 de julio (folio 60 de las actuaciones).

Asimismo, cuando se le reconoció la pensión de invalidez total con cargo al RETA -por otra sentencia del mismo Juzgado nº 2 de fecha 7/6/1990, confirmada por la de esta Sala de 24/9/1991- también se encontraba afiliado y en alta en dicho Régimen especial y reunía en el mismo la carencia necesaria para causar la prestación que le fue reconocida, por lo que cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a *ambos* Regímenes, reuniendo las condiciones necesarias para el devengo de las respectivas prestaciones, no resulta aplicable el art. 6 del RD 1.799/85, de 2 de octubre,

que se refiere, en su párrafo primero, a los requisitos exigidos para causar pensión de jubilación o invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivada de contingencias comunes, en más de un Régimen de la Seguridad Social, cuando el interesado “no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada a la de alta en *ambos Regímenes*”, en cuyo caso será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los Regímenes se superpongan, al menos, durante *quince* años; contemplando el párrafo 2º los supuestos en que el interesado se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta en *uno* de los Regímenes y reúna en ambos los requisitos para causar derecho a pensión..., en cuyo caso se exige también, para el reconocimiento, que concurra el requisito de cotizaciones superpuestas a que se refiere el párrafo anterior; supuestos éstos en los que no cabe subsumir el caso enjuiciado, al haber estado el actor en la fechas de los respectivos hechos causantes afiliado y en alta en cada uno de los aludidos Regímenes especiales, y con carencia suficiente para causar pensión de invalidez total en cada uno de ellos.

TERCERO.- Los anteriores razonamientos imponen la estimación de la demanda en lo sustancial, pues las dolencias que el demandante padece le incapacitan para el ejercicio de las fundamentales tareas de su profesión como agricultor por cuenta propia (art. 135.4 LGSS de 1974, vigente en la fecha del hecho causante), tal como ya le reconoce la propia Entidad Gestora en base al dictamen de la UVMI, de tal modo que siendo compatibles ambas pensiones y no resultando aplicable el art. 6 del RD 1.799/85, de 2 de octubre, procede acoger el recurso y revocar el fallo impugnado en el sentido que se expresa en la parte dispositiva de esta resolución.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el actor don A.R.G., contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y con estimación de la demanda en lo sustancial, debemos declarar y declaramos el derecho del actor a causar pensión por incapacidad permanente total con cargo al Régimen Especial Agrario, en la cuantía de 55% de la base reguladora de 39.850 ptas., con los efectos económicos que reglamentariamente le correspondan. Asimismo, declaramos la compatibilidad de tal pensión con la de invalidez total que el demandante viene percibiendo con cargo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, en consecuencia, condenamos al demandado Instituto Nacional de la Seguridad

Social a estar y pasar por la anterior declaración y a que le haga efectiva la pensión declarada.

2657 RECURSO N° 1.009/99

S.S

DESPEDIMENTO NULO E NON PROCEDENTE, Ó REVELARSE A EXISTENCIA DUNHA CONDUCTA DISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE SEXO.

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

A Coruña, a treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.009/99 interpuesto por doña M.V.Q.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de esta Capital, dictada en autos número 207/98.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.V.Q.R. en reclamación de DESPIDO, siendo demandados “S.A.A., S.A.”, “A.A.C.E., S.A.”, “A.G.A.G.” CONCESIONARIA DE LA XUNTA DE GALICIA y el MINISTERIO FISCAL, habiéndose celebrado en su día acto de vista, recayó sentencia en autos núm. 207/98 con fecha cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declararon los siguientes: “**PRIMERO.-** Que la demandante doña M.V.Q.R. vino prestando sus servicios para la demandada “S.A.A., S.A.” (SERAUSA) con antigüedad de 01.07.94 con la categoría profesional de oficial 2ª administrativo, percibiendo un salario mensual de 180.000 ptas. con inclusión del prorrato de pagas extraordinarias. **SEGUNDO.-** Que la demandante inició la prestación de servicios con la codemandada SERAUSA en virtud de contrato de trabajo de naturaleza temporal para obra

o servicio determinado al amparo del RD 2.104/84, con categoría profesional de Administrativa que posteriormente se convirtió en indefinido. Con efectos de 01.10.96 la demandante ascendió a la categoría de Oficial 2º administrativo. TERCERO.- Que con fecha 10.10.97 la demandante causó baja laboral por enfermedad común, habiéndose expedido por el médico de cabecera parte de baja en el que se hace constar como causa de la misma "*Metrorragia Primer Trimestre*". Permaneciendo en dicha situación de baja hasta el 01.12.97. CUARTO.- Con fecha 26.12.97 se le entregó comunicación a la actora y a otros trabajadores de la empresa SERAUSA, llamados C.O.G. y M.L.V.N. por la que ponían en conocimiento de los mismos que a partir del 31.12.97 causaban baja en aquélla por su pase a "A.G., S.A." QUINTO.- Con fecha 08.01.98 la demandante suscribió con la codemandada "A.G.X.G.", contrato de trabajo de naturaleza indefinida en cuya cláusula cuarta se establece un período de prueba de 2 meses. Idéntico tipo de contrato fue el que suscribieron los trabajadores anteriormente referidos, C.O.G. y M.L.V.N. Con fecha del día siguiente a la del contrato fue dada de alta en la Seguridad Social. SEXTO.- Las empresas AUDASA y "A." pertenecen al grupo de empresas ENA ("E.N.A., S.A."). SÉPTIMO.- Con fecha 10.02.98 la empresa codemandada "A." comunicó a la demandante que con efectos de la misma fecha procedían a resolver el contrato de trabajo por NO SUPERACION DEL PERIODO DE PRUEBA. OCTAVO.- En fecha 06.03.98 se celebró acto de conciliación ante el Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación con resultado de sin avenencia, habiéndose reconocido en dicho acto por la codemandada "A.G., A.G." C.X.G, la improcedencia del despido de la demandante y la ambigüedad de la empresa de 01.07.94, poniéndose a su disposición en concepto de indemnización por despido, saldo y finiquito de la relación laboral la cantidad de 1.404.209 pts.".

TERCERO.- La parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda promovida por doña M.V.Q.R. contra la empresa "A.G., C.X.G. S.A.", "S.A. y A., S.A." y "A.A., C.E.S.A." debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado a la actora, y no NULO convalidando la declaración efectuada por la demandada en acto de conciliación, así como ajustada a derecho la indemnización consignada en este juzgado por dicha causa, absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en aquélla".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda interpuesta por la actora, declarando improcedente su despido litigioso, y no nulo, recurre la referida demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en el que interesa la nulidad de actuaciones y la reposición de las mismas al momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento determinantes de indefensión, en concreto, los arts. 105 de la LPL y 24 de la Constitución, por entender que se ha permitido a la empresa incluir en la contestación a la demanda un conjunto de hechos y circunstancias distintos de los contenidos en la comunicación de cese (carta de despido), lo que a su juicio ha producido indefensión a la demandante, por lo que debe resolverse sobre el recurso teniendo por no hechas tales manifestaciones. Asimismo, fundamenta el motivo en que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva al no dar respuesta respecto de la segunda causa de nulidad del despido invocada en la demanda: que la decisión de cese de la actora respondió también a una represalia de la empresa por las protestas y denuncias de la demandante ante las irregularidades producidas en la subrogación de su contrato de trabajo al pretenderse ocultar ésta mediante la formalización de un nuevo contrato, lo que -a su juicio- vulnera el art. 24 de la CE, por lo que sin que ello conlleve necesariamente una nulidad de actuaciones, se expone para que también, con los demás motivos de suplicación, se de una respuesta cumplida a todas las pretensiones de la actora con estimación final de las mismas.

SEGUNDO.- El análisis del anterior motivo, que ha de ser examinado con carácter preferente a pesar de la ambigüedad con que se formula, lleva a la Sala a la conclusión de su desestimación en función de las siguientes consideraciones:

* En primer término, la pretendida infracción del art. 105 de la LPL, fundada en el hecho de haberse permitido a la empresa incluir en la contestación a la demanda un conjunto de motivos de oposición distintos de los contenidos en la comunicación de cese (carta de despido), es una cuestión que como motivo de nulidad ya ha sido resuelta y rechazada por la anterior Sentencia de esta Sala de fecha 16 de octubre de 1998 (Recurso de suplicación nº 3.721/98), recaída en estos autos, y que declaró la nulidad de actuaciones por razones distintas de la aquí alegada. En dicha sentencia, se afirmaba que nada se había concretado por la parte recurrente a propósito de en qué forma esas alegaciones le han producido indefensión, limitándose a interesar que se considerasen como no incluidas o no puestas en

la contestación a la demanda, lo cual no constituía, en sí mismo, la invocación de un motivo de nulidad. Pese a ello, vuelve a reproducir ahora en términos semejantes la misma alegación que, por las mismas razones, debe ser rechazada como motivo de nulidad, sin perjuicio de que lo afirmado por la parte demandada al contestar a la demanda pueda ser objeto de valoración a los solos efectos de apreciar o no la existencia de un despido nulo por infracción de los derechos fundamentales que se invocan.

* En segundo término, tampoco resulta admisible la alegación de infracción del art. 24 de la CE, fundada en una falta de respuesta a la segunda causa de nulidad del despido que se invoca en la demanda -la represalia de la empresa por las protestas y denuncias de la actora-, pues aun cuando sobre este extremo la motivación de la segunda sentencia dictada por el Juzgado debe calificarse de escueta, sin embargo, de su fundamento jurídico tercero se desprende que -a juicio de la Magistrada de instancia- no concurrió en el cese de la actora discriminación alguna por razón de sexo ni infracción de ningún otro derecho fundamental, lo que supone dar una respuesta a la causa de despido invocada que, en aras del principio de conservación de los actos procesales y dado el carácter extraordinario de la nulidad de actuaciones, debe entenderse que cumple mínimamente con el requisito de motivación de las sentencias (art. 120 CE).

TERCERO.- Con cita procesal del art. 191.b) de la LPL articula la recurrente un segundo motivo de suplicación en el que interesa la adición de un nuevo hecho probado -el noveno- con el siguiente contenido: "Que por la Inspección de Trabajo se llevaron a cabo actuaciones sobre las circunstancias de la contratación y cese de la trabajadora demandante, levantándose acta de infracción nº 488/98, contra la empresa demandada "A.G., S.A.", concluyendo que existen circunstancias en la relación laboral de la denunciante, y en su terminación, que indican discriminación por razón de sexo, por lo que se le impone una sanción de 1.000.000 de ptas. por infracción muy grave, como se indica en la citada acta de infracción que obra unida a los autos, y se da por reproducida".

El motivo ha de ser parcialmente acogido en el sentido siguiente: "Con fecha 21.04.98 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción nº 488/98, cuya firmeza no consta, contra la empresa demandada "A.G., S.A.", proponiendo una sanción de un millón de pesetas por falta muy grave, en base a presuntas irregularidades en la extinción del contrato de trabajo de la actora derivadas, entre otras, de sus

circunstancias personales". Dicha redacción resulta de la documental que se cita obrante a los folios 32 y 33 de las actuaciones, sin que proceda aceptar en su totalidad la propuesta por la parte recurrente al contener valoraciones jurídicas, no especificar dato alguno a propósito de la firmeza del acta, confundir una simple propuesta de sanción con la sanción misma, y remitirse al contenido íntegro de dicha acta cuando, según una reiteradísima doctrina de suplicación, el mismo no constituye documento hábil a los efectos previstos en el art. 191.b) de la LPL.

CUARTO.- Con el mismo amparo procesal interesa la demandante, en otro apartado del motivo, que se adicione al hecho quinto de los declarados probados el siguiente contenido: "Que por la empresa "A.G., S.A." se comunicó al Instituto Nacional de Empleo la subrogación con efectos de 1 de enero de 1998 en el contrato de trabajo de la actora de carácter indefinido, que mantenía con la codemandada "S.A. y A., S.A." acogido a los beneficios del RD 9/97, figurando de alta con dicha fecha de efectos en su libro de matrícula del personal, y solicitando igualmente el alta con dicha fecha de efectos a la Tesorería de la Seguridad Social".

El motivo debe prosperar por resultar así de la documental que se cita, obrante a los folios 44 y 50 del ramo de prueba de la demandada "A.G., S.A.", si bien con exclusión del último inciso relativo a la fecha de solicitud de alta a la Tesorería General de la Seguridad Social, por figurar ya en el hecho probado quinto de la resolución recurrida.

QUINTO.- Con idéntico amparo procesal interesa la actora la adición de un nuevo hecho probado -el décimo- en el que se recojan los siguientes extremos: "Según resulta del Libro de Matrícula del Personal de la empresa "A.G., S.A.", con efectos de 1 de abril de 1998 fue contratado un nuevo trabajador con la misma categoría profesional que la actora".

El motivo ha de ser acogido sólo en el sentido siguiente: "Con efectos de 1 de abril de 1998 la empresa "A.G., S.A." contrató un nuevo trabajador con la misma categoría profesional que la actora". Tal adición se desprende de la documental citada por la recurrente (folio 44 del ramo de prueba de la demandada "A.G., CXG, S.A.").

SEXTO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL articula la actora-recurrente un tercer motivo de suplicación, relativo al examen del derecho aplicado, en cuyo apartado primero denuncia violación por no aplicación de los arts. 96 y 179 de la LPL, en relación con los arts. 55.5 del ET y 108.2 de la LPL, así como en relación con la inaplicación de los arts. 14 de la CE, 17.1 del ET y

10 de la Directiva Comunitaria 92/85, de 19 de octubre de 1992, y de la doctrina del Tribunal Constitucional y de suplicación que cita, todo ello sobre la base de sostener que, dadas las circunstancias concurrentes que han quedado acreditadas, se está en presencia -a su juicio- de un despido discriminatorio por razón de sexo.

La censura jurídica que se denuncia debe prosperar en función de las siguientes consideraciones:

1.- Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993 de 18 de enero), cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (STC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia... La decisión empresarial será así válida cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental.

2.- Y en el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se desprende no sólo la existencia de ese mínimo panorama discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, sino la falta de justificación por parte de la empresa "A.G., CXG, S.A.", de que su decisión extintiva fue ajena a todo motivo discriminatorio por razón del sexo, aun cuando hubiese reconocido la improcedencia del despido.

En efecto: A) Está acreditado que la demandante, vinculada a la empresa "S.A. y A., S.A." -desde el 01.07.94- en virtud de un contrato laboral que se había convertido en indefinido, recibió con fecha 26.12.97 -al igual que otros dos compañeros de trabajo-, comunicación escrita en la que se les que participaba que a partir del 31.12.97 causaban baja en dicha empresa pasando a "A.G., CXG, S.A.", lo que evidencia que por imperativo del art. 44 del ET se produjo una subrogación empresarial, de manera que el posterior contrato suscrito por la trabajadora

con "A.G., S.A.", y su cese acordado por ésta -el 10.02.98- en base a no superar el período de prueba, carecieron de toda apoyatura legal, por cuanto al tratarse de la misma relación laboral, no procedía la celebración de un nuevo contrato ni el establecimiento de un nuevo período de prueba (art. 3.5 ET), cuando la idoneidad para el puesto de trabajo desempeñado por la actora había quedado acreditada mucho antes. B) Por otro lado, consta también que en el momento de producirse la subrogación empresarial, la situación de embarazo de la trabajadora ya era conocida, al haber permanecido de baja laboral durante el período comprendido entre el 10.10.97 y hasta el 01.12.97, en que fue dada de alta médica reincorporándose al trabajo. C) Cebrado acto conciliatorio ante el SMAC -en 06.03.98-, la empresa "A.G., CXG, S.A.", reconoció la existencia de un despido improcedente, la antigüedad de la actora desde el 01.07.94 y la puesta a su disposición de la cantidad de 1.404.209 ptas. en concepto de indemnización, saldo y finiquito; suma ésta que consignó posteriormente en el Juzgado, ante la negativa de la trabajadora a conciliarse por estimar que procedía la obligada readmisión en su puesto de trabajo. D) En el acto de juicio, la demandada "A.G." se opuso a la pretensión de la actora reconociendo la existencia de un despido improcedente y alegando, por primera vez, como causa del mismo, el no cumplimiento por la actora de sus tareas laborales, cuestionando la autoridad de sus jefes e incumpliendo sus instrucciones, añadiendo que la demandante se olvidó de incluir a un trabajador en la nómina de enero; que incumplió las instrucciones en cuanto a hablar con el graduado social; que se negó a recibir la formación necesaria para saber hacer las tarjetas y gestionarlas con los Bancos, así como que cometió muchos errores en la tramitación y gestión de dichas tarjetas y en la actividad de compras; sin que nada conste sobre tales alegaciones, recogiendo únicamente la sentencia de instancia -como argumento para rechazar la nulidad del despido- las manifestaciones del Director Administrativo de la empresa en el sentido de que en realidad la causa del despido lo fue porque llegó a la conclusión de que la actora no era eficaz dentro del organigrama actual de la empresa, prescindiendo de sus servicios y utilizando para ello en principio la disculpa de la no superación del período de prueba.

3.- Es decir, en el caso presente, la demandada "A.G., CXG, S.A." no dio más explicación al despido que la de un conjunto de afirmaciones distintas y sucesivas que fue cambiando desde el inicio de la reclamación de la actora. Primero, la no superación del período de prueba en un contrato que en realidad se encontraba vigente desde 1994; después, la invocación en el acto de juicio de unos supuestos motivos disciplinarios y, finalmente, que

la actora no era eficaz dentro del organigrama actual de la empresa; y todo ello, ante la presencia de su derecho fundamental a no ser discriminada (art. 14 CE y STC 166/1988, de 26 de septiembre, y 173/1994, de 7 de junio). Por ello, no cabe aceptar que su decisión extintiva tenga una base real y ofrezca suficiente consistencia para estimarla como algo ajeno a todo propósito discriminatorio, máxime si se tiene en cuenta que aparece rodeada de otros hechos objetivos que refuerzan esa discriminación, como el mantenimiento en su puesto de trabajo de los otros dos trabajadores a quienes también afectó la subrogación empresarial, y la posterior contratación para el puesto que desempeñaba la actora de otro trabajador con su misma categoría profesional de oficial 2º administrativo. Procede, por tanto, estimar el motivo, revocar la sentencia impugnada y declarar la nulidad del despido con los efectos legales inherentes al mismo (art. 55.5 y 6 ET, arts. 108.2 y 111.3 LPL), al estimarse que la mencionada empresa, con la descrita actuación, traspasó indebidamente el ámbito de la legalidad, contra un derecho fundamental (art. 14 C.E.), produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón del sexo.

SÉPTIMO.- Cuestión distinta a lo anterior es la relativa a la infracción que se denuncia, en el segundo apartado del mismo motivo, de los arts. 55.4 del ET y 108.2 de la LPL, en relación con los arts. 24.1 de la CE, 5.c) del Convenio nº 158 de la OIT y la doctrina del Tribunal Constitucional y de Suplicación que se cita, todo ello en base a sostener la nulidad del despido por posible represalia de la empresa como consecuencia de la protesta de la trabajadora ante las irregularidades producidas en la subrogación de su contrato de trabajo por parte de la codemandada “A.G., CXG, S.A.”

Y es que en tal supuesto esa pretendida infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se da, ya que la única protesta que consta es la denuncia presentada por la actora ante la Inspección de Trabajo el 18.02.1998, esto es, después de haber sido despedida, por lo que mal puede apreciarse la existencia de represalia por el ejercicio legítimo de un derecho ante las autoridades laborales, cuando ese ejercicio se produjo con posterioridad a la decisión extintiva empresarial.

OCTAVO.- El tercer apartado del mismo motivo de recurso denuncia violación, por inaplicación, del art. 44 del ET y del principio de responsabilidad solidaria que rige en el ámbito jurídico-laboral en cuanto a los llamados grupos de empresa.

La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues el hecho de que las empresas “Audasa” y “A. pertenezcan al grupo de empresas

ENA (E.N.A., S.A.”), no significa que deba decretarse la responsabilidad solidaria de las ambas y de la también demandada “A.A.C.E.”, ya que es doctrina jurisprudencial muy consolidada (STS de 24.07.1989 (Ar. 5.908), 22.01.1990 (Ar. 180), 30.01.1990 (Ar. 233), S. 03.05.1990 (Ar. 3.946), 19.11.1990, 26.11.1990 (Ar. 8.605), 30.06.93 (Ar. 4.939) y 20.01.1997 (Ar. 618), la que ha venido declarando que en los supuestos de grupos de empresas, para que se de la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones laborales, es preciso que haya en el grupo confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección; añadiendo, incluso, las citadas sentencias de 30.01.1990 y 20.01.1997, el requisito de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores, lo que en el presente caso no se da.

Por otro lado, la apreciación de una situación de subrogación o sucesión empresarial prevista en el art. 44 del ET, sólo comporta la responsabilidad solidaria entre la empresa cedente y cesionaria, durante tres años, respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, pero no en relación con las posteriores a la misma, salvo en el supuesto previsto en el nº 2 del aludido precepto, esto es, cuando la cesión fuese declarada delito, lo que no es este caso. Procede, por tanto, condenar únicamente por el despido nulo de la actora a la cesionaria demandada “A.G., CXG, S.A.”, con la correlativa desestimación de la demanda y absolución de las empresas codemandadas, “S.A. y A., S.A.” y “A.A.C.E.”.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la actora doña M.V.Q.R., contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 1998, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de esta Capital en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y con estimación parcial de la demanda, debemos declarar y declaramos nulo el despido de la actora y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada “A.G., CXG S.A.”, a que proceda a la readmisión inmediata de la trabajadora con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente resolución. Asimismo, desestimamos la demanda respecto de las empresas, también demandadas, “S.A. y A., S.A.” y “A.A.C.E.” a quienes absolvemos libremente de la misma.

2658 RECURSO Nº 1.376/99

S.S.

CONTRATO DE TRABALLO TEMPORAL CONVERTIDO EN INDEFINIDO, POLO QUE A COMUNICACIÓN DE CESAMENTO É CONSTITUTIVA DE DESPEDIMENTO, QUE SE DECLARA IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel A. Fernández Otero

A Coruña, a cuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.376/99, interpuesto por doña M.B.C., 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 M.B.C. en reclamación de despido, siendo demandado empresa “V., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 748/98 sentencia con fecha 31 de diciembre de 1998, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Que presta servicios en la mencionada empresa desde el 25.08.97, ocupando la categoría profesional de PLANCHADORA, percibiendo un salario mensual de 194.362 pesetas, con prorrata de pagas extraordinarias.- **SEGUNDO.**- Que la relación laboral anteriormente mencionada se inició mediante la suscripción de un contrato por acumulación de tareas sometido al R.D. 2.546/94, del 29 de diciembre, con el objeto de “atender la acumulación de las tareas propias de categoría” desempeñando la trabajadora las funciones de planchadora hasta la finalización del contrato el día 24 de febrero del 98. Posteriormente, el día

siguiente, suscribe un contrato por obra o servicio determinado el día 25 de febrero de 1998, sometido al R.D. 2.546/94, del 29 de diciembre, con el objeto de “Finalización de Campaña Primavera-verano/98” desempeñando la trabajadora las mismas funciones que en el contrato anteriormente citado hasta el día 18 de marzo del 98, fecha en que la empresa pone fin al contrato. El 27 de abril de 1998 se reinicia la relación laboral mediante otro contrato bajo la misma modalidad, por obra o servicio determinado, con el objeto de “desarrollo de Campaña Otoño-Inviero/98” desempeñando la trabajadora las mismas funciones de planchadora que venía desempeñando en los contratos suscritos anteriormente. El día 2 de octubre del 98, la empresa comunica verbalmente a la trabajadora el fin de campaña y por lo tanto, terminación del contrato, sin haber comunicación escrita.- **TERCERO.**- La empresa ha permanecido cerrada en su sección de confección del 19 de marzo de 1998 al 26 de abril, por vacaciones del personal entre campaña y campaña, si bien funcionando sus servicios mínimos.- **CUARTO.**- En fecha 02.11.98 se celebró acto de conciliación ante el SMAC con resultado de SIN EFECTO. La papeleta de conciliación se interpuso el 22 de octubre de 1998”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Que desestimando la demanda deducida por doña M.B.C. contra LA EMPRESA “V., S.A.” 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.- Desestimada la demanda de despido, recurre la actora a través de un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 15.1.a), 49.3 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y 2.1 del R.D. 2.104/1984, de 21 de noviembre, alegando, en síntesis, lo siguiente: a) que la prestación de servicios fue ininterrumpida; b) que ha probado que no dependía -la contratación- de campañas; c) que se trata de una actividad normal de la empresa y excluida, por tanto, de contratación por campañas y d) que la empresa tenía que haber probado la finalización de la obra o servicio.

SEGUNDO.- La demandante prestó servicios como planchadora para la empresa demandada (dedicada a la industria textil) durante los períodos siguientes: 1º de 25.08.97 a 24.02.98 en virtud de un contrato

por acumulación de tareas; 2º) de 25.02.98 a 18.03.98 con contrato para obra o servicio determinado consistente en “finalización de la campaña primavera/verano de 1998” y 3º) desde el 27.04.98 con contrato igual que el anterior referido al “desarrollo de la campaña otoño/invierno de 1988”, hasta el 02.10.98, en que la empresa le comunicó verbalmente el cese por fin de campaña. Así las cosas, se imponen las siguientes consideraciones:

- La realización de una obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, de duración incierta aunque limitada en el tiempo, constituye la esencia conceptual del contrato laboral para obra o servicio, en cuyas notas no logra encajar la prestación de servicios llevada a cabo por la demandante, pues las denominadas campañas primavera/verano y otoño/invierno enmarcan la actividad constante de la empresa, dedicada a la producción textil ordenada – lógicamente – en atención a los períodos estacionales, de manera que no constituye una obra diferenciada y autónoma dentro de su actividad, sino esa misma actividad en un desarrollo normal y genérico, sin un principio y fin definidos objetivamente, que permitan singularizar el objeto del contrato del resto de la actividad de la empresa (S.T.S. de 26.05.97).

- No contradice lo anterior la argumentación de instancia basada en la S.T.S de 15.01.97, pues su contenido, parcialmente descrito por el juez “a quo”, poco o nada tiene que ver con el supuesto aquí enjuiciado, al abordar la contratación temporal en el ámbito de una contrata de servicios de vigilancia y seguridad con la intervención de un tercero que pacta la duración y condiciones del servicio a cambio de un precio, operándose así un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

La conclusión a la que se llega es la de declarar el cese impuesto por la empresa bajo la cobertura de una ilegal contratación temporal, constitutivo de despido improcedente, con las consecuencias inherentes a tal declaración, fijándose al efecto la antigüedad de la trabajadora en la fecha de suscripción del tercer contrato (27.04.98), habida cuenta de que, en contra de lo afirmado en el recurso, no hubo prestación ininterrumpida de servicios, habiendo transcurrido entre la extinción del segundo contrato y la concertación del tercero 39 días. En cuanto al salario, ha de acogerse el fijado en demanda y admitido de contrario (104.362 ptas. con inclusión de la parte proporcional de pagas extras), al tener su origen el expresado en el primero de los hechos declarados probados

(194.362 ptas. con inclusión de extras) en un mero error de transcripción o en un lamentable descuido.

En definitiva y por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.B.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña, de fecha 31 de diciembre de 1998, con revocación de la resolución de instancia, declaramos el despido improcedente, condenando a la empresa demandada a optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente sentencia, entre readmitir a la trabajadora o abonarle una indemnización de 65.231 ptas, así como al abono, en todo caso, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (02.10.98) hasta la de notificación de la presente resolución y a razón de 3.479 ptas. diarias.

2659 RECURSO N° 1.411/99

S. S.

**TRABALLADOR LICITAMENTE
CONTRATADO COMO INTERINO PARA
SUBSTITUIR A TRABALLADOR CON
DEREITO A RESERVA DE POSTO DE
TRABALLO, O CAL CESAMENTO POR
REINCORPORACIÓN DO SUBSTITUIDO NON
CONSTITÚE DESPEDIMENTO.**

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

A Coruña, a seis de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.411/99 interpuesto por don R.L.S. 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 R.L.S. 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. 450/98 sentencia con fecha 6 de noviembre de 1998 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- El demandante, don R.L.S., después de haber prestado servicios laborales para la parte demandada a través de diversos contratos temporales, suscribió el día 1 de agosto del presente año un nuevo contrato de interinidad, con objeto de “sustituir a don M.S.P., en situación de permisos sindicales y (que) se extinguirá por la incorporación sustituido(sic), o por la desaparición de su derecho a reserva del puesto de trabajo”. La categoría profesional del demandante era la de Auxiliar de Clasificación y Reparto en moto y el salario mensual ascendía a la cantidad de 176. 346 ptas. mensuales, incluido el prorrato de las pagas extras. SEGUNDO.- El día 14 del mismo mes de agosto la jefatura Provincial del organismo demandado le comunicó al actor que el último día del mes quedaría extinguido el contrato de trabajo por “incorporación del trabajador a quien Vd. Sustituía”. De acuerdo con esta comunicación el demandante cesó en su puesto de trabajo el día 31 de agosto. Posteriormente, el actor fue contratado con la misma categoría profesional en las siguientes fechas: Contrato del 09.09.98 al 14.09.98 por enfermedad de M.J.F.F. Contrato del 16.09.98 al 22.09.98 por enfermedad de J.M.D.F. Contrato del 24.09.98 30.09.98 por disfrute de asuntos propios del funcionario Sr. R.P. Contrato del 20.10.98 al 26.10.98 por enfermedad de S.P.B. TERCERO.- El trabajador sustituido don M.S.P. siguió con los permisos sindicales después de cesar el actor el 31 de agosto de 1998. En concreto, entre el 01.09.98 y el 30.09.98 aquél fue sustituido por don E.H.D., y entre el 01.10.98 y el 31.10.98 el sustituto fue don J.B.D. CUARTO.- El día 23 de julio de 1998 el trabajador don J.F.C. solicitó del Jefe Provincial del Organismo demandado la liberación de M.S.P. para el mes de agosto (152 horas), por estar previsto el disfrute de sus vacaciones anuales durante dicho mes. Esta solicitud fue aceptada por el demandado, por cuyo motivo se contrató al actor para sustituir al Sr. S.P. Posteriormente, el 27 de agosto el Subdirector General de Relaciones Industriales envió una comunicación al Jefe Provincial de Correos y Telégrafos, poniendo en su conocimiento la concesión de un permiso a J.F.C. para actividades sindicales, en el mes de septiembre, por un total de 152 horas, con cargo al crédito horario

que según el Acuerdo Marco de Relaciones Laborales de fecha 27.06.95, le corresponden a la ejecutiva estatal de U.G.T. QUINTO.- El día 7 de septiembre de 1998 el demandante don R.L.S. remitió al Presidente de la Comisión de contratación de personal laboral de a Coruña una carta en la que solicitaba que se revocase el cese producido el 31 de agosto y que se le repusiese en sus derechos. Esta solicitud fue desestimada por acuerdo del Jefe Provincial de fecha 16 de septiembre siguiente.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: desestimo la demanda sobre DESPIDO formulada por don R.L.S. contra la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL CORREOS Y TELÉGRAFOS y, en consecuencia, declaro que no ha existido despido, sino extinción del contrato de trabajo por una causa legalmente prevista en el mismo y, por ello, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones de 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.- Recurre el actor la sentencia desestimatoria de su demanda por despido; y con objeto de obtener su revocación y la declaración de nulidad de su cese o, subsidiariamente, la de su improcedencia, en ambos casos con sus correspondientes efectos, al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia en 9 apartados las siguientes infracciones legales: del art. 15.c) E.T. (apartado 1º); del art. 15 pfo. 3º E.T. (apartado 2º); del art. 96.12 E.T. (apartado 3º); del art. 17 E.T. (apartado 4º); del art. 4 del R.D. 2.546/94, en su párrafo B (apartado 5º); del art. 9 del R.D. 2.546/94 (apartado 6º); del art. 8 R.D. 2.546/94, párrafo 1 (apartado 7º); del art. 8.3 R.D. 2.546/94 (apartado 8º); y del art. 17 del Convenio Colectivo de Correos (apartado 9º).

En realidad, salvo la del apartado 8º todas las denuncias de infracción legal giran en torno a similares motivos de censura, afirmándose que el demandante debió permanecer en su puesto de trabajo hasta la incorporación del sustituido y que la empresa desconoció en el cese del actor acordado para el día 31.08.98 los preceptos que se citan del E.T. y R.D. 2.546/94, por falta de incorporación del trabajador sustituido, por fraude de ley en los contratos posteriores suscritos tras su cese y para ocupar su puesto, por “discriminación adversa en el

trabajo..." Solamente la denuncia que se formula en el apartado 8º del recurso tiene, aparentemente, una finalidad distinta de las restantes; pues se refiere a que "...en el peor de los casos, de no mantener al trabajador en su puesto de trabajo debería sancionar la necesidad de una indemnización a favor del trabajador perjudicado, cuestión ni siquiera debatida en la sentencia".

SEGUNDO.- La cuestión fundamental que se plantea es determinar si el cese que la demandada dio al actor en fecha 31.08.98 fue legítimo, constituyendo una extinción del contrato de trabajo suscrito el día uno anterior, como considera la sentencia de instancia, o si produjo un despido por su falta de cobertura legal, como sostiene el recurrente.

De los incombatis HDP resulta lo esencial siguiente: A/ Tras otros contratos anteriores, que se extinguieron en su día, el actor suscribió con el organismo demandado el día 01.08.98 un contrato de interinidad, al amparo del R.D. 2.546/94, con objeto (H.P. 1º) de "sustituir a don M.S.P., en situación de permisos sindicales y que se extinguiría por la incorporación del sustituido, o por la desaparición de su derecho a reserva del puesto de trabajo"; en dicho contrato, que obra al folio 20, se indicaba ya también su fecha final: el 31.08.98. B) En fecha 23.07.98, el trabajador de la empresa demandada J.F.C. -quien habitualmente disfrutaba de permisos sindicales; Ftº. Jurídico 2º Sent. de Instancia- solicitó de la empresa la "liberación" de M.S.P. para el mes de agosto al estar previsto el disfrute de sus vacaciones anuales durante dicho mes. El organismo demandado aceptó la solicitud "por cuyo motivo (H.P. 4º) se contrató al actor para sustituir al Sr. S.P.". C/. El 14 de agosto, el demandado comunicó al actor que el último día del mes quedaría extinguido el contrato suscrito por incorporación del trabajador al que sustituía. Por ello, el actor cesó el día 31.08.98; si bien fue posteriormente contratado por otras causas, como dice el H.P. 2º. Y d) El 27 de agosto, el Subdirector General de Relaciones Industriales envió comunicación al Jefe Provincial de Correos y Telégrafos participándole la concesión de un permiso al Sr. F.C. para actividades sindicales en el mes de septiembre. Por su parte, el trabajador sustituido en agosto por el actor, M.S.P., siguió con otros permisos sindicales después de cesar el actor en 31.08.98, siendo sustituido por distintos trabajadores los meses de septiembre y octubre.

De todo ello, el Tribunal concluye que se ajusta a derecho la conclusión a que llega la sentencia recurrida de que no se ha producido despido en el cese del actor, sino extinción legítima del contrato laboral de interinidad suscrito el 01.08.98.

TERCERO.- El contrato suscrito por las partes el día 01.08.98 lo fue de interinidad, celebrado al amparo del art. 4º del R.D. 2.546/94; precepto que prevé como tal el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma... y cuya duración será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva del puesto de trabajo... y disponiendo su extinción también por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación. Resulta indiscutible que el contrato suscrito el 01.08.98 se celebró válidamente al amparo de ésta norma, reuniendo los requisitos legales precisos; lo que tampoco cuestiona el recurrente, quien llega a citar el art. 15.c) E.T. y concordantes para afirmar que no duda de la naturaleza temporal de la contratación de que fue objeto (y por eso pide la readmisión "hasta que la plaza que ocupaba sea cubierta..."). Por lo tanto, el contrato laboral de 01.08.98 vinculó legalmente a las partes en los términos correspondientes.

A partir de ello, resulta que en el citado contrato quedó perfectamente determinado que su objeto era la sustitución del trabajador Sr. S.P. "en situación de permisos sindicales"; que la fecha inicial del contrato era 01.08.98 y la final 31.08.98; y que el contrato se extinguiría por la incorporación del sustituido o por la desaparición de su derecho a reserva del puesto de trabajo. Y efectivamente, subyacía en tal contratación la situación contemplada como causa de la misma: el trabajador de la demandada Sr. S.P. estuvo de permiso sindical todo el mes de agosto, a cuyo término el actor fue cesado por terminación del contrato suscrito el día 1 del propio mes. No obstante, consta que el citado Sr. S.P. continuó con otros permisos sindicales después del 31.08.98, en septiembre y octubre, siendo sustituido por dos trabajadores distintos. Este hecho, sin embargo, no propicia la ilicitud del cese dado al actor.

Y es que el contrato de interinidad suscrito el 01.08.98 tuvo por causa exclusivamente el permiso sindical del Sr. S.P. durante el mes de agosto, de tal manera que los permisos sindicales del mismo trabajador habidos en los meses de septiembre y octubre siguientes surgieron ex post al contrato y como causas distintas y ajenas al mismo, no pudiendo por ello ser invocados a los efectos de impedir la legal extinción del contrato del actor en 31.08.98. Así queda acreditado por lo siguiente: A) El permiso sindical del trabajador M.S.P. durante el mes de agosto surgió de manera conyuntural y en su propio origen para este solo mes: por ir a disfrutar de las vacaciones anuales durante el dicho mes, el trabajador Sr. F.C. -quien habitualmente disfrutaba de los permisos sindicales- solicita de la

empresa la “liberación” del Sr. S. para el mes de agosto (también al respecto, folio 72). Y ésta fue la causa y razón de la contratación del actor. B) Por ello, en el contrato de 01.08.98 no sólo se hizo constar que la interinidad era por permisos sindicales de M.S.P., sino también que la fecha final del contrato era el 31.08.98; y es que, conforme a lo anteriormente dicho, el permiso sindical del trabajador sustituido, causa de la contratación interina del actor, era en aquel momento exclusivamente para dicho mes de agosto. Y C) Ratifica lo anterior el hecho de que la demandada acuerda el cese del actor de conformidad con las previsiones contractuales y art. 4.2.c) R.D. 2.546/94 tal como han quedado referidas; así como que el 27 de agosto se concede al Sr. F.C. permiso para actividades sindicales en el mes de septiembre, lo que lógicamente suponía que no estaba previsto que M.S.P. continuase disfrutando de las horas sindicales de aquel más allá de agosto.

Por consiguiente, vinculado legalmente el contrato de interinidad suscrito el 01.08.98 a la sustitución del trabajador Sr. S.P. por permisos sindicales durante el mes de agosto, al cabo de ello, se extinguía legalmente dicho contrato al amparo de los arts. 15 y 49 E.T. y 4 del R.D. 2.546/94. Los nuevos posteriores permisos sindicales que tuvo el referido trabajador, por no previstos en aquel contrato y desvinculados del mismo y de su objeto, pasaron a constituir causas distintas que hicieron nacer otras interinidades, que por ello fueron legalmente concertadas por la empresa con trabajadores diferentes. No hay, pues, las infracciones legales que se denuncian en el recurso, habiéndose extinguido el contrato suscrito el 01.08.98 de modo ajustado a derecho, de acuerdo con el contrato, el artículo 15 E.T. y las disposiciones oportunas del R.D. 2.546/94 y del Convenio Colectivo de Correos; consecuentemente, tampoco existe fraude de ley alguno o la “discriminación adversa en el trabajo” a que se alude en el recurso. Por ello, la demanda por despido deviene inacogible; y consiguientemente el recurso mismo.

CUARTO.- Así pues, se rechazan las infracciones normativas que denuncia el recurrente. También la relativa al art. 8.3 del R.D. 2.546/94, puesto que ni se solicita en demanda la indemnización a que el precepto se refiere, ni sus previsiones amparan la alegación de recurso al tratarse el de autos de un contrato que duró un mes, sin pacto al efecto y en el que la empresa participó la extinción contractual el día 14 de agosto para el día 31 siguiente.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don R.L.S. contra la Sentencia dictada por Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol el día 06.11.98 en autos tramitados por despido bajo el nº 450/98, a instancias del recurrente frente al Organismo Autónomo “Correos y Telégrafos”, confirmamos la sentencia recurrida.

2660 RECURSO N° 1.460/99

S.S.

CESAMENTO VÁLIDO DE TRABALLADORA INTERINA POR COBERTURA REGULAMENTARIA DA VACANTE OCUPADA POLO QUE NON EXISTE DESPEDIMENTO, AÍNDA QUE A ADXUDICACIÓN RESULTANTE DO CONCURSO SEXA PROVISIONAL.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Adolfo Fernández Facorro

A Coruña, a seis de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.460/99, interpuesto por Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, 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 doña M.P.B.L. en reclamación de despido, siendo demandado Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 740/98 sentencia con fecha 24 de diciembre de 1998, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- La actora, doña M.P.B.L., viene prestando sus servicios para la demandada, como limpiadora, en el Centro de Trabajo de Instituto FP “A.P.”, dependiente de la Consellería de Educación. La actora tiene una antigüedad en la empresa de 17.01.94 y un salario de 144.000 ptas/mes, cod. ECD...- Presta sus servicios a medio de contrato de duración determinada, celebrado al amparo del R.D. 2.104/84, en el cual se establece que la duración de la jornada será de 37,5 horas semanales.- La Cláusula Sexta del contrato, establece: “O presente contrato extenderase desde 07.02.94, ata a provisión do posto de traballo con carácter fixo”.- 2.- En fecha 21 de octubre de 1998 la Consellería procedió a comunicar a la trabajadora por escrito, que cesaba en el puesto de trabajo por adjudicación del mismo a personal laboral fijo del Grupo V, siendo el contenido de la carta del siguiente tenor: “Esta Delegación comunicálle que doña M.P.B.L. cesa no posto de traballo de limpiadora, código ECD..., con data de 21.10.98, en virtud de Orde de 18 de setembro de 1998 (DOG 23.09.98) pola que se procede a adxudicación de postos ó persoal que ocupa postos de corpo de subalternos e persoal laboral fijo do grupo V, categoría II (limpiadores/as), afectado polo plan de racionalización de efectivos, derivado da posta en funcionamiento do novo edificio administrativo da Xunta de Galicia en Lugo. Deberá dar traslado deste escrito o interesado. Lugo a 21 de octubre de 1998. O Delegado Provincial. P.O. Secretaría Provincial Asdo. B.P.E.”.- 3.- La resolución de 11 de septiembre de 1998, por la que se publica el Acordo do Consello da Xunta de Galicia de 10.09.98, establece: II Categoría: Limpiadores.1.- relación de tódolos postos afectados, y en el punto 4 párrafo 2º, establece que las limpiadoras recogidas en la relación 1, deberán participar en el concurso de provisión de puestos de trabajo, incluidos en la Oferta Pública de personal laboral. Ello, en relación con la Disposición Segunda párrafo 2º, que establece que la adjudicación del puesto tendrá carácter provisional para el personal de limpieza mientras que no obtengan destino definitivo.- 4.- La demandante no ostenta ni ha ostentado representación de los trabajadores.- 5.- Con fecha 26 de octubre de 1998 la demandante presentó reclamación previa a la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, que no fue contestada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda de doña M.P.B.L., contra la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN Y ORDENACIÓN UNIVERSITARIA y contra doña B.M.M., debo declarar y declaro la improcedencia el despido, haciendo estar y pasar a los demandados

por esta declaración y condenando a la CONSELLERÍA demandada a que en el plazo de cinco días opte entre la readmisión de la actora o el abono de la indemnización de UN MILLÓN VEINTISÉIS MIL (1.026.000) pesetas; entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión procede la primera; y además al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la Sentencia y que hasta la fecha de la presente resolución asciende a la suma de TRESCIENTAS SIETE MIL DOSCIENTAS (307.200) pesetas, a razón de CUATRO MIL OCHOCIENTAS (4.800) pesetas diarias”.

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 de la actora, declara improcedente su despido y condena a la Consellería demandada a su readmisión o indemnización, decisión que impugna dicha Entidad, a través de un motivo de revisión probatoria y otro de denuncia de normativa jurídica infringida.

La revisión tiene por objeto que se adicione al ordinal tercero de los de prueba un particular en el que se haga constar que por resolución de 17 de diciembre de 1998 la Dirección General de la Función Pública resolvió el concurso de traslados del personal laboral y adjudicó definitivamente dicha plaza a doña B.M., así se acredita por el contenido de la referida resolución que obra incorporada a los folios 12 a 16 y 56 a 60 de autos. Es procedente la revisión, aun cuando la impugnante del recurso sostenga que en nada afecta la cuestión debatida al ser posterior a la carta de cese, ya que dicho extremo podrá ser objeto de apreciación al analizar la fundamentación jurídica.

SEGUNDO.- En orden a derecho se denuncia la infracción de los arts. 3.3 y 29.5 de la Ley 4/88, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, en relación con la cláusula 6ª del contrato suscrito con la trabajadora el 17 de enero de 1994 y con el art. 56 del ET.

La Xunta de Galicia, con motivo de la puesta en marcha de un edificio administrativo en Lugo, efectuó una reorganización de todos los servicios de personal laboral que afectó, por ello, al personal de limpieza, lo que motivó la contratación de la actora

con carácter interino y hasta que se cubriese la plaza en propiedad, produciéndose su cese cuando tiene lugar dicha cobertura, sin que su cobertura provisional implique que no se trata de una contratación fija, pues sólo determina que la así designada pueda optar a otro puesto antes de la adjudicación definitiva, como así resultó respecto a la actora, lo que se evidencia del hecho probado cuya modificación se solicitó.

Aun cuando la cita del precepto infringido no se ajuste exactamente a lo que resultaría exigible, ya que se omite cualquier referencia al concreto precepto del ET, en el que se funda el contrato de interinidad, sin embargo la denuncia resulta acogible. La cuestión debatida, tal como se plantea en la demanda y se argumenta en la sentencia, parte de unos hechos recíprocamente aceptados, contratación de la trabajadora con carácter interino, sujeta a la provisión definitiva del puesto de trabajo, a través del correspondiente concurso, en 21 de octubre de 1998 y como resultado de dicho concurso se adjudica la plaza, como personal fijo y con carácter provisional, a la codemandada doña B.M., dicha adjudicación, según entiende la sentencia de instancia, no tiene suficiente eficacia para producir la extinción del contrato de interinidad, lo que determina que reconozca la procedencia del despido.

La Sala no comparte dicha tesis, pues la adjudicación de plaza a la codemandada, como resultado de concurso, constituye a todos los efectos nombramiento en propiedad, sin que se enerve por el hecho de que la adjudicación sea provisional, ya que ello sólo supone la posibilidad de modificar entre los diferentes adjudicatarios la provisión de plazas concretas, pero nunca que una o varias plazas queden sin adjudicar, la trabajadora interina en modo alguno puede invocar un mejor derecho frente a quien es trabajadora en propiedad, aun cuando lo sea con carácter provisional; en el supuesto de autos además concurre la circunstancia de que, precisamente, esa misma plaza es la que es objeto de adjudicación definitiva, con posterioridad, a la propia codemandada.

De mantenerse el criterio sustentado por la sentencia de instancia se daría el contrasentido de que quien ha obtenido plaza en concurso se vería privado de ocupar un puesto de trabajo, en tanto éste es ocupado por personal interino; en definitiva, entendemos que la provisionalidad de la adjudicación no modifica la causa de extinción contractualmente prevista. Como reiteradamente viene entendiendo el Tribunal Supremo, la ilicitud del cese de un trabajador interino surge solamente cuando se le cesa para nombrar a otro con la misma cualidad, pero no cuando se trata de personal fijo, procede por ello la estimación del recuso y la

revocación de la sentencia de instancia al considerarse que el cese de la actora se ajusta a lo pactado y no constituye despido.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo, de 24 de diciembre de 1998, revocándola y declarando que el cese de la actora doña M.P.B.L. no constituye despido, absolviéndose de la reclamación a la Entidad recurrente y a doña B.M.M.

2661 RECURSO N° 1.545/99

S.S.

**CESAMENTO VÁLIDO DE TRABALLADORA
INTERINA POR COBERTURA
REGULAMENTARIA DA VACANTE
OCUPADA, POLO QUE NON EXISTE
DESPEDIMENTO, AÍNDA QUE A
ADXUDICACIÓN DEFINITIVA RESULTANTE
DO CONCURSO SEXA PROVISIONAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.545/99 interpuesto por CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA-XUNTA DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES DE LUGO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.R.R.R. en reclamación de

DESPIDO siendo demandado CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA-XUNTA DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 725/98 sentencia con fecha 9 de febrero de 1999 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- La actora viene prestando sus servicios para la demandada, como limpiadora, en el Centro de Trabajo de Instituto FP “A.P.”, dependiente de la Consellería de Educación. La actora tiene una antigüedad en la empresa de 07.02.94 y un salario de 144.000 ptas. mes, cod. ECD...- Presta sus servicios a medio de contrato de duración determinada, celebrado al amparo del RD 2.104/84, en el cual se establece que la duración de la jornada será de 18,45 horas semanales, duración que fue aumentada a 37,5 horas semanales en Diligencia Anexa al contrato de fecha 15.03.94.- La Cláusula Sexta del contrato, establece “O presente contrato extenderase desde 07.02.94 ata a provisión do posto de traballo con carácter fixo”.- 2º) En fecha de 28 de septiembre de 1998, y con efectos del día 30, la Consellería procedió a comunicar a la trabajadora por escrito, que cesaba en el puesto de trabajo por adjudicación del mismo a personal laboral fijo del Grupo V, siendo el contenido de la carta del siguiente tenor: “Esta Delegación comunicalle que doña M.R.R.R., cesa no posto de traballo de limpiadora, código ECD..., con data de 30.09.98, en virtude de Orde de 18 de septiembre de 1998 (DOG 23.09.98) pola que se procede a adxudicación de postos ó persoal que ocupa postos do corpo de subalternos e personal laboral fixo do grupo V, categoría II (limpiadores/as) afectado polo plan de racionalización de efectivos, derivado da posta en funcionamiento do novo edificio administrativo da Xunta de Galicia en Lugo. Deberá dar traslado deste escrito o interesado. Lugo a 28 de septiembre de 1998. O Delegado Provincial. P.O. Secretaria Provincial. Asdo. B.P.E.”.- 3º) La Resolución de 11 de septiembre de 1998, por la que se publica el Acordo do Consello da Xunta de Galicia de 10.09.98, establece: II Categoría: Limpiadores. 1.- relación de tódolos postos afectados, y en el punto 4, párrafo 2º, establece que las limpiadoras recogidas en la relación 1, deberán participar en el concurso de provisión de puestos de trabajo, incluídos en la Oferta Pública de personal laboral. Ello, en relación con la Disposición Segunda, párrafo 2º, que establece que la adjudicación del puesto tendrá carácter provisional para el personal de limpieza mientras que no obtengan destino definitivo.- 4º) La actora no ha ostentado cargo de representación sindical alguna.-

5º) Con fecha 09.10.98 se formuló reclamación previa que no ha sido contestada.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Se estima la demanda deducida por doña M.R.R.R. contra la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA y DOÑA M.F.R., declarando la improcedencia del despido efectuado; condenando a la Consellería demandada a optar, en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación de esta sentencia, entre la readmisión de la actora, en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían con anterioridad al despido o al abono de una indemnización de UN MILLÓN OCHO MIL (1.008.000) PTS, condenando asimismo a dicha Consellería al pago de los salarios dejados de percibir por la actora, desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia cuya suma, computada hasta la fecha de la misma alcanza SEISCIENTAS TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTAS (638.400) ptas, devengándose, diariamente, CUATRO MIL OCHOCIENTAS (4.800) PTS. Se absuelve a la codemandada DOÑA M.F.R.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que estimando la demanda declaró improcedente el despido de la actora, condenando a la Consellería demandada a que optara en el plazo de cinco días entre la readmisión o el abono de una indemnización, así como al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, absolviendo a la codemandada doña M.F.R.; pretendiendo como primer motivo de recurso, y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados y en concreto que se adicione un nuevo apartado al hecho probado tercero que quedaría redactado así: “Por resolución de 17 de diciembre de 1998 (D.O.G. del 22) de la Dirección Xeral da Función Pública, se resuelve el concurso de traslados del personal laboral y se adjudica dicha plaza definitivamente a doña M.F.R.”. Adición que se acepta al estar acreditada, por la documental (obrante a los folios 40, 44 de los autos).

SEGUNDO.- Como segundo motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia

recurrida- y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción de los arts. 3.3. y 29.5 de la LEY 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, e infracción del art. 56 del ET, así como de las sentencias del TCT de 21 abril de 1987 y 13 de septiembre de 1988; alegando fundamentalmente, que el problema discutido se centra en la interpretación de la cláusula sexta del contrato en que se dice “que el mismo se extenderá desde el 7 de febrero de 1994 hasta la provisión del puesto de trabajo con carácter fijo”, argumentando, que si el puesto de trabajo se ocupó por limpiadora fija, se ocupó también el puesto de dicha forma, aunque la trabajadora que lo ocupó pueda optar a otro puesto y que el mismo pueda ser adjudicado a otro trabajador en el concurso, y que de hecho a dicha trabajadora le fue adjudicado de forma definitiva en el concurso general de traslados de personal laboral; y que en todo caso, de aceptarse la tesis de la improcedencia del cese, no se produce una mutación de la duración del contrato transformándolo en indefinido y en consecuencia, la indemnización no debería ser superior al importe de aquellos salarios correspondientes al período que va entre el cese y la ocupación con carácter fijo de la plaza, ni los salarios dejados de percibir debían ir más allá de la toma de posesión, como propietaria definitiva de la plaza de la codemandada doña M.F.R.

La cuestión que se debate en la presente litis, se centra en determinar, si el cese de la actora, debe estimarse correcto o por el contrario no ajustado a derecho y en concreto en la interpretación de la cláusula sexta del contrato; que fue acordado o suscrito entre la actora y la Consellería demandada, como limpiadora con fecha 7 de febrero de 1994, y en el que en su cláusula sexta se establece “o presente contrato extenderase desde 07.02.94 ata a provisión do posto de traballo con carácter fixo”, -si como se entiende por la Consellería demandada-, si el puesto de trabajo se ocupó por limpiadora fija, se ocupó también el puesto de dicha forma, aunque la trabajadora pueda optar a otro puesto y aunque el mismo pudiera ser adjudicado a otro trabajador en el concurso y que fue adjudicado en forma definitiva a la trabajadora demandante hoy recurrida, o por el contrario, como se sostuvo por el Magistrado de instancia, dado que el contrato se extiende o se extendió hasta la provisión del puesto de trabajo con carácter fijo, y dado que el nombramiento de doña M.F.R., fue con carácter provisional, aunque posteriormente le fue adjudicado de forma definitiva en el concurso general de traslados de personal laboral, la comunicación de cese debía considerarse como un despido improcedente.

Para una más acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta que son hechos probados incontrovertidos: 1º).- La actora viene prestando sus servicios para la demandada, como limpiadora, en el Centro de Trabajo de Instituto FP “A.P.”, dependiente de la Consellería de Educación. Tiene una antigüedad en la empresa de 07.02.94 y un salario de 144.000 ptas. mes, cod. ECD...- Presta sus servicios a medio de contrato de duración determinada, celebrado al amparo del RD 2.104/84, en el cual se establece que la duración de la jornada será de 18,45 horas semanales, duración que fue aumentada a 37,5 horas semanales en Diligencia Anexa al contrato de fecha 15.03.94.- La Cláusula Sexta del contrato, establece “O presente contrato extenderase desde 07.02.94 ata a provisión do posto de traballo con carácter fixo”.- 2º) En fecha de 28 de septiembre de 1998, y con efectos del día 30, la Consellería procedió a comunicar a la trabajadora por escrito, que cesaba en el puesto de trabajo por adjudicación del mismo a personal laboral fijo del Grupo V, siendo el contenido de la carta del siguiente tenor: “Esta Delegación comunicálle que doña M.R.R.R., cesa no posto de traballo de limpiadora, código ECD..., con data de 30.09.98, en virtude de Orde de 18 de septiembre de 1998 (DOG 23.09.98) pola que se procede a adxudicación de postos ó persoal que ocupa postos do corpo de subalternos e personal laboral fixo do grupo V, categoría II (limpiadores/as) afectado polo plan de racionalización de efectivos, derivado da posta en funcionamiento do novo edificio administrativo da Xunta de Galicia en Lugo. Deberá dar traslado deste escrito o interesado. Lugo a 28 de septiembre de 1998. O Delegado Provincial. P.O. Secretaria Provincial. Asdo. B.P.E.”.- 3º) La Resolución de 11 de septiembre de 1998, por la que se publica el Acordo do Consello da Xunta de Galicia de 10.09.98, establece: II Categoría: Limpiadores. 1.- relación de tódolos postos afectados, y en el punto 4, párrafo 2º, establece que las limpiadoras recogidas en la relación 1, deberán participar en el concurso de provisión de puestos de trabajo, incluidos en la Oferta Pública de personal laboral. Ello, en relación con la Disposición Segunda, párrafo 2º, que establece que la adjudicación del puesto tendrá carácter provisional para el personal de limpieza mientras que no obtengan destino definitivo.- 4º) Por resolución 17 de diciembre de 1998 (D.O.G. del 22) de la Dirección Xeral da Función Pública, se resuelve el concurso de traslados del personal laboral y se adjudica dicha plaza definitivamente a doña M.F.R.”.

Esto sentado, esta Sala entiende que, si el puesto de trabajo se ocupó por limpiadora fija, en virtud de la Orden de 18 de septiembre de 1998, por la que se procede a la adjudicación de puestos de personal que ocupan puestos del cuerpo de subalternos y

personal laboral fijo del grupo V, categoría II Limpadoras, afectado por el Plan de Racionalización de Efectivos derivado de la puesta en funcionamiento del nuevo edificio Administrativo de la Xunta de Galicia en Lugo, con fundamento en el art. 3.3. y 29.5 de la Ley de la Función Pública de Galicia, 4/1998 de 26 de mayo, que tuvo como consecuencia que varias de las limpiadoras de las distintas Consellerías que se instalaron en el nuevo edificio, entre ellas la demandada doña M.F.R., fueran desplazadas y se ofrecieron puestos vacantes en otros centros del municipio de Lugo, entre ellos el puesto del centro de trabajo de FP “A.P.”, puesto que se adjudicó provisionalmente, con la obligación de las limpiadoras fijas de participar en el concurso de provisión de puestos de trabajo, que en aquel momento estaba convocado y que precisamente se resolvió definitivamente por Resolución de 17 de diciembre de 1998 de la Dirección General de la Función Pública, adjudicándosele la plaza en propiedad definitiva, es claro, que no se trata de un despido, sino de un cese reglamentario debido a la ocupación del puesto por personal laboral fijo – aunque con destino provisional- en virtud de la racionalización de efectivos que autorizaba la Ley de la Función Pública de Galicia, como consecuencia de la puesta en marcha del edificio Administrativo de la Xunta de Galicia en Lugo. En base a lo que, al no ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, estimar el recurso y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando el recurso interpuesto por la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA-XUNTA DE GALICIA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. TRES de LUGO. De fecha 9 de febrero de 1999 y con revocación de la misma, debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada por doña M.R.R.R., con absolución de la Consellería demandada y la codemandada doña M.F.R.

2662 RECURSO N° 2.216/96

S.S

O VALOR LIBERATORIO DO RECIBO DE FINIQUITO NON SE ESTENDE A DÉBEDAS DERIVADAS DAS OBRIGAS DE SEGURIDADE SOCIAL, QUE NESTE CASO INCUMBÍAN Ó

EMPRESARIO COMO CONSECUENCIA DE ALTA INDEBIDA DO TRABALLADOR NO RÉXIME DE AUTÓNOMOS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan L. Martínez López

A Coruña, a diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.216/96, interpuesto por empresa “L.I., S.A.” 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 don A.C.G. en reclamación de reintegro de cantidad, siendo demandado empresa “L.I., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 350/95 sentencia con fecha 12 de febrero de 1996, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Que el actor A.C.G., mayor de edad, con D.N.I. nº..., ha venido prestando servicios para la empresa demandada “L.I., S.A.” y ello desde el 1 de enero de 1990, hasta el 16 de junio de 1993, y ello como representante de comercio.- 2º.- Que con fecha de 16 de junio de 1993, el actor firmó recibo de finiquito, en el que se hace constar: “He recibido de la empresa “L.I., S.A.”, la cantidad de ciento treinta y ocho mil cuarenta y nueve pesetas, en concepto de liquidación por finiquito, quedando así saldada por todos los conceptos que pudieran derivar de la relación laboral que unía a las partes y que queda extinguida, manifestando que nada más tengo que reclamar”.- 3º.- Que con fecha de 30.09.1993, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social del actor como sujeto responsable (actividad representante de comercio), señalando como período efectos del 01.07.90 al 30.11.1992 ascendiendo el total de las cuotas a 814.757 Ptas. el 20% de recargo por mora de 162.951 Ptas. y el

importante total de la liquidación a 977.708 Ptas.-
 4º.- Que con fecha de 20.01.1995 el actor ingresó en la Tesorería General de la Seguridad Social, la liquidación de las cuotas, correspondientes al período del 01.07.1990 al 30.11.1992, por el importe de 978.285 Ptas, en las cuales se incluía la aportación de la cuota empresarial y del trabajador.-
 5º.- Que la empresa demandada, no abonó al actor las cuotas correspondientes a la aportación empresarial y que ascienden a la cantidad de

688.978 desglosadas, de la siguiente manera: “Cuotas a la Seguridad Social y otros conceptos. 6º.- Se intentó Conciliación ante el SMAC instada y celebrada los días 24 de marzo y 4 de abril de 1995 con el resultado de sin efecto.- 7º.- Se presentó demanda ante esta jurisprudencia social con fecha de 3 de mayo.- 7º.- Se presentó demanda ante esta Jurisdicción Social con fecha de 3 de mayo de 1995.-

8º.- Que alegándose en el acto de juicio por la empresa demandada, la excepción de incompetencia de Jurisdicción se dio traslado al Ministerio Fiscal el cual evaluó informe, con el resultado que obra en autos quedando los autos conclusos para sentencia”.

Concepto	Período	Base Cotización	Tipo	Cuota
Contingencias	01.07.90-30.11.90	2.95.320	24	502.877
Comunes				
Desempleo	01.07.91-31.12.91	1.184.640	5,2	61.601
Desempleo	01.01.92-31.12.92	910.000	6,2	56.462
Fogasa	01.07.90-31.12.92	2.095.320	0,4	8.321
Formación	01.07.90-31.12.92	2.095.320	0,6	12.572
Profesional				
Suma				641.833(A)

CUOTAS DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Epígrafe	Base de cotiz.	TIPOS CUOTAS			IMPORTE
		ILT	IMS	ILT	
102	2.095.320	0,9	1.35	18.858	28.287
SUMA					47.145(B)
SUMA(A+B).....					688.978

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones alegadas por la demanda y estimando la demanda interpuesta por don A.C.G. contra LA EMPRESA “L.I., S.A.”, debo condenar y condeno a la empresa demandada “L.I., S.A.”, a que abone al actor la cantidad de SEISCIENTAS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTAS SETENTA Y OCHO PESETAS (688.978ptas).”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia estima la demanda en la que el actor, representante de comercio reclama a la

empresa demandada, para la que trabajó de 01.01.90 a 16.06.93 las cuotas correspondientes a la aportación empresarial, y frente a la resolución estimatoria que condena a la empresa a abonar al actor la cantidad de 688.978 Pts, se alza aquella en Suplicación postulando la revisión del hecho probado primero de la resolución recurrida para que se adicione el siguiente texto: “La relación entre las partes se estableció mediante contrato escrito de fecha 31 de enero de 1990, en cuya cláusula vigésimoprimera el actor se obligó a afiliarse en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social en el plazo de 15 días naturales desde la firma del contrato, caso de no estarlo.”

También se postula la revisión del ordinal tercero para que su contenido se sustituya por otro que recoja lo siguiente: “Con fecha 30 de septiembre de 1993, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra-Vigo levantó al demandante acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social,

Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, por el período comprendido entre el 1 de julio de 1990 y el 30 de noviembre de 1992, por falta de alta y cotización al Régimen General de la Seguridad Social, como consecuencia de la resolución adoptada el día 2 de febrero de 1993 por la Agencia de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social nº 2 de Vigo, de declarar indebida el alta de fecha 1 de julio de 1990 de don A.C. en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y practicó su alta de oficio como representante de comercio en la empresa “L.I., S.A.”, con fecha de inicio de actividad 30.01.90”.

Ambas revisiones han de venir aceptadas, si bien con nulos efectos prácticos, como a continuación se expondrá al abordar la cuestión jurídica.

En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción, por interpretación errónea de los artículos 17.2 y 22.5 del Real Decreto 1.258/1987 de 11 de septiembre, del artículo 5 del Real Decreto 2.621/1986 de 24 de diciembre y de los artículos 4 y 5 de la Orden Ministerial de 20 de julio de 1987, en relación con el artículo 6.4 del Real Decreto 2.621/1986, alegando que es el propio representante de comercio el obligado principal y responsable de su afiliación, obligación derivada del contrato de trabajo que el trabajador dio por extinguido el día 16 de junio de 1993, dándose por saldado y finiquitado por todos los conceptos que pudieran derivar de la relación laboral que unía a las partes, manifestando que nada más tenía que reclamar, declaración de voluntad que tiene pleno valor liberatorio por sus términos claros, y por tanto hay que estar a su sentido literal.

También se denuncia, con carácter subsidiario, la infracción, por interpretación errónea del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 6.3.4 de la Orden Ministerial de 20 de julio de 1987, alegando que el representante de comercio tiene un plazo de seis meses para reintegrarse de la aportación del empresario a la Seguridad Social, y transcurrido dicho plazo el trabajador sólo podrá ejercitar su derecho al reintegro frente al empresario mediante el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de trabajo, las cuales tienen establecido un plazo general de prescripción de un año desde su terminación.

El actor ha venido prestando servicios para la empresa demandada como representante de comercio desde el 1 de enero de 1990 hasta el día 16 de junio de 1993, fecha en la que firmó recibo de finiquito. Con fecha 20.01.95, atendiendo al requerimiento de la Inspección de trabajo el actor ingresó en la Tesorería General de la Seguridad Social, la liquidación de las cuotas correspondientes al período 01.07.1990 al 30.11.1992 por el importe

de 978.258 Pts en las que se incluía la aportación de la cuota empresarial.

Por lo que a la primera alegación se refiere, la cuestión a resolver estriba en determinar el alcance liberatorio que ha de otorgarse al recibo de finiquito firmado por el actor en el que se hace constar: “He recibido de la empresa... la cantidad de ciento treinta y ocho mil cuarenta y nueve pesetas, en concepto de liquidación por finiquito, quedando así saldada por todos los conceptos que pudieran derivar de la relación laboral que unía a las partes y que queda extinguida, manifestando que nada más tengo por reclamar”. Y que a juicio de la recurrente ha de alcanzar a la reclamación formulada por el accionante.

Para dilucidar la cuestión es preciso dejar sentado que si bien es cierto que es el propio representante de comercio el obligado principal y responsable de su afiliación, así como el obligado a cotizar, abonando tanto su aportación como la que corresponda al empresario por cuenta del que realice su actividad profesional, también lo es que el empresario debe abonar su parte de cuota al representante en el momento de pagarle su retribución y que si no lo verifica, el representante puede resarcirse de dicho importe de la Tesorería General de la Seguridad Social dentro de los seis meses a la fecha del ingreso, pues transcurrido dicho plazo sin que el representante de comercio haya formulado su solicitud de reintegro, éste tan solo podrá ejercitar directamente su derecho al reintegro frente al empresario. En el presente caso no puede imputarse al actor incumplimiento de su obligación de afiliación, ya que durante el tiempo que duró su relación laboral lo estuvo al RETA, lo ocurrido es que después de finalizada la relación laboral, la inspección levantó acta de liquidación de cuotas por falta de alta y cotización al Régimen General, al considerar indebida el alta en el RETA, reclamándole al actor el pago de las cuotas correspondientes, en las cuales se incluía la aportación de la cuota empresarial. En tales circunstancias el carácter liberatorio del finiquito no puede extenderse a una deuda como la reclamada, por tratarse de una obligación de Seguridad Social, pues la obligación derivada del contrato de trabajo de afiliarse en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social ha sido cumplida por el actor.

Por lo que respecta a la alegada prescripción, también ha de venir rechazada, pues atendiendo a las circunstancias concurrentes, anteriormente expuestas, el dies a quo para reclamar no puede ser otro que aquel en que el actor atendió al requerimiento de pago e ingresó la liquidación de las cuotas correspondientes al período reclamado, pues antes de ello mal podía ejercitar dicha acción, y quedando dicho día fijado en el 20.01.1995, como

quiera que la fecha de la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC lo fue el día 24.03.95, es evidente que no ha transcurrido el plazo de un año que para la prescripción de la acción señala el artículo del Estatuto invocado por la recurrente.

En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por empresa “L.I., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, de fecha 12 de febrero d 1996, dictada en autos seguidos a instancia de don A.C.G. frente al recurrente, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida. Dese al depósito y consignación constituidos para recurrir su destino legal. Se condena a la empresa recurrente al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante.

2663 RECURSO N° 1.651/99

S.S

.DETERMINACIÓN DE ANTIGÜÍDADE PARA OS EFECTOS DO CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN POR DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.651/99, interpuesto por “A.D.M.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 780/98 se presentó demanda por don F.J.A.B. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la “A.D.M.” y don M.R.M. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de enero de 1999 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 F.J.A.B., mayor de edad y con D.N.I. número..., viene prestando servicios para la empresa “A.D.M.” desde el día 09.09.96, con la categoría profesional de chófer y un salario mensual de 117.308 pesetas, incluido prorr泄o de pagas extraordinarias. Varios fueron los contratos suscritos entre las partes: el primero de fecha 13.09.96 con una duración de un mes, prorrogado el 11.10.96, otro de fecha 08.11.96 de duración hasta el 31.12.96, habiendo firmado el correspondiente finiquito, y otro de fecha 04.02.97 por tiempo indefinido./ Segundo.- Por medio de carta de fecha 04.12.98, notificada al actor el día 11.12.98, se le comunicó que se le despedia con efectos desde el 16.12.98 en base a los siguientes hechos: 1.-negativa sin causa justificable, de circular con la furgoneta PO-....-AX por el camino vecinal del barrio de..., a la altura del número... de Moaña, domicilio familiar de D.R.V., niño que diariamente lleva al colegio, ya que su trabajo como chófer consiste en llevar personas discapacitadas físicas, psíquicas o sensoriales, a sus respectivos colegios./ 2.- Imprudencia temeraria, observada durante sus horas de trabajo; concretamente el día 30.11.98 provocó un incidente circulatorio con un vehículo PO-....-BF conducido por M.C., al cual propinó golpes en la cara con objetos./ Tercero.- Los hechos imputados al actor en la carta de despido no han resultado acreditados./ Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 15.12.98, la misma tuvo lugar en fecha 22.12.98 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 24.12.98./ Quinto.- El actor no es ni fue durante el último 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 F.J.A.B., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 16.12.98 por parte de la empresa “A.D.M.”, a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 399.651 pesetas, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión;

absolviendo a don M.R.M. de las pretensiones deducidas de contrario.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que, con estimación de la demanda, declaró improcedente el despido del actor, y condenó a la Asociación demandada a que, en el plazo de cinco días desde su notificación, opte por su readmisión, o por abonarle una indemnización de 399.651 pesetas y los correspondientes salarios de tramitación-, se formula recurso de Suplicación por la Asociación citada, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se redacte el hecho probado tercero de aquélla, en el sentido de que “los hechos imputados al actor en la carta de despido han resultado acreditados”; en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por interpretación errónea, del artículo 15.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores; y, en tercero, por igual cauce que el anterior, alegando infracción, también por interpretación errónea, del artículo 54 de dicho Estatuto.

SEGUNDO.- Se pretende, con el primer motivo del recurso, que, en el punto 3º de la relación fáctica de la sentencia de instancia, se señale, con relación a los hechos imputados al actor en la carta de despido –centrados en que se negó, como conductor, que prestaba sus servicios para la “A.D.M.”, sin causa justificable, a circular con la furgoneta, que se indica, por el camino vecinal del barrio..., a la altura del número... de Moaña, donde se halla el domicilio de un niño, que llevaba diariamente al Colegio, no obstante consistir su trabajo en llevar a éstos a personas discapacitadas físicas, psíquicas o sensoriales; y en que el 30 de noviembre de 1998, durante sus horas de trabajo, incurrió en imprudencia temeraria, al provocar un incidente circulatorio con otro vehículo, propinando golpes en la cara, con objetos, a su conductor-, que los mismo “han resultado acreditados” –sustituyéndose de esta forma lo que en ella se indica acerca de que no lo fueron-; pero lo cierto es que, a la vista de la prueba documental, que se cita en apoyo de ambas peticiones revisorias –un acta notarial, en la que se hace referencia a que la furgoneta, que conducía el demandante, podía pasar sin dificultades, por el camino, para justificar la primera imputación; y su recibo de haber prestando(sic) una tercera denuncia a la Guardia Civil, contra el actor, sobre presuntas

agresiones en riña, para demostrar la segunda-, dichos medios probatorios no son suficientes para demostrar adecuadamente la realidad de las citadas imputaciones, ya que, del hecho de que la furgoneta, que conducía el actor, pudiere pasar por el camino, que se indica, no sirve para dar por cierta la negativa del demandante a pasar por él; y el dato de que se presente una denuncia contra él, por presuntas lesiones en riña, no es suficiente para dar por sentado que incurriera en imprudencia temeraria durante las horas de trabajo.

TERCERO.- La inviabilidad de las revisiones fácticas pretendidas, deja huérfano de todo apoyo al tercer motivo del recurso –que, dada la índole de su contenido, debe ser analizado, por razones obvias, antes que el segundo-, pues, evidentemente, no puede alcanzarse la conclusión de que el actor incurrió en los incumplimientos contractuales, originadores de despido disciplinario, de desobediencia y de abuso de confianza en el desempeño del trabajo, previstas en los apartados b) y d), respectivamente, del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, que le atribuye la empresa; al no haber resultado acreditados los hechos en que ésta basa las correspondientes imputaciones.

CUARTO.- Distinta suerte debe correr, en cambio, el segundo motivo del recurso, dirigido que se tenga como fecha, que debe servir de inicio, para determinar la antigüedad del actor en el servicio, a efectos de fijar la indemnización, a que se refiere el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, la de 4 de febrero de 1997, en que se celebró entre las partes el contrato por tiempo indefinido, en cuyo curso se produjo el despido –y no la de 13 de septiembre de 1996, en que se iniciaron las relaciones laborales entre ellas, que tuvo en cuenta la Sra. Juez “a quo”-; ya que, si se tiene en cuenta que, entre el 31 de diciembre de 1996, en que terminó, firmando el actor el correspondiente finiquito, uno de los contratos celebrados, y el 4 de febrero de 1997, transcurrió un período de tiempo superior, en todo caso, al de veinte días hábiles, dentro del que los trabajadores podrán reclamar, en su caso, contra el despido, según el artículo 103.1 del TRLPL-, que no cabe calificar como breve e intrascendente, a los efectos de determinar la mencionada antigüedad; máxime, además, cuando la doctrina jurisprudencial, se ha manifestado, en relación con los contratos de trabajo sucesivos de una serie contractual, en el sentido de que, si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos; y si se ha producido una interrupción, superior a los 20 días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad (sentencias

del Tribunal Supremo de 20 y 21 de febrero, 25 de marzo y 5 y 29 de mayo de 1997, etc.).

QUINTO.- Lo anterior lleva a la estimación parcial del recurso, con las consiguientes consecuencias de dejar sin efecto la cuantía, que por importe de 399.651 pesetas, se fija como la indemnización, que habrá de abonarse al actor, en el supuesto de que la Asociación demandada opte por la no readmisión; y de señalar, en su lugar otra, para cuyo cómputo se tenga en cuenta que la antigüedad de aquél a tales efectos es de 4 de febrero de 1997.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de Suplicación, planteado por la “A.D.M.”, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social número Cuatro de Vigo, en fecha veintiséis de enero de mil novecientos noventa y nueve; debemos revocar y revocamos el fallo de la misma, exclusivamente con relación al importe de la indemnización, que se señala a favor del actor para el supuesto de que la Asociación demandada opte por su no readmisión; debemos declarar y declaramos que tal importe deberá computarse, teniendo en cuenta que la antigüedad de éste, a tales efectos, es de cuatro de febrero de mil novecientos noventa y siete; y debemos confirmar y confirmamos dicho fallo en lo restante.

2664 RECURSO N° 1.375/97

S. S.

NON PROcede A DECLARACIÓN DE GRAN INVALIDEZ POR NON APRECIARSE A NECESIDADE DE AUXILIO DOUTRA PERSOA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Adolfo Fernández Facorro

A Coruña, a trece de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.375/97, interpuesto por don M.V.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 342/96 se presentó demanda por don M.V.G. en reclamación de GRAN INVALIDEZ siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 de noviembre de 1996 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.V.G. nacido 06.12.34 y afiliado al Régimen Especial Agrario con el nº... siendo su profesión habitual la de labrador solicita de la Entidad Gestora demandada, la prestación de invalidez permanente derivada de enfermedad común petición que fue desestimada en fecha 22.04.96 reconociéndole hallarse afecto de I. Permanente Absoluta para todo trabajo./ SEGUNDO: Ha quedado agotada la vía administrativa previa./ TERCERO: Que el demandante presenta: Visto en varias ocasiones por artrosis generalizada y pérdida visión de ojo izqdo. hace unos 7-10 años y disminución visión en el ojo dcho. Actualmente presenta Herpes en ojo dcho. con visión corregida de 0,2 y dolor./ CUARTO: Que la base reguladora asciende a la suma de 61.694 pesetas.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don M.V.G. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a la parte 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda del actor que pretendía se le reconociese una situación de Gran Invalidez, ratificando la Invalidez Absoluta para el trabajo que le fue otorgada en vía administrativa y contra la misma

acude en Suplicación denunciando la infracción del art. 135 de la L.G.S.S. ya que a la vista de los informes médicos que obran en autos se deduce que se encuentra ciego, y que precisa la ayuda de tercera personas para los actos esenciales de su vida.

No procede acoger la denuncia, consistiendo la patología que el actor presenta en pérdida de visión en ojo izquierdo, y visión reducida en el derecho a 0,20, no se evidencia una ceguera total como afirma, prescindiendo de que al estar afectado de un proceso de herpes de córnea en este último no puede considerarse que se trate de una situación definitiva, en cualquier caso y con dicha visión no precisa el auxilio de otra persona para los actos básicos de su vida de relación, procede por ello la confirmación de la sentencia que así lo declara.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don M.V.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de A Coruña, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, confirmándola con absolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

**2665 RECURSO N°
03/0007554/1996**

S. CA.

CONIVENCIA ENTRE EMPRESARIO E TRABALLADOR PARA OBTER FRAUDULENTAMENTE PRESTACIÓN POR DESEMPEGO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, catorce de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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 03/0007554/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.V.G.G., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don M.C.A., contra Resolución de 15.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 35/95, pérdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 16.933/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la resolución recurrida, dictada con fecha 15 de diciembre de 1995 por la Dirección General de Servicios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, confirmatoria de la resolución dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de fecha 11 de junio de 1995 en virtud de la cual se le impone la sanción de pérdida de prestaciones por desempleo.

La citada resolución desestimó, en efecto, el recurso ordinario interpuesto por don M.V.G.G. contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña, confirmatoria a su vez del acta de infracción núm. 34 T/95, de 11 de marzo de 1995, por la que estimándose al recurrente responsable de una infracción muy grave de las definidas en el art.

30.3.3 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, se le impuso la sanción de referencia, apreciándose a los efectos del art. 40, de la Ley 22/97 la responsabilidad solidaria del empresario “P., S.L.” D.N.I... con domicilio en..., y que se dedica a la actividad de Montajes Eléctricos.

La Administración demandada comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a derecho la resolución recurrida.

II.- En el caso de autos nos hallamos en presencia de una sanción que tiene su origen en un acta de la Inspección de Trabajo que contiene un explícito relato de las circunstancias que determinaron su extensión, exponiendo detalladamente el procedimiento seguido por la empresa y el trabajador para la obtención por parte de éste de prestaciones por desempleo en connivencia con el empresario. Se trata por tanto de un acto administrativo sancionador dictado por la Administración Laboral cuya fiscalización corresponde a esta jurisdicción contenciosa, lo que no ocurriría si el recurso versara, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 31/84, de 2 de agosto, sobre una resolución del Instituto Nacional de Empleo relativa al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de las prestaciones por desempleo.

III.- Concretados en esos términos el objeto de la presente litis, hay que examinar el fondo del asunto; a este respecto, debe tenerse en cuenta que, como se revela del acta, -cuya nulidad pretende el recurrente al amparo de lo dispuesto en el R.D. 1.667/86, por cuanto que la forma en que el acta está redactada y las facultades de las que hace uso el Controlador Laboral exceden con mucho las que en dicho R.D. le reconoce como Auxiliares de la Inspección- el actor, socio a la sazón con el 26% y Secretario del Consejo de Administración de la empresa “C.C.R.I.” causa baja en la empresa según certificado de empresa que firma el encargado Sr. don J.M.B.P., Secretario de la misma, quien luego en declaración jurada (recoge el acta de la Inspección) manifestará que la firma no corresponde a su mano y pulso, ya que en esa fecha no pertenecía a la empresa; luego las prestaciones obtenidas por M.G.G. “P., S.L.” así como los documentos de cotización no se corresponden con la actividad realmente realizada por el citado M.G.G., pues el contrato de 01.06.94 que ha celebrado con la empresa “P., S.L.” es meramente instrumental, ya que deja voluntariamente un contrato fijo por un contrato temporal de tres meses; opta por un puesto de trabajo que no corresponde con su condición de Aparejador, cual es el de viajante, haciendo constar incluso en tal contrato una jornada de 40 horas de lunes a viernes, por circunstancias de la producción.

En el particular conviene recordar antes que nada que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre, 24 de noviembre y 27 de diciembre de 1988; 29 de marzo y 6 de noviembre de 1989 y 2 de febrero de 1990, la que declara que las actas levantadas por la Inspección de Trabajo, previa actuación de los controladores de empleo, gozan de presunción “iuris tantum” de veracidad prevista en el art. 38 del Decreto 1.860/75, de 10 de julio, pudiendo los inspectores desarrollar su función fiscalizadora, incluso sin necesidad de vistas, mediante comprobación del expediente administrativo, siempre que constaten, a la vista de las actuaciones practicadas por dichos controladores de empleo, la existencia de hechos constitutivos de infracción.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos hay que confirmar, pues, la resolución impugnada, al no resultar atendible tal motivo de impugnación, cual es el de la nulidad del Acta.

En relación con los restantes motivos de impugnación que se sustancian ha de señalarse, sin embargo, que, no obstante arguir que no se ha demostrado la falsedad de aquel documento, a parte de que el Controlador llegó a tal conclusión solo tras una conversación telefónica con el gerente de la citada empresa en la necesidad de buscar trabajo como comercial por sus buenas relaciones de la etapa anterior, que encontró en la empresa “P., S.L.”, aunque concluido el contrato no le fue renovado, quedando así en situación de desempleo, lo cierto es que la concurrencia de determinados indicios permiten la inferencia de que tal contratación, existente solo en un escenario temporal insignificante, se hizo de forma simulada y connivente, como procedimiento idóneo, para propiciar que el Aparejador metido a comercial pueda acceder a las prestaciones por desempleo que, de otra forma, no hubiera podido alcanzar, indicios que por su carácter plural y probado permiten obtener tal conclusión, pues nada de adverso se acredita.

Los razonamientos expuestos conducen, por tanto, a desestimar el recurso interpuesto.

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

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.V.G.G. contra Resolución de 15.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 35/95, pérdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 16.933/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

2666 RECURSO Nº 1.929/96

S. S.

ABOAMENTO DE DIFERENCIAS SALARIAIS POR REALIZACIÓN DE TRABALLOS DE SUPERIOR CATEGORÍA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis F. De Castro Fernández

A Coruña, a dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.929/96 interpuesto por doña C.R.G. y OTROS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.R.G. y OTROS en reclamación de PERSONAL XUNTA siendo demandado CONSELLERÍA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 975/95 sentencia con fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Para la demandada Xunta de Galicia-ConSELLERÍA de

Familia Muller e Xuventude, en el centro de trabajo Escola Infantil “C.” sita en Vigo, vienen trabajando con la antigüedad, categoría y salario siguientes las actoras C.R.G. DNI nº... desde 01.10.91 como Aux. Puericultora y 130.508 pts en 1994 y 135.077 pts en 1995, M.S.N.B., DNI... desde 01.10.91 como Aux. Puericultora y 130.508 pts en 1994 y 135.077 pts en 1995, R.V.F. DNI... desde 01.10.91 como Aux. Puericultora a igual salario que la anterior, M.J.V.E. DNI... desde 01.10.91 como aux. puericultora e igual salario que la anterior, M.T.R.F., DNI... desde el 01.10.91 como aux. puericultora e igual salario que la anterior, O.M.S.G. DNI... desde 05.07.94 como auxiliar puericultora interina y 135.077 pts en 1995./ 2º.- Los salarios abonados a las actoras en 1994 – corresponde al Grupo V y en 1995 al Grupo IV, reclamando en dichos años, salvo O.M.S. que sólo reclama en 1995, diferencias salariales con el Grupo II notificados en 571.158 en 1995 para todos de enero a 30 septiembre más 3.462 pts de extra julio 95 y O.M.S. de 1-mayo a 30 septiembre reclama 380.772 pts (incluida extra de julio 95) y de 1994 diferencias desde 01.10 al 01.12 con extra navidad 94 total 245.260 pts de diferencias total reclamado por todas (excepto O.M.S.) 879.880 pts. para cada actora y 380.772 pts total para O.M.S./ 3º.-Las funciones que desempeñan las demandantes en sus puestos de trabajo –iguales para todas- consisten en la atención integral a niños de hasta cuatro años consistentes en: a) cuidados generales del niño vigilancia y atención; b) desarrollo psicomotriz mediante estimulación precoz, entrenamiento motor con juegos, c) estímulos sensoriales y lenguaje, d) contacto con los padres a los que se les presentan tres informes anuales; e) colaboración con el resto del personal en la elaboración del proyecto educativo./ 4º.- Las actoras ostentan las siguientes titulaciones: C.R.G.: Diplomada profesora de EGB con asistencia a múltiples cursillos relativos a educación infantil. M.S.N.B.: licenciada en filosofía y ciencias de la Educación con múltiples cursillos de educación. Doña M.J.V.E.: Formación profesional de 1º grado profesión Jardín de infancia, habiendo superado las pruebas de acceso a UNED para Ciencias de Educación habiendo realizado cursillos diversos sobre educación infantil. M.T.R.F.: Formación profesional de 1º grado-profesión Jardín de infancia, habiendo realizado diversos cursos sobre educación infantil. O.M.S.G.: profesora diplomada de EGB especialidad de preescolar con título de FP de 1º grado rama hogar auxiliar de jardín de infancia./5º.- Las actoras formularon reclamación previa que les fue desestimada por resolución de 15.11.95 presentando demanda el 22.12.95.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda

formulada por las actoras C.R.G., M.S.N.B., R.V.F., M.J.V.E., M.T.R.F. Y O.M.S.G. contra la Xunta de Galicia a la que absuelvo del contenido de dicha 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 decisión de instancia resolvió desestimar demanda formulada en reclamación de diferencias salariales por el ejercicio de funciones de superior categoría de Educadora, por considerar el Magistrado que las desempeñadas se corresponden a las de Auxiliar Puericultora. Criterio del que discrepan las accionantes en esta vía de Suplicación, invocando -por el cauce del art. 191.c) LPL- la interpretación errónea del Convenio INAS-Galicia, en relación con el RD 1.004/91 (14-junio).

1.- La circunstancia de que formalmente no se haya propuesto revisión fáctica alguna, determina que se prescinda de las consideraciones que se hacen en el recurso respecto del certificado de la Directora del Centro, y que permanezcan inmodificables las funciones atribuidas a las accionantes en el tercero de los HPP: “la atención integral a niños de hasta cuatro años, consistentes en: (a) cuidados generales del niño, vigilancia y atención; (b) desarrollo psicomotriz mediante estimulación precoz, entrenamiento motor con juegos; estímulos sensoriales y lenguaje; (d) contacto con los padres, a los que se les presentan tres informes anuales; y (e) colaboración con el resto del personal en la elaboración del proyecto educativo”.

2.- Desde el punto de vista normativo ha de tenerse en cuenta (a) que el aplicable Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia -DOG 28-diciembre-1994) contempla las respectivas categorías profesionales de Educador Diplomado y Auxiliar-Puericultor (no aparece recogida la de Puericultor), pero sin precisar sus cometidos, preceptuando por ello que “mientras no se definan las funciones de cada categoría, en relación con cada puesto de trabajo efectivamente desempeñado, serán de aplicación las que tenía recogidas cada colectivo en su convenio de procedencia” (Disposición Transitoria Tercera); (b) que el Anexo III del Convenio Colectivo del INAS-GALICIA -DOG 22-junio-1988- se limita a señalar con indudable vaguedad que son Educadores Diplomados los que en posesión del correspondiente título, “prestan servicios

complementarios para la formación del alumno, cuidando del orden y compostura de éste en todos los actos del día” y que en la misma categoría se incluyen los “Educadores infantiles y los de centros de Educación Especial”, mientras que se definen los Auxiliares de Puericultura como quienes “bajo la dirección” de Puericultor “realizan las funciones auxiliares que les encomienden”.

3.- Asimismo, en la LOGSE (Ley 1/1990, de 3-octubre) se dispone que la educación infantil -hasta los seis años de edad- “contribuirá al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños” (art. 7), con los concretos objetivos de aprendizaje que señalan los arts. 8 y 9 (conocimiento y control del propio cuerpo y sus posibilidades de acción, formas de expresión y comunicación, lenguaje, pautas de convivencia, entorno natural, familiar y social), y que desarrollan el art. 2 RD 1.330/1991, de 6-septiembre, y el art. 4 del RD 133/1991, de 6-septiembre, razón por la cual se dispone en el art. 10 LOGSE que la misma “será impartida por maestros con la especialización correspondiente”, sin perjuicio de que “en el primer ciclo los centros dispondrán asimismo de otros profesionales con la debida cualificación”; mandato reiterado por el art. 14 RD 1.004/1991 (14-junio) y que desarrolla el art. 15 del mismo al disponer que los centros en los que se imparta, exclusivamente, el primer ciclo de Educación Infantil -hasta los tres años, conforme al art. 9.1 LOGSE- (a) deberán contar con personal cualificado en número igual al de unidades en funcionamiento, más uno; (b) por cada seis unidades o fracción deberá haber, al menos, un Maestro especialista en Educación Infantil o Profesor de Educación General Básica especialista en Preescolar; (c) que el personal cualificado estará formado por Maestros especialistas en Educación Infantil o Profesores de Educación General Básica especialistas en Preescolar, y por Técnicos superiores en Educación Infantil o Técnicos especialistas en Jardín de Infancia; y (d) que los niños serán atendidos en todo momento por el personal cualificado. En tanto que los centros que proporcionen, exclusivamente, el segundo ciclo de Educación Infantil (desde los tres hasta los seis años, conforme al precitado art. 9.1 LOGSE), deberán contar -art. 16-, como mínimo, con un Maestro especialista en Educación Infantil o un Profesor de Educación General Básica especialista en Preescolar, por cada unidad. Y los Centros en los que se imparten los ciclos primero y segundo deberán contar -art. 17- “con el personal cualificado mencionado en los arts. 15 y 16 del presente Real Decreto”.

4.- Lo anteriormente indicado pone de manifiesto que en materia de Educación Infantil el nomenclátor procedente del INAS y todavía acogido por el Convenio Único de la Xunta -

Educador/a y Auxiliar de Puericultura- resulta en la actualidad del todo obsoleto y en manera alguna responde a las exigencias profesionales y funcionales impuestas por la LOGSE, que -acabamos de decirlo- atribuye en exclusividad la formación de los niños a quienes tienen titulación de Maestro, Profesor de EGB, Técnico Superior o Técnico Especialista en Educación Infantil. Si bien ha de destacarse -posteriormente veremos su trascendencia- que esta última categoría ya viene recogida en el Anexo II del indicado Convenio Único, dentro del Grupo III y con el ordinal (50).

SEGUNDO.- 1.- A la vista de lo anteriormente indicado -en lo fáctico y en lo normativo- para la Sala es claro que las funciones atribuidas a las recurrentes y que precedentemente se han recordado -la atención integral a infantes-, en manera alguna pueden calificarse como "servicios complementarios para la formación del alumno", y que poco o nada tienen que ver con el "orden y compostura" en los actos diarios. Es más, se puede decir que la función del Educador -en la definición del Convenio Colectivo del INAS-Galicia- ofrece un primordial aspecto de apoyo docente que no es el específico de las escuelas infantiles o de educación preescolar, cuyo objetivo fundamental era -así se señalaba en el art. 13 de la derogada Ley 14/1970, de 4-agosto, vigente a la fecha de pactarse el referido Convenio del INAS- "el desarrollo armónico de la personalidad del niño" (con formación -se decía- "de carácter semejante a la vida del hogar" hasta los tres años, y que "tenderá a promover las virtualidades del niño" entre los cuatro y cinco años); y que actualmente consiste -el referido objetivo- en contribuir "al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños" (citado art. 7 LOGSE).

Tal como está planteada la cuestión en autos, no creemos que la decisión a adoptar haya de ser coincidente con la STS 25-marzo-1994 Ar. 2.638, en la que a Auxiliares de Puericultura -también procedentes del INAS y transferidas a la Comunidad Autónoma de Madrid- se les reconoció el derecho a percibir la retribución correspondiente a la categoría profesional de Educador, (a) porque existía el ejercicio efectivo de tales funciones (este era presupuesto de hecho indiscutido, inexistente en el presente caso), cuyo contenido en el correlativo Convenio Colectivo se desconoce, (b) porque no mediaba una exigencia legal, que no convencional, de título oficial específico habilitante del que careciesen (reiterando en este aspecto, criterio ya sentado por las SSTS 30-marzo-1992 Ar. 1.887, 25-marzo-1994 Ar. 2.638, 27-diciembre-1994 Ar. 10.710, 30-mayo-1996 Ar. 4.709, 19-abril-1996 Ar. 3.327, 4-junio-1996 Ar. 4.481, 12-junio-1996 Ar. 5.066, 15-julio-1996 Ar. 5.989, 22-julio-1996 Ar. 6.384, 23-septiembre-1996 Ar. 6.767, 23-

septiembre-1996 Ar. 6.768, 30-septiembre-1996 Ar. 6.955, 10-octubre-1996 Ar. 7.612, 23-octubre-1996 Ar. 7.788, 20-marzo-1997 Ar. 2.593, 11-mayo-1997 Ar. 3.974, 11-mayo-1997 Ar. 3.974, 15-mayo-1997 Ar. 4.099 y 3-julio-1997 Ar. 5.696), y (c) porque tampoco se trataba de una relación estatutario-administrativa (SSTS 26-julio-1993 Ar. 5.983, 29-octubre-1993 Ar. 8.054 y Auto de 11-junio-1997 Ar. 4.702).

2.- Ahora bien, este Tribunal también entiende -rectificando la solución adoptada en precedente sentencia de 8-abril-1999 R. 435/96 y tras reconsideración del tema- que el cometido de las demandantes excede, con mucho, del previsto para el/la Auxiliar de Puericultura que el Anexo III del citado Convenio del INAS ("funciones auxiliares que les encomienden"), o del contemplado en el art. 12 de Reglamentación de Trabajo para Guarderías Infantiles, aprobada por OM de 18-enero-72 (alimentación, aseo y bienestar de los niños), precisamente porque el quehacer de las mismas -ya referido- se encuentra en coherente línea con la previsiones contenidas en la LOGSE y que han quedado indicadas. Y esta consideración nos lleva a estimar parcialmente la demanda, por entender que las funciones ejercitadas tienen perfecta cabida en la categoría profesional de Técnicos especialistas en Jardín de Infancia que refiere el art. 15 del RD 1.004/1991 (14-junio) y que expresamente se contempla en el Anexo II del Convenio Único del Convenio Colectivo de la Xunta de Galicia, en el Grupo III y bajo el nº 50, recogiendo así una categoría profesional y correlativas funciones señaladas imperativamente en la LOGSE para la educación primaria. Y aunque a la Sala no le consta la necesidad de concreta titulación para el desempeño de la misma, tiene la convicción -creemos que razonable- de que la misma se halla superada por la que ostentan las actoras y que figura relatado en el inmodificado ordinal cuarto de los HPP y que incluso llega a Licenciatura Universitaria; porque -en definitiva- rechazamos como inaceptable hipótesis que la Xunta de Galicia pretendiese cumplir la trascendente misión de educar la infancia (nos remitimos a la Exposición de Motivos de los RRDD 1.330 y 1.333/1991, de 6-septiembre) sin observar las previsiones de la LOGSE en orden al grado de formación y/o titulación exigible a los educadores, una vez superado -con mucho- el período transitorio contemplado en aquélla y en la normativa de desarrollo (RD 1.004/1991, de 14-junio). Es más, las precedentes conclusiones vienen reforzadas por los donosos términos del escrito de impugnación del recurso, al referir la existencia en el Convenio Colectivo de la aludida categoría profesional de Técnico Especialista en Jardín de Infancia e indicar -en manera que claramente invita a la solución adoptada por la Sala- "que no se entiende que las

actoras no hayan postulado su integración en la misma ni el abono de las correspondientes retribuciones"; palabras que -junto con la máxima "quien pide lo menos, pide lo más"- nos llevan a excluir que el reconocimiento de retribución por el ejercicio de las funciones de aquella categoría de Técnico pueda considerarse una distorsión de las pretensiones y del debate, integrante de censurable incongruencia.

3.- Por todo ello, en observación del sinalagma existente entre los servicios prestados y los correlativos salarios que a aquéllos corresponden (SSTS 30-septiembre-1996 Ar. 6.955, 11-mayo-1997 Ar. 3.974 y 3-julio-1997 Ar. 5.696), sin el obstáculo -ya aludido- de la titulación oficial habilitante, procede por aplicación de los arts. 4.2.f) y 39.3 ET, así como 35 CE, el reconocimiento de la retribución propia de la funciones realmente desempeñadas, de Técnico Especialista en Jardín de Infancia; consecuencia que se apoya igualmente en la interdicción del enriquecimiento sin causa de que en supuestos similares habla la Jurisprudencia (SSTS 20-marzo-1997 Ar. 2.593, 30-mayo-1996 Ar. 4.709 y 30-septiembre-1992 Ar. 6.828). Por todo ello y habida cuenta de que nuestra competencia (lo hemos destacado en diversas ocasiones: así, las sentencias de 9-junio-92 R. 2.541/91, 25-junio-92 R. 1.895/91, 27-marzo-98 R. 2.271/95 y 3-julio-98 R. 4.633/95), no se extiende a las operaciones matemáticas y los cálculos contables, que no son misión propia del Tribunal, sino que las ciertamente complejas han de ser objeto de la correspondiente prueba pericial a valorar por los organismos jurisdiccionales, y las que revistan una mayor elementalidad han de ser realizadas por la parte y meramente comprobadas por la Sala,

Fallamos

Que acogiendo parcialmente el recurso, revocamos la sentencia que con fecha 14-febrero-1996 ha sido dictada en autos procedentes del Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Vigo y estimando en parte la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, declaramos el derecho de las actoras C.R.G., M.S.N.B., R.V.F., M.J.V.E., M.T.R.F. y O.M.S.G., a percibir en el período reclamado el salario correspondiente a la categoría profesional de Técnico Especialista en Jardín de Infancia, y condenamos a la demandada CONSELLERÍA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE DE LA XUNTA DE GALICIA a estar y pasar por la presente declaración y a que le abone las diferencias entre la remuneración percibida y la propia de aquella categoría.

2667 RECURSO N° 1.842/99

S. S.

INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL, QUE IMPIDE COÑECER DA DEMANDA POR DESPEDIMENTO Ó TRATARSE DUN CONTRATO DE AXENCIA.

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

A Coruña, a diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.842/99 interpuesto por don C.G.V. 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 C.G.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la empresa "A.E., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 649/98 sentencia con fecha 27 de enero de 1999 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.G.V., con D.N.I. número..., venía prestando servicios para la empresa "A.E., S.L." domiciliada en c/..., Madrid, en virtud de un contrato de Agencia, de 13 de noviembre de 1997, cuyo objeto es la realización por el contratista (Sr. G.V.) de la actividad de gestión, venta y distribución de mercancías, directamente al consumidor (material informático, regalos, libros, etc.). La duración del contrato era por nueve meses, desde el 13.11.97, quedando renovado automáticamente por períodos iguales si cualquiera de las partes no solicitara su cancelación por escrito. Acuerdan ambas partes y libremente convienen, que el presente contrato de prestación de servicios no tiene relación o vinculación alguna con un contrato laboral. El contratista se responsabiliza del buen fin de las

operaciones, asumiendo el riesgo y ventura; organizará su actividad profesional y el tiempo que dedique a la misma, conforme a sus propias pautas, normas y criterios. El salario es a comisión, según anexo, y repercutirá el I.V.A. sobre la base de facturación. El resto de las cláusulas del contrato se dan por reproducidas, y obran a los folios 39 a 44 inclusive. El demandado figura dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. 2º.- La empresa tenía un local en el “C.C.A.”, en la Avenida de..., con un horario de 10 h. a 14 h. y de 16.h. a 22 h. El 1 de julio de 1998 se trasladó a la c/... El 25 de junio la Empresa envía talón por importe de 260.000 pesetas, para el pago de fianza del local de negocio en... 3º.- El actor, en nombre de la Empresa y según cláusula de su contrato, suscribió contrato de Agencia con otras personas, como Agentes Comerciales, con el mismo objeto, responsabilidad e independencia y cobro de comisiones. 4º.- El actor percibía mensualmente la liquidación por comisiones, mediante cheque fechado los cinco primeros días del mes. 5º.- El día 14 de octubre, la empresa despidió verbalmente al trabajador. 6º.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación laboral o sindical. 7º.- Se intentó conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación, que resultó sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, debo declarar y declaro la incompetencia por razón de la materia, de este Juzgado, para conocer de la demanda planteada por don C.G.V. contra “A.E., S.L.” y en consecuencia, debo absolver en la intención a dicho demandado, sin entrar a conocer del fondo del asunto y sin perjuicio de que las partes puedan ejercitar su derecho en la jurisdicción ordinaria que es la competente.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor en solicitud de la revocación de la sentencia que acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción, absolviendo por ello a la empresa “A.E., S.L.” y remitiendo a las partes a la Jurisdicción Civil. Al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa el recurso la revisión de los HDP y denuncia que aquella resolución ha infringido el art. 1.1. E.T. y demás concordantes”.

SEGUNDO.- Propone el recurrente se incorporen a los H.P. de la sentencia de instancia las siguientes

adiciones: a).- Al hecho 1º. “...el importe de las cuotas del Régimen Especial de trabajadores Autónomos del actor le son reintegradas posteriormente por la empresa” (folios 14, 81, 82, 85 y 86)- b).- También al hecho 1º. “Sin embargo la Inspección de Trabajo practica alta de oficio de don C.G.V. como trabajador por cuenta ajena en la citada empresa como resultado de la visita efectuada el 18.11.97 a la empresa” (folio 26). c).- Al hecho 2º. “... este talón se le envía al actor al centro de trabajo sito en “A.” Tienda “L.” (folio 18). d).- Al hecho 3º. “...al actor también se le envían las nóminas para el pago mensual del resto de personal” (folio 19). e).- Añadir otro hecho del siguiente tenor: “El Gerente de la empresa R.R.A.L. puso una denuncia ante la Policía de Vigo contra el actor, en la que entre otras cosas dice: La sucursal de la empresa de... está ubicada en el hipermercado “A.” de la Avda..., local nº 3 ...al ser denunciado el Encargado del Establecimiento de esta Ciudad” (folio 47). Se admite revisar los H.P. en la forma y por las consideraciones siguientes:

1.- Respecto a la revisión que se propone en el apartado A) del motivo, lo único que procede es adicionar al H.P. 1º de la sentencia de instancia que el actor participaba a la empresa los abonos que afrontaba de cuotas al RETA. Y es que a los folios 14, 81, 82, 85 y 86 lo que obran son comunicaciones del actor a la empresa de los cargos en su cuenta por parte de la T.G.S.S. para abono de cuotas al RETA, lo que por sí solo no justifica que le fuesen reintegrados los importes; máxime cuando conforme al incombusto HP 4º lo único que el actor percibía mensualmente de la empresa era “la liquidación por comisiones, mediante cheque fechado los cinco primeros días del mes”.

2.- Respecto a la revisión propuesta en el apartado b) del motivo, lo que procede es adicionar al H.P. 1º que la Inspección de Trabajo practicó alta de oficio del actor como trabajador por cuenta ajena de la demandada a raíz de visita efectuada el 18.11.97, habiendo interpuesto empresa y actor reclamación previa contra la resolución de la T.G.S.S. que practicó tal alta de oficio. Y es que esto es lo que acredita la documental del folio 26 que el recurrente invoca para revisar, a cuyos integrales términos ha de estarse.

3.- La adición que al H.P. 2º pide el recurrente en el apartado c) del motivo es procedente, pues así resulta de la documental del folio 18, invocada al efecto.

4.- Igualmente resulta acogible la adición que al H.P. 3º se propone en el apartado d) del motivo, si bien ello ha de hacerse en los propios términos que surgen de la documental del folio 19 que se aduce para revisar; es decir, que en junio de 1998 se

remitió al actor nóminas de este mes para firma del personal y remisión de las copias.

Y 5.- Finalmente, la incorporación como nuevo HP lo que se interesa en el apartado E) del motivo sólo resulta viable en el sentido de que el 15.10.98 don R.A.F. formuló por comparecencia ante la Policía de Vigo y contra el actor la denuncia que obra al folio 47; siendo esto lo que justifica la documental que al efecto se invoca, que exclusivamente es la referida denuncia con el contenido que quedó reflejada en ella.

TERCERO.- Al hilo de la infracción que del art. 1.1 E.T. el recurso imputa a la sentencia de instancia, el demandante sostiene que, “a pesar de la existencia de un contrato mercantil en el que se firma por las partes que... la realidad, que ha quedado demostrada en el acto de juicio es todo lo contrario”, alegando que la relación es laboral, con dependencia, sujeción a órdenes del empresario y actividad laboral desarrollada en el centro de trabajo de la empresa “con materiales de ésta, y el actor como encargado dirige al resto del personal, recibe de la empresa principal las nóminas o recibos...”.

Sin embargo, el Tribunal considera inviable la denuncia y ajustada a derecho la sentencia recurrida, que acoge la incompetencia de jurisdicción alegada al concluir que no cabe calificar la relación entre las partes como laboral.

CUARTO.- Conforme al HDP 1º, el actor vino prestando servicios para “A.” en virtud de contrato de agencia suscrito el 13.11.97 al amparo de la Ley 12/92 y cuyo objeto era la realización por parte de aquél de la actividad de gestión, venta y distribución de mercancías, directamente al consumidor (material informático, regalos, libros...), en las condiciones que en el mismo se especificaban y que obran a los folios 39 a 44 de autos (que el H. P. 1º da por reproducidas).

A partir de ello, resulta oportuno traer a colación lo que la sentencia del T.S. de 02.07.96 (Ar. 5.631) dejó puntualizado en torno al contrato de agencia: “La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980, 607 y ApNDL 3.006), desarrollada por el Real Decreto 1.438/1995, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 diciembre 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 artículo 1.3.f) del Estatuto de los Trabajadores y el de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) del mismo cuerpo legal. 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 aquél 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 ésta 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”.

Tomando en consideración lo anterior, así como lo dispuesto en los art.1 y 2 del E.T., aplicándolo a la integral situación acreditada entre las partes en el caso presente, se concluye con el juzgador de Instancia que la relación habida entre las partes ha de ser calificada como civil-mercantil, excluida de la relación laboral, de cualquier clase de relación laboral.

Las partes hicieron nacer su relación suscribiendo un contrato de agencia típico y estrictamente ajeno a toda relación laboral: su objeto era la realización por parte del actor de una actividad de gestión, venta y distribución de mercancías de “A.” directamente al consumidor; se cuantificó su duración, aunque prorrogable; se puntualizó que la relación de servicios carecía de naturaleza laboral; se previó que el actor se responsabilizaba del buen fin de las operaciones, asumiendo su riesgo y ventura, que él organizaba su actividad profesional y decidiría el tiempo de dedicación a la misma, que percibiría comisiones...

Mencionado contrato no sólo hizo nacer sino que vino rigiendo la relación habida entre las partes. En el curso de la misma consta que el actor percibía mensualmente comisiones exclusivamente y repercutiendo el IVA; también que efectuaba su trabajo en los términos y condiciones contractualmente previstos, sin constar horario, dependencia en su labor..., estando por todo ello afiliado al RETA, cuyas cuotas abonaba (careciendo de transcendencia a los efectos presentes la participación del abono a la empresa, pues otra cosa no consta al efecto y lo que percibía de la empresa eran comisiones). Todo ello así queda reflejado en los HDP, incluso a pesar de las

adiciones incorporadas vía suplicación; es más, también así se explicita en el Ftº. Jurídico 2º de la sentencia recurrida, en que con su oportuno valor de H.P. se dice "...no existe sujeción a jornada y horario, que no se pacta en el contrato...", "...y por último no existe una dependencia o sujeción a las órdenes del empresario, teniendo autonomía e independencia...".

No desvirtúan estas conclusiones los hechos adicionados en esta fase de suplicación o las argumentaciones del recurso.

Por un lado, las alusiones que hace la parte a que en el Fundamento Jurídico 2º de la sentencia recurrida se reconoce que la testifical puso de relieve que el actor estaba en el centro de trabajo de la empresa en Vigo carecen de eficacia a los efectos pretendidos, puesto que el juzgador alude a ello como argumento reafirmativo de que lo probado en el proceso, también valorando la testifical practicada, es que el actor no tenía jornada ni horario; que es lo sustancial y lo único que el Tribunal ahora también puede tener por acreditado. Por otro lado, resultan inesenciales a los efectos de definir la naturaleza de la relación hechos tales como la remisión del talón a que se refiere el H.P. 2º al centro de trabajo en "A." Tienda "L.", o que la demandada hubiese remitido al actor en junio de 1998 las nóminas a los efectos que se dicen al folio 19... o la suscripción por el actor de otros contratos de agencia con otras personas, que lo hizo por derivación exclusivamente del contrato suscrito por actor y empresa; nada de esto supone dato esencial revelador de una relación laboral desde el momento en que todo ello se inserta en el contexto probado entre las partes de una prestación de servicios regida por un contrato de agencia en que el actor no sólo percibe meramente comisiones, está afiliado al RETA... sino que efectúa su actividad de gestión y venta con autonomía e independencia funcional, sin horario o jornada, es decir, sin las notas propias y esenciales de una relación laboral, común o especial, que exige dependencia y subordinación en la labor profesional, en su organización, dedicación y ejecución. Finalmente, por similares razones carece también de eficacia para modificar la conclusión dicha la denuncia que obra al folio 47 o el alta de oficio que del actor llevó a cabo la Inspección de Trabajo: la primera porque se trata de una mera denuncia policial de la posible comisión de un delito, en lo que el acto agota su eficacia, en especial cuando la denuncia se formula por comparecencia y la redacción del texto es esencialmente policial; lo segundo porque la actuación de la Inspección merced a una visita girada en día concreto en nada puede desvirtuar lo que se ha acreditado mediante pruebas practicadas en el acto de juicio, e incluso constando en la documental que invocó la parte, la del folio 26, que

frente a la resolución de T.G.S.S. de 11.05.98 que practica el alta de oficio del actor, interpusieron reclamación previa empresa y actor.

En definitiva, no ha quedado acreditado que la relación mantenida entre las partes fuera diferente a la típica del contrato de agencia suscrito, en absoluta de naturaleza laboral.

QUINTO.- Por lo razonado, y en lo oportuno por las consideraciones contenidas en la sentencia de instancia, no resulta acogible la infracción legal que denuncia el recurso y sus argumentaciones, ajustándose a derecho la referida sentencia, cuya confirmación, con rechazo del recurso, procede.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don C.G.V. contra la sentencia dictada el día 27.01.99 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, en autos tramitados bajo el nº 649/98 por demanda de despido interpuesta por el recurrente frente a la empresa "A.E., S.L.", Confirmamos dicha sentencia.

2668 RECURSO Nº 1.816/99

S. S.

PROCEDENCIA DA TERCEIRÍA DE DOMINIO SOBRE BEN EMBARGADO, QUE FORA VENDIDO A PRAZOS CON RESERVA DE DOMINIO POLO EXECUTADO Ó TERCEIRISTA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a veinte de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.816/99 interpuesto por "M.I., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO DE VIGO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.M.R. y OTROS en reclamación de INCIDENTE DE EJECUCIÓN (TERCERÍA DE DOMINIO) siendo demandado “T.L., S.A.” Y FOGASA en EJECUCIÓN Nº 91/97 con fecha 7 de febrero de 1999 se dictó Auto por el Juzgado de referencia que desestimó el recurso interpuesto contra el Auto de fecha 22.12.98.

SEGUNDO.- Que en el citado Auto se declaran como antecedentes los siguientes: “1º).- Con fecha 22.12.98 se dictó auto por el que se acordaba no haber lugar a la tercería de dominio ejercitada por “M.I., S.A.” contra “T.L., S.A.” sobre los vehículos Z-....-R, Z-....-R, Z-....-R, Z-....-R, MU-....-R y MU-....-R. contra dicha resolución se interpuso recurso de reposición por la Procuradora A.P.I. en nombre y representación de “M.I., S.A.” confiriéndose a las restantes partes los oportunos traslados.- 2º) en la presente ejecución a instancia de A.M.R. y otros, frente a la empresa “T.L., S.A.”, se procedió al embargo de los bienes de dicha empresa, trabándose el 01.10.97, entre otros, el embargo de los vehículos referenciados en el anterior numeral. Con fecha 28.09.98 se presentó por la Procuradora Sra. P.I., en nombre de la entidad “M.I.”, tercería de dominio respecto de los bienes embargados.- 3º) Con fecha 02.08.96 la tercerista “M.I., S.A.” suscribe con “T.L., S.A.” contrato de venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio hecho, siendo objeto de dicho contrato los vehículos citados, fijándose como fecha del último lazo el 02.03.97, contrato que se inscribió en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de... y..., caducando dicha inscripción el 03.02.98, habiendo sido cancelada de oficio en la misma fecha.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Desestimar el recurso interpuesto contra el auto de fecha 22.12.98, manteniéndose el mismo en todos sus extremos”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra el auto de 7 de febrero de 1999, desestimatorio a su vez del recurso de reposición interpuesto contra el de 22 de diciembre anterior, que declaró no haber lugar a la tercería de dominio

ejercitada por “M.I., S.A.” contra “T.L., S.A.” y los ejecutantes, accordando mantener el embargo sobre dichos vehículos como propiedad de la ejecutada, recurre en suplicación la representación de la tercerista, al amparo del art. 191.b) LPL, en el que denuncia la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, invocando el artículo 258 de la LPL y las sentencias del TS a que se refirió.

SEGUNDO. En el presente caso ha quedado suficientemente acreditado que el día 02.08.96 la tercerista y la entidad “T.L., S.A.”, suscribieron contrato de venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio constituyendo el objeto de la convención los vehículos allí reseñados, habiendo sido inscrito dicho contrato en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, fijándose el día 02.03.97 como fecha del último plazo y sucediendo que el día 01.10.97 fue trabado embargo, entre otros objetos, sobre tales vehículos en el procedimiento de ejecución nº 91/97 del Juzgado nº 4 de lo Social de Vigo, habiendo sido cancelada la inscripción el día 03.02.98 y presentándose la demanda de tercería el día 28.09.98.

TERCERO. Quiere ello decir que en el momento de la práctica del embargo estaba vigente la inscripción del contrato de venta a plazos con reserva de dominio en el Registro meritado, por lo que aun cuando en el momento de interposición de la tercería ya había sido cancelada de oficio la inscripción, ello no es óbice para que prospere la pretensión del ahora recurrente habida cuenta de que, como se desprende de la doctrina jurisprudencial – por todas, la sentencia del TS de 12.07.96 – “es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en que se reconoce a favor del vendedor la acción de tercería de dominio para obtener el alzamiento del embargo trabado sobre los bienes muebles vendidos con sujeción a la Ley de 1965 y se haya pactado la reserva de dominio, siempre que conste su inscripción en el Registro especial con anterioridad al embargo trabado” y “En tal sentido dice la S 10 mayo 1990 que la Orden de 8 julio 1966 que aprobó la Ordenanza rectora de aquel Registro, previene en su art. 20 que a todos los efectos legales se presumirá que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado, hay que entenderlo referido a los efectos positivos generados por la inscripción, estos es que el tercero no venga afectado por el contrato de venta a plazos si no existe constancia registral de él, con la consiguiente presunción de veracidad y exactitud de lo que conste registrado, pero no en el aspecto negativo, consistente en que habiéndose producido la inscripción de las correspondientes ventas a plazos en el expresado Registro se hubieren cancelado con posterioridad al embargo practicado en relación a los bienes que afectan, y por tanto con inscripción vigente al

tiempo en que dicho embargo se practicó, y además apercibido de ello el embargante, se mantienen los efectos excluyentes del dominio de tales bienes por parte de quien adquirió con la referida modalidad de venta a plazos, con la consiguiente cláusula de reserva de dominio en favor del vendedor en tanto el pago de lo vendido no conste realizado por completo toda vez que la pervivencia de la inscripción de las ventas de tal naturaleza y carácter cuando el embargo fué practicado cumple adecuadamente con la finalidad de la constancia ante terceros que la inscripción registral persigue”.

CUARTO.- Debe añadirse que no cabe presumir que, por haber transcurrido la fecha del último plazo pactado para hacer efectiva la totalidad del precio, éste hubiese sido efectivamente abonado porque, a tenor del artículo 1.214 CC, al actor le incumbe la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su derecho y al demandado la de los extintivos, siendo así que, en el caso que nos ocupa, demostrada la existencia de la convención e inscrito en la fecha del embargo en el Registro correspondiente el contrato de venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio, a favor de la empresa tercerista, ejecutada no compareció, no alegó, ni consta que el importe fijado en la compraventa como precio de los objetos en cuestión hubiese sido satisfecho totalmente – conviene no olvidar que en el propio contrato se establece que el dominio se reserva al vendedor hasta la total cancelación de la deuda y los ejecutantes tampoco nada concretaron sobre el pago.

Conviene tener en cuenta que, como proclama abundante doctrina jurisprudencial y resoluciones de los demás Tribunales: “La tercería de dominio deja a salvo el derecho de los interesados (en el negocio jurídico de traslación dominical) para ejercitárselo contra quien y como corresponda según la dicción literal del art. 1.533 LEC y por el cauce del juicio ordinario (SS 16 julio 1982; 16 junio 1983 y 10 diciembre 1991). el objeto prioritario de las tercerías es el levantamiento del embargo del bien trabado sobre el que aquél se proyectó. **TS 1ª, S 29-10-1993**” y “Corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden civil el conocimiento de las tercerías de dominio, debiendo ser resueltas a los solos efectos prejudiciales las formalizadas en ejecución de sentencias ante los del orden social. Tal principio es introducido en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 que, en su actual redacción, tras el R.D.L. 2/1995, de 7 de abril permite que “el tercero que invoque que el dominio sobre los bienes embargados adquiridos con anterioridad a su traba, podrá pedir el levantamiento del embargo ante el órgano del orden jurisdiccional social que conozca la ejecución, que a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho

alegado, alzando en su caso el embargo”. La literalidad de la redacción es clara: se atribuye a los órganos del orden social el conocimiento de las tercerías de dominio planteadas en la fase de ejecución de sentencias a los solos efectos prejudiciales, pero sigue manteniendo la competencia de los del orden civil para su resolución. **TSJ Canarias (LPal), S. 20-1-1998.**”

En consecuencia, subsistiendo la inscripción del contrato al tiempo de trabarse el embargo sobre los vehículos y no constando que el comprador hubiese satisfecho totalmente el importe del precio pactado, deviene procedente con revocación del auto impugnado, estimar el recurso interpuesto por la tercerista y, a los meros efectos prejudiciales que establece el art. 258.1 de la LPL, alzar el embargo trabado sobre los vehículos de referencia.

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la tercerista “M.I., S.A.” contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo con fecha 7 de febrero de 1999, desestimatorio, a su vez, del reposición formulado contra el auto de 22 de diciembre de 1998, revocamos dicha resolución debiendo alzarse el embargo practicado con fecha 01.10.97 sobre los vehículos a que se contrae la tercería, a los meros efectos prejudiciales que establece el artículo 258.1 de la LPL.

2669 RECURSO N° 1.141/99

S.S.

CONTRATO PARA OBRA OU SERVICIO (E NON FIXO-DISCONTINUO) COMO MONITOR DE CLASES DE NATACIÓN, NO QUE A TEMPORALIDADE DEPENDE DA DEMANDA DAS CLASES, POLO QUE A FALTA DE CHAMADA Ó COMEZO DO CURSO NON CONSTITÚE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo Sr. D. Jesús Souto Prieto

A Coruña, a veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.141/99 interpuesto por "G.P., 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 M.A.F.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "G.P., S.A." y el EXCMO. CONCELLO DE VIGO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 688/98 sentencia con fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- El actor don M.A.F.F., viene prestando servicios por cuenta de la Empresa "G.P., S.A." desde el 08.01.96 con la categoría de "Monitor" y retribución mensual de 126.000 pesetas, incluido prorrato de pagas extras.- 2º.- El actor fue contratado por la Empresa demandada, con un contrato de trabajo para lanzamiento de nueva actividad al amparo del Real Decreto 2.546/94 de 29 de diciembre, de fecha 08.01.96 por apertura de nuevo centro de trabajo, con la categoría de Socorrista, salario según convenio, jornada de 36 horas y 45 minutos de lunes a domingo y una duración de seis meses desde 08.01.96 a 07.07.96. El 30 de mayo de 1996 firma saldo y finiquito por baja voluntaria.- 3º.- Con fecha 1 de octubre de 1996 las partes suscriben nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial al amparo del Real Decreto 2.546/94 de 29 de diciembre, por apertura de nuevo centro de trabajo, con la categoría de Socorrista en Piscina Municipal de "L.T.", Vigo, salario según convenio de 36,75 horas semanales de lunes a domingo, duración de ocho meses, desde el 01.10.96 hasta el 31.05.97. El 3º de mayo de 1997 firma liquidación y finiquito, por fin de contrato. El 1 de octubre de 1997 se celebra nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial, entre las mismas partes, al amparo del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores según redacción del Real Decreto Ley 8/97 de 16 de mayo, como Monitor deportivo de natación, jornada semanal de 33,30 horas siendo la jornada habitual de 36 horas 45 minutos, retribución mensual según convenio, salario base y pagas extras. Contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, consistente en: condiciones de la concesión e asistencia técnica otorgada por el Excelentísimo Ayuntamiento de Vigo, se establecen las normas por las cuales la empresa concesionaria debe

impartir clases de natación a los Colegios que así lo soliciten, siendo ésta una actividad adicional, en lo que se entiende por la asistencia técnica prestada, por lo que es necesario la contratación de monitores para desarrollar esta función. La duración se extiende desde el 01.10.97 hasta la finalización del curso escolar, y en concreto los cursos y colegios para los cuales este monitor fue contratado. El 31 de mayo se firma liquidación y finiquito, por fin de contrato.- 4º.- En el mes de octubre, la empresa manifiesta al demandante que ha de decidir en que piscina habrá de trabajar y después de numerosas llamadas por teléfono en varios días de octubre, se le comunica el día 26 que no hay trabajo para él.- 5º.- En la sesión ordinaria del Instituto Nacional de Deportes de 20 de noviembre de 1995, se aprobó pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de servicios para los complejos de las piscinas cubiertas de "T." y "L.". En el apartado III. Relaciones contractuales entre Instituto Municipal de los Deportes y adjudicatario, el punto 10 dice: El personal de la empresa adjudicataria, tanto fijo como el que presta servicios mediante concierto, en ningún supuesto podrá considerarse con relación laboral, respecto al Instituto Municipal de los Deportes haciendo constar esta circunstancia en los contratos.- 6º.- En la sesión extraordinaria del día 29 de diciembre de 1995, se acordó adjudicar la contratación de servicios a "G.P., S.A."- 7º.- El 11 de enero de 1996 se firmó contrato administrativo entre el Instituto Municipal de los Deportes y "G.P., S.A." obrante al folio 96 y que se da por reproducido.- 8º.- Se intentó acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación que resultó sin avenencia.- 9º.- El actor no ostenta ni ha ostentado cargo de representación laboral o sindical alguno".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario, y acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva del CONCELLO DE VIGO, debo absolver y absuelvo al susodicho Concello demandado de las pretensiones de la demanda. Asimismo, estimando la demanda planteada por don M.A.F.F. contra la empresa "G.P., S.A.", debo declarar y declaro improcedente el despido realizado por la demandada al actor y en su consecuencia condeno a dicha demandada a que readmita al actor 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, prorrataéndose 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 VEINTINUEVE MIL DOSCIENTAS PESETAS (529.200.-). 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 CUATRO MIL DOSCIENTAS PESETAS (4.200.-) 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”.

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 del actor, declara la improcedencia de su despido y condena a la empresa demandada “G.P., S.A.” a que le readmita o le indemnice en los términos que señala, absolviendo al codenandado Excmo. Concello de Vigo.

Recurre la empresa condenada formulando dos motivos de censura jurídica, uno por infracción de los arts. 12 y 15 E.T., a cuyo efecto solicita la revisión del ordinal 1º, y el otro, por infracción del art. 59.3 E.T., a cuyo efecto solicita también que se revise el ordinal 4º, dándole nueva redacción.

SEGUNDO.- Debe examinarse en primer lugar el último de los motivos planteados y la revisión de hechos propuesta a tal efecto, pues la caducidad de la acción de despido no es cuestión subsidiaria sino previa a la cuestión de fondo puesto que en caso de apreciarse no habría ya lugar a examinar si el despido es o no procedente. Y en relación con ello, ni puede admitirse la revisión del ordinal cuarto, salvo en lo relativo a que la última llamada telefónica de las que alude el actor data del 22 de octubre, ni la censura puede prosperar porque, una vez que el demandante invocó la fecha de 26 de octubre como día en que se produjo el despido, era al empresario demandado a quién incumbía probar, de forma clara y no dubitativa, que en realidad se le había comunicado en fecha anterior la decisión de no admitirle al trabajo, por lo que este motivo debe ser desestimado pasando al examen de la cuestión de fondo.

TERCERO.- En el motivo de fondo, con invocación de los arts. 12.2 y 15 E.T. se argumenta que el trabajador tenía la condición de eventual y no de fijo discontinuo, puesto que por propia voluntad había finiquitado su contratación anterior como socorrista -que es el trabajo que tiene carácter permanente en la piscina y que se repite de forma cíclica cada año- siendo contratado únicamente como monitor para dar clases de natación, actividad ésta adicional y no permanente que depende de la demanda de clases de natación formulada por los colegios. A los efectos indicados solicita la supresión del ordinal primero en cuanto señala únicamente que se le contrató como monitor, pero ello no es obstáculo para un correcto entendimiento de lo sucedido, en cuanto posteriormente se deja claro que con anterioridad había sido contratado en dos ocasiones como socorrista.

Siendo esto así, triunfa la censura jurídica toda vez que la sentencia objeto de recurso, después de razonar adecuadamente la diferencia entre el contratado eventual y el fijo discontinuo, caracterizado éste último por la continuidad de la actividad empresarial pero con necesidades de carácter intermitente o cíclica, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad, extrae la conclusión equivocada de que la actividad del actor respondía a estas características, lo que si es cierto respecto de su contratación anterior como socorrista pero no de su última contratación como monitor, pues, con esta categoría y por exigencia de la misma concesión administrativa, se le contrata para impartir clases de natación a los alumnos de colegios que lo soliciten, dependiendo así de la demanda de cada momento, o lo que es lo mismo, no se trata de cubrir necesidades permanentes aunque cíclicas, sino de las que surjan en cada curso en relación con las peticiones de los colegios que soliciten clases de natación, y por ello se le contrata bajo la modalidad temporal de obra o servicio determinado.

Decae así el argumento de que, como tal trabajador fijo discontinuo, debería haber sido llamado al comienzo del nuevo curso, en octubre de 1998. Pero en todo caso, no puede olvidarse que con fecha 31 de mayo de 1998 el actor finiquitó su relación laboral con la empresa demandada declarando que “cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación... reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos... por lo que se compromete a nada mas pedir ni reclamar”, lo cual supone la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso al amparo del art. 49.1.a) del E.T., causa de extinción esta que, de no estar afectada por un vicio que la invalide, tiene pleno efecto liberatorio respecto de cualquier tipo de vinculación

contractual laboral: ya se trate de un trabajador fijo, fijo discontinuo o temporal, y en consecuencia procede estimar el recurso y revocar el fallo que se combate.

Fallamos

Que estimando el recurso interpuesto por el “G.P., S.A.” contra la sentencia de fecha veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo en autos tramitados a instancia de don M.A.F.F., frente a la empresa recurrente y Otra, con revocación de la misma y desestimación de la demanda inicial, debemos absolver y absolvemos a dicho demandado de la pretensión que se le formuló por despido.

2670 RECURSO Nº 1.880/99

S. S.

EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO POR DIMISIÓN DOS TRABALLADORES, CON CONTRATO FIJO-DISCONTINUO, QUE IMPIDE APRECIA-LA EXISTENCIA DE DESPEDIMENTO RECLAMADA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Adolfo Fernández Facorro

A Coruña, a veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.880/99, interpuesto por, don C.L.R. y otros y por la empresa “C.T.V., 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 nº 857/98, acumulados 858/98, 859/98 y del Juzgado de lo Social número Uno, también de Santiago, nº 850/98, 851/98 y 852/98 se presentó demanda por don C.L.R., don A.G.M., don R.F.M., don J.M.C.F.,

don J.R.G.M. y don J.R.B.D., en reclamación de DESPIDO siendo demandado la empresa “C.T.V., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de febrero de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Los demandantes han prestado sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la mercantil “C.T.V., S.A.”, dedicada a la actividad económica de doblaje y sincronización, cuyo domicilio social radica en la c/... nº... de Santiago, con la categoría profesional de Auxiliares de Iluminación, con arreglo a las siguientes circunstancias:/ El Sr. L.R. cotizó 3 días en el año 1995, 85 días en 1996, 115 días en 1997 y 105 días en 1998. En noviembre de 1998 percibió una remuneración bruta de doscientas setenta y cinco mil ciento cincuenta y seis pesetas (275.156 ptas.)/ El Sr. G.M.M.A., cotizó 9 días en 1997 y 16 días en 1998. Percibió ciento noventa y una mil seiscientas setenta y dos pesetas (191.672 ptas.) brutas en concepto de remuneración en noviembre de 1998./ El Sr. F.M. cotizó 36 días en el año 1996, 110 días en 1997 y 93 días en 1998. Su remuneración en noviembre de 1998 fue de doscientas setenta y cinco mil ciento cincuenta y seis pesetas (275.156 ptas.)/ El Sr. C.F. cotizó 21 días en 1993, 34 días en 1994, 72 días en 1995, 105 días en 1996, 103 días en 1997 y 57 días en 1998. Le fueron satisfechas, en noviembre de 1998, doscientas ochenta y ocho mil ciento treinta y ocho pesetas (288.138 ptas.) brutas./ El Sr. G.M.J.R. cotizó 15 días en 1992, 11 días en 1993, 45 días en 1994, 67 días en 1995, 172 días en 1996, 169 días en 1997 y 132 días en 1998. Se le abonaron ciento noventa y una mil seiscientas setenta y dos pesetas (191.672 ptas.) en noviembre de 1998./ El Sr. B.D. cotizó 60 días en 1998. En noviembre de 1998 fue retribuido en ciento veintiséis mil doscientas veintidós pesetas (126.222 ptas.)/ **SEGUNDO.**- Los actores realizaban, cuando eran llamados a tal fin, las labores propias de su categoría profesional, tales como el montaje y desmontaje de la iluminación correspondiente a los programas que se iban a emitir, bien previamente grabados, bien en directo. La convocatoria a los Auxiliares de Iluminación se solía hacer anunciándola semanalmente en un tablón y, personalmente, se confirmaba con una cierta antelación (que hasta 1994 era generalmente de 48 horas) si bien en ocasiones se procedía a su llamamiento el mismo día en que se efectuaba el trabajo e incluso telefónicamente./ **TERCERO.**- Hasta octubre de 1998, la empresa demandada venía desarrollando su objeto social en referencia a dos programas de televisión emitidos por T.V.G., denominados “S.” y “T.b.”, y a partir de noviembre siguiente también se comenzó la grabación de un

tercero llamado “A.N.B.”. Los demandantes rotaban en los diferentes programas pudiendo trabajar en cualquiera de ellos, con excepción de M.A.G.M., que únicamente había trabajado en el de “A.N.B.”. La empresa tenía establecida una tarifa de catorce mil ochocientas cincuenta pesetas (14.850 ptas.) por programa para los empleados eventuales de Iluminación./ CUARTO.- En fecha 20 de noviembre de 1998, viernes, el Director de plató Sr. D.F. convocó a todos los demandantes al objeto de que acudieran a trabajar al día siguiente, 21 de noviembre, sábado, para la instalación de la iluminación de un programa de televisión que se iba a grabar el día 23, lunes; a tres de los actores se les llamó por teléfono al efecto pero la convocatoria había sido anunciada en el tablón como era habitual. Sin embargo, pese a que los demandantes tenían conocimiento desde el día 19 de noviembre de que había surgido la posibilidad de ser convocados para trabajar el sábado día 23, y de hecho entre ellos se comentó y especuló expresamente sobre dicha posibilidad, decidieron

no acudir a la convocatoria porque entre la empresa y los mismos se había suscitado un conflicto desde primeros del mes de noviembre precitado acerca del pago de las horas extraordinarias y, por otra parte, se sentían molestos de que aquélla hubiera contratado a más técnicos de iluminación. La empresa dio de alta ante la T.G.S.S. el día 20 de noviembre a los Sres. F., C. y B., que fueron dados de baja el día 21, y hubo de contratar a otro personal para realizar el trabajo previsto. Los actores, que deberían haber sido convocados nuevamente para realizar su trabajo el martes siguiente día 24 de noviembre de 1998, no fueron llamados por la demandada a tal fin./ QUINTO.- Los demandantes no han ostentado la condición de representantes de los trabajadores ni delegados sindicales./ SEXTO.- Presentadas las respectivas papeletas de conciliación los días 18 y 22 de diciembre de 1998, se celebró la misma el día 28 de diciembre próximo pasado (fecha de presentación de las diferentes demandas acumuladas) con el resultado de sin avenencia.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando como estimo la demanda promovida por don C.L.R., don A.G.M., don R.F.M., don J.M.C.F., don J.R.G.M., don J.R.B.D., frente a la empresa “C.T.V., S.A.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fueron objeto los actores y condeno a la empresa demandada a que opte entre la readmisión de los trabajadores demandantes en sus puestos de trabajo o el abono de las cantidades que a continuación se indican, en concepto de indemnización y salarios de tramitación, opción que deberá ejercitarse en el plazo de **cinco días** desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera:

Nombre y apellidos	Indemnización	Salarios de Tramitación
C.L.R.	Quinientas sesenta y cuatro mil trescientas pesetas (564.300 ptas.)	Trescientas cincuenta y seis mil cuatrocientas pesetas (356.400 ptas.)
A.G.M.	cuarenta y cuatro mil quinientas cincuenta pesetas (44.550 ptas.)	cincuenta y nueve mil cuatrocientas pesetas (59.400 ptas.)
R.F.M.	cuatrocienas treinta mil seiscientas cincuenta pesetas (430.650 ptas.)	trescientas once mil ochocientas cincuenta pesetas 8311.850 ptas.)
J.M.C.F.	setecientas doce mil ochocientas pesetas (712.800 ptas.)	ciento noventa y tres mil cincuenta pesetas (193.050 ptas.)
J.R.G.M.	un millón ciento trece mil setecientas cincuenta pesetas (1.113.750 ptas.)	cuatrocienas cuarenta y cinco mil quinientas pesetas (445.500 ptas.)
J.R.B.D.	ciento tres mil novecientas cincuenta pesetas (103.950 ptas.)	doscientas siete mil novecientas pesetas (207.900 ptas.)

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima las demandas de los actores declarando improcedentes sus despidos y contra la misma recurren en Suplicación, tanto la empresa condenada como los interesados, aquélla rechazando la existencia del despido y éstos impugnando exclusivamente la cuantía de las indemnizaciones y salarios de tramitación, precisamente y en razón al contenido

de dichos recursos ha de examinarse inicialmente el que formula la empresa.

SEGUNDO.- En su recurso la demandada sin discutir los hechos denuncia exclusivamente la fundamentación jurídica al considerar que se ha infringido el artículo 49.1.d) del E.T. por no aplicación y los arts. 55 y 56 del mismo por indebida aplicación, así como doctrina sentada por la propia Sala en la sentencia que cita.

Según resulta del ordinal de prueba cuarto de la sentencia de instancia los actores fueron convocados el 20 de noviembre para trabajar al día siguiente con el fin de proceder a la instalación e iluminación necesaria para la grabación de un programa de televisión que se iba a producir el día 23 lunes, aquéllos, pese a tener conocimiento de dicha convocatoria, decidieron no acudir al trabajo, por lo que la empresa se vio obligada a contratar a otro personal para realizar el trabajo en cuestión.

Entiende la recurrente que ante un hecho probado tan claro y rotundo no se explica cómo la sentencia llega a la conclusión de que la conducta referida no puede ser incardinada en el supuesto de dimisión del trabajador, sino que se trata de una ausencia susceptible de dar lugar a medidas disciplinarias, todo ello en razón a que considera que no se evidencia la voluntad de los trabajadores, cuya condición de fijos discontinuos resulta mutuamente aceptada, de extinguir su relación laboral, cuando lo cierto es que dicha postura no puede tener otra interpretación que la de un abandono de trabajo, so pena de que se imponga a la recurrente la obligación de seguir convocándolos indefinidamente.

Supuesto análogo al de autos es el que contempla la sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1995 referida a un marinero que se niega a embarcar.

TERCERO.- Debe acogerse la denuncia, partiendo de la condición de trabajadores fijos discontinuos que los actores ostentan, de la que derivaba que la prestación de sus funciones se efectuase determinados días al mes, previa convocatoria de la empresa al efecto, la que se realizó el 20 de noviembre, no sólo por el medio ordinario de su inclusión en el tablón de anuncios sino a través de llamadas telefónicas, dio lugar a la decisión de los actores de no comparecer al trabajo el día señalado, y efectivamente así lo hicieron, circunstancia que aunque la sentencia de instancia no precisa exactamente en su relación fáctica hay que suponer que llegó a conocimiento de la empresa, pues en otro caso carecería de sentido la decisión de aquéllos, cuya causa mediata al parecer era la existencia de diferencias de contenido salarial,

conocida dicha decisión e incomparados los actores en el día señalado, se ajusta a derecho la decisión de la empresa de considerar que han abandonado voluntariamente el trabajo sin que resulte exigible el que haya de proceder a sancionarlos como autores de una falta con la gravedad que correspondiese. No puede equipararse la referida conducta a una simple ausencia al trabajo, ya que existe una voluntad explícita, clara y manifiesta de no trabajar, sin que los motivos que puedan servir de base a dicha decisión enerven la realidad de su cese voluntario en la prestación de servicios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del art. 49.1.b) del E.T. sólo requiere que la decisión unilateral del trabajador de poner fin a la relación laboral se deduzca de sus propios actos, sin que exija dicha dimisión una declaración de voluntad formal, bastando que la referida conducta manifieste de modo indiscutible su voluntad de ruptura o rescisión de la referida relación (Sentencias del T.S. de 1 de octubre de 1990 y 20 de octubre de 1991).

Resultaría ilógico por contradictorio que los actores pudiesen permitirse no comparecer al trabajo los días que son llamados y que su conducta no se estimase equivalente a una dimisión y que acto seguido la no convocatoria de la empresa para un día de los que teóricamente tendrían que ser llamados se estimase por aquéllos despido tácito, como así han entendido al presentar su demanda, podría aducirse por la demandada recurrente que lo único que hizo fue no convocarlos pero que no tenía voluntad de despedirlos. Si admitiéramos que un trabajador discontinuo puede decidir a su arbitrio si acude o no al llamamiento de la empresa, habría de aceptarse igualmente que aquélla puede convocarle o no según lo estime oportuno.

Ante su manifestación clara y manifiesta de no comparecer a la llamada de la empresa no puede acudirse a interpretaciones restrictivas de esa manifestación de voluntad y frente a ella no hay por qué exigir a la empresa que produzca su despido cuando simplemente puede entender y así lo ha hecho que aquéllos son los que han decidido dejar de trabajar. No sólo la sentencia de la Sala de 6 de octubre de 1995 sino varias más vienen considerando la existencia de cese por voluntad del trabajador los supuestos de negativa a embarcar por parte de un tripulante, pese a que normalmente se trata de trabajadores fijos y no discontinuos, ya que respecto a éstos por la especial modalidad de la prestación de los servicios cobra un especial relieve su negativa a comparecer al trabajo cuando se le convoca a dicho fin.

Por último refuerza todavía la tesis referida el que cualquier motivación que los actores pudiesen invocar para justificar su decisión, diferencias

salariales con la empresa, o falta de abono de horas extraordinarias, no pueden servir de base a la referida decisión de incomparecer al trabajo, pues aun en el caso de mayor trascendencia, cual sería que el incumplimiento empresarial pudiese dar lugar a una acción rescisoria del contrato a instancia del trabajador, ello no le eximiría de continuar prestando servicios hasta que recayese la correspondiente sentencia, en consecuencia hay que entender que no ha existido despido sino cese voluntario por parte de los actores por lo que con estimación del recurso ha de revocarse la sentencia de instancia y absolverse a la empresa.

La precedente declaración determina que sea innecesario pronunciarse sobre el recurso de los demandantes, que presupone la existencia de un despido improcedente que resulta rechazado.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa “C.T.V., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de Santiago de Compostela, de cinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho, revocándola y declarando que los actores don C.L.R., don A.G.M., don R.F.M., don J.C.F., don J.G.M. y don R.B.D. han extinguido sus contratos de trabajo por su propia voluntad, absolviéndose a la empresa de la reclamación. Una vez firme esta resolución procédase a devolver a la recurrente el aval y depósito constituidos para acceder a la Suplicación.

2671 RECURSO N° 1.887/96

S.S.

PAGAMENTO DIRECTO DO SUBSIDIO DE INCAPACIDADE TEMPORAL CON CARGO Ó ISM ANTE O INCUMPRIMENTO DA EMPRESA, SEN PREXUÍZO DO DEREITO A ACTUAR DESPOIS CONTRA ESTA.

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

A Coruña, a veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.887/96 interpuesto por don J.M.G.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.G.L. en reclamación de INCAPACIDAD LABORAL TRANSITORIA siendo demandado el Instituto Social de la Marina y la empresa “B., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 761/96 sentencia con fecha 29 de enero de 1996 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 embarcó en el buque pesquero “C.” por cuenta de la empresa “B., S.A.”, en el puerto de... (Senegal) el 3 de abril de 1994, con la categoría profesional de cocinero, siendo desembarcado, por causa de enfermedad, el 29 de julio de ese año. **SEGUNDO.-** Que fue dado de baja por enfermedad el 1 de agosto de 1994, causando alta médica el 18 de noviembre de 1994. **TERCERO.-** Que la base reguladora del subsidio por incapacidad laboral transitoria que reclama, asciende a ciento cuarenta mil setecientas pesetas (140.700 ptas.) mensuales. **CUARTO.-** Que con fecha 21 de marzo de 1995 solicitó al I.S.M. el pago directo de incapacidad temporal, que le fue denegado por resolución de 27 de marzo de 1995. **QUINTO.-** Que previa reclamación previa, desestimada por resolución de 20 de abril de 1995, interpuso demanda judicial, dictándose sentencia por este Juzgado, el 21 de julio de 1995, por la que estimando la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegada por el I.S.M., se desestimaba la demanda en reclamación de idéntica pretensión que la deducida en los presentes autos, sin entrar a conocer sobre el fondo de asunto. **SEXTO.-** Que en fecha 7 de septiembre de 1995 reiteró ante el I.S.M. reclamación, con el carácter de previa, del subsidio por I.L.T. que fue desestimada en los mismos términos que la anterior resolución administrativa, en fecha 18 de octubre de 1995. **SEPTIMO.-** Que el actor convino con la empresa codemandada el 2 de enero de 1995, ante el S.M.A.C., la cantidad de setenta y cinco mil pesetas (75.000 ptas.) en concepto de salarios y por I.L.T. que se le reconocía adeudar, manifestando estar de acuerdo con la cantidad y forma de pago ofrecida, quedando finiquitado sin tener nada más que reclamar por ningún otro concepto.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la excepción de falta de acción de don J.M.G.L., opuesta por el I.S.M., debía desestimar y desestimaba la demanda promovida en reclamación de subsidio por I.L.T., absolviendo al citado organismo y a la empresa demandada “B., S.A.” de todas las pretensiones deducidas en su contra en este proceso.

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 solicitando la estimación de su demanda, que la sentencia de instancia desestima en su integridad; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia que dicha sentencia infringe el art. 19 O.M. de 25/11/66.

SEGUNDO.- De los incombatisdos HDP resulta lo esencial siguiente: A) El actor embarcó por cuenta de la empresa “B., S.A.” en el buque “C.” el 03.04.94, como cocinero, siendo desembarcado por enfermedad el 29.07.94; dado de baja por enfermedad el 01.08.94, causó alta médica el día 18.11.94, siendo la base reguladora del subsidio por I.L.T. 140.700 ptas. mes.- B) El actor convino con la empresa “B., S.A.” ante el S.M.A.C., en conciliación celebrada el 02.01.96 con avenencia, recibir la cantidad de 75.000 ptas. en concepto de salarios y por I.L.T. que se le reconocía adeudar, la que le fue abonada mediante talón en aquel acto y manifestando estar de acuerdo con la cantidad y forma de pago ofrecida y quedar “finiquitado sin tener nada más que reclamar por ningún otro concepto” (H.P. 7º). Y C) Con fecha 21.03.95 el actor había solicitado al I.S.M. el pago directo de la prestación de I.T., que le fue denegado por resolución de 27.03.95. Tras las vicisitudes que se recogen en los H.P. 5º y 6º, se presenta la demanda que inició este proceso en 06.11.95 y en la que el actor reclama le sean abonadas las cantidades correspondientes por subsidio de I.T. desde el día 16º de la baja ocurrida el 01.08.94 en la cuantía del 60% de la base de 140.700 ptas. los días 16 a 20.08.94, y del 75% los días 21.08 al 18.11.94.

TERCERO.- La sentencia recurrida, tras decir que no consta acreditada en el expediente la causa por la que se solicitó el 21.03.95 el pago directo de la I.T., considera inviable la demanda interpuesta porque habiendo alcanzado un acuerdo actor y

empresa el 02.01.1996 en la satisfacción de salarios e I.L.T. con manifestación ante el SMAC de que quedaba finiquitado “sin salvar por consiguientes la cuantía correspondiente al que constituye el objeto de su demanda, alcanza tal acuerdo pleno valor liberatorio en este proceso...”. La argumentación, sin embargo, no se comparte por el Tribunal.

CUARTO.- Está plenamente acreditado que el actor estuvo en I.T. desde el 01.08.94 hasta el 18.11.94, en que causó alta médica, y que su base reguladora mes asciende a 140.700 ptas. También lo está que lo único que percibió el actor por tal concepto y salarios fue la cantidad global de 75.000 ptas., que había reclamado exclusivamente de la empresa “B., S.A.” y que ésta le reconoció y abonó en conciliación ante el SMAC en 02.01.96.

De esta manera, resulta concluyente que al actor no le fue abonada la prestación por I.T. que reclama en este proceso derivada de enfermedad común producida trabajando para “B., S.A.”, y en situación de alta en la S.S.; hecho último este que no discute el I.S.M. siquiera (al hilo de impugnar el recurso, dice esta E.G.: “Además, en cualquier caso correspondería a “B., S.A.”, empresa en la que el actor estuvo de alta entre el 02.04.94 y el 18.11.94, el abono de las prestaciones de I.T...”). La prestación de I.T. derivada de enfermedad común se devenga efectivamente en cuantía del 60% de la base hasta el día 20 a partir de la baja en el trabajo y del 75% a partir del día 21 y cuyo abono normalmente lo efectúa la empresa con pago delegado y que corre a cargo de quien haya reconocido el derecho, sin perjuicio de que el I.N.S.S. o el I.S.M. deban efectuar el pago directo en casos, entre otros, de incumplimiento de la obligación de pago por la empresa; incluso en situaciones de descubierto o retraso en el pago de las pertinentes cotizaciones a la S.S. por parte de la empresa opera el mecanismo de la automaticidad en el pago mediante el oportuno anticipo y sin perjuicio del siguiente reintegro, por derivación del art. 96.3 T.R.L.G.S.S., como dice la S. del T.S. de 24.07.95 (Ar. 6.329), que excluye de ello cuando falta la oportuna alta del trabajador en el momento del hecho causante.

De lo acreditado en el proceso, lo único que cabe concluir es que al actor le fue abonado por la empresa por el concepto de I.T., a lo sumo, el subsidio que se devenga del día 4º al dia 15º de la baja, ambos inclusive, días que conforme al art. 131.1 L.G.S.S. de 1994 están actualmente a cargo del empresario, como responsable directo. Se considera que sólo a esto responde lo que la empresa abonó al actor en la conciliación ante el SMAC habida en 1996; por derivación de la cuantía abonada en dicho acto y por la de la prestación

devengada por la íntegra I.T. en que ha estado el actor y la aquí reclamada (prestación que desde el 16.08 al 18.11.94 y sobre la base del actor acreditada asciende a más de 300.000 ptas; y porque en aquella conciliación el actor sólo estaba reclamando de la empresa, y además lo que estimaba le debía ésta exclusivamente hasta el punto de que ya desde marzo de 1995 (H.P. 4º) estaba reclamando del I.S.M. el pago directo de la I.T. a partir del día 16º de la baja y que no le había sido pagado por la empresa ni por esta le fue abonado en la conciliación a que con ella llegó en 1996.

Consecuencias de todo ello han de ser las siguientes: A) Al haber estado en I.L.T. el actor desde el 01.08 hasta el 18.11.94 por enfermedad común, proceso acaecido cuando trabajaba para “B., S.A.”, y no haberle sido abonada la prestación correspondiente al período del día 16º de la baja hasta que fue alta, tiene derecho a su percibo, correspondiendo el pago directo al ISM al haber incumplido la empresa el pago y sin perjuicio de la posibilidad legal de reintegro que frente a ésta pueda ostentar. Y B) No obsta a ello la conciliación habida ante el SMAC en 1996. Por un lado, el ISM, obligada al pago en los términos dichos, no intervino en tal conciliación. Por otro lado, se ha concluido que la cantidad abonada por la empresa al actor en mencionado acto, por el concepto de I.T. no abarcaba la prestación aquí y ahora reclamada. Por último, con tales presupuestos y constancias darle eficacia liberatoria a la declaración de “finiquitado” que en aquel acto se hizo, ni siquiera el actor personalmente sino un representante suyo, también respecto a la prestación de I.T. aquí reclamada -como ha hecho la sentencia recurrida- implicaría otorgarle un plus in effectum en absoluto previsto o querido y legitimar una renuncia a derechos de Seguridad Social en términos proscritos por el art. 3 L.G.S.S. de 1994.

En consecuencia, procede estimar el recurso y dar lugar a la demanda condenando en los términos dichos, al constar la situación de I.T. en el período reclamado, la base de la prestación y el impago de la misma, con responsabilidad de la E.G., que como ya se dijo no cuestiona la situación dicha y el alta en S.S. del actor.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.M.G.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago el día 29.01.96 en autos nº 761/95, revocamos dicha sentencia; y por consiguiente, estimando la demanda interpuesta, condenamos al Instituto Social de la Marina a que sin perjuicio del derecho de reintegro que legalmente corresponda frente a la empresa “B., S.A.”, abone al actor don J.M.G.L. las

cantidades correspondientes por subsidio de I.T. desde el día 16º de la baja en las siguientes cuantías, por derivación de una base reguladora de 140.700 pts. mensuales: del 16 al 20.08.94 a razón del 60% de la base (2.814 ptas. día); del 21.08 al 18.11.94, a razón del 75% de la base (3.518 ptas. día).

2672 RECURSO N° 608/99

S. S.

COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DA DEMANDA SOBRE PAGAMENTO DE COTIZACIÓNS, DADA A EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE MÚSICO E ORQUESTRA.

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

A Coruña, a veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 608/99 interpuesto por don F.C.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 1.030/97 se presentó demanda por don F.C.A. en reclamación de INCOMPETENCIA siendo demandado el Orquesta “L.S.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 3 de diciembre de 1998 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) El actor, don F.C.A., prestó servicios para el grupo musical denominado orquesta “L.S.” como Técnico de sonido y músico actuando de forma habitual con el

grupo en los años 93 y 94.- 2º) El grupo musical lo formaban unos 16 músicos, incluido el actor y sus actuaciones se contrataban con comisiones de fiestas, Ayuntamientos, etc., procediéndose a la formalización del correspondiente contrato figurando como empresa las anteriores entidades y actuando en nombre del grupo un componente del mismo. Los miembros del grupo eran dados de alta en la Seguridad Social por la empresa contratante para cada día de actuación, figurando en autos los documentos de cotización, los cuales se dan por reproducidos.- 3º) El 03.07.97 se constituyó la sociedad “O.L.S., S.L.” con ocho socios y cuyo objeto social era el de actuaciones musicales de cualquier tipo, lugar y condiciones como orquesta, en solitario o acompañado de otros músicos individuales o en grupo. Consta de baja en la licencia fiscal desde el 14.03.91.- 4º) consta en autos, y se dan por reproducidos, contratos suscritos por diversas comisiones de fiestas con don A.P.R., quien actúa como representante de los profesionales músicos que en ellos se designan.- 5º) Constan abonos por transferencia de “O.L.S.” a favor del actor los meses de febrero, marzo, junio, julio, octubre y noviembre de 1994, siendo diferentes las cantidades de cada mes y que van desde 24.800 pesetas la más baja hasta 129.600 pesetas la cantidad más elevada.- 6º) El actor reclama de la demandada las cotizaciones de los días y meses que se expresan en el hecho segundo de la demanda, el cual se da por reproducido.- 7º) Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 05.12.97 con el resultado de “sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, estimando la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social alegada por la entidad demandada, debo abstenerme y me abstengo sobre el pronunciamiento de fondo, estimando competente, en su caso, el orden jurisdiccional 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El demandante recurre la sentencia de instancia que, por no apreciar la existencia de relación laboral con la demandada, declaró la incompetencia de la jurisdicción social y afirmó la del orden jurisdiccional civil para conocer y decidir su pretensión (“...en su día dicte Sentencia que, previa declaración de procedencia de la presente reclamación, condene a la empresa demandada a que proceda a cotizar los días trabajados por el

actor y no cotizados que se especifican -período mayo a octubre/94- en el Hecho Segundo de esta demanda”), e interesa la revisión de los hechos probados y el examen del derecho que contiene aquella resolución.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, solicita: a) Sustituir la fecha (31.07.97) que el apartado 3º fija como de constitución de la demandada por el 31.07.87; se basa en los folios 204 a 214. b) Añadir un nuevo apartado (7º): “Que con fecha 23.10.97 se formalizó escritura notarial de cesión de participaciones sociales en compañía limitada, según la cual los socios de la mercantil “O.L.S., S.L.”, don S.B., doña M.L.F. y don C.P. cedieron sus participaciones sociales en la citada entidad a los socios don R.D., don A.P. y don F.S.”; se basa en los folios 238 a 242. Con independencia de las pretensiones que el recurrente expone, debemos indicar que la jurisprudencia (SS.TS. 18.12.87, 17.05.88, 23.01, 06.02, 05.03, 05.11.90) reproducida por este Tribunal (SS. 01.06.95, 29.10.96, 16.01.97, 06.07.98), declara que la excepción procesal discutida integra una cuestión de orden público (art. 9.1 y 6 Ley Orgánica del Poder Judicial), que faculta a la Sala para valorar en su integridad el material probatorio incorporado a las actuaciones, sin vinculación alguna a las declaraciones de hecho de la sentencia impugnada. A tales efectos, la valoración de las pruebas practicadas nos lleva a declarar como hechos probados:

1º) La orquesta “L.S., S.L.” se constituyó por escritura notarial de 31.07.87. Los socios fundadores fueron don L.J.R.P., don R.D.D., don S.J.B.R., don A.P.R., don A.L.C., don C.P.P., don I.B.V. y don F.J.S.C. Su capital social fue 2.000.000 de pesetas, representado por 40 participaciones valoradas en 50.000 pesetas cada una de ellas, repartido entre aquéllos a razón de 5 participaciones cada uno. Su objeto social fueron las actuaciones musicales de cualquier tipo. Su domicilio social se fijó en c/... La Coruña. Los socios sres. R.P. y L.C. fueron nombrados administradores solidarios. Con posterioridad, fueron sustituidos por los sres. D.D., P.R. y S.C.

2º) El Sr. D.D. adquirió 3 participaciones del Sr. R.P. y 5 del Sr. B.R. por escrituras notariales de compraventa de 24.10.91 y 23.10.97, respectivamente. El Sr. P.R. adquirió 3 participaciones del Sr. L.C. y 5 del Sr. P.P. por escrituras notariales de compraventa de 24.10.91 y 23.10.97, respectivamente.

3º) El Sr. S.C. adquirió 3 participaciones sociales del Sr. B.V. por escritura notarial de compraventa de 24.10.91, 13 de los Sres. D.D. y P.R. cada uno, 3

de los Sres. B.R. y P.P. cada uno por escrituras notariales de cesión de 23.10.97.

Por otra escritura notarial de esta última fecha, los Sres. D.D. y P.R. renunciaron al cargo de administradores solidarios, que aceptó el Sr. S.C. Según dicho documento, el capital de la orquesta "L.S., S.L." es 2.000.000 de pesetas, representado por 40 participaciones valoradas en 50.000 pesetas cada una de ellas, que pertenecen al Sr. S.C.; su objeto social son las actuaciones musicales de cualquier tipo; su domicilio social está en c/... La Coruña, que es el particular del Sr. S.C., quien fue nombrado administrador único.

4º) Durante el año 1994, el demandante don F.C.A. formó parte de la orquesta señalada con la cualidad de músico, al menos, en las fiestas patronales de Boimorto, Boqueixón, Mugardos, Sada y Vilasantar (La Coruña), A Pontenova, Abadín, Mondoñedo y Monterroso (Lugo). Las actuaciones citadas fueron precedidas de un contrato entre "L.S., S.L.", representada por el Sr. P.R., y las respectivas comisiones de fiestas. En los meses de febrero, marzo, junio, julio, octubre y noviembre de 1994, el actor percibió de la orquesta indicada, al menos, 54.000 pesetas, 53.000 pesetas, 125.600 pesetas, 116.600 pesetas, 129.600 pesetas y 24.800 pesetas, respectivamente.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia la infracción de los artículos 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral (Lpl) y 8 del Estatuto de los Trabajadores (Et), pues en la relación que mantuvo con la empresa demandada concurren las características propias del contrato de trabajo. La naturaleza de la pretensión deducida en demanda (ingreso de las cuotas de Seguridad Social) constituye un aspecto inherente a toda relación laboral, cuya existencia niega la sentencia impugnada, de ahí que la decisión a adoptar verse exclusivamente sobre este particular.

Al respecto y como principio general, la jurisprudencia (SS.TS. 06.11, 12.12.90, 29.01, 23.04, 17.05.91, 08.10.92, 19.05, 04.11.93, 27.01.94) afirma, con base en el artículo 1.1 Et, que las notas fundamentales del contrato de trabajo son la dependencia, considerada no como subordinación rigurosa sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario, y la ajenidad, con asunción del riesgo por la empresa. Tales requisitos son apreciables en el actual supuesto, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- La forma societaria de la demandada, en su modalidad de compañía de responsabilidad limitada, encaja plenamente en el concepto de empresario que tipifica el artículo 1.2 ET.

2ª.- El demandante no formó parte de su núcleo directivo o de administración y, por tanto, fue ajeno a las alteraciones de su composición personal y de su capital social.

3ª.- La relación del actor lo fue, no con las diversas entidades que contrataron los servicios de la orquesta-empresa mediante un pacto con su representante (en el caso, socio, fundador y administrador solidario), sino directa e inmediatamente con esta última, de ahí que su actividad como músico y miembro integrante de la misma en las fiestas reseñadas y, necesariamente, su participación en los ensayos previos, obedecieron al cumplimiento de las instrucciones emanadas de aquélla o de su representación.

4ª.- Lo consignado excluye apreciar en el caso el denominado "grupo musical", que refiere la demandada-impugnante, porque su naturaleza jurídica y las relaciones entre sus componentes (art. 10 Et; SS.TCT. 09.01.81, 21.02.84) difieren de las que dejamos anotadas.

5ª.- La cuantía no uniforme ni periódica de las remuneraciones que el demandante percibió no altera la conclusión que adoptamos porque, entre otras circunstancias, el precio abonado por las entidades contratantes a la empresa por su actuación musical no fue siempre el mismo y, además, depende de circunstancias variadas tales como los núcleos de población o la época del año donde el servicio se presta, o el número de componentes de la orquesta.

6ª.- Cuanto antecede nos lleva a afirmar la existencia de la relación de trabajo ordinario del artículo 1.1 Et entre los litigantes, que corrobora el artículo 8.1 Et al establecer la presunción de laboralidad, de modo que la decisión de las cuestiones surgidas en su entorno corresponden a este orden jurisdiccional conforme a los artículos 1 y 2.a) Lpl.

7ª.- Frente a lo alegado por la empresa en este trámite, señalamos: a) No hay elementos de prueba suficientes para distinguir "L.S., S.L." de cualquier agrupación musical que, con la misma denominación, pudiera actuar en el tráfico mercantil. b) La negación del valor probatorio de los documentos notariales de transmisión de participaciones sociales, que efectúa en ahora, carece de la respectiva impugnación en tiempo y forma; además, dicha documental forma parte de su prueba (folios 62 a 216).

8ª.- El efecto de nuestra conclusión no es, como sugiere el actor-recurrente, la revocación de la sentencia impugnada sino, por respeto al principio

de la doble instancia que informa la materia litigiosa, la nulidad de dicho pronunciamiento con devolución de las actuaciones al órgano judicial del que proceden para que adopte, con plenas jurisdicción y libertad de criterio, la decisión que estime oportuna acerca de la pretensión entablada en demanda, es decir, si la demandada resulta obligada a ingresar las cotizaciones correspondientes a los días que el actor dice haber prestado servicios entre mayo y octubre de 1994.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de don F.C.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de La Coruña, de tres de diciembre de mil novecientos noventa y ocho en autos nº 1.030/97, anulamos dicha resolución, acordamos la devolución de las actuaciones al órgano judicial del que proceden para que adopte, con plenas jurisdicción y libertad de criterio y previa afirmación de la competencia de este orden jurisdiccional, la decisión que estime oportuna acerca de la pretensión entablada en demanda.

2673 RECURSO Nº 1.993/99

S. S.

IMPROCEDENTE APRECIACIÓN DE CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO, CON DEVOLUCIÓN DAS ACTUACIÓNS PARA QUE SE DICTE UNHA NOVA SENTENCIA SOBRE O FONDO DO ASUNTO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M. Cabanas Gancedo

A Coruña, a veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.993/99, interpuesto por doña A.M.D.P., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por A.M.D.P. en reclamación de despido, siendo demandado el Ayuntamiento de Ourense, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 743/98 sentencia con fecha 18 de febrero de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Probado que la demandante viene prestando servicios a la demandante[sic] desde el día 14-febrero-1992 y sin solución de continuidad hasta el día 12 de noviembre de 1998, percibiendo un salario mensual de 392.700 pesetas. La actora inició su relación laboral como consecuencia de la suscripción de contrato con la demandada en fecha 13 de febrero de 1992, el que en su cláusula séptima dice ‘El objeto del presente contrato es Técnico, como consecuencia de la planificación obligatoria del Ayuntamiento y hasta que se desarrolle la oferta de empleo.- **SEGUNDO.-** Con fecha 12.11.98 la demandante recibe comunicación escrita que literalmente dice lo siguiente: “Servicio de Régimen Interior Negociado de Personal.- Publicado en el B.O.E. de fecha 11 de noviembre de 1998 el extracto de la convocatoria para la provisión de diversas plazas de funcionarios, correspondientes a la Oferta de Empleo Pública del Excmo. Ayuntamiento de Ourense para 1997, y toda vez que la duración de su contrato laboral temporal está condicionado al desarrollo de la oferta de empleo público, entendiendo que con la publicación se cumple esa condición, se pone en su conocimiento que deberá cesar en su puesto de trabajo a partir del recibo de la presente notificación.- Igualmente le comunicamos que tiene la liquidación a su disposición en la Tesorería Municipal y los certificados de empresa en el Negociado de Personal.- Ourense, 12 de noviembre de 1998. El Concejal de personal.- doña A.D.P. Gestión y Promoción Urbana”.- **TERCERO.-** Con fecha 30.11.98 la actora presentó demanda ante este Juzgado, en funciones de Decano, que fue turnada a este Juzgado, y admitida provisionalmente a trámite por providencia de fecha 1 de diciembre de 1998 en la que se acuerda conceder a la actora una período de 15 días para que acredite el haber agotado la vía previa administrativa.- **CUARTO.-** Con fecha 21.12.98 la demandante formula reclamación previa la que fue desestimada por resolución de

14.01.1998.- QUINTO.- La demandante con fecha 05.10.98 inició situación de Incapacidad Temporal por Maternidad; con fecha 01.12.98 la demandante suscribe con la demandada contrato de trabajo de duración determinada al amparo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores “para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva”; como consecuencia de este contrato la demandante, con fecha 01.12.98, se incorpora a su nuevo puesto de trabajo como “Técnico Administración General” con la categoría profesional de Técnico Superior.- SEXTO.- La demandante con fecha 01.12.98 solicita de la demandada le sea reconocida y abonada la ayuda por natalidad que legalmente le corresponde; con fecha 10.12.98 presenta ante la demanda escrito en el que solicita se le reconozca y otorgue el descanso por maternidad que le resta por disfrutar, y con fechas 14 y 15 de diciembre de 1998 la actora, reitera, por escrito, a la demandada su solicitud del día 09.12.98, de reanudación del descanso por maternidad que venía disfrutando.- SÉPTIMO.- La demandante es delegada de personal por la Central sindical U.G.T.- OCTAVO.- La demandante fue designada con fecha 30.07.95, secretaria delegada de la Comisión Informática de Infraestructuras; con fecha 16.01.96 fue adscrita con carácter provisional, al servicio de Urbanismo “sin perjuicio de que atienda los informes que se le requieran de la Concejalía de Tráfico y preste su apoyo a la Asesoría Jurídica cuando sea necesario...”, con fecha 27.08.96 se le comunica que con carácter provisional preste su colaboración en aquellos asuntos que le sean expresamente encomendados por la asesoría jurídica; con fecha 02.07.96 la concejala delegada de personal comunica por escrito a la actora lo siguiente: “En relación con el escrito de fecha 1 de julio de 1996, presentado por los Policías Locales nº 191 y 177 ante el Registro General del Ayuntamiento, y teniendo en cuenta que a pesar de lo manifestado erróneamente en dicho escrito, a la Asesoría Jurídica Municipal, nunca le ha sido expresamente encomendada la asistencia jurídica ni la defensa en juicio de la Policía Local, y como quiera que doña A.D.P., ya se encargó anteriormente de dicho cometido, volverá a desempeñar las mismas funciones, que las que realizó anteriormente en relación con la Policía Local, desde el día de la fecha y con carácter provisional, y ello sin perjuicio de las labores de apoyo que presta actualmente a la Asesoría Jurídica Municipal, por Decreto de la Alcaldía nº 151 de fecha 16 de enero de 1996.- Ourense a 2 de Julio de 1996.- Fdo. M.J.B.B.- Concejala Delegada de Personal”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la excepción de caducidad de la acción

ejercitada debo desestimar y desestimo la demanda formulada por doña A.D.P. contra el Excmo. Ayuntamiento de Ourense, absolviendo a la demandada de las pretensiones 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.- Disconforme la actora con que, en la sentencia de instancia, se declare la caducidad de la acción ejercitada, formula recurso de suplicación, alegando al efecto nueve motivos; de los que se analizarán, exclusivamente, los que se refieren a la presencia o no de la mencionada caducidad –dado que los restantes carecen de interés a efectos del recurso, pues, aun en el supuesto de que se llegue a la conclusión de que está indebidamente acogida aquélla, su consecuencia sería, no la de entrar la Sala a conocer en el fondo del litigio, sino la de remitir las actuaciones al Juzgado de origen, para que lo haga su Titular, todo ello, a fin de que no resulte negativamente afectada la defensa judicial efectiva de las partes-, los que son, concretamente, el cuarto, que se ejerce por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se sustituya el hecho probado tercero de la sentencia, por otro que afirme que “con fecha 30.11.98, el décimoquinto día contado desde el 12 del mismo mes, data de notificación de la anterior comunicación, la actora presentó demanda ante este Juzgado, en funciones de Decano, que fue turnada al mismo. Dicha demanda fue admitida por providencia del 01.12.98, que le concede a la parte demandante un plazo de 15 días, contados desde su notificación, para que acredite haber agotado la vía administrativa previa. Dicha providencia le fue notificada a la actora el 14.12.98, que la cumplió el 18.12.98, acompañando el escrito de reclamación previa, dentro de los 4 días siguientes, dictándose ese mismo día 18.12.98, la providencia de señalamiento de juicio”; el quinto, que se formula por igual cauce que el anterior, a efectos de que, una vez efectuada la corrección, que se pretende, en el hecho probado cuarto, éste señale que “con fecha 17.12.98 –no 21.12.98-, la demandante formula reclamación previa, que fue desestimada por resolución del 14.01.1999 –no 14.01.1998-, con fecha anterior al juicio”; el sexto, que se ejerce por el cauce del apartado c) del citado artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los 107 y 73 del TRLPL y 24.1 de la Constitución; y el séptimo, que se plantea por igual cauce que el anterior,

denunciando infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el instituto de la caducidad.

SEGUNDO.- Ajustándose a la realidad las revisiones fácticas, que, con relación a la sentencia de instancia, se interesan en los motivos cuarto y quinto del recurso, pues así consta del examen de la prueba documental, que la demandante cita en su apoyo; procede acoger ambos motivos.

TERCERO.- Si se tiene en cuenta, por una parte, que el ejercicio de la acción contra el despido caduca a los veinte días siguientes de aquél en que se hubiera producido –así lo señala expresamente el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, y lo corrobora el 103.1 del TRLPL, al afirmar que el trabajador podrá reclamar contra él dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido; siendo dicho plazo de caducidad a todos los efectos; que, según establece el artículo 69.1 del mencionado TRLPL, para poder demandar, entre otros organismos, a las Entidades locales –como sucede en el presente caso en el que el escrito inicial se dirige contra un Ayuntamiento–, será requisito previo haber reclamado en vía administrativa en la forma establecida por las leyes; y que, en el artículo 73 de este Texto, se señala que la reclamación previa suspenderá los plazos de caducidad, reanudándose estos últimos el día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada; y, por otra, que ha resultado acreditado, con relación al tema, que es objeto de recurso, que el 12 de noviembre de 1998 la demandante recibió comunicación escrita del Ayuntamiento demandado, cesándola en el puesto de trabajo, que venía desempeñando; que el 30 siguiente –que se correspondía con el día décimoquinto–, presentó demanda contra el despido en el Juzgado de lo Social 3 de Ourense; que dicha demanda fue admitida, por providencia de 1 de diciembre del mismo año, en la que se le concedió un plazo de 15 días, contados desde la notificación, para que acreditare haber agotado la vía administrativa previa; que, notificada dicha providencia a la actora, el 14 de diciembre de 1998, la cumplió el 18 siguiente –dentro de cuatro días–, acompañando el escrito de reclamación previa, dictándose ese mismo día providencia, señalando el juicio; y que la reclamación previa –formulada el 17 de diciembre de 1998–, fue desestimada por resolución de 14 de enero de 1999 –que es anterior a la del juicio–; resulta que dos son las cuestiones básicas para determinar, si es o no correcta la decisión del Sr. Juez “a quo”, de declarar caducada la acción ejercitada: una, si no obstante no haber presentado la actora, tal como estaba obligada a hacer, por así exigírselo el artículo 69.1 del TRLPL, la reclamación en vía administrativa contra el Ayuntamiento, con

anterioridad a la demanda, la presentación de ésta produjo o no el efecto de suspender el plazo de caducidad de la acción ejercitada; y otro, si, en el supuesto de entender que la suspensión se produjo, la reclamación administrativa previa, se formuló, a su vez, dentro del plazo de veinte días hábiles, que tenía la actora para reclamar contra el despido.

CUARTO.- Estima la Sala que la primera cuestión anteriormente expuesta, debe ser resuelta en sentido favorable a que la presentación de la demanda suspendió el cómputo del plazo de caducidad de la acción ejercitada, porque, puestas en una balanza, por una parte, la evidente omisión formal, en que incurrió la actora, al no haber presentado la reclamación previa con anterioridad al escrito inicial; y, por otra, la clara voluntad impugnatoria de la misma, con relación al despido de que había sido objeto, puesta de relieve por la presentación de la demanda contra él; el principio de defensa judicial efectiva de las partes, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, debe ser apreciado, para inclinar aquélla en sentido favorable a aceptar que quedó en suspenso el plazo de caducidad –no pasa desapercibido, por otra parte, a la Sala el carácter no pacífico de esta cuestión, pero, aparte de lo señalado, no puede pasar desapercibido que, también apoya, indirectamente, esta solución, la doctrina jurisprudencial, pues, en sentencias, dictadas por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el 13 de octubre de 1989 y el 18 de julio de 1997, al resolver casos, que no son iguales, pero que guardan un cierto parecido con el presente, pues, siendo de despido, fueron en ellos demandadas Entidades de Derecho Público –el Banco de España y el Consejo de la Juventud de España, respectivamente–, se afirma que, la formulación de la conciliación (en lugar de reclamación previa) suspende el plazo de caducidad, pues “resulta realmente excesivo, desde una perspectiva jurídico-material, truncar el derecho del litigante a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia que plantea por la mera inadecuación, que no omisión, del instrumento previo al proceso, cuando, de un lado, no se le ha indicado a dicho litigante la vía impugnatoria oportuna, y ésta es, además, problemática en su determinación; y, de otro lado, se advierte la existencia de una indudable voluntad impugnatoria, oportunamente manifestada, aunque por cauce irregular, con lo que, en definitiva, se cumple la finalidad última del controvertido trámite previo, tendente a facilitar el conocimiento a la contraparte de la pretensión que contra ella se prepara”.-

QUINTO.- Resuelta la primera cuestión expuesta, en sentido favorable a la pretensión de la actora, la segunda, merece igualmente una respuesta en el mismo sentido, pues aquélla, una vez que se le notificó la providencia, mediante la que se la

instaba para acreditar haber agotado la vía administrativa; dentro del plazo de cuatro días –que era el que realmente correspondía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.1 del TRLPL, para subsanar la omisión, referente a la reclamación administrativa previa; y no el de 15, que, seguramente por error material de transcripción se hizo constar en la providencia-, acompañó el correspondiente escrito de reclamación previa, y, habiendo sido señalado el juicio ese mismo día, dicha reclamación fue resuelta, con anterioridad a su celebración; y, con todo ello, resulta que, en definitiva, terminó reclamando, por la vía adecuada, contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se produjo.

SEXTO.- Todo lo anterior lleva a la estimación del recurso, a dejar sin efecto la sentencia de instancia, y a acordar devolver las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que, por su Titular, se pronuncie otra, en la que se entre a conocer del fondo de la cuestión debatida.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por doña A.M.D.P., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de Ourense, en fecha 18 de febrero de 1989; debemos acordar y acordamos dejar ésta sin efecto, y devolver las actuaciones, con testimonio de esta resolución, al Juzgado de procedencia, a fin de que, por su Titular, se dicte otra sentencia, en la que se entre a conocer en el fondo de la cuestión planteada.

2674 RECURSO N° 1.427/96

S. S.

RESPONSABILIDADE DO FONDO DE GARANTÍA SALARIAL RESPECTO DA FALTA DE PAGAMENTO DE SALARIOS POR INSOLVENCIA EMPRESARIAL.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Rosa María Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.427/96 interpuesto por don A.G.R., don J.B.R. y don B.S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 408/95 se presentó demanda por don A.G.R. y OTROS en reclamación de Reconocimiento de Prestaciones siendo demandado el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de noviembre de 1995 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Los actores A.G.R., J.B.R. y B.S.C., formularon en su día demanda en reclamación de salarios contra la empresa “P., S.A.”, demanda que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, tramitándose el procedimiento bajo el nº 405/91.- 2º.- Que con fecha de 15.09.92, por el citado Juzgado se dictó sentencia, estimando la demanda y condenando a la empresa a abonar a los actores las cantidades reclamadas.- 3º.- Instada por los actores la ejecución de la sentencia, con fecha de 31.03.93, por el citado Juzgado se dictó auto de insolvencia provisional de la empresa auto de insolvencia que fue notificado a los demandantes el 31.03.93.- 4º.- Los actores con fecha de 15.04.94, presentaron ante el Fondo de Garantía Salarial, solicitud de prestaciones que le fueron denegadas por resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, Fondo de Garantía Salarial, unidad administrativa de Pontevedra de fecha 16.05.95, con fundamento en haber transcurrido el plazo de 1 año entre la notificación del auto de insolvencia y la fecha de solicitud de prestaciones económicas al Fogasa.- 5º.- Que los actores presentaron demanda ante esta jurisdicción social con fecha de 24.05.95.- 6º.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento a excepción del término para dictar sentencia, dado el excesivo volumen de asuntos existentes en este Juzgado, así como la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente.”

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

desestimando la demanda interpuesta por A.G.R., J.B.R. Y B.S.C. contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contenidas en demanda.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de los actores, en la que reclamaban del Fondo de Garantía Salarial, el abono de los salarios que le habían sido reconocidos frente a la Empresa “P., S.A.” por sentencia, en cuya ejecución la empresa fue declarada insolvente, y frente a ella y con amparo procesal en el art. 191.b) Ley Procedimiento Laboral interponen aquéllos recurso de suplicación solicitando como primer motivo la adición al relato fáctico de un nuevo hecho probado, numerado 3º bis del siguiente tenor: “El referido auto de insolvencia provisional fue notificado a la Entidad ejecutada “P., S.A.”, el día 12 de abril de 1993, a medio de un edicto insertado en el B.O.P. nº 67 de 12.04.93.”

La apoyadura documental de la adición fáctica que se solicita, obra al folio 12 de las actuaciones y consiste en una fotocopia de la página del referido Boletín Oficial en la que se insertó el edicto, y en la que, obviamente figura la fecha 12 de abril de 1993. En el inciso final del edicto, se hace constar: “Y para que conste y sirva de notificación en legal forma al ejecutado “P., S.A.” expido y firmo la presente...” La validez del documento a los efectos de suplicación es indudable, por tratarse de una copia de un diario oficial, por lo que procede estimar dicho motivo de recurso.

SEGUNDO.-

C

on amparo procesal en la letra c) del art. 191 Ley Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción por errónea interpretación del art. 33.7 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 184.1 de la Ley Procedimiento Laboral, 337 de la Ley Enjuiciamiento Civil y 1969 del Código Civil, así como con la jurisprudencia que interpreta este último precepto.”

La sentencia de instancia declara probado con la adición pretendida y estimada del recurrente, que los actores formularon en su día demanda en reclamación de salarios contra la empresa “P., S.A.”. Que con fecha 15.09.92, se dictó sentencia,

estimándose la demanda y condenando a la empresa a abonar a los actores las cantidades reclamadas. Instada por los actores la ejecución de la sentencia con fecha 31.03.93, por el citado Juzgado se dictó auto de insolvencia provisional de la empresa, auto de insolvencia que fue notificado a los demandantes el 31.03.93 ya que la empresa “P., S.A.” el 12.04.93. Los actores con fecha 15.05.94, presentaron ante el Fondo de Garantía Salarial, solicitud de prestaciones que le fueron denegadas por resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social. Fondo de Garantía Salarial de fecha 16.05.95, con fundamento en haber transcurrido el plazo de 1 año entre la notificación del auto de insolvencia y la fecha de solicitud de prestaciones económicas al Fondo de Garantía salarial. Los actores presentaron demanda ante esta jurisdicción social con fecha 24.05.95, y en el recurso se hace constar que el art. 184.1 Ley Procedimiento Laboral indica que: “contra las Providencias, autos que dicten los Jueces de lo Social, podrá interponerse recurso de reposición...” señalando el art. 186 del mismo texto adjetivo que esos recursos “se sustanciaron de conformidad con lo prevenido en la Ley Enjuiciamiento Civil” El art. 377 del Texto Procesal Civil señala que: “El recurso de reposición deberá interponerse dentro del tercer día...” por lo que como ninguna resolución adquiere firmeza mientras no ha transcurrido el plazo que la Ley señala para interponer los recursos legales que, en su caso hubiera lugar si el auto de insolvencia, resolución que a tenor del art. 33.6 Estatuto Trabajadores crea el derecho a obtener del Fondo de Garantía Salarial el abono de las prestaciones hoy litigiosas, se notifica a la empresa demandada en el procedimiento en que se dictó en aquella resolución el día 12 de abril de 1993.

Consecuentemente el referido auto de insolvencia provisional no deviene firme hasta el día 16 abril 1993, por lo que si la reclamación del Fondo de Garantía Salarial se presenta el 15.04.94, no había transcurrido el plazo de 1 año que señala el art. 59 nº2 del Estatuto Trabajadores.

Entendemos procedente la estimación del recurso porque, el tema ha sido estudiado y resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 24.02.98 que dice: “Realmente habría que distinguir la firmeza de la sentencia de la ejecutoriedad de la misma. La firmeza no es sino la manifestación de la llamada cosa juzgada formal de los actos judiciales, - predicable no solamente de la sentencia, sino del resto de tales actos- que determina su invariabilidad, sea porque la Ley no otorgue recurso alguno, ya porque precluya el plazo para ejercitarlo o bien debido a que el recurso interpuesto ha sido rechazado y frente a la resolución desestimatoria “no quepa recurso alguno salvo el de revisión u

otros extraordinarios que establezca la Ley.” Ahora bien, la Ley Procedimiento Laboral, admite la posibilidad de ejecución de sentencias que no son firmes. Así por ejemplo, pendiente el recurso, es posible la ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades (arts. 287 a 291 Ley Procedimiento Laboral); sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social (arts. 292 a 294 Ley Procedimiento Laboral); sentencias de despidos (arts. 295 a 301 Ley Procedimiento Laboral) y sentencias condenatorias recaídas en proceso de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y en los de tutela de libertad sindical y derechos fundamentales (art. 301 Ley Procedimiento Laboral); admitiéndose como cláusula de cierre (art. 303 Ley Procedimiento Laboral) que “las sentencias favorables al trabajador que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la Legislación Procesal Civil.” Incluso cabe una ejecución definitiva parcial de la sentencia (art. 240) “aunque hubiera interpuesto recurso contra aquélla, respecto de los pronunciamientos de la misma que no hubieran sido impugnados.”

Así pues, aun siendo la norma general, en materia de ejecución, la firmeza de la sentencia, o en sentido más amplio del acto judicial que haya adquirido tal carácter, cabe, también como excepción su ejecución provisional. Esta excepción que trata de anticipar, en beneficio del trabajador o beneficiario de la Seguridad Social, la ejecución de una sentencia -y que lógicamente, resulta aplicable a un auto definitivo que le reconoce ciertos derechos- no debe servir -en una especie de efecto bifronte- para perjudicarle. Aunque puede ser cierto, según afirma la sentencia recurrida, con cita del art. 244.1 LPL que “salvo en los casos expresamente establecidos en la Ley las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación”, no debe olvidarse que dicho precepto se refiere a la ejecución de la sentencia laboral incumplida, y que lo que viene a declarar es la actuación de oficio y consecuente imprescriptibilidad de la acción una vez iniciada la fase de ejecución; cuestión diferente al caso examinado en el que más bien la resolución que pone fin provisionalmente a la fase ejecutiva con la declaración de insolvencia del empleador, previa audiencia del Fondo asegurador, es la que “ope legis” genera el nacimiento de un nuevo título que define la responsabilidad subrogatoria del ente asegurador. Pues tal declaración es la que hace recaer la responsabilidad sustitutoria sobre el repetido Fondo. Resolución que, antes de su firmeza, es posible recurrir en reposición.

En todo caso no parece aventurado afirmar que, aunque el trabajador pudiera ejercitar su acción a

partir de la fecha de notificación de la resolución judicial que declara la responsabilidad subrogatoria del Fondo, su ejercicio a partir de la firmeza de la misma no puede perjudicarle. Lo que es un privilegio -derecho a anticipar el ejercicio de la acción- no puede convertirse en un perjuicio -cómputo del plazo de prescripción a partir de la fecha privilegiada de pronunciamiento de la resolución y no de su firmeza. De una parte es sabido- según constante jurisprudencia tanto de esta Sala de lo Social, como de la Sala Civil- que la prescripción en cuanto no se sustenta en un principio de justicia intrínseca, sino de seguridad jurídica, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

De otra, es de constatar que, como norma general establecida en el art. 1.971 Código Civil, el día inicial del plazo prescriptivo arranca desde la firmeza de la sentencia -firmeza que analógicamente debe predicarse respecto de las demás resoluciones judiciales, reconocedoras de derechos- y, que, por lo tanto, si también, en términos generales, el “dies a quo” de la prescripción coincide con la fecha a partir de la cual la acción puede ser ejercitada (arts. 59.2 Estatuto Trabajadores [RCL 1995, 997] y 1.969 Código Civil) debe entenderse que es lógico pensar que, la acción en términos de cierta seguridad y razonabilidad -que pudieran ser perturbados por la provisionalidad del auto reconocedor del derecho- nace en la fecha en que la resolución judicial deviene firme. Consecuentemente, como en el caso examinado, la acción se ejercitó dentro del plazo de un año, computado desde la fecha de firmeza de la resolución judicial litigiosa, ha de ser estimado el motivo de infracción legal aducido.” En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandante don A.G.R. y otros, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de Vigo de fecha 30.11.95, debemos revocar y revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda inicial formulada por los actores A.G.R., J.B.R. y B.S.C., debemos condenar y condenamos al Fondo de Garantía Salarial a que les abone las prestaciones económicas derivadas de la insolvencia de la empresa “P., S.A.”.

2675 RECURSO Nº 1.669/96

S. S.

PROCEDENCIA DO REINTEGRO DE GASTOS POR INTERNAMENTO PSIQUIÁTRICO, POR TER ACUDIDO A UN CENTRO PRIVADO REMITIDO POLA SANIDADE PÚBLICA, CON TEMPORÁNEA COMUNICACIÓN Á ENTIDADE XESTORA.

Ponente: Ilmo Sr. D. Miguel A. Fernández Otero

A Coruña, a veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.669/96, interpuesto por el Servicio Galego de Saúde, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.F.M en reclamación de reintegro de gastos psiquiátricos, siendo demandado el Servicio Galego de Saúde, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 452/95 sentencia con fecha 31 de enero de 1996, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Que el actor don A.F.M., figura afiliado a la Seguridad Social en el Régimen Especial Agrario con el nº... y con derecho a asistencia sanitaria.- **SEGUNDO.**- Que con fecha 14 de julio de 1989 hubo de ser ingresado con carácter de urgencia, en el Organismo Autónomo Administrativo Sanatorio Psiquiátrico de... por padecer esquizofrenia paranoide donde permaneció hasta que fue dado de alta con fecha 22 de agosto de 1989.- **TERCERO.**- Como consecuencia del internamiento se le ocasionaron al actor, unos gastos que ascienden a la suma de 92.000 ptas., solicitando de la entidad

demanda el reintegro de los mismos, siéndole desestimada su petición por silencio administrativo.- **CUARTO.**- Contra el mencionado acuerdo interpuso reclamación previa que fue asimismo desestimada por silencio administrativo”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Que estimando la demanda formulada por don A.F.M. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro su derecho al reintegro de los gastos de internamiento psiquiátrico, condenando al Organismo demandado SERGAS a abonar al actor por el internamiento sanatorial la cantidad de NOVENTA Y DOS MIL PESETAS (92.000 ptas.). Absolviendo al Insalud de los pedimentos contenidos en aquélla”.

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 condenó al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE a abonar al actor 92.000 ptas. en concepto de reintegro de gastos por internamiento psiquiátrico en el Organismo Autónomo Administrativo Sanatorio Psiquiátrico de... desde el 14.07.89 hasta el 22.08.89, y frente a ella recurre el condenado a través de dos motivos en los que expone: 1º) falta de legitimación pasiva, al corresponderle al INSALUD afrontar la demanda en virtud de la fecha en que operó la transferencia a la Comunidad Autónoma ordenada en el R.D. 1.679/1990, de 28 de diciembre y 2º) infracción de los arts. 102.3 de la L.G.S.S. y 18, apartados uno, tres y cuatro, del Decreto 2.766/67, de 16 de noviembre.

SEGUNDO.- La cuestión legitimatoria ha sido resuelta en Unificación de Doctrina (Ss. T.S. de 12.12.96, 07.03.97 y 08.05.97) en sentido opuesto al pretendido por el recurrente, en razón a que el gasto que supone para la S.S. el pago de las cantidades reclamadas al estimarse la demanda es una obligación de la S.S. nacida después de efectuada la transferencia al SERGAS, derivada de una sentencia dictada después del 01.01.91, aunque el gasto reclamado fuese anterior a la fecha de transferencia del servicio desde el INSALUD, a cuyo pago debe hacer frente la Gestora demandada en la forma prevista en el apartado E-F-1 del Anexo al R.D. 1.679/1990, de modo que se trata de un supuesto de subrogación legal.

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, ha de partirse de ciertos datos que proporcionan la sentencia y las actuaciones: el actor acudió al servicio de psiquiatría del “H.G.G.”, donde aconsejaron su internamiento remitiéndolo al Sanatorio Psiquiátrico de... (que se halla en la misma ciudad) por no disponer el Hospital de camas; el internamiento fue temporáneamente notificado a la Inspección Médica de la Seguridad Social.

Con tales premisas, no puede únicamente sostenerse que el beneficiario ejercitó un derecho de opción del que carece, acudiendo a servicios “ajenos” a la S.S. a espaldas de la misma, dado que el asegurado acudió a un centro hospitalario de la S.S. (“H.G.G.”) cuyos servicios psiquiátricos lo remitieron –por imposibilidad de atender su internamiento- a un sanatorio psiquiátrico público (dependiente entonces de la Diputación de A Coruña y hoy –desde el 01.01.93- integrado en la red sanitaria del SERGAS) con posterior comunicación –antes de 15 días- del ingreso, no ofertando la Entidad Gestora alternativa alguna, con lo que su negativa a hacerse cargo de los gastos derivados de tal acontecer carece de fundamento acogible.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Servicio Galego de Saúde, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña, de fecha 31 de enero de 1996, dictada en autos seguidos a instancia de don A.F.M. frente al recurrente, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

2676 RECURSO N° 2.498/96

S. S.

IMPROCEDENCIA DO REINTEGRO DE GASTOS POR INTERNAMENTO PSIQUIÁTRICO, Ó NON EXISTIR SOLICITUDE NIN COMUNICARLLA PREVIAMENTE Á ENTIDADE XESTORA.

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

A Coruña, a veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.498/96 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD y el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE 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.F.E. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado el INSALUD y el SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 458/95 sentencia con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El actor es afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, con documento de afiliación nº... En fecha 21.05.89, ingresó don D.F.V. en el “Organismo Autónomo Administrativo Sanatorio Psiquiátrico de...”, por razón de la naturaleza de su dolencia, que precisaba internamiento, dando lugar a gastos de estancia y tratamiento por importe de 96.600 pts, los cuales hubieron de ser satisfechos a la Administración del Centro./ 2º.- Del ingreso referido, se enteró a la Inspección Médica de Zona, en fecha 01.06.89 mediante escrito presentado en fecha 17.12.91 en la Dirección Provincial del SERGAS en La Coruña, se solicitó el reintegro de gastos efectuados, correspondiente al internamiento por los períodos de 21.05.89 a 24.06.89. dicha petición no fue contestada./ 3º.- En consecuencia se formuló reclamación previa en fecha 07.03.95 ante la Dirección Provincial del Servicio Galego de Saúde. Dicha reclamación no fue contestada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE e INSALUD y estimando la demanda de don J.F.E., contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, debo condenar y condeno a la demandada SERVICIO GALEGO DE SAÚDE a abonar al actor la cantidad de

NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTAS PESETAS (96.600 ptas.), con responsabilidad subsidiaria que respecto a dicha obligación de pago pueda corresponder al INSALUD”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de Suplicación por ambas demandadas siendo impugnados de contrario así como el del SERGAS por el INSALUD. 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, condenando al demandado Servicio Galego de Saúde a abonarle la cantidad de 96.600 ptas., con la responsabilidad subsidiaria que respecto a dicha obligación de pago pueda corresponder al Insalud.

Y contra este pronunciamiento recurren las representaciones procesales del Insalud y del Sergas, articulando, el primero, un único motivo de suplicación al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 533. 4^a de la LEC, en relación con el art. 3º, anexo b), 1º.f), anexo e), i) y anexo f).1 del Real Decreto 1.679/90, de 28 de Diciembre, por entender que concurre, respecto del Insalud, la excepción de falta de legitimación pasiva. Y el segundo, formulando un primer motivo, al amparo del art. 190.a) de la LPL, en el que interesa la reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno por haberse vulnerado -a su juicio- los arts. 80.1.b) y 81.1 de la referida Ley Procesal Laboral, en relación con el art. 533. 4º LEC, al entender que cuando se produjo el evento dañoso determinante de la reclamación -año 1989- la asistencia sanitaria era prestada en Galicia por el Instituto Nacional de la Salud, dotado de personalidad jurídica propia e independiente, que en el presente caso, de existir la obligación que se reclama (lo que se rechaza), sería el único obligado, y no el Servicio Galego de Saúde.

SEGUNDO.- Ambos motivos, que han de ser examinados conjuntamente, llevan a la conclusión de que procede estimar el formulado por el Insalud y, correlativamente, rechazar el articulado por el Sergas, pues la cuestión litigiosa que ahora se plantea ha sido ya reiteradamente resuelta por esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1995, 16 de mayo y 24 de julio de 1996 (Recurso nº 4.941/93), 12 de septiembre de 1997 (Recurso nº 934/95), así como por las STS de 12 de diciembre de 1996 y 7 de marzo de 1997 (Recursos nº 2.651/96 y 2.588/96), cuya doctrina puede sintetizarse así:

En el art. 1 del RD 1.679/1990, de 28 de diciembre, se dice que se traspasan las funciones del Insalud a Galicia, así como los correspondientes servicios e instituciones y medios personales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllos; en su art. 2, que -en consecuencia- quedan traspasadas las funciones a que se refiere el acuerdo que se incluye como Anexo del presente Real Decreto, los servicios e instituciones, los bienes, derechos y obligaciones, así como el personal que se relacionaba; en el art. 3 se decía que dicho traspaso tendría efectividad a partir del 1 enero 1991; en el ap. e), f).1 del Anexo se añade, en términos de gran generalidad, “se traspasan a la Comunidad Autónoma de Galicia los bienes, derechos y obligaciones del Insalud, que corresponden a los servicios traspasados”. Por último, en el Real Decreto se añadía “que a partir del 1 enero 1991 los compromisos de gastos reconocidos a dicha fecha por los Servicios Centrales del Insalud serán contraídos con cargo a los créditos de la Comunidad Autónoma de Galicia por considerar que los mismos se encuentran financiados por las desviaciones previstas en el último párrafo del ap. f)”.

En consecuencia, el supuesto de autos, en cuanto referido a reclamación posterior al 1 de enero de 1991, pero derivada de asistencia médica anterior a dicha fecha, debe considerarse comprendido en el ap. e), f).1 del Anexo al Real Decreto de referencia, pues el gasto que supone para la Seguridad Social el pago de las cantidades reclamadas, es una obligación de la Seguridad Social nacida después de efectuada la transferencia al “Sergas”, derivada de una sentencia judicial dictada después del 1 de enero de 1991, resolviendo demanda también posterior a dicha fecha, como igualmente lo fue la reclamación previa, aunque el gasto reclamado fuese anterior a la transferencia del servicio desde el Insalud, a cuyo compromiso de pago debe hacer frente el Servicio Galego de Saúde en la forma prevista en el artículo del Anexo antes referido, puesto que “se está ante un supuesto de subrogación legal”, lo que -correlativamente- implica la libre absolución del Instituto Nacional de la Salud al no alcanzarle responsabilidad alguna, por concurrir en el mismo la invocada excepción de falta de legitimación pasiva.

TERCERO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL articula el demandado Sergas un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción de los arts. 102. 3 de la LGSS de 1974, 18, apartados 2, 3 y 4 del Decreto 2.766/67, de 16 de noviembre, en la redacción dada al mismo por el Decreto 2.575/73, de 14 de septiembre, por entender que no concurren ninguno de los

supuestos previstos legalmente para dar lugar al reintegro, ya que no hubo solicitud de la prestación sanitaria por parte del demandante, ni tampoco denegación injustificada ni urgencia vital.

El motivo debe prosperar con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- Conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 17/2 y 2/3/1987, 9/5/1988, 12/12/1991, 15/1/1992, 31/5/1995 y 16/6/1997), la utilización de los servicios médicos ajenos a la Seguridad Social no puede realizarse de espaldas a la Entidad Gestora, para la que la hospitalización del paciente es obligatoria cuando la enfermedad exija un tratamiento de vigilancia sanitaria continua. El que dicho internamiento no pueda ser prestado por la Entidad Gestora no libera a ésta, sino que la prestación corre a su cargo. Pero tampoco libera al paciente hasta el punto de que pueda desentenderse de sus vínculos con la entidad responsable, sino que es preciso que solicite la prestación, exigencia ésta reiterada por la jurisprudencia del TS. Por ello, no es lícito pretender cargar a la Seguridad Social unos gastos por una actuación médica continua realizada voluntariamente a sus espaldas; añadiendo, incluso, las sentencias de 15/1/1992 y 31/5/1995, que la carencia de centros de internamiento adecuados por parte de la Seguridad Social no determina sin más el reintegro eximiendo al beneficiario de solicitar la asistencia de la Gestora y autorizándole para acudir directamente a los servicios ajenos de su elección, aunque no concurra una necesidad de asistencia urgente de carácter vital. Esta conclusión no es conforme con los preceptos citados y está también en contradicción con el art. 19 del Decreto 2.766/1967, a tenor del cual la Entidad Gestora puede acordar internamientos aunque éstos no puedan efectuarse en ninguna institución cerrada propia o concertada, haciéndose entonces cargo de los gastos. Pero el beneficiario no puede decidir por si mismo la imposibilidad del internamiento en institución propia o concertada; debe, por el contrario, dirigirse a la Gestora para que ésta se pronuncie sobre la procedencia del internamiento, acordando o denegando el mismo y determinando, en su caso, el establecimiento de la red hospitalaria nacional -o gallega- en el que ha de llevarse a efecto.

2.- Y en el presente caso, el actor ingresó en el Sanatorio Psiquiátrico "C.", sin existir solicitud ni comunicación previas a la Entidad Gestora, por lo que ha de concluirse que no se cumplen los requisitos que exigen los preceptos citados para poder obtener el reintegro de los gastos causados por la referida asistencia prestada -en el período 21.05 a 24.06.89- por servicios ajenos a la Seguridad Social, al no haber existido denegación

injustificada de asistencia ni urgencia vital, pues - como ya se dijo- el beneficiario no puede decidir por si mismo la imposibilidad del internamiento en institución propia de la Seguridad Social o concertada, sin dirigirse a la Gestora para que ésta se pronuncie sobre la procedencia del expresado internamiento, habiendo declarado la STS de 31/5/1995, que no altera tampoco esta postura el hecho de que el ingreso en centro psiquiátrico hubiese sido prescrito por médico de la Seguridad Social, ya que el artículo 19.1 del Decreto mencionado 2.766/1967 dispone que «la hospitalización podrá ser acordada por la Entidad Gestora de oficio o a propuesta del facultativo que preste la asistencia»; lo que pone de manifiesto, con toda nitidez, que la prescripción del médico no es más que una simple propuesta, y que la misma no es en absoluto suficiente para que la Seguridad Social quede obligada a llevar a cabo la hospitalización del paciente o a sufragarle los gastos de la misma. Por ello, -añade la STS de 17.07.95 refiriéndose a un supuesto de asistencia sanitaria continua como la presente- el actor debió acudir a la Entidad Gestora para requerir que se le otorgara la asistencia (art. 18.2 del Decreto 2.766/1967), y en caso de no recibir respuesta positiva, podía abandonar los servicios de la medicina oficial y acudir a un centro privado o concertado comunicándolo a la entidad en plazo de quince días (artículo 18.3 del referido Decreto). En razón a lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Servicio Galego de Saúde (Sergas), así como el interpuesto por el también demandado Instituto Nacional de la Salud (Insalud), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Capital, con fecha 27 de febrero de 1996, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, con desestimación de la demanda inicial formulada por el actor don J.F.E., debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a las referidas Entidades Gestoras demandadas.

2677 RECURSO N° 2.227/99

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO PARA A DETERMINACIÓN DO CÁLCULO DE CERTA

PRIMA DE PRODUCCIÓN PREVISTA NO CONVENIO COLECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan L. Martínez López

A Coruña, a veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.227/99, interpuesto por don M.D.D. 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 M.D.D. en reclamación de conflicto colectivo, siendo demandado “M.R., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 159/99 sentencia con fecha 17 de marzo de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) En fecha 9 del actual mes de marzo, fue presentada a este Juzgado demanda interpuesta por los Delegados de Personal de la empresa “M.R., S.A.”, pertenecientes al Sindicato Unión General de Trabajadores (U.G.T.), sobre Conflicto Colectivo, haciendo constar que el conflicto afectaba a los intereses económicos de todos los trabajadores de la plantilla.- 2º) En dicha demanda, la citada Representación de los trabajadores reclama que para el cálculo de la prima de producción anual prevista en el artículo 31 del Convenio Colectivo de la citada empresa, se incluya la producción del Carbonato de Magnesio.- 3º) La empresa demandada en el año 1995 vendió 14.000 Tm. De carbonato de magnesio; en el año 1996 “0”, en el año 1997, 5 Tm; en el año 1998, 1.570 Tm. y para el año 1999 tiene un pedido de unas 20.000 Tm. del citado producto.- 4º) Como consecuencia de haber vendido la empresa en el año 1995 las citadas 14.000 Tm. de carbonato de magnesio, cuando se negoció el Convenio Colectivo para el año 1996, las partes negociadoras incluyeron por primera vez en el Convenio de la empresa que la producción del carbonato de magnesio se abonaría a 2'50 ptas. por tonelada y productor en el momento de salida de fábrica.- 5º) La producción del carbonato de magnesio, nunca se computó para el cálculo de la

prima de producción anual a que se refiere el art. 31 del Convenio de aplicación.- 6º) La empresa demandada produce óxido de magnesio, que tiene un valor en el mercado de unas 14.500 ptas. por Tm. mientras que el carbonato de magnesio se cotiza a razón de 2.500 pts. Tm.- 7º) En fecha 28 de enero de 1999, tuvo lugar la reunión de la Comisión Paritaria del Convenio de la empresa, al objeto de deliberar sobre la interpretación de los artículos 18 y 31 del texto del Convenio, no alcanzándose acuerdo satisfactorio para las partes.- 8º) En fecha 10 de febrero de 1999 se presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC, celebrándose el 24 del mismo mes acto de conciliación que concluyó “sin avenencia”.- 9º) Agotada correctamente la vía previa se interpuso la demanda origen de los presentes autos, registrada en el Decanato el 6-marzo-99 y repartida a este Juzgado el día 9 del mismo mes de marzo”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda promovida por don M.D.D. y don M.G.S. contra la empresa “M.R., S.A.”, en proceso sobre Conflicto Colectivo, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de la pretensión deducida en la demanda rectora de esta “litis”.- Se tiene por desistido al demandante don H.R.D. por no haber comparecido al acto del juicio”.

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.- Frente a la sentencia que desestima la demanda interpuesta por los Delegados de personal de la empresa “M.R., S.A.”, sobre Conflicto Colectivo, en la que reclamaban que para el cálculo de la prima de producción anual prevista en el artículo 31 del Convenio Colectivo de la citada empresa se incluya la producción del Carbonato de Magnesio, se alzan en Suplicación los accionantes para denunciar la infracción, por interpretación errónea de los artículos 18 y 31 del Convenio Colectivo, alegando que dichos artículos han de ser analizados en su propio contexto y por separado y así en el artículo 31 se regula la denominada producción anual, sin más determinación y se establece el derecho de los trabajadores a lucrar un determinado porcentaje de su masa salarial bruta del año anterior, porcentaje que varía en función de alcanzarse las producciones señaladas, pero el citado artículo en modo alguno excluye del cómputo de tales producciones ningún producto de

los que se producen en la empresa y si no lo hace – añade – es porque a la hora de computarse tales producciones anuales deben incluirse todas las líneas de producción existentes en la empresa.

El artículo 18 del vigente Convenio Colectivo contempla una prima de producción para el óxido de magnesio y otra distinta para el carbonato de magnesio. Esta última se incorporó, cuando se negoció el Convenio Colectivo para el año 1996 y como consecuencia de haber vendido la empresa en el año anterior 14.000 Tm. de carbonato de magnesio, incluyéndose por primera vez en el Convenio que la producción del mismo se abonaría a 2,50 Pts por tonelada y productor en el momento de salida de fábrica, pues hasta entonces el mencionado artículo 18 únicamente contemplaba la prima de producción del óxido de magnesio.

Por su parte el artículo 31 establece una prima de producción anual, que la empresa viene abonando cuando se alcanzaran las producciones señaladas en el citado artículo, computándose para ello la producción de óxido, pues la producción de carbonato nunca se computó para el cálculo de la prima de producción anual a que se refiere este artículo 31, siendo a raíz de su inclusión en el artículo 18 cuando surge la controversia acerca de la cuestión planteada y que motivó la reunión de la Comisión Paritaria del Convenio de la empresa, al objeto de deliberar sobre la interpretación de los repetidos artículos 18 y 31 del texto del Convenio, no alcanzándose acuerdo satisfactorio entre las partes.

Es importante resaltar, para la resolución del caso debatido, dos aspectos fundamentales: a) que en la liquidación de las primas de producción correspondientes a los años 1995, 1996 y 1997, no se incluyó el carbonato para el cálculo del porcentaje de la prima anual, y ello a pesar de que en la redacción del artículo 18 ya se había incluido la prima específica para tal producto; y b) que pese a la modificación del artículo 18 con la inclusión ya anunciada del carbonato, la redacción del artículo 31 ha permanecido invariable.

Cabe pues concluir que si la empresa venía abonando la prima de producción anual que regula el artículo 31 del Convenio Colectivo sobre el cómputo del óxido de magnesio, y lo ha seguido haciendo cuando ya el artículo 18 contemplaba la prima específica del carbonato, no existen motivos fundados que justifiquen ni avalen la interpretación que del artículo 31 pretenden los accionantes de incluir en la prima anual la producción del carbonato de magnesio, cuando, además, el repetido precepto mantiene la misma redacción que tenía antes de la inclusión en el art. 18 de la prima por producción de carbonato.

En consecuencia, y al haberlo entendido así el Juzgador de instancia, procede la desestimación del recurso de Suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don M.D.d., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo, de fecha 17 de marzo de 1999, dictada en autos seguidos a instancia del recurrente frente a “M.R., S.A.”, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

2678 RECURSO N° 1.924/96

S. S.

A XURISDICCIÓN LABORAL NON É COMPETENTE PARA COÑECER DE DEMANDAS RELATIVAS Á VALIDEZ DUNHA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

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

A Coruña, a tres de junio de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.924/96 interpuesto por Consellería de Facenda-Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.L.R.P. en reclamación de RECLAMACIÓN DE DERECHO siendo demandado Consellería de Facenda-Xunta de Galicia en su día se celebró acto de vista,

habiéndose dictado en autos núm. 880/95 sentencia con fecha 27 de febrero de 1996 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Que la actora participó en el concurso de méritos 2/92 convocado por la “Consellería de Economía e Facenda” (<Secretaría Xeral Técnica e do Patrimonio>) para la cobertura de plazas en régimen laboral temporal, siendo seleccionada y suscribiendo un contrato de trabajo para la realización de una obra o servicio determinado, en fecha 10 de junio de 1992, consistente en la prestación de trabajos propios de su Categoría profesional de Titulado Superior, en los programas de 1992 de Ayudas Financieras a las PYMES y al Sector Productivo Agrario, pactándose, no obstante, una duración, desde el 10 de junio de 1992, hasta el 31 de diciembre de 1992. **SEGUNDO.-** Que desde su incorporación a la “Xunta de Galicia” la actora fue destinada a la “Asesoría Xurídica” de la “Consellería de Economía e Facenda”, integrada en la “Secretaría Xeral do Patrimonio”, realizando labores de archivo de expedientes, tramitación de pedidos de biblioteca, catalogación y renovación de “Fondos Bibliográficos y Publicación”, así como de recopilación, elaboración y actualización de repertorios de Disposiciones de la Consellería y documentación normativa automática y estatal de uso habitual, no efectuando ninguna actividad directa o indirectamente relacionada con el objeto de su contrato de trabajo. **TERCERO.-** Que el contrato de trabajo fue objeto de varias prórrogas mediante diversas comunicaciones del “Secretario Xeral Técnico e do Patrimonio”, justificadas por continuar realizándose la obra o servicio objeto del contrato laboral, la última hasta el 30 de noviembre de 1995. **CUARTO.-** Que con fecha 26 de octubre de 1995 la actora solicitó, mediante escrito de reclamación previa, la condición de personal laboral fijo, que no consta resuelta. **QUINTO.-** Que mediante resolución del “Conselleiro da Presidencia e Admón. Pública”, de fecha 30 de noviembre de 1995, se acordó transformar, desde esa fecha, la relación de empleo inicial de la actora en otra de naturaleza interina, en las condiciones a que se refiere el art. 7 de la Ley de la Función Pública, continuando prestando las mismas funciones como personal interino del Grupo A del Cuerpo Superior de la Administración de la Xunta de Galicia. **SEXTO.-** Que como consecuencia de la referida resolución la actora suscribió un documento, el 30 de noviembre de 1995, fecha también en la que formalmente vencía su contrato de trabajo, en el que se manifiesta su conformidad con dicha resolución y que queda por tanto extinguida la relación laboral anterior que con carácter temporal le unía con la Administración, si bien salvó, de puño y letra, que la firma del mismo

no implicaba renuncia a cualquier tipo de derecho adquirido en la relación laboral anterior. **SEPTIMO.-** Que no estando incluido el puesto de trabajo que efectivamente ocupa la actora en las Relaciones de Puestos de Trabajo de la “Xunta de Galicia”, se solicitó el 27 de noviembre de 1995, por el “Secretario Xeral de Patrimonio”, mediante escrito dirigido al “Inspector Xeral de Servicios de la Consellería de Presidencia e Admón. Pública”, la aprobación de una Propuesta de Modificación de la Relación de Puestos de Trabajo, en que consta como de nueva creación el que ocupa la demanda con destino en la “Secretaría Xeral e do Patrimonio”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando parcialmente la demanda promovida por doña M.L.R.P. contra la “CONSELLERÍA DE ECONOMÍA E FACENDA” de la “XUNTA DE GALICIA” en reclamación declarativa de derechos, debía declarar y declaro el derecho de la actora a la fijeza laboral en la categoría profesional desempeñada con efectos desde el 10 de junio de 1992, así como el cumplimiento de un trienio de antigüedad, con el derecho al correspondiente plus, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración acatándola y cumpliéndola.

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

QUINTO.- Con fecha 16 de marzo de 1999, se dictó providencia acordando la remisión al Excmo. Sr. Fiscal para que emitiera el preceptivo informe sobre competencia de jurisdicción que una vez cumplimentado se unió a los autos.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el letrado de la Xunta de Galicia en solicitud de que sea revocada la sentencia de instancia, que declara el derecho de la actora “a la fijeza laboral en la categoría profesional desempeñada con efectos desde el 10.06.92, así como al cumplimiento de un trienio de antigüedad, con el derecho al correspondiente plus”. A estos efectos y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia el recurso, en primer lugar, la infracción del art. 1 de la L.P.L. en relación con el art. 8 E.T. y art. 7 de la ley de Función Pública de Galicia; lo que también invoca por la vía del art. 191.a) L.P.L. con carácter subsidiario y para el caso de que el Tribunal entendiera que las cuestiones relativas a la competencia de jurisdicción hubieran de plantearse por este cauce; y en segundo lugar, denuncia infracción del R.D. 2.104/84, así como también del

artículo 4 del Decreto 201/95 (DOG 11.07.95) y del art. 15.3 E.T.

SEGUNDO.- Sostiene el recurso en su primer motivo que la aplicación de los preceptos que en él denuncia lleva al Juzgador de instancia a apreciar equivocadamente la competencia de la jurisdicción social para conocer de una acción declarativa como la ejercitada por la actora, haciendo asimismo hincapié en que “si bien la relación laboral está vigente en el momento de presentar la reclamación previa –no en el momento de interponer la demanda- entiende esta parte... por la que se produce una novación en la relación jurídica que hasta entonces vinculaba a la actora con esta Admón., por otra de naturaleza administrativa y carácter interino...”; así como que: “El pronunciamiento en uno u otro sentido está vedado al Juez de Instancia por el Ord. Jurídico, toda vez que la competencia para conocer sobre la legalidad o no del acto administrativo de nombramiento de funcionarios interinos la tiene atribuida la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...”.

La argumentación, la infracción normativa en que se sustenta, ha de examinarse a partir de lo siguiente acreditado en el proceso: A) La actora suscribió contrato de trabajo para obra o servicio determinado en 10.06.92, tal como se concreta en el H.P. 1º, si bien se pactó una duración desde el 10/6 al 31.12.92. B) Desde su incorporación a la Xunta de Galicia la actora fue destinada a la “Asesoría Xurídica” –Consellería de Economía e Facenda, con la labor determinada en el H.P. 2º. C) El contrato de trabajo citado fue prorrogado alegando continuación de la obra o servicio objeto del contrato, la última hasta el 30.11.95. D) En fecha 26.10.95 la actora solicitó la condición de personal laboral fijo; petición no resuelta. E) A pesar de ello, por resolución del Conselleiro da Presidencia e Admón. Pública de fecha 30.11.95 se acordó transformar, desde esa fecha, la relación de empleo inicial de la actora en otra de naturaleza interina, en las condiciones del art. 7 de la Ley de la Función Pública, continuado prestando las mismas funciones como personal interino del Grupo A del Cuerpo Superior de la Administración de la Xunta de Galicia. Como consecuencia de esta resolución, la actora suscribió el 30.11.95, fecha en que formalmente vencía su contrato de trabajo, un documento en el que manifestó (H.D.P. 6º) “su conformidad con dicha resolución y que queda por tanto extinguida la relación laboral anterior que con carácter temporal le unía con la Administración, si bien salvó de puño y letra, que la firma del mismo no implicaba renuncia a cualquier tipo de derecho adquirido en la relación laboral anterior”. Y F) La demanda fue presentada el 14.12.95, pidiendo en ella la actora que se le reconociese la condición de

personal laboral fijo y otras declaraciones complementarias, en acogimiento de las que la sentencia de instancia declaró su derecho “a la fijeza laboral en la categoría profesional desempeñada con efectos desde el 10.06.92, así como al cumplimiento de un trienio de antigüedad, con el derecho al correspondiente plus.

TERCERO.- La sentencia del T.S. de 13.07.98 afirmaba la competencia de la Jurisdicción social para decidir acerca de la pretensión de que se califique la relación como laboral y como temporalmente fija, dado que son declaraciones “materia social, o se insertan, si se quiere, en la rama social del Derecho, determinante de la competencia de este Orden Jurisdiccional social, a tenor del art. 9.4 de la L.O.P.J. y...”. En este sentido, la pretensión articulada en demanda y la declaración que en estimación de la misma hace la sentencia recurrida, implica la competencia de este orden jurisdiccional para conocer, puesto que se pide y se declara el derecho de la actora “a la fijeza laboral...”; sin perjuicio de ello, este pronunciamiento exige en todo caso presupone en sí mismo, que subyazca una relación laboral viva, vigente, que permita hacer la declaración de fijeza y lo demás que por su derivación se pide. De esta manera, la cuestión de la permanencia de la relación laboral que se califica como fija y la de su real naturaleza de tal se convierte en substrato y presupuesto necesario, imprescindible, de la viabilidad del pronunciamiento; y en este sentido y consecuentemente competencia del Orden Social.

En los fundamentos jurídicos 3º y 4º de la sentencia recurrida se aborda dicha cuestión, concluyendo, a pesar de declarar que en 30.11.95 se extinguió la relación laboral inicial de la actora y que mediante resolución administrativa se dio lugar a otra de naturaleza funcionarial interina, a la que aquélla manifestó su conformidad, que la relación jurídica entre las partes siguió manteniendo su inicial carácter laboral “pese al acto formal por el que se designa a la demandante como funcionaria”. En este contexto, la resolución recurrida afirma que la dicha decisión administrativa y todo lo que propició no tiene el amparo normativo preciso y que tampoco lo encuentra en la alegación “de que el contrato de trabajo de la accionante finalizaba el 30.11.95, fecha que unilateralmente impuso la Admón. Demandada en la última prórroga...”. Es tras ello que la sentencia recurrida (fundamento jurídico 4º) afirma lo siguiente: “Partiendo pues de la naturaleza laboral que cabe asignar a la relación jurídica existente entre las partes... cabe ya sin otros obstáculos, enjuiciar el fondo del asunto, es decir, si la actora ostenta o no la condición de personal fijo”. El Tribunal no comparte referida argumentación.

CUARTO.- Es un hecho indiscutido que si bien la relación de la actora con la Xunta de Galicia vino siendo laboral, en fecha 30.11.95, antes incluso de la presentación de la demanda, se produjo su extinción y el surgimiento de otra relación de naturaleza distinta, administrativa, funcionarial interina. Y esto en términos oportunamente vinculantes para y en este orden social y a los efectos de resolución de la pretensión planteada: por un lado, se dictó una resolución en 30.11.95 por el Conselleiro da Presidencia e Administración Pública que acordó lo oportuno acerca del nacimiento de la relación funcionarial con la actora; por otro, la actora suscribió un documento en la misma fecha, en la que además vencía su contrato de trabajo, en el que manifestó su conformidad con tal resolución y que quedaba extinguida la relación laboral anterior.

La resolución administrativa indicadas causó así estado, careciendo de aptitud para desvirtuar los efectos derivados de ella la mera salvedad que la actora hizo al tiempo de asumir la misma acerca de que ello no implicaba renuncia a derechos adquiridos, porque en todo caso se circunscribían al contexto de una relación laboral que se extinguía, y con su aquiescencia explicitada, en aquella fecha de 30.11.95.

Consiguientemente, cuando la actora presenta la demanda que inició el proceso y cuando en éste se celebra el juicio oral y se dicta sentencia, la relación laboral que venía manteniendo la actora con la demandada aparece extinguida; y si bien tras ello prosiguió la relación, ahora la es de naturaleza funcionarial interina; consecuencia de una resolución administrativa del órgano competente oportuno de la Xunta de Galicia, a la que la actora misma prestó expresa conformidad. Todo esto produce, a criterio del Tribunal, la siguiente doble consecuencia:

A) Por un lado, que ha desaparecido el substrato jurídico fundamental que, en su caso, permitiría hacer la declaración de “fijeza laboral” que en demanda se solicita; puesto que como se dejó dicho anteriormente, y se argumenta también en el recurso, sin una relación laboral subyacente y vigente al tiempo de interponer la demanda y de ser dictada sentencia, no cabe pedir y/o declarar “el derecho de la actora a la fijeza laboral en la categoría...” como indebidamente hace la sentencia recurrida.

Y B) Por otro lado, el orden social no tiene competencia para declarar la invalidez e ineficacia de una relación funcionarial interina que como sucede en el presente caso, aparece establecida formalmente y en debida forma antes de ser

interpuesta la demanda y por virtud de una actuación administrativa con la que la actora incluso mostró conformidad, pues esto en todo caso corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo; es decir, este Tribunal no puede ignorar ni tampoco dejar sin validez la resolución administrativa que nombró a la actora funcionaria interina y la relación de tal carácter que propició, dando lugar a que extinguida la relación previa laboral, causase el estado preciso como para que no pueda ser desconocida en este orden social y a los presentes efectos. En este sentido, sí ha de resultar de aplicación la doctrina jurisprudencial de la que son exponente, entre otras, las Ss. Del T.S. de 27.01.97 y 09.10.97; y de la que este Tribunal ha hecho aplicación en recientes resoluciones (por ejemplo, S. de 17.12.98, Rec. N° 4.506/98).

La sentencia de 27.01.97, afirmando que no cabe pretender el reconocimiento de relación laboral indefinida referida a relación constituida por designación funcionarial interina precedida por contrato laboral temporal que se extinguió pacíficamente al término pactado, dice lo siguiente: “...Sobre el referido tema competencial, esta Sala ya ha sentado jurisprudencia unificadora, entre otras, en sentencias de 20 de abril de 1992, 27 de febrero, 12 de junio, 16 de julio y 22 de noviembre de 1996, en las que se declara que la respuesta a pretensiones que tienen el indicado objeto hace preciso resolver sobre la validez de la relación funcionarial”; única que actualmente vincula a las partes enfrentadas, para lo que carece de competencia este orden Social, teniéndola el Contencioso-Administrativo, como así resulta de lo prevenido por los apartados 4 y 5 de la LOPJ, sin que sea eficazmente aducible frente a la conclusión expuesta que la referida cuestión actuaría como prejudicial, dado que el tema en litigio es reconducir al ámbito laboral una relación constituida en el plano del derecho Administrativo. La doctrina expuesta debe ser ahora reiterada...”

Asimismo, la sentencia del T.S. de 09.10.97 argumenta: “Mediando entre las partes una relación funcional -aunque sea de interinidad-, ésta se inserta en el ámbito jurídico administrativo y por tanto cualquier problemática en torno a ella debe plantearse ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; todo ello, de conformidad con lo establecido en el art. 9.4 L.O.P.J. art. 1.1...”

QUINTO.- Consecuentemente, la sentencia de instancia estima indebidamente la demanda, pues constatándose la falta de relación laboral vigente en el momento necesario al efecto y no pudiendo ser desvirtuada en su naturaleza y validez aquí y ahora la relación funcionarial nacida entre las partes, el pronunciamiento que aquella resolución hace resulta jurídicamente inviable. El recurso, por tanto,

se acoge y con revocación de la sentencia de instancia, se desestima la demanda.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Letrado de la Xunta de Galicia contra la sentencia dictada el día 27.02.96 por el juzgado de lo social nº 2 de Santiago en autos tramitados bajo el nº 880/95, revocamos dicha sentencia; y por consiguiente, desestimando la demanda interpuesta por doña M.L.R.P. contra la Consellería de Economía e Facenda Xunta de Galicia, absolvemos a dicha demandada de las pretensiones contenidas en aquélla.

2679 RECURSO Nº 2.624/96

S. S.

A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL CANDO EXISTE INCUMPRIMENTO DA OBRIGA DE COTIZAR DEPENDE DO ALCANCE DOS DESCUBERTOS E DA SÚA REITERACIÓN.

Ponente: Ilmo Sr. Don Adolfo Fernández Facorro.

A Coruña, a tres de junio de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.624/96, interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 14 y 95-96 acumulados se presentó demanda por MUTUA "C.", MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO NÚMERO... en los autos número 14-96 y como demandante en los autos 95-96 don A.S.A. en

reclamación de Accidente siendo demandado en los autos número 14-96, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, don A.S.A., Empresa "C.C., S.L." y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y como demandados en los autos 95-96, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA "C.", Empresa "C.C., S.L." y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 6 de marzo de 1996 por el Juzgado de referencia que estimó las demandas.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Don A.S.A., nacido el..., figura afiliado a la Seguridad Social, Régimen General, bajo el número..., con la categoría profesional de Albañil, y una base reguladora de 273.000.-pesetas mensuales.- SEGUNDO.- Don A.S.A., en fecha 2 de enero de 1995 sufrió un accidente de trabajo, iniciando la situación de incapacidad laboral transitoria, en la que permaneció hasta el 16 de mayo de 1995, en que fue dado de alta.- TERCERO.- En el momento de accidente de trabajo, el actor prestaba servicios en la empresa "C.C., S.L.", teniendo la misma concertado el riesgo de accidentes de trabajo con la Mutua "C.". - CUARTO.- La Empresa "C.C., S.L." presenta los siguientes descubiertos en el pago de sus cuotas de Seguridad Social: noviembre y diciembre de 1993.- febrero de 1994.- mayo de 1994.- De agosto a octubre de 1994.- De diciembre de 1994 a abril de 1995 y junio de 1994. Encontrándose dicha Empresa desaparecida.- QUINTO.- Como consecuencia del accidente sufrido, le quedan las siguientes secuelas: "Hernia discal, L4-L5 de localización central y parasagital izquierda, originando obliteración y disminución del desfiladero interdiscoapofisario del mismo lado, coexistiendo dicha alteración con prolapsio y marcado relieve del disco D5-S1. De dicha hernia, fue intervenido en fechas 22.02.95 y 04.04.95".- SEXTO.- La Dirección Provincial del I.N.S.S. en fecha 11.10.95, dicta resolución por la que declara al actor afecto de una incapacidad permanente Parcial para su profesión habitual, concediéndole el derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de 6.552.000.- pesetas, equivalente a 24 mensualidades de su base reguladora de 273.000.- pesetas mensuales, que le deberá ser abonada por Mutual "C.". - SEXTO.- La Mutual "C.", a consecuencia del accidente, ha tenido que abonar 600.600.- pesetas en concepto de I.L.T.- Asimismo se produjeron gastos derivados del tratamiento médico quirúrgico, hospitalización y traslados, que ascendieron a las siguientes cantidades: Por estancias y hospitalización en la clínica "C." en Barcelona, 1.623.607 pesetas.- Por gastos de desplazamientos a Barcelona, 68.603.-pesetas.- Por