

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

gastos médicos-farmacéuticos, 39.000.-, pesetas por TAC efectuado por la “S.D., S.A.”- Pos scanner efectuado por la “C.S.O., S.L.”, 24.200.-pesetas.- Por resonancia magnética efectuada por el Centro Médico “C.”, 55.000.- pesetas; más 267.750.- pesetas por la atención efectuada y estancia durante 15 días en “C.”, lo que hace un total 2.078.369.- pesetas.- **SÉPTIMO.**- Interpuesta reclamación previa el 14 de noviembre de 1995, no es contestada y en 10 de noviembre de 1995, que es desestimada por resolución de 19 de febrero de 1996, y agotada la vía administrativa previa, son presentadas demandas ante el Juzgado de lo Social Decano en fechas 4 de enero de 1996 y 6 de febrero de 1996.”

**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 INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa “C.C., S.L.” y Mutual “C.”, Mutua de Accidentes de Trabajo número..., debo declarar y declaro al actor afecto a una Incapacidad Permanente Total, con derecho a percibir una pensión en cuantía del cincuenta y cinco por cien de su base reguladora de 273.00.- pesetas mensuales, con efectos económicos de 19 de junio de 1993, condenando a su pago, y con ello estimando la demanda presentada por la Mutua “C.”, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa “C.C., S.L.” y don A.S.A., a la empresa “C.C., S.L.”, con responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sin perjuicio del deber de la Mutua de anticipar el pago de anticipar el pago(sic) de dicha prestación. Asimismo, estimando el resto de la demanda formulada por la Mutua, procede condenar a la empresa “C.C., S.L.”, con responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, a que abone a dicha Mutua, la cantidad de 2.078.360.- pesetas, en concepto de gastos médicos-farmacéuticos derivados de dicho accidente, así como 600.600.- pesetas en concepto de prestaciones de Incapacidad Laboral Transitoria.

**CUARTO.**- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada INSS 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 las demandas acumuladas del trabajador y Mutua

Aseguradora, reconoce a aquél una incapacidad permanente total para su profesión por la contingencia de accidente de trabajo y condena al abono de la correspondiente prestación a la Empresa “C.C., S.L.” y subsidiariamente a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, condena que se extiende asimismo a prestaciones de ILT y a gastos médicos sanatoriales derivados todos ellos de la referida contingencia, contra la misma acude en recurso el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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 el trabajador don A.S.A. causó alta en la empresa “C.C., S.L.” el 6 de agosto de 1990 y baja por Regulación de Empleo el 6 de abril de 1995, fundándose para ello en la certificación de empresa que obra al folio 111 de autos. Debe acogerse la revisión pues aun cuando el documento en cuestión no es por si mismo prueba hábil al efecto, sin embargo al estar expedido por la empresa codemandada y aportado por el propio trabajador ha de atribuirse validez a los efectos de acreditar dicho extremo, con mayor razón cuando la Mutua Aseguradora, que rechaza en su impugnación la incorporación del mismo a los autos, podía acreditar cual era la fecha efectiva de alta y baja del trabajador en la empresa, si consideraba que no coincidía con los referidos datos

**SEGUNDO.**- En orden a derecho se denuncia la infracción por indebida aplicación del art. 126 de la LGS Social de 20 de junio de 1994, en relación con el art. 94 de la Ley de Seguridad Social de 1966. De dichos preceptos se desprende la existencia de responsabilidad empresarial cuando las empresas incumplen sus obligaciones de cotización, pero la jurisprudencia interpretativa de los mismos han venido matizando su aplicación, distinguiendo el alcance de los descubiertos, su reiteración o en su caso la constatación de una voluntad deliberadamente rebelde al pago por parte de la Empresa.

En el caso de autos si se atiende al tiempo de prestación de servicios del trabajador y al alcance de los descubiertos de la empresa, se evidencia que el incumplimiento de aquélla es por un total de nueve meses anteriores al accidente de trabajo y tres posteriores al mismo, lo que en relación a los cincuenta y seis meses que el actor perteneció a la misma supone un período pequeño de descubierto por lo que resultaría obligado que se repartiese proporcionalmente la responsabilidad de la prestación entre empresa incumplidora y Mutua Aseguradora.

No resulta acogible la denuncia. Ciertamente una reiterada doctrina jurisprudencial viene analizando

los diferentes supuestos de incumplimiento de cotización por parte de la empresa para establecer la correlativa obligación de responder total o proporcionalmente de las prestaciones devengadas o incluso de exonerarla de responsabilidad, en supuestos de que los descubiertos tienen una escasa significación temporal.

En el supuesto de autos es cierto que el descubierto empresarial no alcanza a un número excesivo de meses en función del tiempo de trabajo del trabajador en la empresa, pero dicho extremo viene a resultar intrascendente para hacer aplicación de la doctrina de Casación que invoca al Entidad Gestora en su recurso, si se tiene en cuenta que a partir de noviembre de 1993 y hasta abril de 1995 la empresa dejó absolutamente de cotizar, manteniendo una deuda con la Seguridad Social superior a los treinta millones de pesetas, según resulta por la propia documental emitida por la Tesorería General de la Seguridad Social (folio 168 de autos) ante cuya situación no cabe hablar de descubiertos ocasionales o esporádicos ni de una voluntad de cumplimiento por parte de la empresa, sino de un descubierto permanente en el tiempo y extendido a toda su plantilla de trabajadores, lo que excluye la aplicación de criterios de proporcionalidad en el reparto de la responsabilidad en el pago de prestaciones, que sólo en ocasiones muy aisladas admite la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en general se decanta, o bien por la condena de la empresa o por su exoneración total, en definitiva el criterio aplicado por el Juzgado de instancia ha de estimarse correcto, por lo que ha de confirmarse la sentencia con desestimación del recurso.

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 número uno de Ourense de fecha 6 de marzo de 1996, confirmándola en sus pronunciamientos de condena de la Empresa "C.C., S.L." y subsidiariamente y para el supuesto de insolvencia de la misma la del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con absolución de la Mutua Aseguradora "C.", acogiéndose íntegramente el resto de pronunciamientos.

## **2680 RECURSO N° 2.090/99**

S. S.

A COBERTURA DAS VACANTES POLOS PROCEDEMENTOS LEGAIS ESTABLECIDOS

NAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SUPONÉN A EXTINCIÓN POR CUMPRIMENTO DUNHA CONDICIÓN RESOLUTORIA DOS CONTRATOS DE INTERINIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto.

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 núm. 2.090/99 interpuesto por doña M.L.G.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.L.G.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado SERGAS, EXCMA. DIPUTACIÓN DE OURENSE, EMPRESA HOSPITAL "S.M.M.", LA ESCUELA UNIVERSITARIA DE ENFERMERÍA y doña E.D.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 1/99 sentencia con fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "**PRIMERO.-** La actora doña M.L.G.P., desde el 1 de febrero de 1990 hasta el 16 de octubre de 1998, prestó servicios sin solución de continuidad con la categoría de auxiliar administrativo, haciendo funciones de jefe de administración, desde el 01.02.91 en el Centro de trabajo sito en la denominada Escuela de Enfermería, ubicada en el Hospital "S.M.M." de esta ciudad, suscribiendo desde la indicada fecha los siguientes contratos: a) El 21.02.90 suscribe contrato eventual con la Excma. Diputación Provincial con una duración de 5 meses, desde el 01.02.90 al 30.06.90.- b) El 04.07.90 suscribe contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo con la Excma. Diputación Provincial con una duración pactada inicial de 6 meses, el cual fue sucesivamente prorrogado hasta el 31.08.92.- c) El 01.09.92 suscribe contrato eventual por necesidades de servicio con la Excma. Diputación Provincial con una duración de 5 meses hasta el 31.01.93.- d) El

01.02.93 suscribe contrato eventual por necesidades del Servicio con la Excmo. Diputación Provincial con una duración de 1 mes hasta el 28.02.93.- e) El 01.03.93 suscribe nuevo contrato eventual con el Hospital Provincial con una duración de 2 meses hasta el 30.04.93.- f) El 04.05.93 suscribe nuevo contrato eventual por necesidades del servicio con el Hospital Provincial con una duración de 1 mes desde el 01.05.93 al 31.05.93.- g) El 01.06.93 suscribe nuevo contrato eventual por circunstancias de la producción con el Hospital Provincial con una duración de 1 mes hasta el 30.06.93.- h) El 01.07.93 suscribe nuevo contrato eventual con el Hospital “S.M.M.” con una duración de 1 mes.- i) El 01.08.93 suscribe contrato como medida de fomento de empleo con el Hospital “S.M.M.” el cual fue sucesivamente prorrogado hasta el 31.01.95.- j) El 01.02.95 suscribe contrato de interinidad con el Hospital “S.M.M.” con una duración según la cláusula sexta hasta que se cubra la plaza reglamentariamente o se amortice. Dichos contratos figuran incorporados a autos teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido.- SEGUNDO.- Por Decreto 22/93 de 28 de enero (DOG. de 12.02.93) se transfiere a la Comunidad Autónoma de Galicia el Hospital Provincial “S.M.M.” dependiente de la Diputación Provincial de Ourense, junto con la Escuela de Enfermería, ubicada en el indicado centro, transfiriendo el personal adscrito a dichos centros, entre ellos la actora, personal contratado eventual del Hospital “S.M.M.”. Por Orden de 28 de abril de 1995 (DOG de 15.05.95), se crea el Complexo Hospitalario “S.M.M.” y Hospital Dr. “C.G.”.- TERCERO.- Por Resolución de 8 de abril de 1996 la Dirección General de Recursos Humanos convoca concurso oposición para ingreso en las categorías incluidas en la Oferta pública de empleo para el año 1995 del Personal Laboral del Complexo Hospitalario “S.M.M.” – “Dr. C.G.” de Ourense. Por Resolución de la Dirección de Recursos Humanos del SERGAS de 14 y 26 de mayo de 1998, se da por terminado el proceso selectivo convocado por la Resolución citada de 08.04.96.- CUARTO.- En fecha 21 de octubre el SERGAS, dirige comunicación escrita a la actora del siguiente tenor literal: “Se le comunica que, una vez resuelto con carácter definitivo el concurso oposición para el personal laboral del Complexo Hospitalario “S.M.M.” – “Dr. C.G.”, próximamente se producirá la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo incluidos en dicha oferta pública de empleo. La posible incorporación, de este personal adjudicatario en el puesto de trabajo que usted viene ocupando puede conllevar, previsiblemente, el cese en su prestación de servicios en el centro. La efectividad del cese tendrá lugar, en su caso, en fechas próximas que le serán notificadas debidamente.- QUINTO.- En fecha 16 de noviembre de 1998, la actora recibe comunicación escrita del siguiente tenor literal: “A

la atención de don/doña. M.L.G.P.- Auxiliar Administrativo.- Habiendo tomado posesión de la plaza don/doña M.E.D.G. 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”.- SEXTO.- En fecha 21 de octubre de 1998, por la Dirección General de la División de Recursos Humanos del SERGAS, se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo objeto de la oferta pública de empleo, del personal laboral del C.H. “S.M.M” – “Dr. C.G.”, considerando aplicables el contenido de las instrucciones de 31.07.97. Dichas instrucciones figuran incorporadas a autos teniendo aquí su contenido por reproducido.- SÉPTIMO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior, la condición de representante legal o sindical.- OCTAVO.- Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 20.01.99”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña M.L.G.P., contra EL SERVICO GALEGO DE SAÚDE Y doña M.E.D.G., LA ESCUELA UNIVERSITARIA DE ENFERMERIA, EL HOSPITAL “S.M.M.” Y LA EXCMA. DIPUTACIÓN DE OURENSE debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y en consecuencia absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidas.

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de la actora, contra el Sergas y Otros y declara que no existe despido sino extinción regular del contrato de trabajo que ligaba a ambas partes. Contra la misma, formula recurso de Suplicación la parte actora, pretendiendo como primer motivo del recurso, con adecuado amparo procesal la revisión de los hechos declarados probados a fin de que se adicione al hecho probado sexto un texto del tenor literal siguiente: “No consta que los criterios de cese que figuran en dichas instrucciones, hayan sido comunicados a la actora, por parte de la demandada, como era preceptivo, a tenor del contenido de dicha Resolución”. Ha de rechazarse dicha modificación al tratarse de un hecho negativo, sin que en la relación fáctica de la sentencia existe dato alguno que asevere lo contrario. Se interesa

igualmente la modificación del ordinal octavo a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “Interpuesta reclamación previa, la demandada SERGAS no ha contestado en el plazo legal, según el apartado 2 del art. 69 de la L.P.L.”. No ha de acogerse tal pretensión por implicar en todo caso valoración jurídica y tanto la presentación de la reclamación previa como la fecha de su resolución, ya figuran recogidos en el hecho probado octavo de la sentencia.

**SEGUNDO.-** Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, se denuncia: a) infracción del art. 3 del R.D. 2.104/84 y la doctrina jurisprudencial sobre contrataciones temporales sucesivas, art. 15 del E.T. y art. 6.4 del Código Civil; b) infracción del art. 8.5 del E.T. en relación con el art. 2.2 de la Directiva Comunitaria nº 91/533 C.E.E. del Consejo de 14 de octubre de 199(sic); c) infracción de la Resolución de la Dirección Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia, de fecha 31 de julio de 1997, art. 54.1 del E.T., art. 1.214 del Código Civil, así como art. 7 de la L.O.P.J.; d) violación de Derechos Fundamentales y Discriminación.

Esta Sala, entre otras, en sentencia de 6 de mayo de 1993 (rec. nº 1.115/93) tiene dicho que, al lado de la contratación de carácter indefinido en la actualidad regula nuestro ordenamiento otro sistema paralelo de contratación temporal, que a su vez distingue entre las que se denomina estructural u ordinaria (principalmente, letras a), b), c) y d) del art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores) y la que se denomina coyuntural o extraordinaria (art. 15.2 en relación con el art. 17.3 del E.T.). Mientras que la estructural exige que conste la causa objetiva de la temporalidad, y en otro caso se reputa que la contratación tiene carácter indefinido, en la coyuntural es la mera dispensa de Ley, como medida para fomento del empleo, la que justifica la contratación temporal.

Las Administraciones Pùblicas pueden hacer uso evidentemente de estos mecanismos de contratación, pero sujetándose naturalmente a las normas reguladoras de cada una de estas modalidades, y si bien su especial posición de sometimiento a los principios de igualdad, capacidad y mérito para la selección de personal a su servicio, no supone salvoconducto para conculcar la legislación laboral y hacer un uso anormal y antirreglamentario de las normas de contratación laboral (S. TS de 6-mayo-1999, R. 3.516), ello no supone (ST 19-mayo-1992 R. 3.577), sin embargo, que cualquier irregularidad determine la transformación de la relación laboral en indefinida, pues no cabe presumir el fraude en su actuación seleccionadora.

Es típica en las Administraciones Pùblicas la existencia de plazas vacantes que, al tener que ser cubiertas de forma reglamentaria, obliga a tales Entidades a cumplir los trámites establecidos al efecto (generalmente en la correspondiente Ley de la Función Pública), debiendo entretanto atenderse a las necesidades del servicio cubriendo interinamente esas plazas por el tiempo que duren los referidos trámites, siendo de toda lógica reconocer a las Administraciones Pùblicas la posibilidad de concertar contratos de interinaje, aunque no puedan ampararse literalmente en el art. 15.1.c) del E.T. puesto que aquí no existe persona sustituida -este es el supuesto típico en las empresas privadas, en las que la falta de ocupación temporal de un puesto de trabajo responde a la ausencia transitoria de un trabajador por vacaciones u otra causa, o con el contrato suspendido y con derecho a reserva sobre su puesto de trabajo-, y de ahí que la Jurisprudencia incluya la posibilidad de esta forma de interinaje (S.TS 27-marzo-1992 R. 1.880 y la ya citada de 19-mayo-1992), que en todo caso vendría amparado en el marco legal de las condiciones resolutorias, y que, mientras no sean abusivas -como ocurre en estos casos para atender lícitamente las necesidades del servicio público-, pueden establecerse “válidamente en el contrato” (art. 49.2 E.T.) siguiendo la distinción que parece consolidada ya en la Jurisprudencia (T.S. 5 y 6 octubre 1998, R. 7.536 y 7.544) entre interinos “por sustitución” e interinos “por vacantes”. En tales casos como dice la repetida sentencia del T.S. de 19 de mayo de 1992, si la Administración incurre en defectos esenciales al cubrir los puestos de plantilla personalmente por contratos temporales, la relación no se transforma en indefinida, sino que se hace subsistir la relación laboral con el mismo carácter interino hasta que el puesto sea cubierto reglamentariamente.

En el caso que nos ocupa, las irregularidades detectadas, no tienen la trascendencia que se pretende por la trabajadora. En efecto el juez “a quo” estima decisivo el que se hayan utilizado diversas modalidades de contratación temporal, que responden a otras necesidades, con el fin de atender a la única que existía: la de cubrir la plaza hasta la incorporación del titular a quien correspondiese reglamentariamente. Ciertamente se suscitan dudas sobre la posibilidad de utilizar esta modalidad de contratación temporal para subvenir a la cobertura de vacantes, que niegan las sentencias de 22 de octubre de 1987, 25 de febrero, 30 de septiembre de 1988, al entender que, aunque haya necesidad de trabajo que no pueda atenderse por personal de plantilla, la misma no es debida a circunstancias extraordinarias de producción o servicio, sino que objetivamente tiene naturaleza permanente; sin embargo de una indebida utilización de esta

modalidad no se deriva inexorablemente su transformación en indefinida, con la consecuencia de acceder con carácter permanente a la función pública y ello porque, de una parte consta la verdadera causa temporal de dicha contratación (- atender interinamente las necesidades del servicio por existencia de vacante-) y de otra, sabido es que la naturaleza de un contrato depende de su contenido y efectos y no del "nomen iuris" que le asignen las partes. El Tribunal Supremo en recientes sentencias de 27 de marzo 1992 (ref. 1.008), 21.julio.93 (ref. 5.136) y 21.diciembre.93 (ref. 9.977), incluye en la modalidad contractual del contrato de interinidad "los contratos concertados por las Administraciones Públicas para ocupar plazas vacantes en las mismas y hasta tanto fueran designadas oficialmente, siguiendo los procedimientos legalmente establecido al respecto, las personas que hubieran de ostentar su titularidad", siendo válido el contrato de interinidad aún cuando la sustitución se produzca no respecto de un trabajador concreto y determinado, sino para ocupar provisionalmente una vacante que debe ser cubierta por los mecanismos previstos en normas legales o convencionales, sin que constituya obstáculo para esta calificación el que con anterioridad hubiere desempeñado dicha plaza mediante otra modalidad contractual temporal, como la modalidad de fomento de empleo, eventual por necesidades del servicio, que responde a una mera dispensa de ley y por consiguiente puede utilizarse para atender a cualquier necesidad de la empresa ya sea permanente o temporal. El Tribunal Supremo en reciente sentencia de 20 de enero de 1.998, 21 de enero 27 de marzo 20 de abril y 22 de septiembre del propio año, ha precisado que las irregularidades de contratación no determinan la condición de trabajador fijo de plantilla, sino tan solo la de renovar el contrato temporal por otro por tiempo indefinido, pero sujeto a la condición de extinción cuando la plaza ocupada se cubra en forma reglamentaria, ya que en otro supuesto se produciría un ingreso en plantilla sin respetar los principios de igualdad de oportunidades, a través de la oferta pública de empleo.

Por lo que en aplicación de tal doctrina al supuesto de autos habiendo resultado acreditado que la actora doña M.L.G.P., desde el 1 de febrero de 1990 hasta el 16 de octubre de 1998, prestó servicios sin solución de continuidad con la categoría de auxiliar administrativo, haciendo funciones de jefe de administración, desde el 01.02.91 en el Centro de trabajo sito en la denominada Escuela de Enfermería, ubicada en el Hospital "S.M.M." de esta ciudad, suscribiendo desde la indicada fecha los siguientes contratos: a) El 21.02.90 suscribe contrato eventual con la Excmo. Diputación Provincial con una duración de 5 meses, desde el 01.02.90 al 30.06.90.- b) El

04.07.90 suscribe contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo con la Excmo. Diputación Provincial con una duración pactada inicial de 6 meses, el cual fue sucesivamente prorrogado hasta el 31.08.92.- c) El 01.09.92 suscribe contrato eventual por necesidades de servicio con la Excmo. Diputación Provincial con una duración de 5 meses hasta el 31.01.93.- d) El 01.02.93 suscribe contrato eventual por necesidades del Servicio con la Excmo. Diputación Provincial con una duración de 1 mes hasta el 28.02.93.- e) El 01.03.93 suscribe nuevo contrato eventual con el Hospital Provincial con una duración de 2 meses hasta el 30.04.93.- f) El 04.05.93 suscribe nuevo contrato eventual por necesidades del servicio con el Hospital provincial con una duración de 1 mes desde el 01.05.93 al 31.05.93.- g) El 01.06.93 suscribe nuevo contrato eventual por circunstancias de la producción con el Hospital Provincial con una duración de 1 mes hasta el 30.06.93.- h) El 01.07.93 suscribe nuevo contrato eventual con el Hospital "S.M.M." con una duración de 1 mes.- i) El 01.08.93 suscribe contrato como medida de fomento de empleo con el Hospital "S.M.M." el cual fue sucesivamente prorrogado hasta el 31.01.95.- j) El 01.02.95 suscribe contrato de interinidad con el Hospital "S.M.M." con una duración según la cláusula sexta "hasta que se cubra la plaza reglamentariamente o se amortice"; esta Sala entiende que el cese de la actora por la cobertura de la plaza que ocupaba a través de procedimiento reglamentario, resulta ajustada a derecho sin que se haya producido fraude de cualquier tipo, al no existir por parte del organismo público contratante el propósito torticero de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado contrario al trabajador y prohibido por el ordenamiento jurídico (art. 6.4 C.C.); lo ocurrido en éste caso es simplemente que se trató de cubrir transitoriamente el puesto vacante en régimen de interinidad, utilizando con poco acierto los nombres y modalidades de contratación temporal, en lugar de ceñirse desde el principio y llamándole por su nombre a la de interinidad que convenía a su naturaleza.

**TERCERO.-** Asimismo en el campo de lo jurídico denuncia la infracción del art. 8.5 del E.T., en relación con la directiva Comunitaria 91/533, de 14 de octubre, en la que se contempla el deber de información al trabajador de los elementos esenciales de su relación de trabajo.

Ha de rechazarse la petición por carecer de apoyatura probatoria, pues habiendo firmado los contratos la actora no puede presumirse que desconozca su contenido y en todo caso a ella habría de imputársele tal situación.

**CUARTO.-** Denuncia con el mismo apoyo procesal la infracción de la resolución de la D.G. de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia de 31 de julio de 1997, en relación con el art. 54.1 del ET, y 7 de la L.O.P.J.

La propia suerte desestimatoria ha de alcanzar a tal motivo de recurso porque la causa del cese está precisada en grado acaso no sólo en las comunicaciones aludidas, sino en las bases previas del concurso de provisión de plazas y en las instrucciones que con carácter general estableció el Sergas, previo acuerdo con las organizaciones sindicales, determinando el orden en el que había de producirse los ceses en función de la cobertura de plazas como resultado del concurso-oposición. Es decir, con carácter previo al concurso, se consideró de la existencia de dichas instrucciones y sabe que al resultar adjudicada la plaza puede producirse su cese en función de dichas instrucciones, como se desprende de la carta de precese, y conoce o pudo conocer las listas de cese, habiendo sido publicadas en los respectivos tablones de anuncios, sin que en modo alguno se requiera su remisión individual a cada uno de los trabajadores, y por último, se le comunica el cese por cobertura de la plaza con designación del trabajador que la ocupa.

No puede olvidarse que lo relevante es que el cese en la situación de interinidad o temporalidad obedezca a la cobertura de la plaza en propiedad, siendo secundario el posible derecho de preferencia entre los cesados o debidos cesar, sin que se evidencie la existencia de indefensión o vulneración del principio de imparcialidad a que alude la recurrente.

**QUINTO.-** Invoca por último, la violación de derechos fundamentales y la existencia de discriminación.

En lo que atañe a las alegaciones referidas, ni existe violación de derechos fundamentales, ni discriminación. En cuanto al primer extremo, no puede admitirse la pretensión de la actora de que la Entidad demandada tenga que proporcionarle no sólo la lista de todas las personas sujetas a contrato temporal con su respectiva antigüedad, sino los respectivos contratos de trabajo de cada una, los referidos extremos sólo pueden analizarse en función de los listados a los que se ha dado publicidad y en último término, a través de los correspondientes órganos sindicales, si se evidencia alguna situación anormal. Por otro lado no se combate la ocultación de documentación que no puede ampararse a que esta normativa aplicada en Galicia fuese diferente de la que se aplica en otras regiones, pues, en definitiva el establecimiento de

un determinado criterio de cese, supone la existencia de una norma objetiva que elimina la posible arbitrariedad y no cabe hablar de denuncia por la posibilidad de que su condición de trabajador eventual determinase un mejor trato en orden al cese, si sus servicios se prestasen fuera de Galicia.

Sin que pueda aceptarse tampoco, la argumentación de la recurrente, de que no estaba suficientemente identificada la plaza, por cuanto, es criterio jurisprudencial reiterado, sentencias entre otras, del T.S. de 19 de julio, 27 de septiembre y 18 de noviembre del 95: “la identificación de la plaza... no precisa una formalidad particular bastando con que se realice con criterios objetivos, de modo que la actividad posterior de la administración no ocasione indefensión al afectado”; “que lo importante es que la plaza esté realmente vacante en el momento de la contratación, siendo correcta la identificación con la designación en el contrato de la categoría profesional, área y lugar físico de ubicación”. Por lo que constando en el presente caso, que el cese de la demandante vino dado por la incorporación de un trabajador al que se adjudicó en propiedad la plaza que aquella disfrutada interinamente, después de superar el correspondiente concurso, es claro, que no se evidencia arbitrariedad alguna, sino aplicación de la normativa concerniente al caso.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.L.G.P., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, de fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve, dictada en proceso seguido a instancia de la recurrente contra SERGAS, EXCMA. DIPUTACIÓN DE OURENSE, EMPRESA HOSPITAL “S.M.M.”, LA ESCUELA UNIVERSITARIA DE ENFERMERÍA y doña M.E.D.G. sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

**2681 RECURSO N° 2.288/96**

S. S.

ACERCA DAS DOENZAS DETERMINANTES DA ASUNCIÓN DE CONDICIÓN DE

**PENSIONISTA POR INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL.**

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

A Coruña, a cuatro 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 núm. 2.288/96 interpuesto por la MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL nº... “M.- P.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Lugo.

**Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.**- Que según consta en autos se presentó demanda por la MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL nº... “M.- P.” en reclamación de ACCIDENTE siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y don A.R.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 350/95 sentencia con fecha 16 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.**- El trabajador don B.L.Q., cuyos datos personales constan en autos, nacido el 14 de diciembre de 1936, afiliado a la Seguridad Social con el nº..., en el Régimen General, vino prestando sus servicios como albañil, oficial de primera, por cuenta y dependencia de la empresa “A.R.Q.”, desde el 6 de noviembre de 1991, la citada empresa, inscrita en la Seguridad Social con el nº..., está domiciliada en..., y su actividad es construcción. Dicha empresa tiene concertado el riesgo de accidente de trabajo con la Mutua demandante, a quien dio cuenta del accidente mediante el oportuno parte./ **SEGUNDO.**- El día 11 de septiembre de 1992, encontrándose don B.L.Q. en el centro de trabajo habitual y realizando su trabajo habitual, fue golpeado por un montacargas, iniciando un proceso de Incapacidad Laboral Transitoria y posteriormente invalidez provisional en la que

permaneció hasta el 14 de junio de 1994 en que fue dado de alta con secuelas./ **TERCERO.**- A instancia de la Mutua “M.- P.” (M.A.T.E.P.S.S. nº...) se iniciaron actuaciones en materia de accidente de trabajo, proponiendo la citada Mutua la calificación de lesiones permanentes no invalidantes (nº 72-D del vigente baremo) y una indemnización de 243.000 pesetas./ **CUARTO.**- Previo dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades (29.08.94) y a propuesta de la Comisión de Evaluación de Incapacidades (14.02.95), la Dirección Provincial del I.N.S.S. de Lugo dictó resolución de fecha 3 de marzo de 1995, reconociendo a don B.L.Q. una pensión de Invalidez Permanente Total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, a cargo de la indicada Mutua, sobre una base reguladora mensual de 95.529 pesetas, en el porcentaje del 75%, 12 pagas anuales y efectos desde el 29 de agosto de 1994./ **QUINTO.**- La Mutua “M.- P.” interpuso reclamación previa el día 21 de marzo de 1995, cuyo contenido consta en autos y aquí se da por reproducido. Dicha reclamación previa fue desestimada por acuerdo de la Dirección Provincial del I.N.S.S. de Lugo de fecha 9 de mayo de 1995, cuyo contenido consta también en autos e igualmente se da aquí por reproducido./ **SEXTO.**- D. B.L.Q., como consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 11 de septiembre de 1992, padece: rotura del manguito rotador derecho, así como epifora del mismo lado. Fue intervenido quirúrgicamente y resultándole limitación de movimiento, no pudiendo elevarlo más de 80° y limitándose el movimiento de retropulsión a 25-30° y la abducción a 70°”.

**TERCERO.**- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que, desestimando la demanda interpuesta por la MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL nº... “M.-P.” contra don B.L.Q., la empresa “A.R.C.”, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda”.

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

**Fundamentos de derecho**

**PRIMERO.**- La demandante “M.-P.”, mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº..., recurre la sentencia de

instancia que desestimó su impugnación contra el acuerdo de 03-03-95 del demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, que declaró al trabajador codemandado en incapacidad permanente total derivada de accidente laboral, y solicita con amparo procesal correcto la revisión de los hechos probados y el examen del derecho que contiene aquel pronunciamiento.

**SEGUNDO.-** En el ámbito histórico, propone: a) Completar el apartado 1º (“El trabajador don B.L.Q., cuyos datos personales constan en autos, nacido el 14 de diciembre de 1936, afiliado a la Seguridad Social con el nº..., en el Régimen General, vino prestando sus servicios como albañil, oficial de primera, por cuenta y dependencia de la empresa “A.R.C.”, desde el 6 de noviembre de 1991, la citada empresa, inscrita en la Seguridad Social con el nº..., está domiciliado en..., y su actividad es construcción. Dicha empresa tiene concertado el riesgo de accidente de trabajo con la Mutua demandante, a quien dio cuenta del accidente mediante el oportuno parte”) con los términos: “La base reguladora aplicable, en base a salarios reales, asciende a 92.400.-Ptas”; se apoya “en abundante prueba documental no contradicha en absoluto. Así los salarios percibidos aparecen reflejados tanto en la documental aportada por la Mutua como por el propio demandante..., a medio de certificación de empresa con indicación expresa de la cantidad de 92.400.-Ptas”.

La pretensión no se acepta porque: a) Hace referencia a un concepto jurídico –la base reguladora- que, como tal y a pesar de la práctica forense ordinaria pero incorrecta de incluirlo entre los hechos probados, es ajeno a éstos y, en su caso, debe suplirse consignando el período y cuantía de las respectivas bases de cotización. b) La invocación genérica de la prueba documental no respeta las exigencias de los artículos 191.b y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). c) Aunque la base reguladora propuesta fue alegada en demanda, sin embargo no fue objeto de impugnación en la vía administrativa previa (folios 21 a 23, 52, 53) y, por tanto, conforma una cuestión ajena al proceso según el artículo 72.1 LPL. b) Sustituir el apartado 6º, que describe la patología del trabajador codemandado, por “movilidad del hombro discretamente disminuida; no se aprecia atrofia en miembro superior derecho; el balance muscular es de 5 para lo que es de 4 en la escala Daniels”; se basa en la documental y en la pericial practicada a su instancia.

La pretensión no se acepta porque la prueba alegada específica o genéricamente, carece de entidad suficiente para acreditar el error judicial de hecho, dadas las facultades que en la valoración probatoria atribuye el artículo 97.2 LPL al juez, quien en

ejercicio de las mismas fija el hecho impugnado con arreglo al dictamen de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades y a la pericial médica especializada que se practicó en juicio a instancia del demandante.

**TERCERO.-** En el ámbito jurídico, denuncia las siguientes infracciones normativas: a) El artículo 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto 22.06.56) y la disposición transitoria 1ª del Decreto 1.646/72 de 23-6 (Aplicación de la Ley 24/72 de 21-6, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social), pues la base reguladora fijada por la sentencia carece de sustrato real conforme a la retribución abonada y percibida. El rechazo de la primera pretensión fáctica impone desestimar la actual denuncia jurídica. b) Los artículos 137.4, 150 y, subsidiariamente, 137.3 de la Ley General de Seguridad Social, pues la situación clínica del actor no le impide ejecutar todas o las fundamentales tareas de su trabajo habitual, sino que constituye una situación permanente no invalidante o, en su caso, una incapacidad permanente parcial.

La patología del demandante consiste en “rotura del manguito rotador derecho, así como epífora del mismo lado; intervenido quirúrgicamente, resultando limitación de movimiento, no pudiendo elevarlo más de 80º, limitándose el movimiento de retropulsión a 25-30º y la abducción a 70º”.

Tales dolencias se corresponden con el grado de incapacidad reconocido en la instancia, porque la graduación limitativa de las secuelas transcritas que afectan a su hombro derecho, presentan entidad relevante y le impiden el desarrollo de las fundamentales tareas de su actividad de albañil por cuenta ajena, teniendo en cuenta la importancia de la articulación afectada, la exigencia de disponibilidad física plena y continuada así como la repetida realización de esfuerzos propias de su ámbito productivo que, de ordinario, se ejecutan en superficies, alturas o techos no uniformes.

**CUARTO.-** De acuerdo con el artículo 202 de la LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación del capital coste de renta efectuados por la mutua recurrente; el artículo 233 de la misma Ley le impone el deber de abonar los honorarios del Sr. Letrado del trabajador codemandado impugnante, que fijamos en veinticinco mil pesetas.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de “M.-P.”, mutua patronal de accidentes de trabajo y

enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº..., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, de dieciséis de enero de mil novecientos noventa y seis en autos nº 350/95, que confirmamos.

De conformidad con lo ya indicado, dése el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación del capital coste de renta efectuados por la mutua recurrente, a la que condenamos al pago de los honorarios del Sr. Letrado del trabajador codemandado impugnante por importe de veinticinco mil pesetas.

## **2682 RECURSO N° 2.031/99**

S. S.

NON EXISTE FRAUDE NA CONTRATACIÓN TEMPORAL PARA OBRA OU SERVICIO DETERMINADO CANDO SE IDENTIFIQUE A OBRA A REALIZAR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a cuatro 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 núm. 2.031/99 interpuesto por CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE DA XUNTA DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Ourense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don C.L.S., don J.A.Q.F., don F.R.G., don J.A.F., don P.D.O. y don A.G.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE DA XUNTA DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 706/98 sentencia con fecha dieciocho de febrero 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: “**PRIMERO.-** Probado que los demandantes prestaron servicios por cuenta del “Servicio de Defensa Contra Incendios Forestais”, de la Delegación Provincial de Ourense de la Consellería de Agricultura, Gandería e Montes de la Xunta de Galicia primero, y de la Delegación Provincial de Ourense de la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia en la actualidad, a medio de los contratos de trabajo que a continuación se señalan, con las antigüedades, categorías profesionales y salarios mensuales (con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias) que también se indican, estando encuadradas sus actividades en el sector de la Administración Pública:

#### **1.- A.G.L.:**

Contratos: Por Obra o Servicio Determinado R.D. 2.546/94

Año 1994	CONDUCTOR AUTOBOMBA	del 15/7 al 30/9
Año 1995	CONDUCTOR AUTOBOMBA	del 18/7 al 30/9
Año 1996	CONDUCTOR AUTOBOMBA	del 16/7 al 30/9
Año 1997	CONDUCTOR AUTOBOMBA	del 15/7 al 30/9
Año 1998	CONDUCTOR AUTOBOMBA	del 25/7 al 30/9
Salarios 201.000 pesetas.		

**2.- C.L.S.:**

Contratos: por Obra o Servicio Determinado R.D. 2.546/94

Año 1992	PEON	del 15/7 al 20/10
Año 1994	PEON	del 16/7 al 30/9
Año 1995	PEON	del 27/7 al 30/9
Año 1996	PEON	del 1/8 al 30/9
Año 1997	PEON	del 23/5 al 23/10
Año 1998	PEON	del 24/2 al 5/10
Salarios 174.000		

**3.- J.A.Q.F.:**

Contratos: Por obra o Servicio Determinado R.D. 2.546/94

Año 1991	VIGILANTE FIJO	del 2/7 al 1/10
Año 1992	VIGILANTE FIJO	del 1/7 al 7/10
Año 1993	VIGILANTE FIJO	del 16/7 al 20/10
Año 1994	VIGILANTE FIJO	del 15/7 al 30/9
Año 1995	VIGILANTE FIJO	del 14/6 al 30/9

Año 1996	VIGILANTE FIJO	del 1/7 al 30/9
Año 1997	VIGILANTE FIJO	del 1/7 al 30/9
Año 1998	VIGILANTE FIJO	del 3/7 al 30/9

Salario: 171.000 pesetas

**4.- F.R.G.:**

Contratos: Por Obra o Servicio Determinado R.D. 2.546/94

Año 1991	PEON	del 2/7 al 31/7
Año 1993	PEON	del 15/7 al 20/10
Año 1994	PEON	del 1/7 al 30/9
Año 1995	PEON	del 14/6 AL 30/9
Año 1996	PEON	del 1/8 al 30/9
Año 1997	PEON	del 9/5 al 13/10
Año 1998	PEON	del 19/3 al 19/4
Año 1998	PEON	del 28/7 al 30/9

Salario: 174.000 pesetas.

**5.- J.A.F.:**

Contratos: Por Obra o Servicio Determinados R.D. 2.546/94

Año 1992	PEON	del 7/5 al 31/12
Año 1993	PEON	del 16/7 al 20/10
Año 1994	PEON	del 1/7 AL 30/9
Año 1995	PEON	del 2/6 al 31/12
Año 1996	PEON	del 16/7 al 30/9
Año 1997	PEON	del 13/5 al 29/10
Año 1998	PEON	del 21/2 al 2/10

Salario 174.000 pesetas.

**6.- P.D.O.:**

Contratos: Por Obra O Servicio Determinado R.D. 2.546/94

Año 1991	PEON	del 2/7 al 1/10
Año 1992	PEON	del 1/7 al 7/10

Año 1992	PEON	del 14/7 al 31/12
Año 1993	PEON	del 3/7 al 20/10
Año 1993	PEON	del 28/10 al 31/12
Año 1994	PEON	del 12/3 al 31/12
Año 1995	PEON	del 18/1 al 31/12
Año 1996	PEON	del 22/7 al 30/9
Año 1997	PEON	del 6/3 al 9/5
Año 1998	PEON	del 1/1 al 9/2
Año 1998	PEON	del 10/2 al 30/9

Salario: 174.000 pesetas.

**SEGUNDO.-** Los demandantes fueron contratados bajo la modalidad de contrato temporal de “obra o servicio determinado” cuyos contratos figuran incorporados a los autos y tienen por objeto el desarrollo de actividades programas en el Plan INFOGA de la Xunta de Galicia./ **TERCERO.-** Que con fecha 29 de junio de 1994 se publicó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Autos número 3/94, por la que se decidió estimar la demanda de conflicto colectivo formulada por la Confederación Intersindical Galega el día 12.05.94, declarando de aplicación el Segundo Convenio Colectivo único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia a los trabajadores que, contratados eventualmente para obra o servicio determinados, en la campaña de extinción contra incendios forestales del INFOGA 1994, estuviesen incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social./ **CUARTO.-** Publicada la Sentencia del Tribunal Supremo en febrero de 1995, la Xunta de Galicia abonó los atrasos salariales generados de acuerdo con el II Convenio Colectivo para el Personal Laboral e incluyó a los trabajadores del Servicio de Defensa Contra Incendios Forestales en el III Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, en vigor desde el año 1994./ **QUINTO.-** Los contratos de trabajo de los demandantes fueron declarados extinguidos en las fechas siguientes: Angel González López 30.09.98; C.L.S., 05.10.98; J.A.Q.F., 30.09.98; F.R.G., 30.09.98; J.A.F., 02.10.98 y P.D.O., 30.09.98./ **SEXTO.-** Con fecha 23.10.98 los demandantes formularon reclamación previa que no fue contestada”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda presentada por A.G.L., C.L.S., J.A.Q.F., F.R.G., J.A.F. Y P.D.O. contra CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE, debo declarar y declaro improcedente el despido del que han sido objeto los demandantes los días siguientes: A.G.L. 30.09.98; C.L.S., 05.10.98; J.A.Q.F., 30.09.98; F.R.G., 30.09.98; J.A.F., 02.10.98 y P.D.O., 30.09.98 y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita a los actores en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que les indemnice en las

siguientes cantidades: a A.G.L., 302.337 pesetas, a C.L.S., 479.950 pesetas, a J.A.Q.F., 516.562 pesetas; a F.R.G., 452.400 pesetas; a J.A.F., 788.075 pesetas y a P.D.O., 1.094.025 pesetas, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia a razón de: a A.G.L., 6.700 ptas/día; a C.L.S., 5.800 ptas/día; a J.Q.F., 5.700 ptas/día; a F.R.G. 5.800 ptas/día; a J.A.F., 5.800 ptas/día; y a P.D.O., 5.800 ptas/día, respectivamente”.

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

#### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** Recurre la Xunta de Galicia la sentencia de instancia que acogió la demanda rectora de los autos y declaró como despidos improcedentes los ceses de los actores, condenándola en legal forma, solicitando la revocación de dicha resolución para lo cual insta, con amparo procesal en el art. 191.b) LPL, la revisión de los hechos declarados probados al objeto de que el ordinal segundo se adicione un párrafo cuya dicción propone: “En consecuencia los actores fueron contratados, después de participar en la correspondiente convocatoria anual para la realización de dichos trabajos y en base a las listas elaboradas por la Consellería demandada, y ello en base a los principios Constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de las convocatorias.” basta con observar el contenido del añadido, que se pretende efectuar, para deducir que el mismo contiene unas conclusiones valorativas, cuya obtención no puede llevarse a cabo por la vía utilizada, del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, toda vez que el objeto de ésta, va exclusivamente dirigido a revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; de otra parte resulta que cita en apoyo de tal pretensión los folios 295 al 336 de los autos de los que no cabe deducir la propuesta que se efectúa por cuanto contienen para cada actor la certificación de servicios

prestados y anexados a la misma los diversos contratos firmados entre las partes, por lo tanto, su admisión, es inaceptable.

**SEGUNDO.-** En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL se denuncia infracciones normativas relativas al art. 15 LET y Ordenes anuales de la Consellería así la O. 02.02.98 y de la jurisprudencia que cita, el motivo del recurso va dirigido a establecer que no ha existido fraude en la contratación temporal de los demandantes y que por tanto no cabe su declaración de fijos de plantilla ni contratación indefinida, siendo válida la causa de temporalidad por lo que el cese de los mismos no constituye despido alguno sino extinción del contrato por la ejecución de la obra, solicitando la desestimación de la demanda. El recurso debe prosperar siguiéndose la doctrina unificada (señalada por el recurrente) de STS 10.06.1994, 03.11.1994, 26.05.97 y 23.09.97 recogida ya por esta Sala en S. 24.10.1997 que vienen a establecer que no existe fraude en la contratación temporal, siendo suficiente la identificación de la obra, en los supuestos como el litigioso en que: a) el objeto de los contratos celebrados entre las partes, se halla plenamente identificado, “para el cumplimiento y desarrollo del plan INFOGA”, que cumple plenamente las previsiones del artículo 2.1 del RD 2.546/94 de 29 de diciembre, pues se trata de la realización de obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa (la prevención, detección y extinción de incendios constituye una parte de las competencias del DG de Montes y Medio Ambiente Natural según el art. 7 de D. 205/90 sobre estructura orgánica de la Consellería.); b) cuando, además, su ejecución no es ilimitada en el tiempo, pero sí es de duración, en principio, incierta (la reiteración con que el hecho del incendio forestal se produce en la época estival de cada año) como resulta incluso de la Orden citada como infringida en que los llamamientos se harán según las necesidades (art.8.1); c) el hecho de la dependencia presupuestaria del demandado, de modo que sólo podrá proporcionar la cobertura necesaria para la vigilancia y extinción de los incendios en función de sus disponibilidades, que pueden diferir de un año a otro; d) pueden también variar las planificaciones anuales, con sus concretos y objetivos específicos, en atención a las características de cada temporada, (factores climáticos); en todo caso, por la propia naturaleza del trabajo a desarrollar, ha de entenderse que es para cada período concreto, y no con carácter permanente, por ello resulta inviable la consideración de indefinidos de los contratos de los actores, aun cuando bajo igual modalidad hubiesen sido contratados en anualidades anteriores.

**TERCERO.-** Establecido lo anterior, ha de concluirse con la estimación del recurso planteado, ya que la Consellería demandada al poner en conocimiento de los actores, mediante comunicación escrita, la finalización de sus respectivos contratos, una vez agotado el plazo aproximado de la duración de los mismos por la desaparición, según su estimación, de la concreta causa de riesgo de aparición de incendios forestales, o lo que es lo mismo, cuando estimó cubierta la concreta campaña para la que fueron contratados, se ajustó a los criterios de interpretación y aplicación de la normativa vigente (art. 15.1.a) LET), por lo tanto, al no haberlo entendido así el juzgador de instancia, procede, con estimación del recurso la revocación de la sentencia y desestimar la demanda rectora de las actuaciones absolviendo a la Consellería demandada de las pretensiones en su contra deducidas.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por Xunta de Galicia contra la sentencia dictada el 18.02.99 por el Juzgado de lo Social N° 3 de Ourense en autos N° 706-98 seguidos a instancia de los actores C.L.S., J.A.Q.F., F.R.G., J.A.F. y P.D.O. contra la recurrente y con revocación de dicha resolución se desestima la demanda rectora que dio lugar a las presentes actuaciones.

## **2683 RECURSO N° 1.516/96**

S. S.

O INCUMPRIMENTO DUN PRECONTRATO DE TRABALLO POR PARTE DO TRABALLADOR PERMITE QUE O EMPRESARIO SOLICITE UNHA INDEMNIZACIÓN MONETARIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Jesús Souto Prieto.

A Coruña, a ocho 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 núm. 1.519/96 interpuesto por ambas partes 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 “R.C.D.C., S.A.D.” en reclamación de CANTIDAD siendo demandado don J.O.B., el “R.C.C.V., S.A.D.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 313/95 sentencia con fecha quince de diciembre de mil novecientos noventa y cinco 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 en fecha 20.03.1991 don J.O.B. suscribió contrato de trabajo de jugador profesional con el “R.C.C.V.” con el objeto de prestar sus servicios como futbolista profesional con una duración de cuatro temporadas, comenzando su vigencia el día 20.03.1991 al 30.06.1994, con salario mensual de 140.000 ptas, y primas de contrato para las temporadas 90/91, 5.300.000 ptas; 91/92, 7.500.000 ptas y 93/94, 9.500.000 ptas. Estableciéndose como Cláusula Adicional Primera: “Este contrato finaliza oficialmente el día 30 de junio de 1994. En el caso de que el jugador rescinda el contrato por su propia voluntad, amparándose en el artículo 16 del Real Decreto 1.006/1985 de 26 de junio, o en cualquiera otra Disposición que se promulgue durante la vigencia del presente contrato, abonará el “R.C.C.” en el momento de la rescisión, la cantidad de doscientos cincuenta millones de pesetas”./ **SEGUNDO.-** Que en fecha 10.02.1993 el “R.C.D.L.C., S.A.D.” suscribió documento privado con don J.O.B., por el cual éste se comprometía a prestar sus servicios como futbolista profesional, durante cuatro años, comenzando su vigencia el 01.07.1993 hasta el 30.06.1997. Pactándose como prima de contrato para cada una de las temporadas la cantidad de 30 millones de pesetas. Estableciéndose en la Cláusula Cuarta de dicho documento: “El jugador declara que en la temporada 1993/1994 está sujeto a la disciplina del “R.C.C.V.”, por lo que para la efectividad de este Contrato se hace preciso obtener del mismo la carta de libertad, bien a través de acuerdo entre ambos Clubes o por aplicación de la normativa contemplada en el Real Decreto 1.006/85”. Y en la Quinta: “El jugador asimismo declara conocer, y en su caso el Club facilitará los Reglamentos y Normas Deportivas que rigen el Fútbol, así como la obligación que contrae desde el momento, de no comprometerse ni suscribir contrato alguno con otra

Entidad, para el mismo periodo pactado con el Club”. Y en la Octava: “Si el jugador rescindiera su Contrato antes de su vencimiento, el Club se acogerá a lo que establece el mencionado Real Decreto 1.006/85; fijándose como indemnización la suma de quinientos millones de pesetas (500.000.000 ptas), que en este supuesto el Juzgador deberá abonar el(sic) Club”./ **TERCERO.-** Que en fecha 19.04.1993 don J.O.B. suscribió contrato de trabajo con el “R.C.C.V., S.A.D.” con el objeto de prestar sus servicios como jugador profesional con una duración de 4 temporadas, comenzando su vigencia el día 19.04.1993 y finalizando el 30.06.1996, con un salario mensual de 170.000 ptas y en concepto de primas de contrato las siguientes: Temporada 92/93, 8.500.000 ptas; Temporada 93/94, 17.000.000 ptas; Temporada 94/95, 19.000.000 ptas. y Temporada 95/96, 21.000.000 ptas, así como en concepto de otras retribuciones otras cantidades por resultados obtenidos. Estableciéndose como Cláusula Adicional Primera: “Este contrato finaliza oficialmente el 30.06.1996. En el caso de que el jugador rescinda el contrato por su propia voluntad, amparándose en el artículo 16 del Real Decreto 1.006/85 de 26 de junio, o en cualquiera otra Disposición que se promulgue durante la vigencia del presente contrato, abonará al “R.C.C., S.A.D.” en el momento de la rescisión, la cantidad de pesetas doscientos millones”./ **CUARTO.-** Que en fecha 05.05.1994 el “R.C.D.L.C.” remite a la Liga Nacional de Fútbol Profesional para su registro y debida constancia el documento suscrito en fecha 10.02.93 con el jugador profesional don J.O.B.. Procediendo al día siguiente la Liga Nacional a su devolución, al ser rechazado el requisito solicitado por ser coincidente la duración del mismo, con el contrato vigente del Jugador con el “R.C.C., S.A.D.”./ **QUINTO.-** Que en fecha 10.05.1994 el “R.C.C.V., S.A.D.” suscribe documento privado con el “V.C.F., S.A.D.” por el que le cede definitivamente los derechos contractuales y federativos que ostenta sobre los jugadores don J.O.B. y otro, que aceptan dicha cesión, condicionándose su validez a partir del momento en que el “V.C.F., S.A.D.” haya realizado los oportunos reconocimientos médicos, y en todo caso, permaneciendo sujetos a la disciplina del “R.C.C.V., S.A.D.” hasta el final del Campeonato Oficial, momento en que pasarán a la disciplina del “V.”. Estableciéndose como contraprestación la cantidad de 345 millones de pesetas por ambos jugadores, así como otros compromisos entre los Clubes de Fútbol./ **SEXTO.-** Que en fecha 14 de junio de 1994 el “R.C.D.L.C., S.A.D.” requirió notarialmente al “R.C.C.V., S.A.D.” a los efectos previstos en el art. 1.006/85 de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de los deportistas profesionales. Sin que fuese contestado dicho requerimiento por el “R.C.C.V., S.A.D.”./

SÉPTIMO.- Que en fecha 01.07.1994 don J.O.B. suscribió contrato de trabajo como jugador profesional en el “V.C.F., S.A.D.”, con el objeto de prestar sus servicios como futbolista profesional, con una duración de seis temporadas, comenzando su vigencia el día 01.07.1994 y finalizando el día 30.06.2000, con salario mensual mínimo de 200.000 ptas y en concepto de primas de contrato para las temporadas: 94/95, 11.000.000 ptas; 95/96, 12.000.000 ptas; 96/97, 13.000.000 ptas; 97/98, 15.000.000 ptas; 98/99, 16.000.000 ptas y 99/00, 17.000.000 ptas. Y en concepto de ayuda de vivienda la cantidad de 100.000 ptas. Estableciéndose en la Cláusula Séptima de contrato suscrito: “En el supuesto de que el jugador, antes de finalizar el presente contrato o la prórroga prevista, proceda a la resolución unilateral del contrato de trabajo, deberá indemnizar al Club, en la cantidad de Mil millones de pesetas, de conformidad con lo establecido en el art. 16 del Real Decreto 1.006/85 de 26 de junio”./ OCTAVO.- Que en fecha 30.06.1994 y 20.07.1994 se celebraron actos de conciliación ante el SMAC, con resultado de “sin efecto y sin avenencia” respectivamente”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por el “R.C.D.L.C., S.A.D.” contra don J.O.B., “R.C.C.V., S.A.D.” Y “V.C.F., S.A.D.”, debo condenar y condene al codemandado don J.O.B. a que abone a la parte actora la cantidad de VEINTE MILLONES DE PESETAS (20.000.000 ptas) por el concepto reclamado en demanda, absolviendo a los restantes codemandados “R.C.C.V., S.A.D.” Y “V.C.F., S.A.D.” de todos los pedimentos contenidos en aquélla”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por el demandante “R.C.D.L.C., S.A.D.” siendo impugnado de contrario, interponiéndose también recurso de Suplicación por el codemandado don J.O.B. siendo impugnado por el “C.D.”. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda formulada por el “R.C.D.L.C., S.A.D.” y condena al demandado don J.O.B. a que le abone la cantidad de 20.000.000.- pts. en concepto de indemnización por incumplimiento de promesa de contrato de trabajo, absolviendo a los codemandados “R.C.C.V., S.A.D.” y “V.C.F., S.A.D.”. Recurren en Suplicación este fallo tanto la parte actora como el demandado-condenado Sr. O.

La parte actora insiste en reclamar la cantidad solicitada como indemnización en la demanda de 500 millones de pesetas y que al pago de dicha cantidad se condene también, conjunta y solidariamente entre ellos, a los codemandados “R.C.C.V., S.A.D.” y “V.C.F., S.A.D.”, en concepto de responsables subsidiarios del pago para el caso de que no lo hiciese el obligado principal Sr. O.B. Y a tal efecto formula un motivo único de recurso bajo el defectuoso epígrafe: “revisión de los hechos probados... y examen de infracción de normas sustantivas...”, en el que, bajo la mención del art. 1.261 de Código Civil y del art. 1º E.T. en relación con el art. 2.1.d) del mismo texto legal y art. 1 del Real Decreto 1.006/85 de 26 de junio, afirma que lo pactado entre las partes no constituye un precontrato sino un verdadero contrato de trabajo, aunque sea “*in fieri*” o de ejecución futura, constituyendo una relación laboral especial de deportistas profesionales al que resulta aplicable el art. 16 del referido Real Decreto, en donde se autorizan las cláusulas indemnizatorias por rescisión contractual y la responsabilidad subsidiaria respecto de ellas de los clubes que hayan contratado al jugador en el plazo de un año desde la fecha de su extinción, concluyendo que la cláusula rescisoria de 500 millones no resulta abusiva a la luz del art. 7.2 del Código Civil, ya que fue libremente pactada, se trata de cantidad no exorbitante hoy en el mundo futbolístico y responde a una finalidad seria y legítima cual es la de preservar sus derechos de mantener a jugadores a los que se contrata mediante primas muy altas, existiendo a favor del jugador la contrapartida indemnizatoria señalada en la cláusula séptima para el caso de incumplimiento por parte del Club.

Por su parte, el recurrente Sr. O. solicita la absolución, bien en la instancia, alegando las excepciones de incompetencia de la Jurisdicción Social y la de incompetencia territorial de los Juzgados de La Coruña, o en otro caso en cuanto al fondo del asunto. A tales efectos invoca la infracción del art. 9.5 de la LOPJ y de los arts. 1 y 2.a) de la L.P.L., razonando que estas normas atribuyen a la Jurisdicción Social la competencia para conocer de los litigios que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y que en el caso que nos ocupa el Sr. O. no llegó a incorporarse a la disciplina del “R.C.D.L.C.” ni percibió retribución alguna de dicha entidad por lo que el pacto firmado entre las partes el 10-febrero-93 no puede considerarse válido ni eficaz como contrato de trabajo. Subsidiariamente, denuncia la infracción del art. 10.1 de la L.P.L. basándose en que, al no haber existido prestación de servicios, no puede acudirse a este criterio electivo sino al del domicilio de alguno de los demandados, a elección del demandante.

En cuanto al fondo, en los motivos 4º, 5º y 6º, censura la infracción de los arts. 1.255 y 1.258 del Código Civil, en relación con los arts. 1.281 a 1.285 del mismo cuerpo legal; y de los arts. 1.113, 1.114 y 1.115 en relación con los antes mencionados del mismo Código, por entender que no estamos ante un precontrato de trabajo sino ante un contrato definitivo, que no necesita de ninguna otra convención posterior, pero sujeto a condición suspensiva, contrato que no llegó a tener efecto al no haberse cumplido por el Club demandante la condición ni en cuanto a haber hecho gestión alguna para incorporar al jugador, ni tampoco en orden a abonar los gastos de compensación previstos en el art. 14.1 del Real Decreto 1.006/85. Y en orden a esta última alegación propone la modificación del ordinal primero de los hechos declarados probados para que se añada la mención de que el Sr. O.B. no había cumplido la edad de 25 años en el momento previsto para la entrada en vigor del contrato, el primero de julio de 1993.

Y por último denuncia que la indemnización prevista en el pacto no tiene eficacia como cláusula penal, porque ésta se refiere siempre a un contrato ya vigente, que en este caso nunca llegó a estarlo, de modo que una vez inexistente la obligación principal por no haberse cumplido la condición sería nula la cláusula penal accesoria.

**SEGUNDO.-** Dada su naturaleza procesal previa, procede examinar en primer lugar las excepciones de incompetencia material y territorial, en las que insiste el Sr. O., en todo caso apreciables también de oficio.

A este respecto debe recordarse que el art. 9.5 de la L.O.P.J. 6/85, de 31 de julio atribuye al orden jurisdiccional social el conocimiento de las “pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho”, atribución que repite el art. 1º de la L.P.L. en relación con “conflictos tanto individuales como colectivos”, y que el art. 2º.a) del mismo texto concreta a las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del “contrato de trabajo”, sin distinción entre contrato común u ordinario del art. 1º E.T. y relación laboral especial del art. 2º E.T.; atribución que, en relación con la de “deportistas profesionales” prevista en la letra d) de este último artículo, se confirma, como no podía ser menos, en el art. 19 del Real Decreto 1.006/85, de 26 de junio, que la desarrolla.

Pero la doctrina jurisprudencial ha realizado una interpretación espiritualista de tales preceptos, de modo que la competencia del orden jurisdiccional social abarca no sólo los litigios promovidos como consecuencia del contrato de trabajo –incluido el

contrato “*in fieri*” o de ejecución futura– sino también los relativos al precontrato o promesa de trabajo, pues como ya razonaba el Tribunal Central de Trabajo (en una larga tradición que jalonan sentencias como las de 5 de abril de 1967 y de 6 de diciembre de 1974, Ar. 5.257) “tal compromiso supone el nacimiento *in potencia* de un contrato laboral indiscutible”, y declara más recientemente (en la de 5 de enero de 1988, Ar. 658) “caen dentro de esta jurisdicción, por razón de congruencia e identidad de naturaleza, no sólo las relaciones surgidas en y con posterioridad al nacimiento del contrato de trabajo, sino los estados previos del mismo, que forman con él un todo inseparable informado del mismo carácter laboral”. En el mismo sentido se pronuncian las Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia (por ejemplo la de Andalucía/Sevilla, de 3 de mayo de 1994, Ar. 2.223, precisamente en un caso de promesa de contrato de trabajo de deportista profesional), y así lo concluye también el TS, como en la citada en la sentencia recurrida, de 30 de abril de 1988 (Ar. 8.183), o en la de 30 de marzo de 1996 (Ar. 2.503) que reconoce implícitamente la competencia de la jurisdicción social, al aplicar las normas de que regulan la prescripción de acciones surgidas del contrato de trabajo.

Queda así fuera de dudas la competencia material de esta jurisdicción, que el recurrente mantiene en cierta contradicción con su propia tesis de que no estamos ante un precontrato sino en presencia de un contrato de trabajo perfecto, aunque sometido en cuanto a su eficacia a una condición suspensiva.

Igualmente procede rechazar la excepción de incompetencia territorial, pues el art. 10.1 L.P.L. establece un fuero electivamente concurrente que atribuye esta competencia al juez “del lugar de prestación de los servicios”, lugar que no sería otro que La Coruña según el pacto firmado entre las partes, sin que a ello obste el hecho de que los servicios no hubieren llegado a prestarse efectivamente, pues del mismo modo que se ha entendido que ese lugar era no sólo el presente sino también el pasado si la prestación de servicios ha cesado (STCT de 3 de diciembre de 1968), también debe comprenderse el lugar futuro en donde esté prevista dicha prestación.

**TERCERO.-** En cuanto al fondo del asunto, ambos recurrentes combaten la calificación hecha en la sentencia de estar ante un precontrato de trabajo, y sostienen que se concertó un contrato de trabajo perfecto, si bien difieren en las consecuencias, porque mientras el club demandante y recurrente entiende que el hecho de ser un contrato “*in fieri*” o de ejecución futura no impide el nacimiento de la relación laboral especial de deportistas profesionales regulada por el Real Decreto

10.006/86, en cambio el condenado recurrente Sr. O. mantiene que al no cumplirse la condición a la que venía sometida su eficacia, el contrato se desvanece y sus obligaciones resultan inexigibles. Procede, pues examinar conjuntamente estos motivos de fondo esgrimidos de forma antagónica por ambos recurrentes.

**CUARTO.-** Es ya un lugar común en la doctrina la posibilidad de que la mayor parte de los contratos pueden ser objeto de la previa promesa de celebrarlos. La admisibilidad del precontrato de trabajo, que carece de regulación legal expresa, viene avalada de antiguo por la mejor doctrina científica y jurisprudencial, que cita ya una sentencia del TS de 9 de diciembre de 1950 (art. 1.712), todo ello con fundamento en la libertad contractual que consagra el art. 1.255 del C.C.

El precontrato de trabajo se construye jurídicamente como un contrato consensual en el que, al amparo del art. 1.262 del C.C., concurren una oferta seria de trabajo -normalmente es el empresario el que promete dar trabajo, pero también cabe el ofrecimiento del trabajador, de prestar servicios- y su aceptación recíproca; oferta que se caracteriza por no ser pura, pues se promete para un momento futuro, dependiente de la llegada de un término o del cumplimiento de una condición, o de uno y otra. Todo ello engendra obligaciones recíprocas para ambas partes (respectivamente, dar trabajo y ponerse a disposición del empleador) y su incumplimiento, dada la incoercibilidad de la mayor parte de las obligaciones de hacer, se traduce en una reclamación de daños y perjuicios en los términos que previenen los arts. 1.101 a 1.107 del C.C.

No ocurre cosa distinta con el denominado contrato de trabajo "*in fieri*", o de ejecución futura por venir sometido a término o condición.

En efecto, la distinción entre el precontrato de trabajo y el contrato de trabajo consumado -"*in factu esse*" o en ejecución según la sentencia del T.C.T. de 11 de febrero de 1986, (Art. 807)- es fácil sobre la base de que en éste se da y se presta trabajo, lo que no ocurre en el primero. Pero esta distinción no existe con el contrato de trabajo "*in fieri*", porque tampoco en éste se da la realidad fáctica de la prestación efectiva de servicios, y sin embargo se habla de un contrato de trabajo perfecto –aunque no consumado- razonando que “al ser consensual se perfecciona por el mero consentimiento y no necesita para su nacimiento... del comienzo de los trabajos” (STCT, de 30 de abril de 1981, Art. 2.879, y del TS de 17 de noviembre de 1987, Art. 8.007).

Esto quiere decir que en ambos casos –llámesele precontrato de trabajo o contrato de trabajo de ejecución futura dependiente de un término o de una condición- los efectos son los mismos, ya que tampoco en este último caso pueden ejercitarse las acciones establecidas para exigir el cumplimiento de las obligaciones típicas del contrato de trabajo: ni la acción de reclamación de salarios del art. 30 E.T., pues sin prestación de servicios no hay salario y no hay mora del empleador al no dar un trabajo que todavía no está obligado a proporcionar (así lo estableció ya el T.C.T., en sentencia de 15 de diciembre de 1969, y así resulta también de lo dispuesto en el art. 10.4 del Real Decreto 1.435/85, de 1 de agosto, regulador de la relación especial de Artistas de Espectáculos Públicos, al remitirse al Código Civil para el caso de inejecución total de la prestación artística, es decir, para “aquellos supuestos en los que ni siquiera hubiera empezado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada”); ni la acción de extinción del contrato del art. 50 E.T., ni tampoco la acción de despido, que presuponen la real prestación de servicios (STS de 21 de febrero de 1991, Art. 859).

En definitiva, lo único que existe en tal situación es la obligación recíproca de poner en ejecución el contrato dando y prestando trabajo, y el incumplimiento culpable de dichas obligaciones se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios del art. 1.101 y ss. del CC., pues la primera alternativa del art. 1.124 del mismo código -“exigir el cumplimiento”- es incoercible, al menos desde el punto de vista del trabajador, que asume, una obligación personalísima y puede dimitir en cualquier momento (art. 49.1.d) ET), a diferencia de lo que ocurre con otros contratos consensuales, como por ejemplo la promesa de venta, en cuyo caso, a partir de una sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del TS de 1<sup>a</sup> de julio de 1950, se puede exigir el cumplimiento de lo pactado y ejecutar el contrato mediante el otorgamiento de escritura pública, incluso sustituyendo la autoridad judicial la voluntad del contratante contumaz. Y es que, en realidad, para que pueda hablarse de relación laboral constituida y productora de las obligaciones recíprocas que integran su objeto es preciso que exista al menos una efectiva puesta a disposición aceptada por el empresario, en los términos de dependencia que establece el art. 1º.1 E.T., y por la misma razón, la presunción de existencia de relación laboral del art. 8.1 E.T. sólo entra en juego “entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”. Esta convicción aflora en la misma jurisprudencia de la Sala 4<sup>a</sup> del T.S. (S. de 30 de abril de 1991, Ar. 3.396) según la cual “sin perjuicio de reconocer el carácter consensual del contrato de trabajo... –como el actor no ocupó el

puesto... no acudió ni un solo día al trabajo... y no ha acreditado que... realizase cualquier tipo de actividad laboral para la empresa... es preciso concluir que no tuvo el actor en ningún momento relación laboral con la empresa demandada". Y esa convicción traiciona también la tesis del recurrente Sr. O. al afirmar que el contrato no llegó a tener efecto al no haberse cumplido la condición suspensiva.

La tesis del contrato perfecto obligaría, cuando la condición se hubiese cumplido, a admitir que durante la pendencia de la condición el Sr. O. había estado vinculado simultáneamente con dos empleadores distintos, en virtud de dos contratos de trabajo perfectos, aunque uno de ellos sin consumar, lo cual sería una situación completamente anómala.

QUINTO.- En el caso que nos ocupa, el pacto suscrito entre las partes el 10-febrero-1993 tiene por objeto la prestación profesional del Jugador al Club (Cláusula 1<sup>a</sup>), con una duración prevista de cuatro años, pero comenzando su vigencia el día 1-julio-1993 (Cláusula 2<sup>a</sup>), si bien, dado que el juzgador todavía estaba sujeto a la disciplina del "R.C.C.V." durante la temporada 1993/94, dicha fecha de comienzo quedaba sometida a la condición suspensiva de que el jugador obtuviese carta de libertad, bien por acuerdo entre ambos Clubes o bien de alguna de las formas previstas en el R.D. 1.006/85 (Cláusula 4<sup>a</sup>), y el jugador contrae desde el momento de la firma la obligación de no comprometerse ni suscribir contrato alguno con otra Entidad para el mismo período pactado con el Club (Cláusula 5<sup>a</sup>).

Aplicando la doctrina anterior a este supuesto, y cualquiera que sea la denominación que se dé a dicha convención (precontrato, contrato de trabajo "*in fieri*" o de ejecución futura sometida a condición o término), lo cierto es que estamos ante un pacto de prestación de servicios profesionales como futbolista, cuya eficacia o ejecución se somete a dos términos sucesivos, con una condición intercalada de la que depende la eficacia del primer término. Es decir, la previsión de las partes se dirige a que el contrato comience a regir a partir del primero de julio de 1993, siempre que para entonces se hubiera removido el obstáculo que suponía la vinculación del juzgador al "R.C.C.V., S.A.D." hasta la terminación de la temporada de 1994 -normalmente el 30 de junio de dicho año-, lo cual suponía una condición suspensiva cuyo cumplimiento podría ocurrir, entre otras causas, por la actividad de cualquiera de las partes (del "C.D." negociando con el "C.C.", o del propio jugador rescindiendo el contrato (Art. 13.i) del R.D. 1.006/85) y pagando su propia libertad), pero que no dependía de la voluntad de una sola de ellas, y

bien entendido, además, que ninguno de los contratantes se comprometió expresamente a remover ese obstáculo. Es evidente que, *deficiente condicione*, ya no era exigible poner en ejecución el contrato a partir del primer término pactado, el 01.07.93, y las obligaciones contractuales hubieran desaparecido si en la previsión de las partes no estuviese también clara la intención de ponerlo en ejecución una vez que el jugador quedase en libertad al terminar la temporada de 1994, el 30 de junio de ese año, pues a esta forma de obtener la carta de libertad alude también la mencionada Cláusula 4<sup>a</sup> al remitirse al repetido R.D. 1.006/85, que en su art. 13.b) regula como causa de extinción del contrato la "expiración del tiempo convenido", si bien en este caso, es claro, la duración total del contrato no abarcaría más que tres años en lugar de los cuatro que en principio se pretendían.

Siendo esto así, es indudable que el jugador Sr. O. obró torticeramente al suscribir al poco tiempo, el 19.04.93, nuevo contrato de trabajo con el "R.C.C.V., S.A.D.", y aunque no pueda decirse que por este solo hecho frustrase el contrato suscrito con el Club Deportivo en lo que se refiere a la posibilidad de comenzar su vigencia el 01.07.93 – ya hemos visto que, sin el nuevo contrato, tampoco puede asegurarse que se hubiese removido el obstáculo que suponía la anterior vinculación del jugador hasta finalizar la temporada del 94, y además también podía rescindirse el último contrato pagando la cantidad estipulada-, lo cierto es que sí frustró definitivamente la eficacia de lo pactado a partir del segundo término, del 30.06.94, en cuya fecha, sin el nuevo contrato, hubiera estado libre para ponerse a disposición del "R.C.D.L.C., S.A.D.".

En esta línea, debe rechazarse el motivo octavo del recurso del Sr. O. pues ya se ha razonado que la ineficacia del primer término, debido al no cumplimiento de la condición, no anulaba la obligación asumida, que debía hacerse efectiva al llegar el segundo término. Por la misma razón debe rechazarse el séptimo motivo, ya que el cómputo del plazo para una posible prescripción de la indemnización aquí reclamada empezaría a contarse desde el momento en que la obligación era exigible, es decir, a partir del 30.06.94. E igualmente carece de sentido la revisión de hechos que se propone en el motivo tercero, en orden a que la fecha de nacimiento del Sr. O. es el 28 de enero de 1969, porque tal revisión se solicita con miras a que se declare la existencia de una condición más a cumplir por el "R.C.D.L.C., S.A.D.": la del pago de los derechos de formación; obligación ésta de Convenio que sería totalmente independiente de la condición puesta para la efectividad del contrato, y, además, no exigible al 30 de junio de 1994 porque

para entonces el juzgador habría cumplido ya los 25 años de edad.

Pues bien, la responsabilidad derivada de tal incumplimiento no puede ser la estipulada en la Cláusula 8<sup>a</sup> del contrato -tesis del “R.C.D.L.C., S.A.D.”-, porque el pacto convencional que incorpora esta cláusula de rescisión -al igual que en la Cláusula 7<sup>a</sup> se pacta la indemnización correspondiente al jugador para el caso de extinción del contrato, por cese o despido improcedente sin readmisión-, suponen un contrato ya vigente, esto es, en ejecución, y no puede ser exigida por la vía del art. 16 del R.D. 1.006/85 cuando las obligaciones propias de la relación laboral especial que pretendían nunca llegaron a existir; pero tampoco es aceptable la tesis mantenida en la sentencia sobre la intención de las partes de constituir una verdadera cláusula penal, exigible de acuerdo con el art. 1.152 del Código Civil, porque debe distinguirse nítidamente “entre la promesa de prestación de servicios y la sanción de su incumplimiento, y el contrato de prestación de servicios y las consecuencias de su incumplimiento” (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Sevilla, de 3-mayo-94 , Ar. 2.223) y es indiscutible que en el presente caso las partes no fijaron ninguna sanción específica para el incumplimiento del pacto suscrito sino, solamente, para la ruptura contractual después de que el contrato entrase en ejecución, aunque ello no impida, como luego razonaremos, tomar en cuenta esas previsiones contractuales como indicativas del montante en que las partes valoraban el importe de los daños y perjuicios derivados de la frustración del contrato.

**SEXTO.-** Patente el incumplimiento del pacto por el jugador demandado Sr. O., su responsabilidad será exigible a la luz de los preceptos que para el incumplimiento de las obligaciones en general regulan los arts. 1.101 a 1.107 del CC. Esta responsabilidad es suya personal, sin extenderse a los Clubes codemandados, “R.C.C.V., S.A.D.” y “V.C.F., S.A.D.”, ni con el carácter subsidiario que pide el recurrente “R.C.D.L.C., S.A.D.”, pues ya se ha explicado la inaplicación del art. 16 del R.D. 1.006/85, ni tampoco con el carácter solidario que les impondría su contribución al daño causado, puesto que no consta que tales Clubes hubieran tenido conocimiento del compromiso contraído por el Sr. O. con el “D.”, ni que hubiesen contribuido de algún modo imputable a su frustración.

**SÉPTIMO.-** Supuesta la responsabilidad única del Sr. O. por incumplimiento del pacto contraído con el “R.C.D.L.C., S.A.D.”, resta fijar la cuantía de la indemnización que proceda, a cuyo efecto deben tenerse en cuenta datos tales como la edad y proyección profesional del deportista, la duración

del contrato previsto, la importancia de las cantidades que se barajan en este mercado profesional, tanto en lo que se refiere a las primas que perciben los jugadores como al importe de los traspasos, el carácter doloso o meramente culposo del incumplimiento, el salario o fichas previstas para el trabajador, etc, sin olvidar que en este caso las propias partes han realizado una valoración de los intereses en juego fijando en las cláusulas 7<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup> las cantidades en que habrían de indemnizarse, pues aunque tales previsiones solamente entrarían en juego para el caso de ruptura del contrato ya en ejecución, constituyen un dato orientativo más, dado que dicho pacto constituye una primera fase de un supuesto negocial complejo de formación sucesiva, y las consecuencias previstas para la etapa posterior de ejecución del contrato vienen representadas para las partes al concluir el precontrato. Y en este sentido, debe señalarse que no es cierto que no se hubiese establecido contrapartida a la cláusula de rescisión, puesto que en la séptima se señala como indemnización para el jugador, en el caso de cese o despido improcedente, el importe de las retribuciones que le faltasen por percibir hasta la finalización del contrato.

Por otra parte, es preciso advertir que deben ser indemnizados tanto el daño emergente, que exige prueba cumplida de su existencia y cuantía, como el lucro cesante, valoración esta última que, por referirse a un futurable, no puede determinarse de forma absolutamente cierta sino atendiendo al que presuntivamente y de forma razonable se hubiese derivado del incumplimiento contractual, pues incluso cuando se trata de indemnizar al trabajador por el incumplimiento empresarial del precontrato de trabajo y se acude al módulo aparentemente objetivo del equivalente de los salarios que hubiera percibido de haberse puesto en práctica el contrato, se trata de perjuicios, no absolutamente ciertos, sino razonablemente esperados, pues es evidente que la ejecución misma del contrato, en todo o en parte, depende de otras causas (fallecimiento del trabajador, dimisión, etc) de naturaleza incierta.

En el caso que examinamos no se ha probado por el “R.C.D.L.C., S.A.D.” un daño emergente (gastos de preparación o formación del trabajador), pero sí puede suponerse razonablemente que, dados los altos costes que se barajan en el mundo profesional del fútbol, habrían de irrogársele desembolsos importantes para sustituir al jugador Sr. O. con vistas a la siguiente temporada 94/95, ante la sorpresa intempestiva de no poder contar con él y la consiguiente reducción del mercado futbolístico, todo lo cual entraría en lo que la doctrina llama “orden deportivo”; y en este sentido no cabe olvidar la agravación que supone la conducta del jugador, que no consta comunicase haber suscrito otro contrato con el “R.C.C.V., S.A.D.”, manteniendo la

ocultación durante más de un año, hasta el final de la temporada de 1994, cuando el “C.D.” pretendió registrarlo a su nombre en la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Tal conducta excede de la mera culpa y entra en la calificación de dolosa, ya que no sólo obra voluntaria y conscientemente de que su comportamiento podía provocar un serio perjuicio al “C.D.” sino que con ello determinó el incumplimiento definitivo de la obligación, esto es, incluso para las temporadas siguientes a la del 93/94, y por ello la indemnización de los perjuicios estimados debe ser integral, que es la interpretación que la doctrina dá a la locución “conocidamente” empleada por el art. 1.107 del Código Civil.

Pues bien, teniendo en cuenta todos estos factores, así como la comparación entre las indemnizaciones pactadas a favor de uno y otro para el caso de ruptura del contrato ya en ejecución, que se toman a título orientativo, y la fundamental regla de interpretación de los contratos según la cual, cuando fueren onerosos, las dudas se resolverán a favor de la mayor reciprocidad de intereses (art. 1.289 del Código Civil), la pauta mas adecuada será fijar la indemnización en la misma cantidad que podría ser reclamada por el jugador Sr. O. en el caso de que el incumplidor de la promesa hubiese sido el “R.C.D.L.C., S.A.D.”, y que según lo previsto en la Cláusula 7<sup>a</sup> del contrato sería la cantidad que por todos los conceptos y en el momento de producirse el hecho tuviera pendiente de percibir el jugador, lo que la sitúa en la cifra de NOVENTA MILLONES DE PESETAS (90.000.000.- pts) (correspondientes a las tres temporadas 94/95, 95/96 y 96/97, a razón de treinta millones por temporada -Cláusula 3<sup>a</sup>-) ya que, como hemos señalado, el adecuado cumplimiento del precontrato por ambas partes olamente garantizaba su ejecución a partir del 30 de junio de 1994.

OCTAVO.- Lo expuesto conduce a desestimar el recurso interpuesto por don J.O.B. y a estimar en parte, en lo que se refiere al *quantum* indemnizatorio, el interpuesto por el “R.C.D.L.C., S.A.D.”, revocando en lo menester el fallo que se combate.

Fallamos

Desestimando el recurso interpuesto por don J.O.B. y estimando en parte el interpuesto por el “R.C.D.L.C., S.A.D.”, debemos revocar y revocamos también en parte dicha sentencia, señalando como indemnización que el demandado Sr. O.B. debe satisfacer al demandante “R.C.D.L.C., S.A.D.” la cantidad de NOVENTA MILLONES DE PESETAS (90.000.000.- pts) manteniéndose el pronunciamiento absolutorio para los codemandados “R.C.C.V., S.A.D.” y el “V.C.F., S.A.D.”.

## **2684 RECURSO N° 738/99**

S. S.

A XURISDICCIÓN LABORAL NON É COMPETENTE PARA COÑECER DOS PREITOS RELATIVOS A CONTRATOS DE COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotel.

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación núm. 738/99 interpuesto por CENTRO GALEGO DE ARTE CONTEMPORÁNEA-CONSELLERÍA DE CULTURA, COMUNICACIÓN SOCIAL E TURISMO-XUNTA DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.G.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado CENTRO GALEGO DE ARTE CONTEMPORÁNEA-CONSELLERÍA DE CULTURA, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 589/98 sentencia con fecha seis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda y estimó la excepción de caducidad de la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- El Sr. G.L., mayor de edad, prestaba sus servicios por cuenta del Centro Galego de Arte Contemporánea (en adelante, C.G.A.C), sito en la Rúa... de Santiago de Compostela, con la categoría profesional de Coordinador del Departamento de Música, una antigüedad que data de mayo del año 1996 y percibiendo sus retribuciones mediante el

giro de facturas, emitidas por el propio demandante en función de diferentes actividades propias de aquel Departamento, conforme sigue: Factura 2/96 de junio, por importe bruto total de doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cinco pesetas (253.295 ptas.) (como tal suma bruta se expresarán las facturas que se relacionarán a continuación).- Fra. 3/96, de 23 de septiembre, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cinco pesetas (235.295 ptas.).- Fra. 4/96, de 23 de septiembre, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cinco pesetas (235.295 ptas.).- Fra. 5/96, de 23 de septiembre, por ciento diecisiete mil seiscientas cuarenta y ocho pesetas (117.648 ptas.).- Fra. 1/97, de 7 de enero, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cuatro pesetas (117.648 ptas.).- Fra. 1/97, de 7 de enero, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cuatro pesetas (235.294 ptas.).- Fra. 2/97, de 7 de enero, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cuatro pesetas (235.294 ptas.).- Fra. 3/97, de 7 de enero, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cinco pesetas (235.295 ptas.).- Fra. 4/97, de 24 de enero, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cuatro pesetas (235.294 ptas.).- Fra. 5/97, de 26 de febrero, por doscientas treinta y cinco mil doscientas noventa y cinco pesetas (235.295 ptas.).- Fra. 6/97, de 1 de abril, por ciento setenta y seis mil cuatrocientas setenta y una pesetas (176.471 ptas.).- Fra. 9/97, de 16 de abril, por setenta mil quinientas ochenta y ocho pesetas (70.588 ptas.).- Fra. 10/97, de 24 de abril, por diecisiete mil seiscientas cuarenta y siete pesetas (17.647 ptas.).- Fra. 11/97, de 25 de abril, por diecisiete mil seiscientas cuarenta y siete pesetas (17.647 ptas.).- Fra. 11/97, de 20 de mayo, por trescientas veinticinco mil novecientas cuarenta y una pesetas (352.941 ptas.).- Fra. 12/97, de 20 de junio, por quinientas veintinueve mil cuatrocientas doce pesetas (529.412 ptas.).- Fra. 13/97, de 22 de mayo, por diecisiete mil seiscientas cuarenta y siete pesetas (17.647 ptas.).- Fra. 14/97, de 3 de junio, por treinta y cinco mil doscientas noventa y cuatro pesetas (35.294 ptas.).- Fra. 15/97, de 4 de junio, por diecisiete mil seiscientas cuarenta y siete pesetas (17.647 ptas.).- Fra. 16/97, de 17 de septiembre por cuatrocientas once mil setecientas sesenta y cinco pesetas (411.765 ptas.).- Fra. 17/97, de 6 de octubre, por quinientas veintidós mil trescientas cincuenta y tres pesetas (522.353 ptas.).- Fra. 18/97, de 31 de octubre, por ciento cinco mil ochocientas ochenta y dos pesetas (105.882 ptas.).- Fra. 19/97, de 10 de noviembre, por quinientas veintidós mil trescientas cincuenta y tres pesetas (522.353 ptas.).- Fra. 1/98, de 28 de enero, por setecientas cinco mil ochocientas ochenta y dos pesetas (705.882 ptas.).- Fra. 2/98, de 26 de marzo, por seiscientas veinticinco mil pesetas (625.000 ptas.). El conjunto de las facturas precitadas ascienden a seis millones

ciento veintiocho mil quinientas treinta y cuatro pesetas (6.128.534 ptas.), igualmente en cuantía bruta.- SEGUNDO.- Entre las funciones que desarrollaba el demandante, quien figura como Coordinador del Departamento de Música del C.G.A.C. en la programación de las actividades musicales del presente año, se comprendían las de preparación de los conciertos (con labores de Técnico de sonido y montaje de sonorización, asistencia a los músicos en su estancia en la Ciudad, etc.), coordinación de conferencias y exposiciones, solicitud de partituras a otros Centros, y demás relacionadas con las anteriores. La labor del actor comprendía un horario habitual de oficina en jornada de mañana durante cuatro horas aproximadamente y, para el desempeño del resto de tareas, disponía del resto de la jornada, aun cuando en ocasiones le impidieran acudir al despacho como se ha dicho.- TERCERO.- El 26 de marzo de 1998, se celebró la última actividad musical organizada por el C.G.A.C. en lo que va de año 1998 y, desde entonces no consta que el actor halla desempeñado el trabajo antedicho ni halla acudido al Centro de Trabajo a tal fin ni percibido cantidad alguna del mencionado Centro.- CUARTO.- El Sr. R.C. suscribió en fecha 20 de junio de 1995 contrato con la Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo de la Xunta de Galicia en cuya virtud resultaba adjudicatario de la realización del programa para la puesta en funcionamiento del C.G.A.C. mediante trabajos específicos concretos no habituales en la Administración (en la programación reseñada anteriormente, aparece como Director del Departamento de Música del C. ILMO. SR. D. A.J.G.A.), que fue prorrogado sucesivamente siendo la última prórroga de 29 de diciembre de 1997 en la que se expresa que la misma concluía el 31 de marzo de 1998. Desde esta fecha, no consta que el Sr. R. haya desempeñando puesto de trabajo o dirección alguno en el C.G.A.C.- QUINTO.- El demandante no ha ostentado la representación de los trabajadores ni la condición de delegado sindical o miembro del Comité de Empresa.- SEXTO.- Presentada reclamación previa el 11 de agosto de 1998, fue desestimada por Resolución de 2 de septiembre próximo pasado”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando como estimo la excepción de caducidad de la acción del despido planteada por don J.L.G.L. contra el CENTRO GALEGO DE ARTE CONTEMPORÁNEO-CONSELLERIA DE CULTURA, COMUNICACIÓN SOCIAL E TURISMO-XUNTA DE GALICIA, debo declarar y declaro caducada la misma, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra”.

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. Contra la sentencia de instancia, que estimando la excepción de caducidad de la acción de despido planteada por don J.L.G.L. contra el Centro Gallego de Arte Dramático(sic) - Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo de la Xunta de Galicia, declaró caducada la misma absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, se alza la parte demandada en suplicación denunciando la infracción del artículo 24 de la LOPJ, en relación con los artículos 3 de la Ley de 26 de diciembre de 1956, 5.2.a) y 7.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, insistiendo en la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social para el conocimiento del asunto en cuestión.

La alegación de la anterior excepción, impone a la Sala la necesidad de su examen con carácter preferente, estando facultada para examinar todo lo alegado y probado en los autos de instancia, dado que se trata de una materia que afecta al orden público procesal, con la finalidad de fijar los antecedentes necesarios para determinar la naturaleza jurídica de la relación controvertida y cuál sea la jurisdicción que deba conocer de ella, haciendo abstracción de los hechos probados de la sentencia recurrida - que se aceptan en cuanto no contradigan lo que se dirá - y de los motivos formulados en el recurso.

En tal sentido, del conjunto de lo actuado se desprende que la mencionada excepción debe prosperar con fundamento en las siguientes consideraciones, a saber, el actor vino desarrollando su actividad, en concepto de asistencia y labores de producción de diversos conciertos organizados por el CGAC de manera que en cada una de tales ocasiones el referido Organismo, integrado en el ámbito de la Consellería de Cultura, previa propuesta de autorización, disposición y pago de gastos menores tramitaba el expediente correspondiente y adjudicaba al actor por el importe determinado la realización de la tarea, consistente con carácter general en la colaboración en la organización y montaje de los diversos conciertos y actividades, estando incorporada a los folios 192 a 252 de autos diversa documental acreditativa de las adjudicaciones que se le hicieron al demandante, las memorias propuesta relativas a las referidas actividades, de donde cabe destacar que se hacía específica mención de que "tales servicios no

pueden ser atendidos por el personal del CGAC ni por la labor ordinaria de sus órganos administrativos", así como que se proponía "la contratación de un profesional que reúna los requisitos de solvencia técnica y profesional necesarias" para el desarrollo de la actividad de que se tratase en cada caso y, en todos ellos se apostilla que "a tal fin se eligió a don J.G.L. ya que posee los conocimientos, la experiencia y la cualificación que se requiere", de lo que se desprende que la colaboración o actividad del demandante se caracterizaba realmente por constituir una prestación de índole profesional de asesoría y asistencia técnica para eventos concretos y determinados insertos en el ámbito de objetivos y funciones del CGAC relativos a "promover el conocimiento y acceso del público a arte contemporáneo en sus diversas manifestaciones y favorecer la comunicación social de las artes plásticas", percibiendo su retribución cada actividad realizada librándose al efecto la correspondiente factura en la que se hace constar el descuento pertinente en concepto de IRPF, llevándose a cabo la liquidación sin que conste que en momento alguno el demandante percibiese cantidades fijas, aún cuando en algunos casos hubiese coincidencia en la suma a abonar por el CGAC, sin que pueda soslayarse el hecho de que, como se desprende de la documental de autos recogida al efecto en el ordinal primero de la sentencia "a quo", hubo meses en que se libraron varias facturas y otros en que no se libró factura alguna interesando destacar que, de entre las facturas de referencia a que se contrae el ordinal mencionado que abarcan un período de tiempo comprendido entre el 20 de junio de 1996 – a la sazón, factura 2/96 por importe de 235.295 pesetas, relativa a labores de asistencia y de producción de 15 de mayo a 15 de junio en las actividades y conciertos denominados "Encontros IRCAM y Monografías Giacinto Scelsi" - y el 26 de marzo de 1998- factura 2/98 por importe de 625.000 pesetas, en concepto de colaboración en el CGAC para los conciertos celebrados en los meses de febrero y marzo del Ciclo Musical 98. Una perspectiva do presente – no aparecen facturas relativas a trabajos que se hubiesen realizado en los meses de estío, excepción hecha de la 3/96 referida al período de 16 de julio a 15 de agosto por la asistencia en los ensayos, mantenimientos y labores de producción en el Departamento de Música", por importe de 200.000 pesetas, siendo de destacar, asimismo, que el 26 de marzo de 1998 se llevó a cabo la última actividad musical organizada por el CGAC en el año 1998 sin que desde entonces el demandante hubiese desempeñado actividad alguna ni acudido al referido Organismo ni percibido cantidad alguna, lo que casa bien poco con la existencia de una relación de carácter laboral que uniese a las partes, pues la ajenidad se difumina si el salario es indeterminado y depende su existencia de que se

preste o no el servicio no pagándose cuando el servicio no se presta, siendo precisamente indicio de trabajo no dependiente la retribución por acto o servicio, tal como era el realizado por el actor, sin que aparezca acreditado que su jornada de trabajo se realizase de forma continuada y con independencia de que existieran o no actividades musicales. En síntesis, de lo actuado se desprende que el actor fue contratado en su condición de especialista en dicho ámbito para que prestase su colaboración en la coordinación de diversos conciertos organizados por el CGAC, llevando a cabo un trabajo específico que es lo que se le retribuye y no la actividad en sí misma, cobrando previo libramiento de facturas relativas a cada “contrato menor”, efectuados al amparo del artículo 57 LCAP y Título IV del Libro II de la Ley 13/95, procediendo, por tanto, de conformidad con el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal en este trámite de recurso, y de lo preventido en el art. 1 de la LPL, declarar la incompetencia de este orden social indicando a las partes que podrán hacer uso de sus derechos ante la jurisdicción contencioso administrativa, de considerarlo oportuno.

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación articulado por el CGAC- Conselleria de Cultura de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela de fecha 06.11.98 en autos nº 589/98, acogemos la excepción de incompetencia de jurisdicción entendiendo que sea competente el orden jurisdiccional contencioso administrativo al que deberán remitirse las partes si lo considerasen oportuno, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos contenidos en el escrito rector del proceso.

## **2685 RECURSO N° 2.875/96**

S. S.

**NON CABE ENTENDER A EXISTENCIA DE DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA CANDO O PACIENTE ESTIVO SOMETIDO A OBSERVACIÓN CONSTANTE E TRATAMIENTO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don. Antonio González Nieto

A Coruña, a diez 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 núm. 2.875/96 interpuesto por don A.B.S. representante de la COMUNIDAD HEREDITARIA DE DOÑA O.S.S. 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 A.B.S. representante de la COMUNIDAD HEREDITARIA DE DOÑA O.S.S. en reclamación de DAÑOS Y PERJUICIOS siendo demandado SERGAS Y DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE PONTEVEDRA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 8/96 sentencia con fecha 13 de marzo de 1996 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- doña O.S.S. era beneficiaria de la Seguridad Social y prestaba servicios en el Hospital Provincial de Pontevedra, habiendo fallecido el 18.02.95.- 2º) El 29.08.94 a la actora se le realiza una radiografía en el Hospital Provincial y se le diagnostica de ligera escoliosis, y se le prescribe Feldene inyectable y Robaxisal compuesto.- 3º) La Sra. S. acude el 01.09.94 al servicio de urgencia del Hospital Provincial de Pontevedra, por padecer un cuadro de 10 días de evolución consistente en dolor a nivel de cadera izda., así como a nivel de costado ipsilateral que irradia ocasionalmente a plano anterior de Hemitorax izdo. Probable antecedente de esfuerzo, a tratamiento con Feldene y Robaxisal Compuesto, la coxalgia ha desaparecido pero persiste el dolor torácico, por lo que acude al Servicio.- 4º) El 19.10.94 es examinada en urgencias del Hospital “M.” por dolor de espalda y vista por el traumatólogo, que la cita para el 8-11 y 11-11 con el Dr. R.- 5º) El 14.11.94 es explorada por el Servicio de Reumatología del (H. M.) (Pontevedra) al ser remitida por el Hospital Provincial, ya que en el mismo no tienen este servicio; y en este servicio es atendida por el Dr. M. donde refiere dolor en pared costal izda. y columna dorsal de dos meses y medio de evolución y se piden análisis con velocidad (VSG) y Rx de tórax y c. dorsal.- 6º) El día 14.11.94 se le practica Rx de Tórax donde manifiestan que no hay evidencia de enfermedad pleuropulmonar y de columna, incluida pelvis, y

que tiene ligerísima escoliosis y mínimo acuñamiento lateral izdo. de D-4, y la analítica es del 15.11.94 y muestra la velocidad de sedimentación alta de 36; el colesterol de 296 y el resto de los parámetros normales.- 7º) El 21.11.94 la causante es nuevamente examinada por el Dr. M. quien, a la vista de los resultados de la analítica y Rx normales, le pauta Dolalgil y Triptizol y le pide nueva analítica de sangre y VSG para febrero, habiendo diagnosticado un síndrome de Tietze.- 8º) El 28.10.94 la Sra. S. había acudido al Servicio de Medicina Interna del Hospital Provincial donde el Dr. B. le pidió la realización de una gammagrafía ósea y ésta se realizó en el (P.S., S.L.) el 05.12.94, y según consta a petición del Dr. B.- 9º) El día 20.12.94 y ya con la gammagrafía, el juicio clínico sigue siendo de síndrome doloroso por patología ósea en estudio; en fechas posteriores y sucesivas es atendida por los S.G. del Hospital Provincial y una vez que se le practica biopsia ósea de clavícula izda. el 28.12.94, el 30.12.94 se hace el diagnóstico de metástasis ósea de Adenocarcinoma pobremente diferenciado.- 10º) En el (H.M.) no se pueden hacer gammagrafías.- 11º)- La Sra. S. fue declarada en situación de IPA con efectos de 18.10.95.- 12º) El 09.01.95 la causante ingresa en "P." para recibir cobaltoterapia y es dada de alta el 27.01.95.- 13º) Sólo se realizan gammagrafías en "P." y "M." (Vigo y en Peregrina Scan (Srta. R.) en Pontevedra.- 14º) Se ha agotado la vía administrativa previa."

**TERCERO.**- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don A.B.S. en representación de la COMUNIDAD HEREDITARIA DE DOÑA O.S.S. contra SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, al que absuelvo."

**CUARTO.**- Que dicha sentencia fue aclarada por Auto de fecha 30 de marzo de 1996, del tenor literal siguiente: "Debo aclarar y aclaro la sentencia nº 160/96 de 13.03.96 en el sentido de incluir en la misma a la DIPUTACION PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, absolviéndola de la demanda."

**QUINTO.**- Contra dichas resoluciones 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 rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el SERGAS, desestimó la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de una supuesta defectuosa prestación de

servicios sanitarios realizados por la Entidad Gestora de la Seguridad Social; se interpone recurso de Suplicación por la parte actora pretendiendo como primer motivo de recurso la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicionen dos ordinales del siguiente tenor: a) "Que la actora después de acudir a los servicios médicos de la sanidad pública, entiéndase Hospital Provincial, en el cual prestaba servicios, la observan en diversas ocasiones, debido a los ingresos en dicho Hospital, los mismos le recomienda realizar la gammagrafía ósea no siendo realizada, la misma, por el Dr. M., a pesar de dichas recomendaciones y de solicitárselo la actora"; b) "que una vez observada por el Dr. M., no solamente la remite a otro centro hospitalario para hacer la prueba de la gammagrafía ósea, por cuanto que en el Hospital "M." no existen medios materiales para realizar la misma, sino que además manifiesta que se encuentra en buen estado de salud, cuando dos meses más tarde se descubre que padece un tumor maligno, existiendo negligencia por los Servicios Médicos de la Sanidad Pública". Adiciones que se rechazan, al no aportarse documento que demuestre de modo directo y evidente el error del Juzgador, pretendiendo en realidad el recurrente, realizar una nueva valoración de la prueba ya practicada y valorada por el Magistrado de instancia, en legítimo ejercicio de la facultad que le confiere el art. 97.2 de la LPL y 632 de la LEC. En todo caso debería rechazarse al contener calificaciones o valoraciones jurídicas más propias de la fundamentación jurídica que del relato fáctico de hecho probado.

**SEGUNDO.**- Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción por no aplicación de los arts. 98.1.2, 101 del Decreto 2.065/1974 de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS, art. 153 y siguientes del RDL de 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS., los arts. 1.1. y 18.1 y 45 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, arts. 106.2 243.1.2 de la CE, arts. 40, 141 y 142 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común, así como el art. 1.902 y siguientes Código Civil; alegando sustancialmente, que el tratamiento médico no fue el adecuado, sin que el hecho de que fuera tratada de manera continuada lleve implícito que aquél fuera correcto para detectar con la premura que el caso exigía el tumor maligno padecido por aquélla y que si se hubiera seguido el tratamiento adecuado, y a su debido tiempo, iniciándose en el año 1991 y 1992, se hubieran evitado aquellas consecuencias, máxime teniendo en cuenta que la prescripción facultativa del Dr. M. no fue acertada, al señalar que padecía dorsalgias y que las consecuencias o daños que determinaron su

fallecimiento pudieron haber sido evitados o cuando menos amortiguados, con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuadamente, por lo que entendía había lugar a una indemnización por daños y perjuicios ocasionados en la salud de la enferma, que cifraba en 5.000.000 de pesetas.

Como trámite previo y por ser materia de orden público, procede analizar la excepción de incompetencia de jurisdicción, por cuanto la estimación de la misma haría innecesario entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

La cuestión ha sido resuelta por el TS en recientes sentencias de Casación para la unificación de la doctrina (entre otras en las de 20.09.1996, R. 3.929/1995, 19.12.1996, R. 2.605/1996, 16.01.1997, R. 904/1996, 18.09.1997, R.1.003/1997), en el sentido de atribuir a esta jurisdicción Social la competencia para resolver las pretensiones relativas a indemnizaciones de daños y perjuicio derivados de unas deficientes prestaciones sanitarias realizadas por la Entidad Gestora de la Seguridad Social, señalando: “Que la cuestión debatida en el proceso no comporta una pretensión indemnizatoria frente a la Administración con causa en los daños ocasionados por el funcionamiento de un Servicio Público, sino que, con fundamento en la relación jurídica entre beneficiario y Entidad Gestora, la pretensión trae causa en una presunta deficiente prestación que constituye uno de los contenidos de aquella relación de cuya irregular prestación es responsable, a tenor del art. 38 de la LGSS de 1974, art. único y concordantes del RDL 36/1978 de 17-noviembre y RD 1.679/90 de 28 de diciembre de 1990, la Entidad Gestora, a quien le está atribuida la gestión. Se reclama en definitiva, las consecuencias de una prestación en que se ha producido... una actuación negligente de los servicios médicos de la Entidad Gestora de la Seguridad Social, que han ocasionado el incumplimiento, pues dicha Entidad es la que administra y gestiona los Servicios Sanitarios y la consiguiente prestación sanitaria de los sujetos protegidos, es el INSALUD, como resulta del art. 57.1.b) del Texto Refundido de la LGSS de 1994 y del art. 41.1. de la misma que dispone: “Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social serían responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida”.

Eso sentado y al no ofrecer duda alguna la competencia de esta Jurisdicción Social para conocer la cuestión litigiosa, el problema se centra en determinar –si como se sostiene por el recurrente- ha habido una actuación negligente o inadecuada por parte de los Servicios Médicos de la Seguridad Social o por el contrario –como se entendió por la Magistrado de instancia- no existió

una prestación o asistencia inadecuada por parte de dichos Servicios.

Llegándose a esta segunda conclusión y ello en base a las siguientes consideraciones:

A) La actora tuvo en todo momento una atención continuada y permanente, desde que acudió el 29 de agosto al Hospital Provincial de Pontevedra y posteriormente al Servicio de Urgencias de dicho Hospital, en el que por padecer una cuadro de diez días de evolución que afectaba a nivel de cadera izqda. así como a nivel de costado que irradiaba considerablemente a plano anterior de hemitórax izqda., fue tratada y le fue prescrito un tratamiento adecuado, a la sintomatología que presentaba, no obstante, como persistiera el dolor torácico el 19-octubre-1994 fue enviada al Hospital “M.”, donde fue examinada por los Servicios de Traumatología y Reumatología, pues en el anterior Hospital no había dichos Servicios, siendo explorada el 14 de noviembre en el Servicio de Reumatología por el Dr. M., en donde por persistir dolor en pared costal y columna dorsal se le pidió una analítica con velocidad de sedimentación y se le sacaron radiografías de tórax y columna dorsal, a fin de hacer el oportuno diagnóstico y en base a las pruebas realizadas se le diagnosticó de una enfermedad consistente en dorsalgia de tipo mecánico y síndrome de Tietze” (que es una artritis condrocostal por inflamación de las articulaciones de las costillas con el esternón y las vértebras) al no evidenciarse enfermedad pleuropulmonar, mostrando la analítica una velocidad de sedimentación alta, el colesterol elevado, y el resto de los parámetros normales. A los siete días es nuevamente examinada por el Dr. M., quien a la vista de los resultados de la analítica y las pruebas radiográficas normales le receta antiinflamatorios.

B) Con anterioridad a la fecha 28 de octubre de 1994, por el Servicio de Medicina interna del Hospital Provincial, por el Dr. B. se le pidió la realización de una gammagrafía, sin que se le hubiera realizado hasta el 20 de diciembre de 1994, en que con dicha prueba ya realizada, el juicio clínico sigue siendo “de síndrome doloroso por patología ósea en estudio”. En fechas posteriores fue atendida por los S.G. del Hospital Provincial, habiéndosele practica biopsia ósea de clavícula izqda. el 28 de diciembre de 1994, con el diagnóstico: “de metástasis ósea por adenocarcinoma pobremente diferenciado”, ingresando en “P.” con fecha 9 de enero de 1995, para recibir cobaltoterapia siendo dada de alta el 27 de enero de 1995, habiendo fallecido el 18 de febrero de 1995.

C) De los hechos declarados probados no puede deducirse que no hubiera sido debidamente

atendida por los Servicios Médicos de la Seguridad Social, ni que el tratamiento prescrito no fuera el adecuado a la sintomatología, por cuanto aún cuando es evidente que el tumor canceroso no se detectó en el primer momento, sino que transcurrieron cuatro meses, no se puede desconocer que desde el 29 de agosto de 1994, fecha en que acude por primera vez a los Servicios del Hospital Provincial, tuvo una atención continuada y permanente y fue tratada conforme a la sintomatología que presentaba, pues, refiriendo dolores en columna dorsal y en cadera y al tratarse de dolores no claros, no por ello, podría pensarse sin más que eran síntomas de un posible carcinoma y había motivo suficiente para que a través del departamento de reumatología se tuviera que pedir una gammagrafía y una biopsia; ni muchos menos puede suponer una actuación negligente ni un defectuoso funcionamiento de los Servicios Médicos, el hecho de que con fecha 28 de octubre de 1994, por el Servicio de Medicina Interna del Hospital Provincial se le hubiera pedido tal gammagrafía y que ésta no se realizara hasta el día 5 de diciembre de dicho año, pues, precisamente se realizó por su indicación en el (P.S., S.L.), pues en el Hospital "M." no se le podía hacer al carecer de aparatos. Por otro lado, el diagnóstico exacto no se dio hasta que se le hizo la biopsia; razones que llevan a entender, que en ningún caso hubo un defectuoso tratamiento por parte de los servicios médicos de la Seguridad Social, que dieran lugar a una indemnización por daños y perjuicios, ya que la causante en todo tiempo ha estado sometida a observación y tratamiento y para poder analizar los resultados y realizar un diagnóstico preciso, se requiere un meticuloso estudio, sin que el solo hecho de que tuviera la velocidad de sedimentación alta, y la persistencia de dolores justifique la sospecha de un tumor maligno. 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 debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don A.B.S., en representación de la COMUNIDAD HEREDITARIA DE DOÑA O.S.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. DOS de VIGO en fecha 13 de marzo de 1996, que se confirma íntegramente.

**2686 RECURSO Nº  
03/0007844/1996**

S. CA.

**CONIVENCIA ENTRE EMPRESARIO E TRABALLADOR PARA OBTER FRAUDULENTAMENTE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO.**

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, diez de junio 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 03/0007844/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuso por J.R.A.G., con D.N.I... domiciliado en... (Oviedo), representado y dirigido por el Letrado doña M.P.D.R., contra Resolución de 19.02.96 desestimatoria de r. ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo sobre acta de infracción nº 5/95, pérdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 11.817/95. 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 1 de junio 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 19 de febrero de 1996 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 Lugo de fecha 31 de marzo de 1995 en virtud de la cual se le impone una sanción de pérdida de prestaciones de desempleo.

La citada resolución desestimó, en efecto, el recurso ordinario interpuesto por don J.R.A.G. contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Lugo, confirmatoria a su vez del Acta de infracción núm. 5/95, por la que estimándose al recurrente responsable de una infracción de las definidas en el art. 30.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, se le impuso la sanción de referencia.

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

II.- En el caso de autos nos hallamos en presencia de una sanción que tienen 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 de la resolución impugnada, el recurrente,

tenía suscrito con la empresa "C.A., S.A.", un contrato temporal que finalizaba el 31 de agosto de 1994, sin embargo, cesa en el mismo el día 31 de julio de 1994, y con fecha 10 de agosto de 1994 y hasta el 31 de agosto es contratado por "P.M., S.A." de Burela al amparo del R.D. 2.104/84 por circunstancias de la producción, pasando el día 1 de septiembre de 1994 a percibir prestaciones por desempleo; que el citado trabajador es hermano de A.N.A.G., trabajador de más antigüedad en la empresa.

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 visitas, mediante comprobación del expediente administrativo, siempre que constaten, a la vista de las actuaciones practicadas por los 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.

En relación con el motivo de impugnación que se sustancia de la inexistencia de motivación ha de señalarse, sin embargo, que no obstante ser cierto que en orden a la apreciación de si aquel cúmulo fáctico contenido en el Acta de Infracción, que se erige en auténticos indicios, permite obtener conclusiones incontestadas sobre las que formar la convicción en torno a los elementos constitutivos de aquella infracción y su imputación al recurrente, no puede quedar sin embargo al margen de la litis la extensa, detallada y minuciosa resolución administrativa impugnada, cuya consideración es exponente de una motivación suficiente y exhaustiva, que permite articular en aras a la misma una correcta defensa, como así ha hecho el recurrente, sin que se le ocasione indefensión alguna por ese concepto.

Ciertamente es la actividad probatoria del recurrente en vía administrativa la que devino en insuficiente para impregnar de endeblez probatoria a su vez a los indicios de que ha partido la Administración y si, por otro lado, si en esta vía se denegó el recibimiento del pleito prueba por Auto de fecha 24 de octubre de 1996, al no estimarse de indudable transcendencia para la solución de la presente litis, el mismo quedó consentido y firme;

ergo el recurso no puede prosperar, pues la concurrencia de esos indicios permiten la inferencia de que tal contratación, existente solo en el aspecto formal, se hizo de forma simulada y connivente, como procedimiento idóneo, aunque ilegítimo, para propiciar que el trabajador, 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, y aunque se canalice su contratación por la vía de un contrato por circunstancias de la producción, el ropaje jurídico de la contratación en este caso temporal viene a encubrir una inexistente actividad del trabajador en la empresa, como prueba el hecho de que el otro trabajador contratado el día 3 de agosto de 1994 no lo conociera, por lo que tal circunstancia no autoriza a estimar que el trabajo o actividad laboral supuestamente prestada por el trabajador se haya realizado por cuenta y bajo la dependencia de la empresa, revelándose así la contratación utilizada como inadecuada, pues si el trabajador adquiere la condición de desempleado el día 1 de septiembre de 1994, y había cesado el día 31 de julio de 1994, cuando su contrato temporal con "C.A., S.A." terminaba aún el día 31 de agosto, la modalidad contractual suscrito entre él y la empresa desde el día 10 de agosto y hasta el día 31 de agosto de 1994, autoriza a concluir que tal contratación fue fraudulenta, comportamiento que el art. 6.4 de nuestro Código Civil proscribe.

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 J.R.A.G. contra Resolución de 19.02.96 desestimatoria de r. ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo sobre acta de infracción nº 5/95 pérdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 11.817/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

## **2687 RECURSO Nº 2.133/99**

S. S.

**É FRAUDULENT O CONTRATO TEMPORAL EVENTUAL CANDO SE TRATE DE NECESIDADES PERMANENTES DA EMPRESA.**

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

A Coruña, a once 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 núm. 2.133/99 interpuesto por don J.L.P.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de La Coruña.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.P.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "M., S.A." (DISCOTECA "C.") en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 82/99 sentencia con fecha 13 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: "**PRIMERO.-** El actor don J.L.P.L. viene prestando sus servicios para la empresa "M., S.A." desde el 07.10.94 con la categoría de encargado de camareros, percibiendo un salario mensual de 132.467 pesetas con inclusión del prorratoe de pagas extras./ **SEGUNDO.-** La empresa, mediante escrito de 03.01.99, comunica al actor que, a partir de la fecha, deberá tomar vacaciones hasta el día 9 de enero./ **TERCERO.-** El 09.01.99 la empresa demandada comunica al actor el cese de sus servicios alegando terminación del contrato./ **CUARTO.-** El informe de vida laboral del actor, que se da por reproducido, establece los siguientes períodos de alta en la Seguridad Social en la empresa demandada: desde 07.10.94 hasta 15.02.95; 07.06.95 hasta 06.12.95; 05.01.96 hasta 04.07.96; 24.08.96 hasta 23.02.97; 11.04.97 hasta

10.10.97; 21.11.97 hasta 20.05.08; y 10.07.98 hasta 09.01.99./ **QUINTO.**- El actor celebró diversos contratos de duración determinada con la empresa demandada, los cuales se dan por reproducidos, siendo el último de fecha 10.07.98 con duración de 6 meses hasta el 09.01.99. En todos los contratos al actor se le contrató como encargado de camareros y teniendo como causa “Eventualidades por circunstancias de la producción”./ **SEXTO.**- El actor, el día 04.01.99, comunica a la empresa su voluntad de marcharse de la misma./ **SÉPTIMO:** El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ **OCTAVO.**- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 29.01.99 con el resultado de “sin efecto”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don J.L.P.L. contra la empresa “M., S.A.” (DISCOTECA “C.”) por falta de acción del mismo, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos contenidos en la misma. Líbrese oficio al Ilmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de A Coruña por la posible existencia de delito de falso testimonio en las declaraciones de los Sres. L. y M., acompañando al mismo testimonio del acta de juicio y de la presente resolución”.

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

#### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** En su recurso frente a la sentencia, desestimatoria de la acción por despido ejercitada, en base a considerar extinguido el vínculo por dimisión del trabajador, éste: (a) denuncia -al amparo del art. 191.a) LPL- la infracción del art. 97.2 LPL, por entender no debidamente motivadas las afirmaciones fácticas del Magistrado de instancia, y más en concreto las expresadas en el sexto de los HPP, en orden a la dimisión del demandante que el Juzgador tiene por acreditada. (b) interesa en el apartado revisorio -vía art. 191 LPL- que se modifique el ordinal primero, para hacer constar que es salario mensual del actor el de 163.211 pts; y que se dé nueva redacción al sexto, al objeto de que se indique “que el actor fue despedido de su puesto de trabajo el día 09.01.99”. (c) denuncia -por el cauce del art. 191.c) LPL- que se han infringido por inaplicación los arts. 1.281 y 1.282 CC, en relación con el art. 3.5 ET y la doctrina de la irrenunciabilidad, así como

inaplicación -también- de la doctrina de los propios actos y del art. 56 ET.

**SEGUNDO.-** Por lo que se refiere a la denuncia procesal, de insuficiencia de motivación en el ordinal sexto, ha de señalarse como en tantas otras ocasiones (SSTSJ Galicia 4-noviembre-94 R. 89/93, 15-febrero-95 R. 559/93, 12.05.95 R. 375/93 y 22-octubre-96 R. 2.933/94, 29-noviembre-96 R. 3.371/94, 5-abril-97 R. 3.831/94, 12-septiembre-97 R. 235/95, 25-septiembre-97 R. 3.515/97, 28-noviembre-97 R. 842/95 y 12-abril-99 R. 242/97), que el derecho a la tutela judicial que imponen los arts. 120.3 CE, 259 y 372.3 LEC, y 97.2 LPL, ha de entenderse como el derecho del justiciable y de la propia comunidad a una resolución jurídicamente fundada y a conocer las razones de la decisión judicial. La exigencia de motivar las decisiones es inherente a la potestad judicial (mezcla inseparable de *auctoritas* y de *imperium*: STC 159/92, de 26-octubre) y descansa -STC 22/1994 (27-enero-94)- sobre una serie de finalidades que son esenciales, tanto si se las contempla desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como si se hace desde la propia esencia de la función jurisdiccional; finalidades que, con palabras de la STC 55/1987, consisten en (a) garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los Tribunales superiores; (b) lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial que afecta a los derechos de un ciudadano; y (c) mostrar el esfuerzo realizado por el Tribunal para garantizar una resolución carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse «si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial, y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica». Y precisamente por ello, ha de rechazarse tan sólo lo que puede calificarse como mera declaración de conocimiento o como simple “emisión de una declaración de voluntad”, que sería una proposición apodíctica (así, la STC 159/92, de 26-octubre), pero no la escueta fundamentación de la sentencia, pues aunque desde la más pura técnica procesal resulte deseable una fundamentación detallada que exprese el completo proceso lógico que condujo al Juez a su decisión y sea igualmente plausible una descripción exhaustiva de lo que se considera probado (STC 27/93, de 25-enero), la obligada tutela se satisface cuando simplemente se expresa con claridad el motivo que lleva a resolver la pretensión (así, SSTC 116/86, de 8-octubre, 13/87, de 5-febrero, 55/87, 75/88, de 25-abril, 13/89, de 5-febrero, 36/89, 14/91, de 28-enero, 34/92, 22/94, de 27-enero, 27/93, de 25-enero, 304/93, de 25-octubre, 58/94, de 28-febrero, 192/94, de 20-junio...), siendo así que el citado derecho fundamental no impone servilismo a las alegaciones de las partes (SSTC 159/92, de 26-

octubre, 67/93, de 1-marzo y 171/93, de 27-mayo) ni hace exigible una respuesta pormenorizada a los argumentos de los litigantes (STC 15-marzo-93 Art. 90). Y más en concreto, el mismo Tribunal Constitucional ha entendido (por todas, las SS 175/1990 y 2/1992, de 13-enero) que el silencio del órgano judicial respecto de alguna de las cuestiones suscitadas por las partes puede resultar ajustado a las exigencias del art. 24.1 CE cuando, atendidas las circunstancias del caso, pueda ser razonablemente interpretado como desestimación tácita de la argumentación esgrimida por el litigante (así, SSTSJ Galicia 23-marzo-92 R. 805/92 y 5-junio-96 R. 800/94).

La anterior doctrina hace improsperable la denuncia procesal del recurrente, por cuanto que en el referido ordinal sexto de “probados”, para justificar el Magistrado su conclusión de que había mediado previa extinción del contrato por voluntad del trabajador, hace un completo análisis de la prueba practicada en el acto de juicio sobre tal extremo (un total de 23 líneas), e incluso llega a razonar la deducción -acordada- de testimonio al Ministerio Fiscal. Razonamientos que pueden o no compartirse, pero que en todo caso son cumplida explicación del proceso lógico seguido por el Juzgador para llegar a la conclusión citada.

Y sobre este mismo punto ha de salirse al paso de la afirmación -incorrecta- que en el recurso se hace respecto de que la afirmación judicial sobre el cese voluntario del trabajador le produce indefensión, porque acoge un planteamiento “que ni siquiera había señalado la parte demandada en el acto de juicio oral”. Nada más lejos de la realidad, siendo así que en el acta consta, en términos que no ofrecen duda alguna, que la Empresa alega (folio 80 y vuelto) expresamente “y ello con independencia de que antes de la fecha indicada el actor rescindió voluntariamente su contrato”.

TERCERO.- La primera de las modificaciones es improsperable, pues aunque en su apoyo se citan diversos documentos (los que figuran como folios 16, 18, 20, 22, 24 y 26), se trata de fotocopias sobre supuestos sueldos, comisiones y porcentajes cuyo valor probatorio ya había rechazado el Magistrado por no haber sido reconocidos por la Empresa, ateniéndose a las nóminas aportadas por una y otra parte. Si ya la conclusión de instancia parece razonable, lo que con meridiana claridad se impone es que los citados documentos carecen de fehaciencia para proceder a modificar los HPP, siendo así que -presentados en fotocopia por una parte y no reconocidos por la otra- mal pueden considerarse como evidenciadores del error del Magistrado al llegar a conclusión no coincidente con ellos. No hay que olvidar -en ello siempre se insiste por la doctrina

de los Tribunales- que el recurso de Suplicación tiene naturaleza extraordinaria y no es una apelación que permita valorar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que la resulta excepcional fiscalización de la labor de valoración probatoria llevada a cabo en la instancia y es únicamente factible, conforme al art. 191.b) LPL, a través de la exclusiva invocación de documentos y pericias, pero siempre que ofrezcan fehaciencia probatoria y sean muestra palpable del error del Magistrado, careciendo de todo valor la prueba testifical y la de confesión judicial, en la misma forma que a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17-octubre-90 Ar. 7.929 y 13-diciembre-90 Ar. 9.784), hasta el punto de que se haya dicho -precisamente- que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmaríamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, últimamente, las SSTSJ Galicia 12-febrero-98 R. 5.112/97, 3-junio-98 R. 2.075/98, 30-octubre-98 R. 3.570/98, 26-febrero-99 R. 585/96 y 23-marzo-99 R. 794/99).

CUARTO.- La segunda de la modificaciones que se interesa, es alusiva -recordemos- a incorporar al relato fáctico que “el actor fue despedido de su puesto de trabajo el día 09.01.99”, suprimiendo el texto de la sentencia indicativo de que el demandante comunicó a la Empresa el día 4-enero “su voluntad de marcharse de la misma”. En su apoyo, el recurso cita el folio 14, que precisamente refiere que se le conceden vacaciones desde el 3 y hasta el 9 (dato que ya recoge el Magistrado en el ordinal segundo), la baja presentada a la Tesorería Territorial de la SS (folio 72), con registro de entrada en día 11-enero y en el que se participa que la baja tiene lugar el precedente día 9 “por fin de contrato”, y el certificado de empresa (folio 71) y la comunicación al INEM (folio 68) en los que se hacen las mismas precisiones. Y no aceptamos la revisión propuesta, al menos en su integridad, porque tales documentos en manera alguna contradicen el texto de instancia, por ser perfectamente compatibles -en el orden fáctico- unos y otros extremos. Cuestión diversa -de ella trataremos luego- es la trascendencia que corresponda en orden a las consecuencias jurídicas. Por ello únicamente aceptamos la revisión en el sentido de añadir a aquel ordinal la indicación siguiente: “La Empresa comunicó a la TTSS y al INEM que la baja del actor en ella se había producido el 9-enero, por fin de contrato”.

QUINTO.- 1.- Por lo que se refiere a las infracciones denunciadas, se examen ha de partir de la constante doctrina jurisprudencial que atribuye eficacia plena a la dimisión del trabajador como causa de resolución del contrato de trabajo, de acuerdo con lo prevenido en el art. 49.1.d) ET, siempre que tal voluntad resulte indubitada e inequívoca y de que no concurran vicios de la voluntad. De igual forma señala la doctrina de los Tribunales que esa dimisión es de carácter irrevocable, por tratarse de un acto generador de derechos a terceros, por lo que una vez comunicada no cabe posterior retractación en perjuicio de aquéllos, salvo que medie aceptación del empresario (SSTS 27-junio-1983 Ar. 3.050, 2-julio-1985 Ar. 3.661, 6-noviembre-1985 Ar. 5.729, 7-noviembre-1989 Ar. 8.018, 18-noviembre-1989 Ar. 8.018, 26-febrero-1990 Ar. 1.234, 9-marzo-1990 Ar. 2.040, 21-junio-1990 Ar. 5.502, 1-octubre-1990 Ar. 7.512 y 26-abril-1991 Ar. 3.390; SSTSJ Cataluña 15-julio-96 AS 4.171, 4-julio-96 AS 2.902 y 10-junio-96 AS 2.479, Extremadura 9-noviembre-95 AS 4.142 y 18-enero-94 AS 45, Canarias/Las Palmas 14-mayo-93 AS 2.259, Madrid 24-septiembre-92 AS 4.474 y 30-junio-92 AS 3.476, Extremadura 18-junio-92 AS 3.210...; SSTCT 11-marzo-80 Ar. 1.510, 11-junio-81 Ar. 3.997, 16-noviembre-82 Ar. 6.370, 26-noviembre-83 Ar. 10.126, 7-enero-1986 Ar. 14, 15-marzo-86 Ar. 2.855 y 13-diciembre-88 Ar. 8.211; SSTSJ Galicia 21-diciembre-1994 AS 4.767 y 12-febrero-98 R. 5.112/97), o para el supuesto de que se pruebe que en la decisión extintiva había mediado alguna deficiencia de consentimiento que conduzca a la anulación del negocio jurídico, en los términos del art. 1.261 CC (SSTS 9-marzo-1990 Ar. 2.040 y 21-junio-1990 Ar. 5.502). Y ello por tratarse de una declaración de voluntad unilateral y recepticia que vincula al trabajador y es irrevocable desde que es comunicada al empresario, constituyendo la expresión máxima de la libertad de contratación (STSJ Cantabria 28-junio-95 AS 2.284), sin que en su contra -como en el recurso se hace- puedan invocarse la irrenunciabilidad de los derechos por parte del empleado y el art. 3.5 ET.

2.- Ahora bien, aunque hubo previa manifestación del trabajador de que se le hiciese la liquidación, lo cierto y verdad es que -a lo que entendemos- tal dato no es argumentable por la demandada, precisamente por la invocada doctrina de los propios actos y por haber indicado en el certificado de empresa emitido y por haber comunicado oficialmente a la TTSS y al INEM, a día 11-enero, que la extinción del vínculo se había producido exactamente en la fecha pactada 9-enero por "fin de contrato". En justificación de ello, una vez más se ha de traer a colación -SSTSJ Galicia 16-julio-96 R. 2.821/96, 14-enero-97 R. 2.532/94, 15-enero-97 R. 3.406/94, 15-octubre-98 R. 3.793/95, 25-ener-99

R. 47/96 y 15-febrero-99 R. 169/96- que la indicada doctrina (reforzada en el derecho de obligaciones por el art. 1.258 CC, y muy singularmente en el contrato de trabajo, conforme a los arts. 5.a), 20.2 y 54.2.d ET), es desarrollo del apotegma *propium factum nemo impugnare potest*, se halla construida sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC (SSTS 10-mayo-89 Ar. 3.752 y 20-febrero-90 Ar. 705; SSTC 67/1984, de 7-junio, 73/1988, de 21-abril, y 198/1988, de 24-octubre), y se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que, como sostiene la Jurisprudencia ordinaria, ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que no sólo han de responder a una plena libertad de criterio y voluntad no coartada, sino que también causen efecto -definiendo inalterablemente la situación jurídica- por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 16-noviembre-67 Ar. 4.160, 6-febrero-74 Ar. 2.440 y 27-diciembre-76 Ar. 5.649, 16-junio-84 Ar. 3.246, 5-octubre-84 Ar. 4.758, 22-junio-87 Ar. 4.545, 25-septiembre-87 Ar. 6.278, 5-octubre-87 Ar. 6.717, 25-enero-89 Ar. 123, 4-mayo-89 Ar. 3.585, 10-mayo-89 Ar. 3.752 y 20-febrero-90 Ar. 705 y 23-marzo-94 Ar. 2.624). Voluntad inequívoca y trascendente en orden a los derechos y obligaciones que apreciamos en las citadas comunicaciones de la Empresa y en el hecho de haber mantenido de alta en la Seguridad Social al trabajador hasta la referida fecha de 9-enero. Es más, esta circunstancia incluso apunta la convicción (sólo el carácter excepcional de la revisión fáctica en este recurso nos ha impedido declararla probada), de que realmente no ha mediado dimisión alguna propiamente dicha, y de que cuando en 4-enero el actor pide la liquidación al contable de la Empresa (Sr. R.) y se despide de una testigo (Sra. L.), lo hace simplemente porque iba a cesar el inmediato día 9 y no porque su voluntad fuese la de poner fin al vínculo de trabajo; y si alguna intención al respecto hubo, adelantando en cinco días el cese pactado, fue en la creencia comprensiblemente errónea de ser este último ajustado a derecho; en definitiva, consideramos que la manifestación del trabajador al Contable de la Empresa que el Juez declara probada fue más lo que coloquialmente se denomina "portazo" que la expresión de una decidida voluntad extintiva.

3.- En esta tesitura ha de volverse a los HDP, y más en concreto a que el demandante había venido prestando servicios para la demandada como Encargado desde 07.10.94, pero mediante diversos contratos de duración determinada (concretamente siete, en dos años), siempre para el mismo cometido y “por circunstancias de la producción”, con intervalos de 20-25 días (fundamento segundo), lo mismo que para el resto del personal, y al igual que éstos con servicios ininterrumpidos (fundamento tercero) entre cada uno de los contratos; el último de ellos, suscrito en octubre-98 y con finalización pactada en 09.01.99. Así las cosas, tal como concluyó con acierto el Magistrado *a quo* en la calificación del vínculo, la relación fue desde el principio indefinida, por ser fraudulento ya el primer contrato como eventual, pues se pacta al amparo del art. 3 RD 2.104/1984 (21-noviembre) a pesar de tratarse de necesidades permanentes de la Empresa y sin que medie circunstancia excepcional alguna; y si no lo hubiese sido, pasaría a serlo cuando se supera el límite legal previsto en el art. 3.2.b) del RD 2.546/1994 (29-diciembre), que resulta ser el substrato normativo de las siguientes contrataciones, al haber prestado servicios bajo tal modalidad de contratación por un tiempo superior a seis meses dentro de un período de doce meses (los contratos -ordinal cuarto de los HDP- tuvieron vigencia en los períodos 07.10.94 a 15.02.95, 07.06.95 a 06.12.95, 05.01.96 a 04.07.96, 24.08.96 a 23.02.97, 11.04.97 a 10.10.97, 21.11.97 a 20.05.98, y 10.07.98 a 09.01.99); y en todo caso la indefinición del vínculo se produciría por la prestación de servicios sin solución de continuidad, tras cada uno de los contratos eventuales (sobre tales extremos, las SSTS 24-junio-96 Ar. 5.303, 25-noviembre-96 Ar. 8.721, 17-diciembre-96 Ar. 9.715, 10-diciembre-96 Ar. 9.139, 30-diciembre-96 Ar. 9.864 y 11-marzo-97 Ar. 2.312). Por ello, el cese del actor en la fecha pactada no tiene adecuada cobertura legal e integra despido improcedente, al que anudar las consecuencias previstas en los arts. 56 y 57 ET, 108, 110 y 118 LPL. De esta forma apreciamos concurrente las vulneraciones normativas que el recurso afirma, y en consecuencia,

Fallamos

Que con estimación del recurso interpuesto por don J.L.P.L., revocamos la sentencia que con fecha 13-marzo-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de La Coruña, y declaramos IMPROCEDENTE el despido de que el mismo fue objeto en fecha 9-enero-1999, condenando a la Empresa demandada “M., S.A.” (DISCOTECA “C.”) a estar y pasar por la presente declaración y a que en el plazo de cinco días opte entre readmitirle o hacerle entrega de una indemnización de 844.560 pts (ochocientas

cuarenta y cuatro mil quinientas sesenta pesetas), debiendo abonarle en todo caso los salarios de tramitación que median entre la indicada fecha y la de notificación de la presente resolución, a razón de 4.416 pts/día (cuatro mil cuatrocientas dieciséis pesetas al día), sin perjuicio de la oportuna reclamación al Estado por los salarios que excedan de los sesenta días hábiles desde la fecha en que la demanda fue presentada.

**2688 RECURSO Nº:  
03/0007563/1996**

S. CA.

**DETERMINACIÓN DAS BASES DE COTIZACIÓN NO CASO DE TRABALLADORES DO MAR REMUNERADOS A PARTE.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, once de junio 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 03/0007563/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.Y.L, representado por don L.S.G. y dirigido por el Letrado don G.C.R., contra Resolución de 23.01.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de liquidación nº 737/94; Expte. 9.373/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. Asimismo comparece como codemandado/coadyuvante J.R.M., representado y dirigido por el Letrado don A.P.M. 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.- En iguales términos se manifestó la representación procesal de la parte coadyuvante.

IV.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 1 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- Se impugna a través del presente recurso resolución del Director General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso ordinario que formulara el aquí recurrente contra resoluciones del Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, que ratificarán, respectivamente, un acta de liquidación núm. 737/94 por diferencia de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, bajo el régimen retributivo “a la parte” (período 1 de enero de 1993 a 31 de diciembre de 1993 y de 01.01.94 a 17.06.94 por importe de 1.155.573 ptas.) al declarar bases inferiores en su cotización en relación con los salarios reales recibidos por el trabajador que se jubiló el 17.06.94.

El recurrente, consciente de que parte del período liquidado trae causa de la aplicación de la reforma introducida por los Reales Decretos 234/90, de 23-II y 9/91 de 11-I, impugna de forma indirecta ambas disposiciones generales, al amparo del art. 39 de la Ley Jurisdiccional, aduciendo su nulidad de pleno derecho por tratarse de sendas disposiciones reglamentarias que contradecían una norma con rango de Ley, en concreto el art. 20 del Decreto 2.864/74, de 30-VIII, que aprobaba el Texto Refundido de las Leyes 116/69 y 34/72, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, preciso es recordar que el art. 19.3 del aludido Decreto

2.864/74, que aprobaba el Texto Refundido de aquellas Leyes reguladoras del Régimen Especial de la S.S. de los Trabajadores del Mar, establece que “la cotización a este Régimen Especial se efectuará tomando como base las remuneraciones efectivamente percibidas, según las normas establecidas en el Régimen General”, estableciendo previamente en su párrafo 1º que “el tipo de cotización en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, así como su distribución... será el mismo que esté establecido en el Régimen General”.

A efectos de cotización, el aludido precepto califica en su párrafo 5º a los trabajadores en tres grupos: “en el primer grupo se incluirán los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario o a la parte que coticen en iguales períodos y cuantía que los anteriores; en el segundo, los pescadores a la parte no incluidos en el grupo anterior, y en el tercero, los autónomos o por cuenta propia”.

En el párrafo 4º establece que “la cotización de empresas y trabajadores a este Régimen Especial se efectuará exclusivamente sobre los tipos y bases a que se refieren los números (párrafos) 1 y 3 de este artículo”.

En referencia ya a la cotización por la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se dice en el art. 20.3 que “la cotización se efectuará sobre las remuneraciones efectivamente percibidas, según los criterios establecidos en el Régimen General; en la pesca a la parte se estimarán como tales las remuneraciones las que determinen anualmente las Delegaciones Provinciales de Trabajo en las provincias del litoral a propuesta de... la determinación se efectuará por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales sobre la base de los valores medios de remuneración percibida en el año precedente”.

Por otra parte, en el art. 21 se establece que “serán de aplicación a este Régimen Especial, a efectos de bases de cotización, los topes máximo y mínimo previstos para el Régimen General”.

La interpretación de los arts. 19.4 y 20.3 dio lugar a una seria controversia jurisprudencial, resuelta en el sentido de entender que las bases así fijadas (estimar como retribuciones efectivamente percibidas las anualmente fijadas por las Direcciones Provinciales de Trabajo y S.S.) eran aplicables tanto para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, como para la cotización por contingencias comunes, en el entendimiento de que la base reguladora para contingencias comunes no puede ser superior a las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pues de lo contrario se estaría

desconociendo el principio informante del Sistema de Seguridad Social en el que siempre han primado estas dos últimas contingencias. Debe aclararse que los pronunciamientos judiciales habidos se hicieron en sede de procesos conocidos por la Jurisdicción de lo Social referidos a las bases sobre las que calcular la reguladora de las prestaciones, o por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con ocasión de peticiones de devolución de cuotas por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales e, incluso, alguna aislada sobre actas de liquidación.

Esta Sala (sentencias de fecha 29 de enero, 23 de marzo de 1992 y 28 de junio de 1993, entre otras) tiene dicho que sin desconocer que aquellas bases fijadas administrativamente se aplican también en la cotización por contingencias comunes, y que, por tanto, las cotizaciones que respeten las establecidas por la Administración se lograra acreditar el salario o retribución efectivamente percibida por los trabajadores, caso en el cual habría de estimarse correcta la base así calculada tanto para la cotización por contingencias comunes como por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, toda vez que aquellas remuneraciones fijadas por la correspondiente Dirección Provincial de Trabajo y S.S. con carácter anual operarán a modo de tope mínimo de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial del Mar, sin perjuicio de la aplicación de los coeficientes correctores a que se refiere el párrafo 6º del aludido art. 19 del Decreto 2.864/74. Esta conclusión interpretativa se obtenía de la interpretación conjunta de los arts. 19, 20 y 21 del aludido Decreto y por la asimilación progresiva que se había venido operando de aquel Régimen Especial al General de la Seguridad Social, cuyo hito viene marcado, precisamente, por el dictado de los Reales Decretos 234/90 y 9/91, cuya legalidad aquí se cuestiona, por el que se dictaron normas básicas de cotización para el año 1993 y 1994, y culminan las Leyes 39/92 de 29-12 y 21/93 de 29-12, de Presupuestos Generales del Estado para 1993 y 1994 respectivamente.

Sentado lo anterior conviene recordar, por lo que aquí interesa, la regulación contenida en el aludido R.D.234/90.

El art. 11 de la citada Disposición General viene a establecer que “lo establecido en los arts. 4º al 7º, ambos inclusive, será de aplicación al Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, sin perjuicio, en su caso y para la cotización por contingencias comunes, de lo dispuesto en el art. 19.6 del Decreto 2.864/74... (se refiere a la determinación de los aludidos índices correctores para los grupos de clasificación segundo y tercero, a que ya se hizo referencia)... así como lo

señalado en la disposición adicional sexta de este Real Decreto”. En esta Disposición Adicional se viene a decir en esencia que “el tope mínimo de cotización, por todas las contingencias y situaciones protegidas en el Régimen Especial del Mar, de los trabajadores retribuidos por el sistema <<a la parte>>, incluidos en los grupos Primero y Segundo, a los que se refiere el art. 19.5 del Decreto 2.864/74... será equivalente a las remuneraciones fijadas por la correspondiente Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, para el ejercicio 1989. Dicha base no podrá ser inferior a las bases mínimas, según categoría profesional, establecidas en el art. 5º de este Real Decreto”. Dicha Disposición hace relación también a los topes máximos, que no reproducimos, al resultar inocuos para la resolución del recurso.

El recurrente viene a argumentar que el régimen establecido por dicho Real Decreto vino a derogar, con infracción de los principios de jerarquía normativa y legalidad, el régimen legal establecido en el Decreto 2.864/74 y, que en todo caso, la primera Ley que, desde el Texto Refundido de 1974 que regulaba las cotizaciones en dicho Régimen Especial, Ley de Presupuestos Generales de 1993 y 1994.

Cumple señalar que el Gobierno disponía de habilitación legal para el dictado del mencionado Real Decreto, por lo que se refiere a los preceptos que aquí se cuestionan, pues dejando al margen la habilitación a que se refiere el Abogado del Estado, representada por el R.D. Ley. 36/78, de 16-XI, cuya Disposición Final 3ª facultaba al Gobierno “para dictar las disposiciones oportunas para modificar las actuales normas de cotización y recaudación de cuotas a fin de conseguir que los nuevos sistemas se ajusten a los criterios de progresividad, eficacia social y redistribución”, ya que en sentido negativo se pronunciaron, entre otras, la STS de 27 de marzo de 1991 en referencia a la cotización adicional por horas extraordinarias arbitrada por el art. 7 del R.D. 2.475/85 y en referencia al Régimen de Representantes de Comercio, matizada por la sentencia del mismo Tribunal de 23 de noviembre de 1993, que se remite a la doctrina sentada en la de fecha 9 de marzo de 1992, dictado en recurso extraordinario de revisión, referida una y otra a la legalidad de sendos Reales Decretos, entre ellos el ya citado 2.475/85, que disponía la cotización adicional por horas extraordinarias, ya lo fuera en el Régimen General, supuesto de la segunda de las sentencias dictadas o en el Régimen Especial del Mar, en el caso de la primera, al margen de que estas sentencias declaran la legalidad de aquella cotización adicional por el margen de cobertura proporcionado por la propia Ley General de Seguridad Social, sin embargo, la verdadera cobertura o habilitación vendría determinada por el

art. 21 del Propio Texto Refundido regulador del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, al establecer, como se dijo, que “serán de aplicación a este Régimen Especial, a efectos de bases de cotización, los topes máximo y mínimo previstos para el Régimen General”, siendo de recordar que el art. 74 del texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, habilita al Gobierno para su fijación.

En apoyo de esta tesis, nada mejor que reproducir los razonamientos jurídicos más significativos de la precitada STS de 9 de marzo de 1992. En ella, se viene a expresar que supuesto que existiera reserva constitucional de ley en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, la habilitación operada por la Disposición Final 3<sup>a</sup> del R.D.L. 36/78 quedaría derogada tras la publicación de la Constitución, ya que equivaldría a una inadmisible deslegalización de una materia sujeta a una reserva material de Ley. La sentencia, desde la perspectiva del art. 129.1 de la CE, niega que esté sometida a reserva material de Ley “la aportación económica o participación contributiva” en el sistema de Seguridad Social, matizando que, desde la perspectiva del art 31.3 de la CE”, en cuanto estatuye que el establecimiento de prestaciones patrimoniales públicas diversas de los tributos, se hará <con arreglo a la ley>, tendría carácter relativo (la reserva de ley), de tal modo que no se defiere al Parlamento la regulación agotadora de la materia ni de forma exhaustiva la de sus elementos configuradores, sino que la Ley regularía los aspectos básicos permitiendo la apertura a la potestad reglamentaria de los restantes...”, y en ese sentido, “en el ámbito de estas cotizaciones son válidas las remisiones normativas contenidas en la norma legal reguladora de la materia, por lo que en este caso, no incurrirían en tacha de inconstitucionalidad sobrevenida las habilitaciones a la potestad reglamentaria contenidas en diversos preceptos de la Ley General de Seguridad Social... tales como los arts. 71 y 73.2 (y aunque la sentencia no lo cite, aplicando el mismo razonamiento jurídico, no existe inconveniente para incluir la remisión habilitadora que recoge el art. 74 de la citada Ley)”.

A la vista de la doctrina sentada por la citada sentencia del Tribunal Supremo, se concluye que el Real Decreto 234/90, es concorde con la exigencia del principio de reserva material de ley en su manifestación relativa, en función de aquella habilitación o remisión normativa operada por los preceptos que se dejaron reseñados. Basamos esta conclusión en la interpretación que venimos sosteniendo en nuestras sentencias de lo prescrito en el art. 20.3 del Texto Refundido, en el sentido de que lo que el Legislador quiso o buscó con la asimilación de las remuneraciones reales a las fijadas administrativamente en relación con el

régimen de cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, fue la de asegurar, dado el carácter aleatorio de las remuneraciones del sistema “a la parte”, por debajo incluso del salario mínimo interprofesional, la cotización por aquellas contingencias, primadas como es sabido, fijando a tal fin una cantidad o cantidades fijas, que aquella interpretación jurisprudencial llevó a extender a las contingencias comunes a fin de salvar la coherencia del propio sistema, sin que el texto de la Ley permita concluir que la voluntad del Legislador fuera la de establecer un régimen especial para el sistema “a la parte” dentro del régimen de trabajadores del mar, como así se desprende de la sistemática de los arts. 19 y 20 y la dicción del art. 21 con su clara remisión al sistema general en cuanto a la contextura de la base de cotización, remisión ésta que permitía, a su vez, la vía de la técnica de la remisión reglamentaria, que propiciara la consumación del principio implícito de asimilación de Regímenes de la Seguridad Social contenido en el conjunto normativo regulador de la materia, objetivo alcanzado por el Real Decreto impugnado, que puso fin a lo que estimamos como transitorio carácter fijo de la base de cotización, para transformarse en base variable, propia y características de todos los regímenes de la Seguridad Social.

Pero es más, en la disponibilidad de esa habilitación o remisión, el Real Decreto cuestionado no se extralimitó respecto del Texto Refundido regulador del Régimen Especial del Mar y de la remisión que éste hacía a la Ley General de Seguridad Social, por cuanto su contenido regulador no afectó a lo que constituye el núcleo esencial de lo que deba ser la base de cotización en el aludido Régimen, pues se limita a señalar que en tal supuesto las remuneraciones fijadas por la correspondiente Dirección Provincial de Trabajo y S.S. constituyen el tope mínimo de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas por dicho Régimen, que no podrá ser inferior a los topes mínimos señalados para el Régimen General, al paso que el tope máximo de cotización para todas las situaciones y contingencias, quedaba limitado al resultado de incrementar las citadas remuneraciones administrativas fijadas para el año 1989 con los porcentajes que la propia Adicional 6<sup>a</sup> establece.

Los anteriores argumentos sirven, y por ello se dan por reproducidos, para desestimar el alegato impugnatorio dirigido contra el R.D. 9/91.

II.- Sustenta, el recurrente la inconstitucionalidad de las Leyes 39/92 y 21/93 de Presupuestos Generales del Estado para 1993 y 1994, interesando de la Sala que, al amparo de los arts. 163 de la CE y 35 y siguientes de la LOTC, el planeamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues al establecer

el régimen de cotización por salarios o remuneraciones efectivamente percibidas para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial del Mar y retribuidos por el sistema “a la parte”, equiparándolos a los trabajadores incluidos en el Régimen General, incurrián en vulneración del principio de igualdad a que se refiere el art. 14 de la CE, en su modalidad de igualdad en la Ley.

Argumenta el recurrente que dada la especificidad del régimen retributivo de aquellos trabajadores, cualquier intento de cálculo de la base de cotización en función de los salarios reales atentaba contra aquel principio constitucional.

El recurrente viene a denunciar, en definitiva, que aquella normativa había incurrido en lo que se conoce como “discriminación por indiferenciación”, pues, en su opinión, se arbitraba un tratamiento jurídico de las bases de cotización para los trabajadores del mar retribuidos “a la parte” idéntico al previsto para los trabajadores sujetos al régimen general, siendo así que ambos supuestos eran distintos, y el principio de igualdad en la Ley impedía o proscribía que supuestos de hecho distintos recibieran igual trato jurídico.

Como es sabido el TC viene estableciendo que la llamada “discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito del art. 14 CE.

En ese sentido, la STC Pleno 50/91, de 4 de julio, al expresar <que este Tribunal se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que el principio constitucional de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación>.

<La igualdad declarada en este precepto, la única amparable en este cauce procesal, es la que impone que, ante situaciones no disímiles, “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos” (S 75/83, de 3 de agosto, F.J. 2º) y por ello, lo que el art. 14 CE impide es la distinción infundada o discriminación. Según hemos dicho anteriormente, el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el art. 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares. Esta última vinculación positiva, sin embargo, es sólo relevante en el examen abstracto de la constitucionalidad de la Ley, porque no existe, antes de ella, un derecho fundamental a la singularización normativa...> STC 86/85, de 10 de julio).

En parecidos términos, se pronunció la sentencia del mismo Tribunal 19/88.

A la vista de tal doctrina constitucional, ya se advierte la improcedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucional que interesa el recurrente.

III.- El tercer motivo de impugnación lo refiere el recurrente a que la Administración, sin base material o probatoria alguna, distribuyera, caprichosamente, los días efectivos de faena y de estancia en puerto, a efectos de aplicación de los Epígrafes 53 y 54, a fin de determinar las cuotas correspondientes a las contingencias de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, y siendo ello así, no había razón para no dar por buena la distribución que el recurrente hiciera en la cotización inicial, alegación que es preciso estimar, pues, señalando, como bien indica el recurrente, que el procedimiento seguido fue el de sumar las bases de cotización de los cuatro años objeto de liquidación y dividirlas por dos, atribuyendo las dos mitades a los períodos de faena y estancia en puerto, respectivamente, tal metodología no deja de constituir una estimación meramente presuntiva, que no puede verse beneficiada por la presunción de certeza o veracidad de que gozan las actas de la Inspección. Por todo ello, no logrando la Administración contradecir, mediante la oportuna técnica probatoria en contrario, la distribución que realizará el recurrente en los boletines de cotización, debe pasarse por ésta.

IV.- Por último, denuncia el recurrente la inaplicación o no consideración en el acta de liquidación, del coeficiente corrector de 2/3 prevista para el Grupo 2 A, para la contingencia por desempleo, señalando en la O.M. de 22.11.74, y ratificado por aquellos Reales Decretos y Leyes de Presupuestos, pretensión que también ha de estimarse, pues así como en el acta de liquidación se aplicó dicho índice corrector en la cotización por Contingencias Comunes, no hay razón para no aplicarla a la cotización por aquella otra contingencia, siendo así que en dichas disposiciones se viene a establecer que a la base de cotización por desempleo le será también de aplicación lo dispuesto en el art. 19.6 del Decreto 2.864/74, que alude a los coeficientes correctores.

V.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo deducido por M.Y.L. contra Resolución de 23.01.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de liquidación nº 737/94; Expte. 9.373/95, dictado por MINISTERIO

DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; en consecuencia, anulamos las resoluciones que ratificaron el acta de liquidación impugnada, que deberá acomodarse, de girarse de nuevo, a las bases que se contienen en esta sentencia (aplicación de los Epígrafes 53 y 54, y aplicación del índice reductor de 2/3 en la cotización por contingencia de desempleo) y corrigiendo los posibles errores materiales de la presente acta de liquidación num. 737/94, en relación con la que le fue levantada con el num. 398/94. Sin imposición de costas.

**2689 RECURSO Nº:  
03/0007775/1996**

S. CA.

REALIZACIÓN DE TRABALLO POR CONTA ALLEA INCOMPATIBLE CO PERCIBO DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO, COA CONSEGUINTE PERDA DESTAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, once de junio 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 recurso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007775/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.C.H.C., con D.N.I... domiciliado en... (Pontevedra), representado por don A.P.F. y dirigido por el Letrado don V.N.S., contra Resolución de 30.01.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 59/95 pérdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 18.333/95. 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 8 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

**Fundamentos de derecho**

I.- Se recurre la sanción impuesta por la Autoridad Laboral al recurrente por la infracción del art. 30.3.1 de la LISOS en relación con el art. 231 de la Ley de Seguridad Social de 1994 y 28.2 del R.D.L. 04.01.85 por haber compatibilizado el percibo de las prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, calificada como falta muy grave con la extinción o pérdida de prestaciones por desempleo desde la fecha de la actuación inspectora (31.01.95).

II.- Sabido es que el acta del controlador laboral es un instrumento válido y adecuado para completar y facilitar la labor inspectora, y, en virtud de constante jurisprudencia tales actuaciones alcanzan fuerza probatoria por el hecho de su aceptación por el Inspector. Conforme a la doctrina de esta Sala corresponde a los controladores de empleo comprobar la actividad de las empresas y trabajadores, poniendo en conocimiento de la Inspección los hechos constitutivos de infracción y a ésta proponer las sanciones a la vista de los datos suministrados por los controladores.

El precepto del art. 38 del Decreto 1.860/75, de 10 de julio sobre procedimiento administrativo para imposición de sanciones por infracción de leyes sociales, así como el art. 52.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, no otorgaban a las actas de Inspección de Trabajo una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, sino que el valor probatorio que de ellas se deduzca puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ya que nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los

medios de defensa oportunos; y así entendidos los preceptos no suponer, estrictamente, que se invierta la carga de la prueba, sino la necesidad de actuar contra el acto de prueba aportado por la Administración.

III.- De lo actuado se desprende que la visita efectuada por la Controladora Laboral en forma detallada se manifiesta que el trabajador sancionado fue sorprendido revistiendo de escayola una de las habitaciones del Hotel Bosquemar en el Grove, subcontratado por la Empresa “P.O.F., S.L.” estando durante ese período percibiendo las prestaciones por desempleo y sin estar dado de alta en la Seguridad Social y haberse dado de baja por las prestaciones referidas, debido a la extinción de su relación laboral por lo que califica dicho hecho como infracción muy grave dada la conducta que según lo relatado constituye un fraude a la Seguridad Social, sin embargo hemos de afirmar que de la repetida actuación inspectora detalló de una manera sencilla la identificación del recurrente y de su otro compañero que le ayudaba en dicha actividad laboral, por lo que ante la posible duda o falta de documentación en el momento de las actuaciones inspectoras, es evidente que tuvo que requerir mayor documentación para hacer constar los datos necesarios ante las citaciones del 2 y 16 de febrero de 1995 por su ausencia ante las oficinas de la Inspección, datos que fueron completados por la aportación al acta de los suministrados por el INEM y la Tesorería General de la Seguridad Social, y sin que dada la visita originaria se dilatara en un período superior a los dos meses, ya que la iniciación tuvo lugar en el traslado del Acta el 5 de mayo y la resolución se dictó seguidamente el 30 del mismo mes y año, por ello si el recurrente demostrara que estaba afectado por una enfermedad que le impidiera la actividad laboral denunciada, o una incapacidad continua evidenciara la ausencia de dicho Centro de Trabajo y no cuando como en el caso de autos aporta un simple tratamiento ambulatorio.

IV.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.C.H.C. contra Resolución de 30.01.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 59/95 pérdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 18.333/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

## **2690 RECURSO N° 1.731/99**

S. S.

O GRUPO DE EMPRESAS CARACTERÍZASE POLA EXISTENCIA DUNHA UNIDADE EMPRESARIAL E, POLO TANTO, DUN ÚNICO EMPRESARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

La Coruña, a catorce 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 núm. 1.731/99 interpuesto por H.B.F. y OTROS y empresa “E. L. A. y CÍA., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO DE ORENSE.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don H.B.F. y OTROS en reclamación de DESPIDO siendo demandado “E. L. A. y CÍA., S.A.” y “G. A. A., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 634/98 sentencia con fecha 19 de enero de 1999 por el Juzgado de referencia que estima en parte la demanda.

SEGUNDO .- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- los actores: H.B.F., J.C.S., R.G.S., V.B.S., A.G.R., P.M.S., J.M.A.P., J.M.F. y doña C.F.J., vinieron prestando servicios para la empresa “L. A. Y Cía., S.A.”, con la antigüedad, categoría profesional y salario con inclusión de prorrata de pagas extras, que se señala a continuación para cada uno de ellos:

H.B.F.: Oficial 1<sup>a</sup> Chapista/ 04.11.82/ 156.000.- ptas.- J.C.S.: Vendedor/ 03.02.75/ 177.000.- ptas.- R.G.S.: Oficial 1<sup>a</sup> Mecánico/ 01.06.64/ 177.000.- ptas.- V.B.S.: Oficial 1<sup>a</sup> Mecánico/ 20.08.62/183.000.- ptas.- A.G.R.: Chófer-Tur/ 01.04.75/ 159.000.- ptas.- P.M.S.: Aux. Administrativo: 01.04.75/ 159.000.- ptas.- J.M.A.P.: Oficial 1<sup>a</sup> Mecánico/ 12.09.66/ 177.000.- ptas.- J.M.F.: Oficial 1<sup>a</sup> Mecánico/ 01.07.88/ 150.000.- ptas.- C.F.J.: Aux. Administrativo/ 09.10.90/138.000.- ptas.- 2º) El día 14 de setiembre

de 1998 la Dirección de “L.A. y Cía, S.A.” cita a los demandantes para hacerles entrega de una carta de despido por causas objetivas, así como dos cheques nominativos a cada uno de ellos, uno con el importe de la Indemnización legalmente prevista y otro con el importe de la indemnización por falta de preaviso.- En dicho acto estuvo presente doña M.A.F.R., Presidente del comité de empresa. En el los actores se negaron a firmar el recibí de la carta de despido, motivo por el cual la Dirección de la empresa, hizo entrega solamente de la carta a cada uno de los trabajadores, pero sin entregarles los cheques, ni ofrecérselos, firmando la recepción de dichas cartas doña M.A.F.R.- El contenido de la carta entregada a los actores por constar en autos se dá por reproducido.- 3º) A principios de los años 90, “F.R.”, en función de sus previsiones de incremento de su presencia en el mercado, decidió que en la provincia de Ourense debían coexistir dos concesionarios, ofreciéndose a los accionistas de “L.A. y Cía, S.A.”, la posibilidad de concederles la segunda concesión.- Los accionistas de esta empresa, optaron por dicha solución, otorgándose la concesión a la Sociedad “G.A.A., S.L.”, sociedad constituida en el año 1991, que se hizo cargo de la misma en las instalaciones de Rúa... de Ourense.- Para ello a 13 trabajadores que hasta ese momento prestaban servicios en “L.A. y Cía, S.A.”, se les envió una carta, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, en la que se señalaba: “G.A.” es sucesora, a todos los efectos de “L.A.”, y se subroga en todos los derechos y obligaciones con los trabajadores procedentes de la misma. Dicha sucesión empresarial se produce de acuerdo con el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”. Dicha incorporación se produjo en el año 1994, la mayoría de los trabajadores pasaron a incorporarse en dicha empresa el 21 de noviembre.- El comité de Empresa de “L.A. y Cía, S.A.”, no fue informado en ningún momento de la creación de “G.A.A., S.L.”, de su trayectoria empresarial y económica a lo largo de estos años, ni del cese de los trabajadores incorporados a ésta.- 4º) Tras el cierre contable de 1996 de “G.A.A., S.L.”, con pérdidas de 12,9 millones de pesetas -y 14,841 millones de pesetas en 1995- “F.R.” indemniza a la empresa con 25 millones de pesetas, convirtiéndola en Agencia.- 5º) El 24 de marzo de 1998 causan nuevamente alta en “L.A. y Cía, S.A.”, 11 de los trabajadores que hasta dicho momento prestaban servicios en “G.A.A., S.L.”, los cuales se incorporaron de forma

efectiva el 30 del mismo mes.- El Comité de Empresa de “L.A. y Cía, S.A.”, no es consultado ni informado de dicha incorporación.- 6º) El mismo 24 de marzo de 1998, la dirección de “L.A. y Cía, S.A.”, inicia los trámites para proceder al despido colectivo de 16 trabajadores de acuerdo con el Artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, entre los cuales se encuentran los ahora demandantes.- La empresa invoca razones técnicas organizativas y de producción, que se basan en los problemas surgidos de la incorporación de los 11 trabajadores aludidos en el anterior hecho.- 7º) Durante la tramitación del expediente causan baja en la empresa “L.A. y Cía, S.A.”: D. G.R.G., Peón, por despido conciliado ante el SMAC el 28.05.98, fijándose una indemnización de 3.300.000 ptas.- D. F.J.N.G., Administrativo, por despido conciliado ante el SMAC el 28.05.98, fijándose una indemnización de 570.000 ptas.- D. D.S.E., Administrativo, el 31.05.98 por fin de un contrato de duración determinada para atender circunstancias del mercado, celebrado el 01.03.97, cuyo objeto era “Acumulación de Tareas por incremento de la demanda del sector en temporada”.- 8º) El 25 de mayo de 1998 la Dirección de la Empresa presenta escrito de finalización del período de consultas, SIN ACUERDO, solicitando la autorización del expediente de extinción del contrato de trabajo para 9 trabajadores, que corresponden a los aquí demandantes.- 9º) por resolución de 10 de junio de 1998, la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Ourense, declara la improcedencia de la solicitud de regulación de empleo llevada a cabo por “L.A. y Cía, S.A.”, “por no llegar el número de trabajadores a los que afecta el expediente al número legalmente exigido”.- Contra dicha resolución la empresa interpone Recurso Ordinario el 3 de julio de 1998, a la que efectúa alegaciones el Comité de Empresa el 31 del mismo mes.- El día 2 de setiembre de 1998 la Dirección Xeral de Relacións Laborais desestima el recurso presentado por la empresa, confirmando la resolución impugnada.- 10º) En fecha 4 de agosto de 1998 causa baja en la empresa “L.A. y Cía, S.A.”, don. J.L.S.S. con la categoría de Vendedor. Dicho trabajador fue incluido inicialmente en el expediente de regulación de empleo y luego excluido. El mismo solicitó llegar a un acuerdo con la empresa, que le abonó una indemnización de 35 días por año, pactándose su cese como baja voluntaria.-

11º) Según la contabilidad de las empresas demandadas, estas han tenido en el período 1995-1997 las siguientes pérdidas:

“L.A.”  
Año/95: 4.956.016.- ptas.  
Año/96: 5.745.455.- ptas  
Año/97: 41.994.000.- ptas

“G.A.”  
14.841.000.- ptas.  
(11.930.000.- ptas de Beneficios).  
29.138.000.- ptas.

12º).- La Sociedad “G.A.A., S.L.”, fue constituida por don. L.A.F., su esposa doña C.M.S., don G.A.M. y don L.R.A.M., mediante escritura notarial de fecha 30 de abril de 1991, con un capital social de 10.000.000.- ptas., aportando respectivamente las cantidades siguientes: 1.500.000.- ptas, 1.000.000.- ptas, 6.000.000.- ptas, y 1.500.000.- ptas, siendo administrador único de la misma don G.A.M..- Dicha sociedad es titular de tres fincas en..., adquiridas mediante escritura pública de compraventa de fecha 21 de octubre de 1991, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, por el precio de 5.000.000.- ptas. y de otras cuatro en el mismo municipio adquiridas mediante escritura pública de compraventa el 17 de julio de 1991, por 17.000.000.- ptas, habiéndose construido en dichas fincas una nave para taller y venta de automóviles presupuestada en la cantidad de 66.624.788.- ptas, en enero de 1993.- En la ampliación del capital de “G.A.A., S.L.”, realizada el 31 de diciembre de 1996 -escritura notarial de fechas 14.05.97 y 08.07.97- la empresa “L.A. y Cía, S.A.”, suscribió íntegramente dicha ampliación en compensación de créditos líquidos exigibles por importe de 95.000.000.- ptas., todos ellos relativos en deudas contraídas antes del 31 de diciembre de 1994.- En fecha 30 de abril de 1991 le fue concedido un crédito por “L.A. y Cía S.A.”, por importe de 86.431.836.- ptas.- En fecha 30 de diciembre de 1994, le fue concedido un crédito por dicha empresa por importe de 21.283.338.- ptas., concediendo a esta créditos por importe de 77.887.426.- ptas. y 4.427.748.- ptas., respectivamente, siendo el resultado final de 95.000.000.- ptas., a favor de la empresa “L.A. y Cía, S.A.”.- La empresa “G.A.A., S.L.”, no tuvo trabajadores hasta el 11 de abril de 1997, en que fue dada de alta a la Seguridad Social con cuatro trabajadores.- 13º) La Sociedad “L.A. y Cía, S.L.”, con domicilio en la carretera de Vigo, Km... Ourense, se transformó en Sociedad Anónima el 22 de setiembre de 1987, siendo socios de la misma don L.A.F., doña M.C.M.S., don L.A.M. y don G.A.M., siendo Presidente del Consejo de Administración don L.A.M. La escritura pública de transformación por constar en autos se dá por reproducida.- 14º) La empresa “L.A. y Cía, S.A.”, concedió créditos a la empresa “L., S.A.”, por importe de 80.569.545.- ptas.- Dichos créditos han sido considerados como incobrables en el ejercicio contable de 1997, siendo reflejados en la partida correspondiente a “variación provisiones y pérdidas de créditos comerciales incobrables”.- La empresa “L., S.A.”, se constituyó mediante escritura pública de fecha 5 de julio de 1984, siendo sus socios don L.A.F., don G.A.F. y don L.R.A.M., siendo su objeto social: a) la compraventa de todo tipo de bienes muebles, incluidos los automóviles, b) El alquiler de vehículos con o sin conductor, c)

cualquier otro de lícito comercio; teniendo su domicilio social en..., carretera de Vigo. Dicha Sociedad de la que eran administradores solidarios don L.R.A.M. y don G.A.M., ha sido liquidada, habiendo sido inscrito en el Registro Mercantil el acuerdo de disolución, y el nombramiento de liquidador de don L.R.A.M. Su vida registral por constar en autos se da por reproducida- Dicha empresa, ha tenido durante su vida tres centros de trabajo: a) En el de Ourense han prestado servicios tres trabajadores: don E.P.C., de 22 de julio de 1992 a 8 de junio de 1995, don J.E.I.A., de 16 de junio de 1995 al 18 de junio de 1996 y don D.H.F., de 16 de abril de 1996 al 31 de diciembre de 1996.-b) En Ponferrada, D. M.A.P.G., de 12 de marzo de 1990 al 30 de abril de 1991, don L.M.A., de 19 de noviembre de 1993 al 18 de noviembre de 1996, A.M.P.F., de 19 de agosto de 1992 al 9 de febrero de 1993, doña M.J.M.C. de 20 de octubre de 1989 al 9 de mayo de 1993, don L.E.B.P. de 7 de febrero de 1990 al 7 de enero de 1997, don F.G.A., de 15 de junio de 1991 al 14 de setiembre de 1991 y J.A.A.C. de 14 de mayo de 1991 al 8 de julio de 1991.- c) En Salamanca, don M.J.P.T. de 10 de mayo de 1996 al 9 de noviembre de 1996 y de 11 de noviembre de 1996 al 10 de diciembre de 1996, y don A.R.V. de 10 de noviembre de 1995 al 9 de mayo de 1996.- 15º) Los actores no ostentan ni han ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores.- 16º)- En fecha 28 de mayo de 1998 se celebró Acto de Conciliación ante el SMAC., con resultado “Sin Avenencia”, presentando demanda los actores ante el Juzgado de lo Social -Decano- en fecha 14 de octubre de 1998.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don H.B.F., don J.C.S., don R.G.S., don V.B.S., don A.G.R., doña P.S., don J.M.A.P., don J.M.F. y doña C.F.J., contra las empresas “L.A. y Cía., S.A.” y “G.A.A., S.L.”, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de los actores, condenando a la empresa “L.A. y Cía, S.A.” a que en el plazo de CINCO DIAS opte entre readmitirlos en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o les abone una indemnización de: TRES MILLONES SETECIENTAS NUEVE MIL TRESCIENTAS SESENTA Y OCHO PESETAS (3.709.368.- ptas) a don H.B.F., SEIS MILLONES DOSCIENTAS SESENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTAS CUARENTA Y NUEVE PESETAS (6.266.449.- ptas.) a don J.C.S., SIETE MILLONES CUATROCIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL PESETAS (7.434.000.- ptas), a don R.G.S., SIETE MILLONES SEISCIENTAS OCHENTA Y SEIS MIL PESETAS (7.686.000.-

ptas) a don V.B.S., CINCO MILLONES QUINIENTAS NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTAS SESENTA Y SEIS PESETAS (5.592.666.- ptas.) a don A.G.R., CINCO MILLONES QUINIENTAS NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTAS SESENTA Y SEIS PESETAS, doña P.M.S., SIETE MILLONES CUATROCIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL PESETAS (7.434.000.- ptas) a don J.M.A.P., DOS MILLONES DOSCIENTAS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTAS PESETAS (2.295.600.- ptas) a don J.M.F., y UN MILLÓN SEISCIENTAS CUARENTA MIL OCHENTA Y CUATRO PESETAS (1.640.084.-ptas) a doña C.F.J., con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente Sentencia, debiendo absolverse de la presente demanda a la empresa “G.A.A., S.L.”

**CUARTO.**- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por las partes demandante y empresa siendo impugnado de contrario por los demandantes y empresa. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

**SEGUNDO.**- Comenzando por los motivos fácticos:

1º) El recurso de los actores, se pretende la adición al relato histórico de un hecho, decimocuarto bis, cuyo tenor literal propone: “L.A. y Cía, S.A.” realizó aportaciones dinerarias a “A.A., S.L.” que a 31.12.97 alcanzaban 7.664.708 ptas., referidas al pago de impuestos, gastos de viaje, seguros diversos, préstamos dinerarios, etc., “A.A., S.L.” pequeña empresa dedicada al alquiler de vehículos tiene el mismo domicilio social y miembros societarios que “L.A. y Cía, S.A.”, se cita en apoyo de tal pretensión los folios 5.188 y 5.192 de autos, así como la declaración del perito de las demandadas obrante en Acta de Juicio.

No se acepta la revisión por cuanto: a) de los folios que se cita no resulta la constitución, el objeto social ni los miembros de dicha mercantil; b) el informe pericial en tal extremo (f. 567 vto.), carece de valor pericial convirtiéndose en testifical, inhábil a los efectos revisorios que se pretende (art. 191.b) LPL); c) de los citados documentos ni siquiera resultan las cantidades propuestas por cuanto el f. 5.188 se cierra a 31.10.97, y el f. 5.192 si bien se cierra a 31.12.97 el importe que recoge es de 7.427.051 ptas.; por todo ello no cabe la adición postulada por falta de apoyo documental o pericial que revele el error del Juzgador, así como la realidad de la propuesta efectuada.

2º) En cuanto al recurso de la empresa se pretenden varias adiciones fácticas:

A) para que en el ordinal 5º se adicionen el párrafo siguiente: “Tras estas once incorporaciones la plantilla de la empresa “L. A. y Cía,” se cifra en 55 trabajadores” cita en apoyo de la pretensión los folios 160 a 166 de los autos, procede la adición que se postula por cuanto goza de apoyo documental, suficiente al efecto, consistente en el expediente de regulación de empleo en el que aparecen reseñados los trabajadores de la plantilla total de la mercantil recurrente afectados y no afectados, documentos que han accedido a un registro público y que no constan impugnados por lo que se accede a dicha revisión.

B) Para que al hecho declarado probado undécimo se adicionen los párrafos y cuadros que se señalan:

### Fundamentos jurídicos

**PRIMERO.**- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda de los actores y declaró improcedentes sus despidos, condenando a la empleadora directa en los términos legales, se alzan los propios actores solicitando la revocación de dicha resolución e instando la declaración de nulidad de la decisión empresarial y subsidiariamente la improcedencia, con la condena solidaria de las empresas codemandadas, para lo cual articula, con correcto amparo procesal, una primera revisión fáctica y cuatro motivos jurídicos. Igualmente frente a dicha resolución se alza la mercantil codemandada y condenada, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de la demanda rectora de los autos, previa apreciación de la procedencia de la decisión empresarial, para lo cual insta, con correcto amparo procesal, varias revisiones fácticas y tres motivos jurídicos. Ambos recursos han sido impugnados de contrario oponiéndose en ambos casos tanto a las modificaciones fácticas propuestas, como a los motivos jurídicos.

1.- “Las pérdidas sufridas por la empresa “L.A. y Cía, S.A.” entre enero y junio 1998 ascienden aproximadamente a siete millones de pesetas.

2.- Los objetivos de venta de vehículos, fijados por “R.” a las dos empresas codemandadas y al concesionario de..., para el territorio de la Provincia de Orense, y las ventas efectivamente realizadas en dicho territorio entre los años 1993 y 1997 son los siguientes:

Año	L.A. objetivo / realización	G.A. objetivo / realización	V... objetivo / realización	TOTAL objetivo/ realización
1993	1.380	907		1.540 992
1994	1.175	961	160 85	1.285 1.069
1995	840	642	265 234	1.205 957
1996	715	587	240 276	955 863
1997	949	784		949 784

3.- El objetivo de venta de vehículos fijado por “R.” a “L.A. y Cía, S.A.” para el territorio de la Provincia de Orense para el año 1998 es de 900 vehículos siendo las ventas reales hasta el mes de junio de 1998 de 394 vehículos.

4.- Las horas facturadas de taller han sido en 1993, 34.413; en 1994 33.011; en 1995 21.265; en 1996 19.898; en 1997 19.962 y a junio de 1998 9.912. El parque de vehículos “R.” con 10 años de antigüedad en la provincia de Ourense y la estimación de horas de taller por vehículos y año son las siguientes:

#### PARQUE 10 AÑOS

	1994	1995	1996	1997	1998
V...		1354			
G.A.		3245	4580		
L.A.		9.694	9.341	13.244	12.318
TOTAL	14.261	14.293	13.901	13.244	12.318

#### HORAS TALLER VEHICULO/AÑO

“R.”	11,9	11,1	10,23	9,79	9,43
------	------	------	-------	------	------

5.- Las Agencias de la Red Comercial “R.” sita en... y..., que estaban adscritas a “L.A. y Cía, S.A.” fueron adscritas a “G.A.A., S.L.”, el 01.04.95, siendo de nuevo adscritas a “L.A. y Cía, S.A.” a partir de 01.01.97.

6.- La Agencia de la Red Comercial “R.” sita en..., fue adscrita a “G.A., S.L.”, el 01.01.96, siendo adscrita a “L.A.” el 01.01.97. “G.A.A., S.L.” cesa como concesionario “R.” pasando a convertirse en “A.L.A.” el 01.01.97.

7.- La concesión de la Red Comercial “R.” sita en... fue transformada en agencia (desevolucionada) y adscrita a “G.A.A., S.L.” el 01.01.96, siendo mas tarde adscrita a “L.A. y Cía, S.A.” a partir de 01.01.97.

8.- Durante el año 1997 los concesionarios en Orense de diversas marcas presentan los siguientes datos de ventas de vehículo y plantilla:

MARCA	Nº VEHICULOS VENDID.	PLANTILLA
“S.”	810	33
“P.”	872	35
“C.”	912	40

Se cita en apoyo de la propuesta la pericial practicada a instancia de la recurrente y la documental obrante a los folios 1.443 a 1.446, f. 761; f. 1.079 a 1.086; f. 1.448 a 1.450.

En cuanto al primer párrafo propuesto: si bien se basa en la pericial de la parte recurrente no se admite la adición por cuanto las perdidas de 1998 no fueron invocadas en la carta de despido y de otra parte dicha pericial en tal externo no se pronuncia con claridad suficiente, pues en el penúltimo párrafo del folio 754 no se cuantifican pérdidas y en el último se dice “ya que a fecha 30.06.98 las perdidas alcanzaban un importe aproximado de 7 millones de pesetas, para una estimación final a 31 de diciembre de 13,7 millones de ptas.”, con lo que no queda claramente especificado el importe que se dice, por otra parte dicha pericial ha sido valorada por el Juzgador de instancia en conjunción con otra pericial y documental obrante en autos, no evidenciándose error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia que permite la modificación postulada.

En cuanto al segundo párrafo de la propuesta: objetivos de ventas y realidad lograda de las mismas, no han sido invocados en las cartas de despido de los actores para justificar la decisión empresarial, simplemente en los antecedentes de la carta se mencionan los objetivos de 1994 y 1998 - antecedente 5º-, pero sin las precisiones que ahora se pretenden introducir por lo que su admisión equivaldría a introducir una causa justificativa del despido nueva, no invocada en aquella carta. Igual acontece con los párrafos tercero (objetivos para 1998), cuarto y noveno que se refieren a horas de taller facturadas en años precedentes y en relación con el parque de vehículos de la marca “R.”; en cuanto al párrafo último la comparativa no fue invocada en las cartas (sólo en antecedentes de forma genérica -5º-, sin expresión de marcas ni cantidades) lo que impide a los actores defenderse de la misma trayendo la comparativa de otras marcas (“F.”, “O.” etc.) por lo que no cabe introducir dicho hecho en esta alzada.

En cuanto a los párrafos quinto a octavo, ambos inclusive, relativos a las agencias comerciales su adscripción y variaciones se admite la adición por cuanto constan documentalmente dichas variaciones y si bien las mismas no han sido invocadas en los “motivos” de la decisión empresarial, como obran referenciadas y explicitadas suficientemente en los antecedentes se admite la adición propuesta independientemente de la transcendencia que pueda merecer dicha adición.

C) Para que del hecho declarado probado duodécimo se elimine el último párrafo de su actual redacción; se funda la propuesta en los documentos obrantes a los folios 1.015 al 1.078 y 9.598. Procede la supresión del indicado párrafo según el cual la mercantil “G.A.A., S.L.”, no tuvo empleados a su cargo hasta 1997, por cuanto al f. 9.598 y 9.599 (certificación de Tesorería General de Seguridad Social) aparecen a su cargo diversos productores desde 21 noviembre 94, documentos hábiles a tales efectos revisores al igual que a los folios 1.049 a 1.078 en que aparecen las hojas de salarios de los meses de noviembre y diciembre 94 correspondientes a productores de “G.A.A., S.L.”.

D) Para que del hecho declarado probado decimocuarto se adicione la expresión: “ la disolución y ulterior liquidación de la Sociedad “L., S.A.” fue acordada en Junta general de fecha de 31.01.97 como consecuencia de las pérdidas sufridas que han dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social se cita en apoyo el documento obrante al folio. 9.594 (hoja registral de la sociedad) hábil a dichos efectos, pedida por el Juzgador de instancia para Mejor Proveer, por lo que se admite la adición postulada.

TERCERO.- Entrando en el análisis de las infracciones jurídicas, y comenzando por el recurso de los actores, se denuncia por estos -con correcto amparo procesal-, diversas infracciones normativas y de jurisprudencia que cita, así: A) infracción del

art. 53.1.a) en relación con el art. 52.c) LET: el argumento consiste en que la decisión empresarial es nula por cuanto no se ha cumplido con la obligación de poner a disposición de los actores el importe de las indemnizaciones y preaviso. La cuestión ha de ser resuelta siguiéndose la doctrina sentada por esta Sala de forma reiterada así, S 15.10.1997, R. 3.635/1997 y S 25.03.1997 (R. 923/97) que establece que, si bien es cierto que no pueden confundirse la puesta a disposición de la indemnización y la entrega efectiva, no lo es menos que aquella debe contener todas las previsiones para su inmediata realización, de manera que la comunicación escrita ha de cuantificar el importe de la indemnización y asimismo precisar el modo en que puede hacerse efectiva, siendo exigible una simultaneidad en unidad de acto (acompañando a la comunicación la cantidad debida para inmediato percibo por algún instrumento legal solutorio) o en diversidad de acto (comunicación y percibo en documento distinto, siempre que no se quiebre una práctica simultaneidad). En todo caso es imprescindible que la puesta a disposición sea algo más que una mera afirmación de la carta y que se corresponda con la realidad, siendo decisivo a tales efectos - como elemento definitorio el que el trabajador pueda hacer efectiva la indemnización sin más requisito que su personal decisión, lo que es tanto como decir que su percibo no quede subordinado sino a simple firma acreditativa de la percepción. Y de esta forma, el mandato del art. 53.b) del ET sólo puede entenderse cumplido si, en el mismo acto en que el trabajador se sabe despedido y sin solución de continuidad, sin precisión de otro trámite ni de cualquier quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la Ley le confiere (así, las SSTS 29 abril 1988, 10 octubre 1987, 2 octubre 1986, 20 noviembre 1982 y 11 junio 1982; y en la doctrina jurisprudencias, las SSTSJ Cataluña 7 mayo 1996, 20 marzo 1996 y 14 mayo 1995, Castilla y León/Burgos 12 febrero 1996 y Murcia 28 febrero 1994)", doctrina que aplicada al presente supuesto implica la desestimación del motivo por cuanto a los actores en las respectivas cartas de despido se les indica que se le hace entrega de sendos cheques nominativos para abono de indemnización y preaviso, y al negarse a firmar el recibí de la carta de despido devuelven los cheques a pesar de que la empresa les indicó que podían quedárselos, no aceptándolos los actores, los recogió la patronal quien no volvió a ofrecérselos, sin que exista por otra parte obligación para dicha empresa de realizar ulteriores ofertas de pago de dichas cantías; consecuentemente, la no recepción sólo es imputable a los actores por lo que se rechaza el motivo.

B) Se efectúa igual denuncia normativa que en el precedente, argumentando insuficiencia de las cartas de despido, por cuanto en las mismas no se hace referencia alguna a la existencia de un grupo de empresas entre las codemandadas y las mercantiles "L., S.A.", y "A.A., S.L.", que se citan en el acto de juicio y en la prueba que se aporta por la codemandada "L.A. y Cía, S.A.", así como por la ausencia en dichas cartas de la identificación precisa de los puestos de trabajo a amortizar.

No puede prosperar la denuncia efectuada por cuanto: en el aspecto relativo a la identificación de los puestos de trabajo a amortizar, por una parte, sería factible y entendible que los puestos a amortizar son los de los actores con lo que la mera decisión empresarial de extinguir sus contratos implica la identificación suficiente de los puestos a extinguir., de otra parte, en el presente litigio se está hablando de duplicidad de plantilla al reintegrarse a "L.A. y Cía S.A." los trabajadores de "G.A., S.A." con lo que se trataría de amortizar, mas que puestos de trabajo, empleo excesivo mediante extinción de contratos de trabajo por exceso de plantilla, por lo que los puestos de los actores pueden continuar siendo necesarios en la empresa y ocupados por otros productores mediante la redistribución de las tareas. Consecuentemente, no cabe hablar de nulidad por tal motivo sino del análisis de la procedencia o improcedencia de tales amortizaciones.

En cuanto al motivo relativo a no indicarse en las cartas la existencia de otras empresas como miembros de un presunto grupo empresarial, dicha causa no puede conllevar a la nulidad del despido, por cuanto: en primer lugar, corresponde a los actores acreditar la existencia del grupo empresarial y la procedencia de exigencia de responsabilidad a todos los miembros que constituyen el grupo (art. 1214 Código Civil), dicha prueba no se ha producido, por cuanto únicamente podría hacerse referencia a la existencia de "L., SA" como integrante del grupo de empresas, mas tampoco debe olvidarse que la existencia de un grupo de empresas no implica la existencia de responsabilidad de todos los que lo integran, sino que dicha responsabilidad podrá ser exigida solamente cuando dicho grupo actúe fraudulentamente en detrimento de los derechos de los trabajadores, lo cual tampoco consta en el presente supuesto y en relación con la citada "L.;" en segundo lugar, de haberse efectuado dicha indicación en tales misivas ello implicaría la posibilidad de análisis de la contabilidad de todas las empresas del grupo que podrían estar demandadas, para poder concluir con la procedencia o improcedencia de la decisión empresarial, o del análisis de la posibilidad de recolocación de los actores en las empresas del

grupo -cuestión esta no planteada en el recurso;- consecuentemente, la ausencia de dichas empresas no se reconduce a ningún supuesto que permita la declaración de nulidad, por lo que la ausencia de esa indicación sólo perjudica a la patronal que no puede invocar como propias las deudas y situaciones deficitarias de las mencionadas mercantiles para justificar el despido de los actores, mas ninguna indefensión se le produce a éstos con tal ausencia en las cartas de despido. Por otra parte, y como la improcedencia ya se haya reconocida en la resolución recurrida, que como se ha explicitado sería el resultado a obtener, no existe nulidad alguno en las aludidas cartas, con lo que se desestima el motivo.

C) Por infracción del art. 52.c) en relación con el art. 51 LET, (motivo 4º). El argumento consiste en que en un período de 90 días previo a los despidos de los actores se procedió a extinguir contratos de trabajo por causas objetivas en número de tres, por lo que se supera el umbral fijado en el art. 51.1.a) LET y, consiguientemente, el despido deviene nulo por realizado en fraude de ley.

El motivo tampoco puede acogerse por cuanto, de una parte, habiéndose producido los despidos precedentes en 28 y 31 de mayo 98 y el colectivo el 14.09.98 computado el período citado desde esta última fecha, aquellos despidos quedan fuera del indicado plazo, por lo que sólo quedaría dentro del mismo el cese voluntario de 04.08.98 que fue indemnizado por la empresa con 35 días de salario; consecuentemente, si bien se alcanzaría el límite numérico para el despido colectivo computándose dicha extinción contractual, no puede calificarse la conducta patronal, por este solo hecho, de fraudulenta, ya que no consta que esta extinción tenga una causa fundada en el mismo supuesto que la de los actores, ni consta tampoco una finalidad empresarial de obviar el límite de despidos para evitar la tramitación colectiva de su decisión. De otra parte, la finalidad del despido colectivo es la garantía de los trabajadores mediante la negociación de las medidas a adoptar por la patronal con los representantes legales de aquéllos; dicha garantía se ha cumplido por cuanto inicialmente la cuestión fue planteada por la patronal como un despido colectivo abriendo el período de consultas, comunicándose a la Autoridad laboral competente, emitiendo informe la Inspección de Trabajo y llevándose a efecto las negociaciones hasta el extremo de que en el marco de las mismas se produjo la recolocación de varios productores y se pactaron ante el SMAC otros dos despidos, no renovándose un contrato temporal más una baja voluntaria que fue indemnizada, -no debe olvidarse que dicho expediente se inició para extinguir diecisésis contratos de trabajo-, de modo que finalizadas las negociaciones sin acuerdo, se

instó de la Autoridad Laboral competente la aprobación del expediente para la extinción de los contratos de los actores, quien declaró la improcedencia de dicho expediente por no alcanzarse el mínimo de trabajadores afectados por el despido, ya que solo se pretendía extinguir nueve contratos; por ello, se estima se han cumplido las garantías materiales y formales en el presente supuesto, sin que sea factible privar a la empresa de la vía colectiva -por el número de afectados- y de la vía del despido objetivo. En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

D) Se efectúa igual denuncia normativa que en el precedente motivo, argumentando que, si no se amortizan los puestos de trabajo de los actores el despido es improcedente, siendo así que el juzgador de instancia rechaza tal motivo aunque estima improcedentes los referidos despidos. Dicho motivo decae por lo razonado precedentemente en el sentido de que no se trata tanto de amortizar los puestos de trabajo de los actores, como de la existencia de una duplicidad de plantilla derivada de la incorporación de los trabajadores procedentes de "G.A., S.L.", lo que obligaría a extinguir los contratos de trabajo de los demandantes al objeto de adecuarla a las necesidades reales. Cuestión distinta es que se acrede o no -de ahí la procedencia o improcedencia de la decisión empresarial-, que tal medida encuentre justificación organizativa, técnica o de producción, justificación cuya prueba incumbe a la empresa demandada y que no ha aportado, y de ahí la declaración de improcedencia de su decisión extintiva. Igualmente, se han alegado por la empleadora como causa de extinción de los contratos, las pérdidas producidas a lo largo de tres años que por el juzgador de instancia no se han considerado suficientes y de ahí la calificación efectuada, por ello no incurre la resolución recurrida en la infracción que se le atribuye.

E) Por infracción del art. 52.c) y art. 51 LET, en relación con el art. 120 y siguientes LPL y la doctrina jurisprudencial que se cita sobre los grupos de empresas. El argumento del motivo se centra en que admitido por la resolución recurrida la existencia de un grupo de empresas entre las codemandadas sólo se condena a "L.A. y Cía, S.A.;" para la estimación del motivo basta con la lectura de las propias cartas de despido, en cuanto son afirmaciones de la mercantil "L.A. y Cía" que alega en los antecedentes: a) que era el único concesionario de "R." en la Provincia de Ourense; b) que en 1994 se le ofreció constituir un segundo concesionario, que fue "G.A.A., S.L"; c) que parte de la plantilla de "L.A., S.A." pasó a la segunda empresa; d) que "L.A., S.A." ostenta el 80% del capital social de "G.A.A., S.L"; e) que ante el cierre de esta última, "L.A., S.A." asume la plantilla de aquélla; todo ello unido a que en los hechos

probados resulta acreditada la existencia de unos mismos socios en ambas mercantiles, transmisiones patrimoniales de "L.A." a "G.A.", que alcanzaron el importe de 95.000.000 ptas. que fueron capitalizados a favor de la primera que se convirtió en socio mayoritario de la segunda; se llega así a la conclusión de que entre ambas mercantiles existe una clara unidad empresarial, con el mismo objeto social, mismos socios, misma dirección, plantilla única, caja única etc. consecuentemente constituyen un grupo de empresas que por aplicación del art. 1.2 LET se convierte en empleador único de los actores con responsabilidad solidaria frente a los mismos, procediendo acoger el recurso planteado en este aspecto por los demandantes siguiéndose la doctrina sentada por STS de 29.10.1997 y las que cita sobre la materia de 3 mayo 1990 y 4 mayo 1990; 13 julio 1990 y 30 junio 1993 donde viene a resumirse los requisitos exigibles para decretar la responsabilidad solidaria de las empresas que constituyen un grupo en la concurrencia de los siguientes elementos: a) de tipo fáctico como son la necesidad de que la vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales entre las que se señalan: el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesivamente, en favor de varios empresarios y la búsqueda de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales; b) de tipo jurídico, ya que las consecuencias jurídico/laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, debiendo atenderse para imponer la responsabilidad solidaria a la realidad en la identificación del empresario, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de ley y la valoración de la responsabilidad solidaria, como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo, doctrina que -así sintetizada- debe ser aplicada al supuesto de autos y acogiendo el motivo declarar la responsabilidad solidaria de las mercantiles codemandadas, frente a los actores por cuanto concurren los elementos fácticos (identidad de objeto, identidad de socios, caja única, plantilla única) y jurídicos expresados, (constitución de dos sociedades para explotar un mismo objeto social, siendo las vinculaciones societarias de tipo familiar y búsqueda de la elusión de responsabilidades) entre las codemandadas.

**CUARTO.-** En cuanto al recurso de la empresa "L.A. y Cía, S.A." y a los motivos jurídicos esgrimidos, se señalan: A) aplicación indebida del art. 1.2 LET, del art. 42.1 C.Co y jurisprudencia que se cita. El argumento del motivo se ciñe en determinar la inexistencia de un grupo empresarial entre las codemandadas, tal alegación se rechaza dando por reproducidos los argumentos expresados en el último de los apartados del precedente

fundamento jurídico, por cuanto el juzgador de instancia no ha infringido los preceptos y doctrina que cita, ya que no aplicó la mencionada doctrina sobre grupos de empresas ni decretó responsabilidad solidaria de los miembros que las integran reputándolos como empresario único, dado que absolió a la demanda "G.A.A., S.L."

B) Infracción por inaplicación del art. 52.c) LET y doctrina que cita, se pretende que concurren causas organizativas y productivas que justifican la decisión empresarial, referidas: "al continuado descenso de ventas entre 1994 y 1997, lo que unido al número de productores de la mercantil empleadora -excesivo por comparación con otras marcas-, así como reducción de horas facturadas año a año", implica la procedencia de la decisión extintiva adoptada por el recurrente. El motivo no puede ser acogido por cuanto no se admitió la revisión de hechos probados para añadir el cuadro de objetivos fijados y ventas logradas en el citado período, ni el cuadro de horas de taller facturadas en el citado período, todo ello por no haber sido invocado tal motivo de forma expresa y terminante en las cartas de despido, ni se admitió la comparativa de productores con otros concesionarios. Consecuentemente (motivo 3º) centrando el objeto del recurso por "causas productivas y organizativas", que tendrían su origen en: a) la no consecución de los objetivos fijados anualmente por "F. R.", seguido de un descenso de ventas cada año; b) así como en la disminución de horas de taller facturadas año a año; c) unido al volumen de la plantilla de la recurrente muy superior a otros concesionarios de otras marcas en la provincia y que venden mas vehículos, de las que se concluiría la necesidad de amortizar los contratos de trabajo de los actores por causas productivas, si a ello se añadía el incremento de productores incorporados desde la mercantil "G.A.A., S.L.", con duplicidad de personas para el mismo puesto de trabajo, todo ello llevaría a la necesidad de organizar los recursos humanos con la extinción de los contratos de los actores. El sustrato fáctico en el que se basa la argumentación no ha quedado acreditado, ni podía quedarlo al no haber sido alegado como motivo de despido; la empresa en sus cartas de despido alegó motivos económicos y "subsisten causas organizativas y productivas", mas no especificó cuales fueran estas en tal carta con lo que ahora en esta alzada intenta introducir hechos nuevos no admisibles; de otra parte, (aun entrando en ese debate), resultaría: a) que los objetivos fijados por "R." nunca se alcanzaron; b) que el volumen de ventas de vehículos si bien disminuyó cuantitativamente, sin embargo, al ser el objetivo exigido también inferior, el porcentaje de ventas reales logrado incluso se ha incrementado o al menos se mantiene muy equilibrado; c) lo mismo ocurre con el número de horas de taller facturadas,

que se mantiene a partir de 1996. Por tanto no concurren causas productivas que incidan de modo importante en la empresa, debiendo desestimarse el motivo.

El otro aspecto del referido motivo sería la mejor organización de los recursos humanos, fundado en que la incorporación de los once productores de "G.A." supuso la duplicidad de trabajadores para el mismo puesto de trabajo; alegación esta que no puede ser atendido por cuanto vuelve a ser una cuestión nueva, ya que en las cartas no se ha establecido cuales son los productores integrados que concurren a los mismos puestos de los actores, lo que impide comprobar que ostentan la misma categoría, cualificación etc. que estos, así como impide entrar en el posible debate sobre los motivos que llevan a extinguir los contratos de los actores y no los de aquellos, así como cual haya sido el criterio patronal utilizado para adoptar tal decisión; de otra parte, como también argumenta el Juzgador de instancia, el regreso de aquellos trabajadores no implica más que la vuelta de la plantilla al estadio previo a la constitución de "G.A.", no habiéndose alegado ni probado que una vez remitidos por la recurrente a esta nueva empresa hubiera ocupado los puestos de trabajo de dichos productores con nuevos contratados que permanezcan en la actualidad en la empresa, motivo este que sí justificaría la duplicidad indicada, por todo ello se rechaza el motivo.

C) Infracción por inaplicación del art. 52.c) LET y doctrina sobre el despido objetivo por causas económicas (STS 24.04.96; 14.06.96; 19.01.98), referido el motivo a qué se ha de entender por causas económicas, a cuyo efecto la mercantil "L.A., S.A." señala como tales causas económicas las pérdidas acumuladas en los ejercicios económicos de 1995, 96 y 97 que importan en su conjunto 52.695.471 ptas.; pérdidas que alcanzan un montante importante y que, a su entender, justificarían la decisión empresarial al objeto de cumplir el fin "de contribuir a la superación de una situación económica negativa" tal como exige el precepto denunciando. Centrado así el debate y siguiendo la doctrina sentada por TS 4ª, S 14.06.1996, tres son los elementos integrantes del supuesto de despido por motivos económicos descrito en el art. 51.1 ET, al que remite el art. 52.c) ET, :1º) la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa -situación económica negativa-, específicamente, en el ámbito de los resultados de explotación [causas económicas, en sentido restringido]; 2º) la amortización de uno o varios puestos de trabajo, y 3º) la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de

la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación.

Los anteriores elementos no concurren en el supuesto de autos por cuanto: el primero, es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad identificándolos y concretando su incidencia en la esfera económica. En el caso debatido se ha efectuado una alegación genérica por la patronal que en vía de recurso ha pretendido especificar y que no le fue admitida, de modo que se ha limitado a invocar unos balances anuales negativos cuyo origen resulta de las transferencias de fondos a otras empresas y que no han sido recuperados, pero no se alega ni se acredita que realmente en la mercantil empleadora hayan existido pérdidas derivadas de la propia actividad, reducción de beneficios etc., con lo que, como mas arriba se ha indicado, no existe una actividad económica crítica que produzca pérdidas. En cuanto al segundo elemento, no cabe duda que se pretenden amortizar los contratos de trabajo de los actores en sentido amplio, por cuanto los puestos de trabajo son precisos para la actividad empresarial y van a continuar ocupados por los productores recuperados de la mercantil "G.A.A., S.L.", sin que se haya acreditado que tales extinciones forman parte de un plan de recuperación de equilibrio económico de la empresa, plan que ni siquiera se ha alegado de forma concreta y determinada. Y en cuanto al tercer elemento la relación de conexión o instrumentalidad entre la extinción de los contratos y la superación de una situación de crisis tampoco concurre, por cuanto no resulta acreditada la crisis económica, y al continuar ocupados los puestos de trabajo por los productores recuperados por la recurrente -según se afirma, ya que no se acredita la igualdad de categorías entre despedidos y recuperados-, es obvio que no se trata de superar una crisis sino de reducir el costo económico de personal, causa que no encuentra justificación legal en el precepto denunciado. Por todo ello, se desestima el recurso de la patronal demandada.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL se imponen las costas a la parte vencida en el recurso, en consecuencia se condena a la recurrente "L.A. y Cía, S.A" a que abone al letrado de la parte impugnante de su recurso, la cantidad de 25.000 ptas.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso formulado por el letrado Sr. G.F. en nombre y representación de los actores H.B.F. y Otros, contra la sentencia dictada el 19.01.99 por el Juzgado de lo Social N° 1 de Ourense en autos N° 634-98, seguidos a su instancia

contra las empresas “L.A. y Cía, S.A” y contra “G.A.A., S.L”, manteniendo la declaración de improcedencia de los despidos de que fueron objeto los actores recurrentes, y estimando en parte la demanda rectora de los autos, declaramos la responsabilidad solidaria de ambas mercantiles codemandadas en cuyo sentido se amplia la condena a “G.A.A., S.L”, a quien declaramos responsable solidario con “L.A. y Cía, S.A.” del pago de las indemnizaciones y salarios de tramitación devengados a favor de los actores. Y desestimamos el recurso planteado por la mercantil “L.A. y Cia, S.A.” condenándola al pago de las costas de dicho recurso, que comprenderá la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante.

## **2691 RECURSO N° 2.236/99**

S. S.

**EN CASO DE DESPEDIMENTO DUN TRABALLADOR CON CONTRATO TEMPORAL, O CÓMPUTO DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN NON PODE IR MÁIS ALÓ DA DATA DE FINALIZACIÓN DO CONTRATO.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a catorce 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 núm. 2.236/99 interpuesto por empresa “M.L.R.” 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 P.F.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la empresa “M.L.R.”

y el Fondo de Garantía Salarial en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 54/99 sentencia con fecha 4 de marzo de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO .-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- Doña P.F.F. inició su relación laboral con la empresa “M.L.R.” en virtud de trabajo a tiempo parcial celebrado al amparo del artículo 12 de Estatuto de los Trabajadores, por eventual acumulación de tareas con la categoría profesional de Limpiadora desde el 15.12.98 hasta el 14.01.99. 2.- En el contrato de referencia constaba que la actora debía prestar sus servicios de Lunes a Viernes, con una duración de dos horas diarias, una de 10,00 a 11,00 y otra de 16,00 a 17,00, siendo sus retribución la correspondiente según Convenio (3.530 pts. dfa). 3.- Desde el inicio de su relación laboral la actora realiza trabajos que cubrían necesidades regulares y permanentes de la empresa contratante, excediendo notablemente su horario de trabajo del inicialmente pactado. 4.- El día 23 de diciembre de 1998 Doña P.F. fue despedida verbalmente por Doña M.L.R. 5.- La demandante está afiliada a la C.I.G. 6.- El 11 de enero de 1999 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el día 22 de dicho mes, que finalizó “sen avinza”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Se estima la demanda deducida por doña P.F.F., contra la empresa “M.L.R.”, Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, declarando la improcedencia del despido efectuado; condenando a la empresa 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 TRES MIL NOVECIENTAS DIECISIETE (3.917) pts., condenando asimismo a dicha empresa demandada 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 DOSCIENTAS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA (254.160) pts., devengándose diariamente TRES MIL QUINIENTAS TREINTA (3.530) pts. hasta la efectiva readmisión. Se absuelve al FOGASA sin perjuicio de su ulterior responsabilidad en caso de insolvencia de la empresa demandada.

**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, declarando la improcedencia del despido y condena a la empresa demandada a que opte entre la readmisión de la actora, en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían con anterioridad al despido, o al abono de indemnización, por importe de tres mil novecientas diecisiete pesetas; condenando, así bien, a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir por la demandante desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia, por importe de doscientas cincuenta y cuatro mil ciento sesenta pesetas, devengándose diariamente tres mil quinientas treinta pesetas hasta la efectiva readmisión; absolviendo al FOGASA, sin perjuicio de su ulterior responsabilidad en caso de insolvencia de la empresa demandada; y disconforme esta última con tal pronunciamiento interpone recurso frente al mismo, construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, con la pretensión de revisar los hechos declarados probados en la sentencia que impugna, formulando, al efecto, dos peticiones; una, que se modifique parcialmente el hecho tercero, proponiendo la siguiente redacción: "Desde el inicio de la relación laboral a la actora se le encomendaron los trabajos derivados de la acumulación de tareas en el período dic98/ene99", y otra, la modificación parcial del hecho cuarto, proponiendo la siguiente redacción: "La actora fue dada de baja en la seguridad social el dia 23 de diciembre de 1998". No procede la primera de las modificaciones al no invocarse por la recurrente el medio de prueba que pudiera servirle de apoyatura, de un lado, porque el contenido de la que señala, documentos aportados por el Fogasa que obran a los folios 21 y 22, ninguna relación guarda con la pretensión revisora, y de otro, porque el contenido del contrato de trabajo, que ocupa el folio 37, ya aparece recogido en el hecho probado número 1. En todo caso, no se concreta por la recurrente en que consistiría, realmente, la modificación parcial del hecho cuya revisión solicita, debiendo entenderse que su contenido debería mantenerse y el texto propuesto sería una adición. En cuanto a la segunda de las revisiones, se acepta a la vista de la prueba que la recurrente menciona -folios 21 y 22-.

**SEGUNDO.-** En el campo del derecho y con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, se formulan las siguientes denuncias:

a) Vulneración de los arts. 12.1 y 2, 15.1.b), 2 y 3, del Estatuto de los Trabajadores 6.4 del Código civil y 9 del Convenio Colectivo de Limpiezas de Edificios y Locales de la provincia de Lugo; argumentando, esencialmente, que la actora fue contratada a tiempo parcial, prestando servicios durante un número de horas al día inferior a la habitual y en la afirmación que hace el juzgador de que la actora desempeñaba un trabajo por encima e la jornada pactada se obvia un dato fundamental, como es la frecuencia con que se limpian los portales, lo que no se hace todos los días; sin que pueda, cual hace el juzgador, relacionarse el exceso de jornada con la existencia de fraude de ley, ya que l(sic) estipulación de jornada inferior a la ordinaria es pacto lícito y su inobservancia no desposee al contrato de causa ni de objeto, no afectando a su existencia jurídica sino a su ejecución y la realización de una jornada superior a la pactada puede originar consecuencias de otra índole, pero no puede afectar a otra faceta del contrato, como es la temporalidad o la indefinición; estando recogida la posibilidad de contratación por duración determinada en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores; añadiendo, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 23 de mayo de 1994, que nada impide que se contrate personal por tiempo determinado al objeto de llevar a cabo la actividad habitual de la empresa, y con invocación de la sentencia del citado Alto Tribunal, manifiesta la recurrente que el fraude de ley que define el art. 6.4 del Código civil y al que se refiere el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores es una conducta intencional, de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico -cita diversas sentencias del repetido Alto Tribunal sobre el fraude de ley-; haciendo referencia a continuación a la contratación que une a los litigantes, la que muestra claramente la inexistencia de una conducta intencional que requiere la conducta fraudulenta; no siendo admisible la presunción de fraude, cual hace el juzgador de instancia, ya que el fraude debe revelarse de forma notoria e inequívoca -nueva cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo-; y termina aduciendo que el contrato debe considerarse con plena validez tanto en cuanto a su duración, como en el carácter de contrato a tiempo parcial.

b) Vulneración del art. 1.214 del Código civil y la jurisprudencia, con cita de diversas sentencias del Tribunal Supremo, por estimar que la parte actora, a quien incumbía, no se ha acreditado el hecho del despido y que el juzgador infiere de la confesión judicial de la recurrente, cuando ésta únicamente indica que la amonestó, no volviendo a comparecer la trabajadora, sin que por ésta se indique cual fue la causa alegada por la recurrente al despedirla y de

existir sería conocida por la actora y manifestarse en la demanda.

c) Contravención de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, con mención de distintas sentencias, que señala la inaplicabilidad de la opción de readmisión así como de indemnización cuando la sentencia se dicta con posterioridad a la expiración del plazo de vigencia del contrato, al no existir posibilidad de reincorporación del trabajador a su puesto; no existiendo, tampoco obligación de abonar salarios de tramitación hasta lña notificación de la sentencia, pues al no existir la relación laboral no cabría extender a todo el período de tramitación del procedimiento, sino hasta que se hubiera extinguido de manera natural la relación; estimando la recurrente, en definitiva, que de no admitirse el abandono del trabajo y manteniéndose la declaración de improcedencia, los salarios dejados de percibir no excederían de la terminación del contrato. Finalmente, se hace referencia a la sentencia de esta Sala de fecha 20.09.1994, con transcripción parcial de su fundamentación jurídica.

TERCERO.- La situación fáctica sometida a debate, y ahora en trance decisorio, queda establecida así:  
A) La demandante inició la prestación de servicios para la empresa demandada en virtud de contrato a tiempo parcial, por eventual acumulación de tareas, con duración desde el 15 de diciembre de 1998 hasta el 14 de enero de 1999, siendo su categoría profesional la de limpiadora. B) En el contrato se hacia constar que la actora prestaría sus servicios de lunes a viernes, durante dos horas diarias, una de diez a once y otra de dieciseis a diecisiete y su retribución la correspondiente según Convenio, que ascendía a tres mil quinientas treinta pesetas diarias. C) La demandante, desde que inició la prestación de servicios, realizó trabajos que cubrían las necesidades regulares y permanente de la empresa demandada, excediendo notablemente su horario de trabajo del inicialmente pactado. D) El 23 de diciembre de 1998 la actora fue despedida verbalmente por la empresaria codemandada. E) La actora está afiliada a la C.I.G.

Fijada, en los términos que quedan expuestos, la situación de hecho objeto de enjuiciamiento, resta ahora analizar y decidir si la misma es productora del efecto jurídico proclamado en la sentencia recurrida, o si, por el contrario, las consecuencias legales que a la misma deben asignarse habrán de ser las pretendidas por la demandada-recurrente. En primer término, debe sentarse la afirmación de que la extinción del vínculo jurídico-laboral que unía a las partes, al haber sido acordada, de modo unilateral y forma verbal, por la empleadora interpelada es merecedora, sin duda alguna, de ser calificada como despido improcedente. Y partiendo de esta aseveración, debe fijarse el alcance jurídico

de la misma. Ante todo, debe precisarse que la Sala no comparte el criterio del juzgador de instancia de que el contrato concertado entre los colitigantes ha sido celebrado en fraude de ley, ya que es reiterado criterio jurisprudencial que los derechos han de entenderse ejercitados, por elemental seguridad jurídica, conforme al fin para el que han sido reconocidos y quien alega el fraude de ley habrá de demostrar inequivocamente la existencia de discordancia entre el fin del acto jurídico y el de la norma, poniendo de manifiesto un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, sin que al respecto tengan validez las meras suposiciones o sospechas -sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989 y 6 de julio de 1990, entre otras; cuya doctrina ha seguido esta Sala en sentencias de 10 de octubre de 1991, 16 de marzo de 1993, 12 de mayo 1994, 20 de octubre de 1995 y 29 de enero de 1996-; y en el caso concreto que ahora se resuelve, si la demandante ha realizado trabajos que cubrían necesidades regulares y permanentes de la empresa, los mismos son los propios de las contrataciones por acumulación de tareas, sin que por ello se pueda apreciar, cual hace el juzgador “a quo”, la existencia de fraude de ley; y lo mismo ocurre con el exceso en la duración de la jornada de trabajo, ya que éste será productor de otras consecuencias legales, aunque siempre conservando el contrato su plena validez y eficacia. Por ello, no puede subsumirse la situación litigiosa dentro de lo normado en el art. 6.4 del Código civil y, en consecuencia, debe rechazarse la calificación de fraudulenta de la contratación que ha vinculado a las partes litigantes.

Si la relación jurídico-contractual que han concertado los contendientes en el litigio gozaba de indudable eficacia jurídica, al haberla extinguido la demandada de modo unilateral, tal ruptura, como queda dicho, determina el surgimiento de un acto de despido improcedente, y las consecuencias jurídicas que del mismo habrán de derivarse deben ser las de resarcir a la trabajadora-demandante de los daños y perjuicios que se le han originado, que no pueden ser otros que los emanados de la naturaleza del contrato, y al ser éste de carácter temporal, con duración desde el 15 de diciembre de 1998 hasta el 14 de enero de 1999, la repercusión económica comprenderá los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 23 de diciembre de 1998, hasta la del vencimiento del contrato, 14 de enero de 1999; sirviendo de base para su cálculo el salario diario de tres mil quinientas treinta pesetas; no pudiendo acudirse, por tanto, a la previsión normativa contenida en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 111 de la Ley Rituaria Laboral, al haber devenido imposible el ejercicio de la opción por parte del empresario, por desaparecer la facultad de readmisión, al haberse dictado la sentencia de instancia en fecha muy

posterior -4 de marzo de 1999- a la del despido; así como la indemnización correspondiente al tiempo de duración del contrato; conceptos ambos que ascienden a los importes que se concretarán en la parte dispositiva de la presente resolución.

**CUARTO.-** Por todo lo expuesto procede dar acogida parcial a la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con estimación parcial de éste, dictar un pronunciamiento que revoque en parte el recurrido, con la consecuencias previstas en los arts. 201.2 y 3 y 233 de la Ley de Trámites Laboral; en consecuencia,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.L.R. contra la sentencia de fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Lugo, en proceso por despido promovido por doña P.F.F. frente a la recurrente, con revocación parcial de la sentencia recurrida debemos condenar y condenamos a la demandada a que abone a la demandante los salarios devengados entre los días veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y catorce de enero de mil novecientos noventa y nueve, ambos inclusive, que ascienden a ochenta y una mil ciento noventa pesetas, y como indemnización la cantidad de trece mil doscientas treinta y siete pesetas; confirmando dicha resolución en cuanto declara la improcedencia del despido y absuelve al Fondo de Garantía Salarial y revocándola en los restantes pronunciamientos. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir y de la cantidad resultante de la diferencia entre la consignación que ha efectuado y el importe de la condena que ahora se impone. Todo ello sin imposición de costas.

## **2692 RECURSO N° 2.946/96**

S. S.

NON CONCORRE A EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA CANDO SE DESISTE NO PREITO QUE CAUSA ESA SITUACIÓN PROCESUAL.

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

A Coruña, a quince 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 núm. 2.946/96, interpuesto por doña I.G.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo

Antecedentes de hecho

**PRIMERO .-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña I.G.G. en reclamación de accidente, siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, "M.L.F.", la "M.A." y la empresa "V.V., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 114/96 sentencia con fecha 17 de abril de 1996, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La actora I.G.G., nacida el..., con D.N.I. número..., vecina de... y con domicilio en..., figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con el nº..., siendo su profesión habitual la de especialista, que realizó para la empresa "V.V., S.A." desde el 01.08.79 hasta el 28.10.91 en que rescindió su contrato, empresa que tenía concertado en 1991 seguro de accidentes laborales con la "M.L.F."- 2º.- Con fecha 14.06.95, la actora solicitó se le declarase en situación de invalidez permanente derivada de enfermedad común, efectuando su dictamen la U.V.M.I. el 26.10.95, y proponiendo la Comisión de Evaluación de Incapacidades con fecha 02.11.95 declarar a la misma sin invalidez permanente, propuesta así asumida por la Dirección Provincial del I.N.S.S. que realizó el 14.12.95 denegársela por no ser sus dolencias constitutivas de invalidez permanente, resolución contra la cual interpuso la actora reclamación previa, que le fue desestimada por resolución de fecha 18.01.96, presentando la demanda el 13.02.96 contra el INSS y Tesorería, ampliada el 13.03.96 contra la empresa, la "M.L.F." y la "M.A."- 3º.- La base reguladora mensual asciende a 67.084 ptas.- 4º.- Las dolencias padecidas por la actora consisten en: Portadora de lentes oculares, con estrabismo convergente dcho. con antec. de catarata congénita en ojo dcho. conjuntivitis crónica ambos ojos. Glaucoma crónico simple. Acc. Laboral en 83 con rotura de ligamentos cruzados y lateral interno. Desinserción del menisco. Fue I.Q. refiere déficit de visión y algias osteoarticulares en c. cervical, c.

lumbar, gonalgia y omalgia derecha, dolor a la lexión forzada de rodilla derecha, agudeza visual con corrección óptica de 1 en ojo izquierdo y bultos en el derecho, espondiloartrosis cervical con discartrosis C6-C7, anomalía lumbo-sacra, gonartrosis bilateral leve.- 5º.- en 1983, cuando amparaba el riesgo la “M.A.”, hoy integrada en el INSS, la actora sufrió un accidente laboral en rodilla derecha con rotura de ligamentos cruzados y desinserción de menisco medial que curaron con secuela de artrosis. El 07.06.91 cuando el riesgo lo cubrió la “M.L.F.”, sufrió otro accidente laboral con traumatismo interno de rodilla derecha, permaneciendo en I.L.T. hasta el 29.06.91 en que fue dada de alta.- 6º.- El 10.12.92 la actora solicitó invalidez permanente derivada de accidente de trabajo y, denegada en vía administrativa, presentó demanda el 08.09.93 que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 4, el cual dictó sentencia el 22.10.93 desestimando la demanda. Contra dicha sentencia anunció la actora el 15.11.93 recurso de Suplicación, que formalizó el 03.12.93 y que pende de resolución ante el T.S.J. de Galicia. La base mensual para accidentes era en 1991 de 94.860.- 7º.- Se ha agotado la vía administrativa previa”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que acogiendo la excepción de litispendencia alegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y sin entrar en el fondo de la litis, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por I.G.G. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa “V.V., S.A.”, la “M.A.” y la “M.L.F.”, a los que absuelvo en la instancia.

**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 acogiendo la excepción de litispendencia alegada por el INSS, no entra en el examen del fondo de la cuestión litigiosa, se alza en Suplicación la demandante para denunciar la infracción del artículo 533.5º de la L.E. Civil, alegando que la actora en fecha 09.04.96, antes incluso de la celebración de la vista, y en todo caso con anterioridad a dictarse sentencia, se dirigió a la Sala, manifestando y ratificando su deseo de desistir del recurso de Suplicación que había formalizado el 03.12.93 contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo, fundamento único en el que sustenta la excepción de litispendencia alegada por el INSS y acogida por la sentencia recurrida. Son hechos probados

incompatibles: a) que la actora el 10.12.92 había solicitado invalidez permanente derivada de accidente de trabajo y, denegada en vía administrativa, presentó demanda el 08.09.93 que fue turnada al Juzgado de lo Social núm 4 de Vigo, el cual dictó sentencia el día 22.10.93 desestimando la demanda. Contra dicha sentencia anunció la actora el 15.11.93 recurso de Suplicación, que formalizó el 03.12.93 y que pendía de resolución del T.S.J. Galicia; b) con fecha 14.06.95 la actora solicitó se le declarase en situación de invalidez permanente derivada de enfermedad común, efectuando su dictamen la UVMI el 26.10.95 y proponiendo a la Comisión declarar a la misma sin invalidez permanente, resolución ante la cual interpuso la actora reclamación previa, que le fue desestimada por resolución de fecha 18.01.96, presentando la demanda el 13.02.96 contra el INSS y la Tesorería, ampliada el 13.03.96 contra la empresa y la Mutua. A todo ello ha de añadirse, al ser un hecho del que tiene constancia la Sala, que la actora ha desistido de aquel recurso de Suplicación que estaba pendiente, habiéndose dictado por la Sala auto de fecha 07.05.96, en el que se tuvo por desistida a la actora de dicho recurso.

Aunque, en efecto, la alegación formulada por la recurrente es una cuestión nueva, como se denuncia en el escrito de impugnación del recurso, lo cierto es que la Sala tiene constancia de haber recaído el mencionado auto de fecha 7 de mayo de 1996, en el que se tiene por desistida a la actora del recurso de Suplicación que pendía ante la Sala contra la sentencia desestimatoria dictada por el Juzgado de instancia. En consecuencia, al no concurrir la situación de litispendencia, acogida en la sentencia de instancia, procede la devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que el Magistrado “a quo”, con absoluta libertad de criterio, dicte nueva sentencia en la que entre a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

Por todo ello,

Fallamos

Que con estimación del recurso de Suplicación interpuesto por doña I.G.G., contra la sentencia de fecha diecisiete de abril de mil novecientos noventa y seis, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Vigo, en proceso seguido a instancia de la recurrente, sobre invalidez, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y otros, se acuerda la devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que el Magistrado de instancia dicte una nueva resolución en la que, con absoluta libertad de criterio, entre a resolver sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

**2693 RECURSO N° 2.351/99**

S. S.

O MANDATO DOS DELEGADOS DE PERSOAL CADUCA CANDO O NÚMERO DE TRABALLADORES NA EMPRESA DEVÉN INFERIOR A SEIS.

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

A Coruña, a dieciséis 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 núm. 2.351/99 interpuesto por “M.G.S.” 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 X.I.I. en reclamación de tutela libertad sindical siendo demandado la “M.G.S.” y el Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 177/99 sentencia con fecha doce de abril 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.- Don X.I.I., con D.N.I. núm..., viene prestando servicios para la empresa “M.G.S.” domiciliada en...-Vigo-desde el 16.11.78 con categoría de “Nivel VI del Grupo 2º” recibiendo un salario mensual incluido el prorrato de pagas extraordinarias de 264.000 pesetas mensuales./ 2º.- El actor con fecha de 16.03.95 fue elegido representante sindical en el centro de trabajo que la empresa demandada tiene en Vigo...,-/ Con fecha de 16 de febrero de 1999 el actor recibió la carta: “Por la presente comunicación pongo en su conocimiento que el próximo día 16 de marzo de 1999 finaliza el plazo de cuatro años de su mandato como Delegado de Personal de esa Sucursal, de acuerdo con lo

establecido en el artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores. Teniendo en cuenta que el número de empleados del centro de trabajo donde Ud. presta sus servicios ha descendido a un número inferior a seis, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 62.1 del citado Estatuto de los Trabajadores, en la indicada fecha de finalización de su mandato dejará de ser Ud. Representante Sindical, ya que esta figura, de acuerdo al citado precepto legal, puede existir en los centros de trabajo que tienen más de seis trabajadores, lo que le comunicamos a los efectos oportunos”. Esta fue contestada por el sindicato CIG con fecha 22 de febrero considerando infundada la pretensión de la empresa. El 11 de marzo la “M.G.S.” remite al demandante la carta siguiente: “En respuesta al escrito que, en nombre suyo, y sobre el asunto de la extinción de su condición de Representante Sindical, nos remitió la Confederación Intersindical Galega por escrito de 22 de febrero de 1999, pasamos a comunicarle lo siguiente: Que toda la argumentación en que el citado Sindicato basa el criterio de que debe usted seguir desempeñando las funciones de Delegado de Personal, se basan en lo previsto en el artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores, artículo que se refiere a otro supuesto completamente distinto al aquí planteado, por ello le comunicamos que, a partir del día 16 de los corrientes consideramos a todos los efectos, extinguida su condición de Representante Sindical en esta empresa y, por tanto, sin los derechos inherentes a tal condición, excepto de los derivados de la que ha ostentado hasta la fecha. Asimismo, remitimos una copia de esta carta a su Central Sindical y otra al Servicio de Elecciones de la Delegación de Trabajo”, que a su vez comunica a la CIG y al Sr. Delegado Provincial de Trabajo”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por don X.I.I., contra la empresa “M.G.S.”, debo condenar y condeno a dicha demandada a que cese de inmediato en su conducta contra la libertad sindical del actor, reponiéndole y reconociéndole en su condición de delegado de personal, hasta que se convoque otras elecciones o por cualquier medio legal deba cesar en dicha condición, debiendo indemnizarle en la cantidad total de DIEZ MIL PESETAS (10.000.-)”.

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

Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima la demanda y condena a la empresa demandada a que cese de inmediato en su conducta contra la libertad sindical del actor, reponiéndole y reconociéndole en su condición de delegado de personal, hasta que se convoquen otras elecciones o por cualquier medio legal deba cesar en dicha condición, debiendo indemnizarle en la cantidad total de 10.000 ptas.

Y contra este pronunciamiento recurre la demandada "M.G.S.", articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en el que interesa la reposición de las actuaciones al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas esenciales de procedimiento, en concreto, lo establecido en el art. 182 de la LPL, en relación con los arts. 127, 177.2 y 177.4 del mismo Texto legal, por entender -como ya alegó en el momento de juicio- que el citado art. 182 de la LPL exige que los procesos que versen sobre determinadas cuestiones, entre ellas "las de materia electoral", deben tramitarse "inexcusablemente", "con arreglo a la modalidad procesal correspondiente", y con los plazos de prescripción y caducidad de la acción correspondientes, según prevé el art. 177.2 de la Ley Procesal.

Y en el presente caso, a su juicio, se está ante un supuesto de carácter netamente electoral, ya que la cuestión debatida versa sobre si el actor, cumplidos los cuatro años de mandato como Delegado de Personal del centro de trabajo de Vigo, para el que fue elegido el 16 de marzo de 1995, debe conservar esta condición hasta que se promuevan nuevas elecciones, o por el contrario, dado que en la Empresa, desde hace aproximadamente un año, el número de trabajadores ha descendido por debajo del mínimo exigido de seis trabajadores para poder tener representación, se ha producido una extinción de dicho mandato con la consiguiente pérdida de las garantías inherentes a tal condición, de modo que el Juzgador de Instancia, en aplicación del art. 177 de la LPL, debió rechazar de plano la demanda presentada indicando que se siguiera el procedimiento regulado en el artículo 127 de la LPL previo proceso arbitral regulado en el artículo 76 del ET. Y al no haberlo hecho así infringió las normas procesales citadas, que tienen como consecuencia la infracción de la tutela judicial efectiva, amparada en el art. 24.1 de la CE, y que le ha producido indefensión al haberse impedido los trámites procesales previos del art. 76 del ET y haberse otorgado al actor plazos procesales más amplios de los establecidos en el procedimiento electoral del art. 127 de la LPL.

**SEGUNDO.-** El motivo es claro que no puede prosperar, pues el objeto del proceso no versa sobre materia electoral (arts. 127 a 136 de la LPL), sino

sobre el desconocimiento empresarial de la representatividad del actor, como Delegado de personal elegido en su día por los trabajadores del centro de trabajo donde presta servicios, por entender la demandada que su mandato se ha extinguido por el transcurso de los cuatro años previsto en el art. 67.3 del ET, al no existir ya posibilidad de promover nuevas elecciones en dicho centro como consecuencia de haber quedado reducida la plantilla del mismo a un número de trabajadores inferior a seis, cuestión ésta que afecta al derecho fundamental a la libertad sindical (arts. 28 CE y 2.2 d) de la LOLS de 2 de agosto de 1985), al haber sido elegido el demandante como representante unitario o electivo (delegado de personal), en la candidatura presentada por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G), lo que supone la afiliación o, al menos, la aceptación de una actividad organizada o promovida por un sindicato (STC 96/96, de 29 de mayo).

**TERCERO.-** Con amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL, formula la recurrente otros tres motivos de suplicación -que han de ser examinados conjuntamente por estar íntimamente ligados - en los que denuncia, en el primero, infracción por aplicación indebida del art. 67 del ET, en relación con el art. 62 del mismo texto legal y art. 3.1 del C.C., por entender que desde el mes de abril de 1997, al haber quedado reducido a tres el número de trabajadores del centro de trabajo, no cabe la promoción de nuevas elecciones por no cumplirse los requisitos exigidos en el art. 62, de manera que la interpretación de la sentencia de instancia infringe lo establecido en el art. 3.1 del C.C. en cuanto prescinde de la finalidad de la norma que no es otra que evitar vacíos de representación hasta que se promuevan nuevas elecciones, pero que resulta inaplicable a los supuestos en que el centro de trabajo y los trabajadores del mismo han perdido la capacidad para tener representación y para promoverlas.

En el segundo y tercero, denuncia infracción de lo establecido en el art. 76 del ET, así como infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en los arts. 13, 14 y 15 de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, todo ello por entender que la empresa sí tiene interés legítimo en comunicar al actor la extinción de su representación por afectar ésta a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y a las garantías inherentes a su condición o no de delegado de personal, sin que ello suponga interferir los derechos sindicales de su empleado, limitándose a expresar su posición en cuanto a los derechos y obligaciones del contrato de trabajo.

**CUARTO.-** El análisis de los anteriores motivos de recurso lleva a la Sala a la conclusión de que deben

prosperar en base a las siguientes consideraciones:

1.- Consta probado y es además un hecho indiscutido que, con fecha 16.03.95 el actor fue elegido representante unitario de los trabajadores (Delegado de personal) en el centro de trabajo que la empresa demandada tiene en Vigo..., habiendo quedado reducido el número de trabajadores de dicho centro -con anterioridad al 16.03.99- a una cantidad inferior a seis, lo que motivó que la empresa le comunicase tal circunstancia, estimando que se había producido la finalización de su mandato de conformidad con lo dispuesto en el art. 67.3 del ET.

2.- En función de lo anterior, debe entenderse ajustado a derecho el criterio sostenido por la recurrente, pues de conformidad con la doctrina sentada por la STC 57/1989, de 16 de marzo, la prórroga del mandato representativo que previene el inciso final del art. 67.3 ET no significa autorizar a los promotores de las elecciones a mantenerla indefinidamente o por tiempo superior al estrictamente necesario al objeto de evitar vacíos de representación; lo que supone que si bien no hay caducidad automática del mandato a su término, tampoco comporta una prórroga por tiempo indefinido ni superior al estrictamente necesario para la promoción y celebración de nuevas elecciones; prórroga ésta sin término cierto pero que -como señala la STSJ de Andalucía-Sevilla de 24 de abril de 1998 (Ac. Lab. nº 1.138)- exige una condición esencial, cual es "la posibilidad de promoción y celebración de esas nuevas elecciones", de modo que no cabe que el representante goce de un mandato ilimitado cuando esa promoción ha "devenido imposible", como así ocurre en el supuesto presente al haber descendido el número de trabajadores del centro de trabajo - donde el actor había resultado elegido- a una cantidad inferior a seis (art. 62. 1 ET), pues en tal caso se produce la caducidad de su mandato.

3.- A la interpretación expuesta no se opone la dicción literal del párrafo último del art. 67.1 del ET cuando establece que los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, pues el precepto se asienta sobre el presupuesto y la finalidad de que continúe existiendo en el centro de trabajo la posibilidad de representación y, por tanto, de promoción y celebración de nuevas elecciones, ya que, en otro caso, la negociación y el acuerdo se convierten el algo imposible e innecesario.

Por ello, la actuación de la empresa, consistente en desconocer la representatividad del actor por entender que se había producido la finalización de su mandato (art. 67. 3 del ET), no puede estimarse

como lesiva del derecho fundamental a la libertad sindical, ni tampoco como una intromisión en el derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes, ya que a la recurrente le asiste un indudable interés en conocer si se ha producido o no la caducidad del mandato representativo que el actor ostentaba, por afectar la subsistencia de dicho mandato a los derechos y obligaciones derivadas de la relación laboral y a las garantías inherentes a su condición o no de delegado de personal, sin que ello hay supuesto interferencia alguna en los derechos sindicales de su empleado. Procede, por tanto, acoger el recurso, revocar la sentencia impugnada y desestimar íntegramente la demanda.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada Mutua General de Seguros, contra la sentencia de fecha 12 de abril de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, con desestimación de la demanda interpuesta por el actor don X.I.I., debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a la referida "M.G.S." demandada.

## **2694 RECURSO N° 2.197/99**

S. S.

OS CONTRATOS TEMPORAIS EN FRAUDE DE LEI NAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS NON DETERMINAN A CONDICIÓN DE FIJO DE PLANTILLA, SE NON A NOVACIÓN DO CONTRATO TEMPORAL EN INDEFINIDO SUXEITO A CONDICIÓN RESOLUTORIA.

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

A Coruña, a dieciocho 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 núm. 2.197/99 interpuesto por doña M.C.S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Orense.

**Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.**- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.S.L. en reclamación de despido siendo demandado SERGAS y doña M.N.F. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 14/99 sentencia con fecha dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

**SEGUNDO.**- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- La actora doña M.C.S.L., vino prestando servicios primero para la Excma. Diputación Provincial de Ourense y luego para el Servicio Galego de Saúde desde el 2 de agosto de 1989, de forma ininterrumpida y sin solución de continuidad, con la categoría de Auxiliar Administrativo, mediante los siguientes contratos: 1.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de agosto de 1989 hasta el 31 de agosto de 1989, en sustitución de la titular E.P.F. por vacaciones. 2.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de septiembre de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1989, en sustitución de la titular de la plaza M.I.G.M. por vacaciones. M.I.G.M., no es titular de la plaza comenzó a prestar servicios el 1 de julio de 1988 mediante un contrato temporal. 3.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de dos meses de duración, desde el 1 de noviembre de 1989 por necesidades del servicio. 4.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de enero de 1990 hasta el 31 de enero de 1990 por necesidades del servicio. La categoría que figura en el contrato es de Operaria, prestando la actora servicios como Auxiliar Administrativa. 5.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de cinco meses de duración, desde el 1 de febrero de 1990 hasta el 30 de junio de 1990 por necesidades del servicio. La categoría profesional que figura en el contrato es Operaria, prestando servicios como Auxiliar Administrativo. 6.- Al amparo del Real Decreto 1.989/84 de fomento de empleo de seis meses de duración con 6 prórrogas sucesivas, desde el 1 de julio de 1990 hasta el 21 de diciembre de 1990. La lista de trabajadores interinos con dicha categoría que continuaron prestando servicios después del 16 de noviembre de 1998 es la siguiente:

Nº Orden	Apellidos y nombre	categoría	vinculo laboral	fecha/alta
1	A.P.J.C.	Aux. adm. J. Grupo	Interino	08.02.90
2	C.R.J.R.	Aux. Administr.	Interino	01.07.96
3	F.C.M.D.	Aux. Adm. J. Grupo	Interino	09.01.92
4	G.P.J.L.	Aux. Adm. J. Grupo	Interino	01.11.90
5	R.G.C.	Aux. Administrativo	Interino	16.05.95
6	S.R.M.C.	Aux. Adm. J. Grup	Interino	01.04.89
7	S.A.R.M.	Aux. Administrativo	Interino	01.08.96

1993. La categoría profesional que figura en el contrato es Operaria, realizando la actora funciones de Auxiliar Administrativo. 7.- Con fecha 1 de enero de 1994 contrato de interinidad por necesidades del servicio como Auxiliar Administrativo, hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice. Dichos contratos por constar en autos se dan por reproducidos. La actora percibía un salario de 155.474 pts, incluida prorrata de pagas extras./ Segundo.- La actora fue transferida al Servicio Galego de Saúde como personal contratado eventual con la categoría de Auxiliar Administrativo, por el Decreto 22/93 de 28 de enero (Diario Oficial de Galicia de 12 de febrero de 1993)./ Tercero.- Por resolución de la División de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde de 14 y 26 de mayo de 1998 se dio por finalizado el proceso selectivo convocado por resolución de entonces Dirección Xeral de Recursos Humanos por la que se convocaba concurso-oposición para el ingreso en las categorías incluidas en la oferta pública de empleo para el año 1995 del personal laboral del Complexo Hospitalario “S.M.N”-“C.G.” de Ourense./ Cuarto.- En fecha 21 de octubre de 1998, por mor de la incorporación del personal que resultó seleccionado, la Dirección del Centro le comunicó que tal circunstancia podría suponer el cese en el desempeño de su prestación de servicios./ Quinto.- En fecha 16 de noviembre de 1998 se le notificó su cese por la incorporación de doña M.N.F., Auxiliar Administrativo, que tomó posesión de su plaza ese día, obtenida en el procedimiento convocado por resolución de 08 de abril de 1996./ Sexto.- El Servicio Galego de Saúde al existir mas plazas vacantes cubiertas por interinos que personas aprobadas en el proceso de selección, para el cese, siguió el criterio de cesar a los interinos mas antiguos, recogido por la instrucción de la Dirección General de Recursos Humanos dictada en fecha 31 de julio de 1997, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducida. En la categoría de Auxiliares Administrativos se excluyó del cese a aquellos trabajadores que ostentaban una Jefatura de Grupo. La relación de trabajadores cesados en esta categoría por orden de antigüedad por obrar en autos se da por reproducida. La actora tiene en la lista el número 3.

Séptimo.- La actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores.- Octavo.- Formulada reclamación previa en fecha 27 de noviembre de 1998, fue desestimada por resolución de fecha 20 de enero de 1999, habiendo presentado la actora demanda ante el Juzgado de lo Social Decano en fecha 4 de enero de 1999.

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

**“FALLO:** Que desestimando la demanda formulada por doña M.C.S.L. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y doña M.N.R., debo absolver y absuelvo a los demandados de la pretensión ejercitada contra ellos por la actora.”

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la actora la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por despido en solicitud de su revocación; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HP 1º ,4º y 8º y denuncia que aquella sentencia infringe, en primer lugar, el art. 3 RD 2.104/84 y doctrina jurisprudencial sobre contrataciones temporales sucesivas y art. 15 E.T. y 6.4 C. Civil, en segundo lugar el art. 8.5 E.T. en relación con el art. 2.2 de la Directiva Comunitaria nº 91/533 CEE del Consejo, de 14.10.91, en tercer lugar la resolución de la D. Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia d e 31.07.97 y el art. 54.1 E.T. y 7 LOPJ, y en último lugar, que viola ciertos derechos fundamentales que concreta.

SEGUNDO.- Postula el recurso que del apartado 1 del H.P. 1º se suprima la frase “en sustitución de la titular E.P.F. por vacaciones”. No procede la revisión. El juzgador de instancia declara probado la suscripción del contrato a que se refiere el H.P. 1º-1 con base al contrato mismo aportado a Autos (f. 115); contrato en el que consta que se suscribe “en sustitución de la titular E.P.F. por vacaciones”, que es lo declarado probado y cuya supresión, por tanto, en absoluto procede; máxime cuando en la propia demanda (hecho 1º-A-1) así también se decía y cuando la prueba que invoca el recurso es inapta para revisar al tratarse de testifical vía acta de juicio, transcrita al folio 172, o de prueba pedida en demanda y no aportada, respecto de la que tampoco consta su específica reiteración en juicio.

TERCERO.- Pide también el recurso que se adicione al apartado 2 del H.P.1º que “no consta que M.I.G.M. sustituyera por vacaciones a la actora”. Tampoco es viable la adición. Aparte de invocarse al efecto meramente prueba pedida en demanda pero no aportada, sin que como en el caso anterior aparezca su específica reiteración en el acto de juicio, lo que se pide incluir como H.P. es un simple “no consta”, que como tal y, en todo caso, a la vista de la documental en que se apoya, insuficiente para revelar error de hecho por parte del juzgador de instancia, hace inviable la revisión.

CUARTO.- Pide la parte recurrente se revise el H.P. 4º de modo que pase a declarar lo literal siguiente. “En fecha 21.10.98, por la Dirección General de la División de Recursos Humanos del Sergas se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo objeto de la oferta pública de empleo del personal laboral del C.H. “S.M.N.” – “Dr. C.G.”, considerando aplicables el contenido de las instrucciones de 31.07.97.- Dichas instrucciones figuran incorporadas a autos teniendo aquí su contenido por reproducido.”

No consta que los criterios de cese que figuran en dichas instrucciones hayan sido comunicados a la actora, por parte de la demandada, como era preceptivo, a tenor del contenido de dicha Resolución.”.

Invocándose al efecto la documental de los folios 112 y 48 y 130 y S.S. y otros, la revisión merece las siguientes consideraciones: a) el HDP 4º de la sentencia recurrida ha de ser mantenido en sus propios términos, pues al folio 112 obra comunicación a la actora en 21.10.98 en el sentido que se recoge en tal hecho. B) No cabe adicionar a mencionado contenido que el Sergas dictó instrucciones para llevar a cabo los ceses... con mención de las instrucciones de 31.07.97, puesto que ello consta suficientemente reflejado en el HDP 6º, que incluso da por reproducida la instrucción de fecha 31.07.97. Cabe, a lo sumo, adicionar al HP, pues así aparece documentado en el proceso (en concreto, folios 127 y 128) que el Director General de la División de Recursos Humanos del Sergas dictó instrucción en 21.10.98 en el sentido de aplicar las instrucciones de 31.07.97 a los ceses derivados de los adjudicatarios de las plazas en el C.H. “S.M.N.”- “Dr C.G.”. Y C) No procede adicionar al HDP 4º que “ no consta que los criterios de cese...”, objeto del último párrafo del texto que se propone como revisión. De nuevo pide la parte que se incorpore a los HDP una mera circunstancia de “no constancia”, que realmente implica un juicio de valor y que en todo caso puede

y debe ser abordado como tal en su lugar oportuno, sin que tampoco necesariamente se deduzca de la documental invocada.

**QUINTO.-** Por último, se pide que el H.P. 8º declare, en sustitución de la sentencia de instancia, lo siguiente. “Interpuesta reclamación previa, la demandada Sergas no ha contestado en el plazo legal, según el apartado 2 del art. 69 de la LPL”. Se invoca la documental del folio 1 y la de los folios 85 y siguientes; pero la revisión resulta inviable en sí misma desde el momento en que en el H.P. impugnado se declaran correctamente las fechas en que fue formulada la reclamación previa, presentada la demanda y desestimada aquélla. Lo que pide la parte en su revisión es realmente valoración de la trascendencia jurídica que ha de tener el hecho de que el Sergas desestimase la reclamación previa en la fecha en que consta lo hizo.

**SEXTO.-** La denuncia que en primer lugar formula el recurso del art. 3 R.D. 2.104/84 y cierta jurisprudencia y del art. 15 E.T. y 6.4 C. Civil se traduce en que, según la parte, desde el primer contrato se aprecia fraude de ley y que, por ello, “siguiendo el criterio jurisprudencial consolidado, mi representada en tales circunstancias ya había adquirido sin duda la condición de trabajador fijo”.

La sentencia recurrida razona adecuadamente sobre el particular al dejar sentado el criterio jurisprudencial reciente en supuestos como el enjuiciado en función del cual no cabe equiparar a la demandante a trabajadora fija de plantilla “condición fijada 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”; concluyendo correctamente a partir de ello que a pesar de las “graves irregularidades cometidas por la Administración al concatenar sucesivos contratos temporales en fraude de Ley... la doctrina antes señalada de nuestro T.S., impide que se le pueda atribuir por dicho motivo el carácter de trabajadora fija de plantilla y por ello la cobertura reglamentaria de la plaza por otra trabajadora que tiene su misma categoría profesional -Aux. Administrativo- y que aprobó el proceso de selección convocado... determina que su cese no pueda ser calificado como un despido...”.

Efectivamente, las irregularidades en los contratos suscritos con la actora en ningún caso propician que su relación con el Sergas pasase a otorgarle la condición legal de fija de plantilla ni impiden el cese por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba; consecuentemente, esto último comprende el proceso integral oportuno, incluyendo los criterios generales fijados para los ceses del

personal no fijo de plantilla cuando existan más plazas vacantes cubiertas interinamente que personas aprobadas en el proceso de selección. El T.S. en sentencias de 20/1 y 21/1, 27/3, 20/4 y 22.09.98 ha dejado establecido que las irregularidades de contratación no determinan la condición de trabajador fijo de plantilla, sino tan solo la de novar el contrato temporal por otro por tiempo indefinido, pero sujeto a la condición de extinción cuando la plaza ocupada se cubra en forma reglamentaria, ya que en otro supuesto se produciría un ingreso en plantilla sin respetar los principios de igualdad de oportunidades, a través de la oferta pública de empleo.

De acuerdo con ello, el motivo se desestima, pues en modo y momento alguno la actora ha ostentado durante su relación con el Sergas la condición de fija de plantilla ni ha consolidado derecho alguno a no ser cesada caso de ser cubierta la plaza que ocupaba en forma reglamentaria; que es lo que considera el juzgador de instancia.

**SÉPTIMO.-** También en orden a derecho se denuncia la infracción del art. 8.5 del E.T., en relación con la Directiva Comunitaria 91/533, de 14 de octubre, en la que se contempla el deber de información al trabajador de los elementos esenciales de su relación de trabajo, cuyo contenido entiende la recurrente que ha sido omitido a lo largo de los años en que prestó servicios, aduciendo las irregularidades habidas, que no “se le ha dado la posibilidad de tener conocimiento de lo que firmaba, habiéndole sido entregada copia de los contratos suscritos, una vez que fue despedida...”. La argumentación no puede admitirse, resultando puramente hipotética; en realidad esencialmente contradictoria con la firma de los diversos contratos que la actora llevó a cabo, de tal modo que no puede deducirse o concluirse que desconozca sus contenidos, lo que en todo caso a ella sería imputable. Tampoco aparece reclamando o denegándosele información alguna durante la relación de servicios.

**OCTAVO.-** Se denuncia también la infracción de la resolución de la D.G. de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia de 31 de julio de 1997, en relación con el art. 54.1 del ET. y 7 de la LOPJ, que se considera producida a la vista del contenido de la carta de precese y de la de cese, pues en la primera sólo se hace una referencia a que la incorporación de los adjudicatarios del concurso-oposición del personal laboral puede dar lugar al cese en los servicios que venían prestando y en la carta de cese nada se añade a la referida comunicación, ya que tan solo se indica que por haber tomado posesión un trabajador nombrado en propiedad se extingue el contrato de trabajo de la actora. Entiende la recurrente, en esencia, que al no existir información

respecto a los motivos del cese y a los criterios en que éste se funda, de acuerdo con las instrucciones contenidas en la resolución referida, la recurrente desconoce el criterio de antigüedad que aplica la Entidad demandada para extinguir los contratos, y desconoce asimismo el contenido de las listas, para poder analizar si dicho criterio se aplicó correctamente...”. El motivo no resulta acogible. La causa del cese de la actora está oportunamente precisada en las comunicaciones habidas, primero con la carta de precese y luego con la de cese (HDP 4º y 5º); y también en las bases previas del concurso de provisión de plazas y en las instrucciones que con carácter general y por derivación del mismo estableció el Sergas, previo acuerdo con las org. sindicales, para determinar el orden en el que habían de producirse los ceses en función de la cobertura de plazas como resultado de concurso-oposición. Se sabe, en suma, que a consecuencia del concurso de provisión de plazas -en que, según puntuiza el Sergas, participó la actora- y al resultar adjudicadas las plazas, los afectados habían de cesar conforme a determinados criterios; así se lo indicó suficientemente a la actora la carta de precese; y ésta conoce o puede conocer las listas de cese, pues consta fueron publicadas en los respectivos tablones de anuncios y en modo alguno es obligado su remisión individual a cada uno de los trabajadores afectados; y cuando se comunica el cese a la actora, se le participa que se debe a cobertura definitiva de su plaza con indicación del trabajador que pasa a ocuparla y que la obtuvo en el procedimiento convocado... ( H.P.5º). De este modo, queda posibilitada debidamente la impugnación de la decisión de cese con las comunicaciones habidas, sin que subyazca en ello la vulneración de las normas que se pretende en el motivo. A partir de ello y consecuentemente, en nada valorable influye, en orden a una debida defensión, la alegación relativa a que también se debía explicitar en las comunicaciones habidas los criterios para el cese de los afectados o las listas, ni lo demás argumentado en el motivo, también objeto de razonamiento al hilo de abordar la última infracción legal que se denuncia.

NOVENO.- Alega el recurso, finalmente, violación de derechos fundamentales, y en especial discriminación. Al hilo de ello, argumenta la recurrente: “En consecuencia, teniendo en cuenta que ni la carta de precese, ni la carta de cese informan adecuadamente a la actora de los motivos por los que fue cesada... y teniendo en cuenta que no se ha aportado la lista de personal interino eventual del Hospital Provincial... ha de concluirse que se han violado los principios constitucionales contenidos en nuestra Carta Magna de legalidad, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, tutela judicial efectiva...”; y también alega discriminación, citando sentencias de T.S y de

Castilla-León y Castilla la Mancha, terminando por afirmar que aquella se produce “por el solo hecho de no figurar en las listas de ceses las personas que figuran en el folio 144 como Jefes de Grupo...”.

La sentencia recurrida argumenta oportunamente en torno a la legalidad del cese de la actora a partir de que la plaza que ocupaba pasó a serlo por persona que la obtuvo en el proceso selectivo reglamentario convocado al efecto; y también razona que al hilo de la cobertura de la indicada plaza, el Sergas no vulneró ningún derecho fundamental de la demandante ni la discriminó. A tal efecto, por una parte, se hace eco el juzgador de instancia de la S. del T.S. de fecha 13.10.97 (Ar. 7.300), que entiende que el criterio de cesar por cobertura reglamentaria de plaza interina a quien más tiempo lleva ocupando una vacante temporal es perfectamente legítimo; y por otra, argumenta que el Sergas no vulneró el criterio de antigüedad en los ceses y que tampoco resulta inadecuado el excluir a los jefes de grupo, lo que se refleja en el H.P. 6º. Argumentación asumible por el Tribunal.

Siendo legítimo el criterio de cesar a los interinos más antiguos, recogido por la Instrucción de la D.G. de Recursos Humanos dictada en 31.07.97, conforme al H.P. 6º: en la relación de trabajadores cesados por orden de antigüedad en la categoría del auxiliares administrativos -la de la actora- se excluyó del cese a aquellos trabajadores que ostentaban un jefatura de grupo, y en la lista así confeccionada la demandante tenía el número 3; asimismo, tras el 16.11.98 (fecha del cese de la actora) continuaron prestando servicios los siete trabajadores interinos que se concretan en el H.P., con la antigüedad y categoría que en él se dice. Así, debe atenderse a los términos de tal H.P., sin que en ningún caso tenga incidencia obstativa en ello la no aportación de los contratos a que se alude en el recurso, pues la antigüedad de los trabajadores afectados la refleja oportuna y fehacientemente las listas elaboradas reglamentariamente; que además así lo declara el referido y no impugnado HP 6º, con el complemento del H.P. 1º en lo relativo a la actora.

Y conforme al mencionado H.P., y sí como dice la sentencia recurrida en su fundamento jurídico -también con su oportuno valor de H.P.- cesaron 23 Aux. Administrativos interinos, el cese de la actora, al ocupar el nº 3 en la lista de los ceses por orden de antigüedad, debe estimarse ajustado a derecho: a) por un lado, puesto que con independencia de las irregularidades habidas en sus contratos -aunque sin que la actora ejercitase acción para declarar su relación indefinida-, nunca tuvo la condición legal de fija de plantilla, debiendo de cesar cuando la plaza ocupada se cubriese reglamentariamente, siéndole por ello también de aplicación al efecto los

criterios generales de cese según mayor antigüedad, acumulada o computada en términos reales y no puramente formales; consta incluso que los interinos no “J.Grupo” que siguieron trabajando tras el 16.11.98 son posteriores también al contrato de interinidad suscrito por la actora, de fecha 01.01.94. B) Por otro lado, la exclusión del cese de los Aux. Administrativos en funciones de jefes de grupo aparece justificada al tratarse de trabajadores con funciones diferentes a las que desempeñan los Aux. Administrativos en funciones propias de tales; además, su cómputo vendría a resultar irrelevante, puesto que como señala la sentencia de instancia “al existir solo un Aux. Administrativo desempeñando funciones de jefe de grupo más antiguo que ella - doña M.C.S.R., 01.04.89- de tal forma que solo podría considerarse indebidamente cesados si se estimase inadecuado el criterio de excluir a los jefes de grupo a los cuatro últimos trabajadores de la lista, al ser solo cuatro trabajadores los que ostentan el cargo de jefe de grupo y que no fueron cesados por dicho motivo”. Tampoco incide el que pueda haber situaciones especiales por derivación de que los titulares en propiedad de la plaza no se incorporara efectivamente por pasar a excedencia, ya que, en su caso, se trataría de situaciones distintas, en las que el titular de aquella no habría llegado a ocuparla. y C) por último, la apelación a una posible discriminación por la normativa interna aplicada en Galicia y en cuanto pueda resultar diferente de la que se aplica en otras regiones tampoco es admisible. El establecimiento de un determinado criterio de cese supone la existencia de una norma objetiva que elimina la posible arbitrariedad y no cabe considerar discriminación por la posibilidad de que serían de aplicación distintos criterios en orden al cese caso de ser prestados los servicios en otra C.A. con normas distintas. Ha de estarse a las normas de aplicación correspondientes a cada supuesto; en el caso de la actora, las ya comentadas.

**DÉCIMO.-** Así pues, la sentencia recurrida, que declara inexistente el despido y ajustado a derecho el cese de la actora, no infringe precepto alguno y ha de ser confirmada. En esencia dado que la actora fue cesada al no tener la condición legal de fija de plantilla y cuando la plaza que ocupaba fue cubierta por la codemandada al obtenerla en propiedad en las correspondientes pruebas selectivas, sin que tampoco en su cese se hubieran obviado la aplicación de los criterios establecidos con carácter general y reglamentario al efecto, de manera que ostenta efectivamente la condición de más antigua que el resto de personal interino de su categoría y función que permanece en activo.

En consecuencia, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.C.S.L. contra la sentencia dictada el día 02.03.99 por el Juzgado de lo Social nº uno de Orense en Autos nº 14/99, tramitados por despido a instancias de la recurrente frente al Sergas y doña M.N.R., confirmamos la sentencia recurrida.

**2695 RECURSO N°  
03/0007551/1996**

S. CA.

**AUTOCONTRATACIÓN DE SOCIO ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE LIMITADA PARA COBRAR AS PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, dieciocho de junio 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 03/0007551/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “L., S.L.”, con D.N.I... domiciliado en... (Boiro), representado por don J.M.D.R.S. y dirigido por el Letrado don M.R.R., contra Resolución de 29.01.96 que desestima el recurso ordinario interpuesto contra otra de 27.02.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S.S. de A Coruña que confirma el acta de infracción nº 1.858/94 (expediente nº 16.200/95). Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 1.002.000 ptas.

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 aprueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 8 de junio 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 29 de enero de 1996 en expediente 16.200/95 y expediente 505/94 (notificada el 7 de febrero de 1996) por la Dirección General de Empleo resolviendo recurso ordinario y contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña de fecha 27 de febrero de 1995 a que se refiere dicho recurso.

La citada resolución desestimó, en efecto, el recurso ordinario interpuesto por "L., S.L." contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña que conformó el acta de origen de las presentes actuaciones e impuso a la interesada la sanción de 1.002.000 ptas. por connivencia con los trabajadores identificados en dicha Acta para la indebida obtención por parte de éstos de prestaciones por desempleo, lo que constituye según la resolución impugnada una infracción muy grave conforme a lo establecido en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril.

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

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 los trabajadores para la obtención por parte de éstos 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 ya se dijo por esta Sala en la sentencia recaída en el recurso substanciado con el número 7.245/96 según se revelaba del acta, -cuya nulidad pretendía el recurrente al amparo de lo dispuesto en el art. 6, párrafo 2º del Real Decreto 1.667/86, al no haber verificado el Inspector de Trabajo los hechos constatados por el Controlador Laboral, sólo así las actas harán fe, salvo prueba en contrario, de conformidad con la Disposición Adicional Vigésimoséptima de la Ley 31/91 de los mentados hechos- al actor, socio al 50% con J.F.Y.T. en la Sociedad "I., S.L." -hoy "L., S.L."-, era Administrador solidario, dándose junto con éste de alta en la Seguridad Social, Régimen General, y celebrando mutuamente contratos temporales, ya que les informaron que podían hacerlos; dicho socio al mismo tiempo realizaba trabajos de pintor de 1ª en la empresa (cooperaba -manifiesta- al objeto social de la persona jurídica), por lo que al cesar la relación laboral tiene derecho -entiende- a la prestación por desempleo, dado que cotizaba por la contingencia de desempleo.

En el particular conviene recordar -se decía- 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 visitas, 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 el segundo motivo de impugnación que se sustancia ha de señalarse, sin embargo, que no obstante ser cierto que legalmente es posible que un ente societario concierte con uno de los socios una relación laboral por cuenta ajena, -tal es el caso del personal directivo y no mero consejero de una sociedad- también lo es que la concurrencia de determinados indicios pueden permitir la inferencia de que tal contratación, existente sólo en el aspecto formal, se hizo de forma simulada y connivente, como procedimiento idóneo, aunque ilegítimo, para propiciar que el socio pueda acceder a las prestaciones por desempleo que, de otra forma, no hubiera podido alcanzar, indicios que aquí concurren, y que por su carácter plural y probado permiten obtener tal conclusión, ya que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto social es la decoración, revestimiento de fachadas, etc. Con participaciones iguales por los dos trabajadores contratados, que ostentaban, a su vez, la condición de administradores, canalizándose su contratación, o mejor dicho, su autocontratación, por la vía de sendos contratos temporales para el fomento de empleo al amparo del R.D. 1.989/89 con duración de seis meses con la categoría, ya referida, de pintor oficial 1<sup>a</sup>, cuya finalización permitió el acceso a las prestaciones por desempleo. Obviamente el ropaje jurídico de la sociedad viene a encubrir una auténtica actividad empresarial de carácter autónomo, en el que la sociedad y la persona de los socios se confunden, por lo que tal circunstancia no autoriza a estimar que el trabajo o actividad laboral prestada por los socios se realice por cuenta y bajo la dependencia de la empresa, revelándose así la contratación utilizada como inadecuada, pues si los trabajadores ostentaban la condición de desempleados, como exige aquel RD que disciplina tal modalidad de contratación utilizada como inadecuada, pues si los trabajadores ostentaban la condición de desempleados, como exige aquel R.D. que disciplina tal modalidad de contratación, a la vez que innecesaria por referirse a funciones o actividad permanente que se confunde con la que es propia de la sociedad a la cual venían dedicándose los socios contratados (máxime si tomamos en consideración el dato de que, como expone en el punto 1.5 de su escrito de 21 de noviembre de 1994, si compró la empresa en diciembre de 1992 no podía cobrar las prestaciones por desempleo hasta agosto de 1993) tal condición no la ostentaba el recurrente, sobre todo si tenemos en cuenta que según se revela del punto 1.3 de su escrito de 21 de noviembre de 1994 por surgir discrepancias con su socio “no tuvo más remedio que abandonar la empresa”, siendo ello un acto voluntario suyo, al que no alcanza ex lege la protección por desempleo, ya que no es el caso de

quien queriendo no puede trabajar, lo que autoriza a concluir, en la línea señalada en el acta de infracción, que estamos en presencia de una contratación inexacta, por simulada, tendente a obtener, a su término, las prestaciones por desempleo. De esta suerte el argumento a la sazón desenvuelto por el recurrente no merece ser aceptado, por cuanto que -a mayor abundamiento- el incorrecto encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social de los socios administradores, que por cierto cambió a raíz de la resolución de la Tesorería de la Seguridad Social de diciembre de 1993, y adquirió rango legal con la Disposición Adicional cuadragésimo tercera de la ley 66/97, de 30 de diciembre, no es óbice a la desestimación del recurso en este punto, ya que al mismo tiempo no se puede ser empresario y trabajador por cuenta ajena, pues faltan -por mucho que le haya informado la Administración, según alegan, que podían hacerlo- las notas características de la ajenidad, la alteridad, etc., en su supuesto contrato laboral, que el art. 1 del ET exige para que el mismo realmente exige.

IV.- Por último se aduce -decíamos- que la empresa también recurrente -en ese recurso como en el presente recurso- no es responsable solidaria, por tratarse la resolución impugnada de un acto administrativo sancionador en el que solo procede depurar responsabilidades del trabajador identificado en el acta origen de las actuaciones como el sujeto infractor en relación con el cual -y no con la empresa- se siguió el procedimiento sancionador, y por tanto, como principal responsable de la infracción imputada es el trabajador y no la empresa, pues como puede verse en todo el expediente se indica que la infracción está tipificada en el art. 30.3.3 de la Ley 8/88 y este artículo se refiere a las infracciones de los trabajadores, llegando incluso a esa conclusión la Dirección General de Empleo en la resolución de fecha 29 de enero de 1996 al dejar sin efecto la responsabilidad solidaria de “L., S.L.” respecto del otro trabajador.

Tal alegato, ciertamente, merece ser aceptado, pues -como en la propia resolución se dice- el nuevo apartado 3.5 adicionado al art. 29 de la Ley 8/88 por el artículo 40 de la Ley 22/97, de 29 de diciembre de medidas urgentes fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, reserva la aplicación de la sanción accesoria -ahora controvertida- al empresario en los supuestos de infracciones muy graves de los empresarios, lo que evidentemente aquí no es el caso. Por ello procede estimar el recurso en parte y dejar sin efecto la responsabilidad solidaria de la misma en los presentes Autos, sin perjuicio, si fuera el caos, de exigírsele la responsabilidad en que hubiere podido

incurrir como empresario a tenor de lo dispuesto en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88.

Los razonamientos expuestos conducen, por tanto, a estimar en parte el recurso interpuesto.

V.- La anterior doctrina deviene aplicable a los presentes autos, pues las consideraciones que se hacen en el considerando tercero no son óbice a las que se hacen en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, aunque en el caso de autos, la sanción venga impuesta a la empresa no en base al art. 30.3.3 sino en base a lo dispuesto en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, por cuanto que si los sujetos infractores son los socios, ellos son los responsables de la infracción imputada a la empresa, y sí la sanción al menos respecto de M.A.O.R. devino en confirmatoria con extinción del derecho al percibo de prestaciones y consiguiente devolución de las indebidamente percibidas, ello no es óbice a exigirle o a que se le haya exigido esa misma responsabilidad sancionadora al otro socio, antes que a la propia entidad como tal, pues de serle exigida igualmente a ésta al menos en el caso de autos podría comportar la vulneración del principio non bis in idem que ha de regir la materia sancionadora igual que en el orden penal, dado que se daría la paradoja de que sendos trabajadores como uno de los elementos subjetivos de la relación laboral resultarían sancionados por connivencia con la empresa y está, constituida por dichos trabajadores, resultaría igualmente sancionada por tal concepto, lo que comportaría el ser doblemente sancionados como trabajadores y como empresa, por lo que éste no parece ser el caso de exigir esa responsabilidad a la empresa recurrente.

En virtud de lo razonado ha de estimarse por conseguido el presente recurso contencioso administrativo.

VI.- 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 estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “L., S.L.” contra Resolución de 29.01.96 que desestima el recurso ordinario interpuesto contra otra de 27.02.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S.S. de A Coruña que confirma el acta de infracción nº 1.858/94 (expediente nº 16.200/95) dictado por DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO; y en consecuencia, debemos declarar la nulidad de la resolución en

cuanto declara la responsabilidad de la empresa por la infracción sancionada, la cual, en consecuencia, queda sin efecto en este particular caso. Sin imposición de costas.

**2696 RECURSO N°  
03/0007658/1996**

S. CA.

ACTIVIDADE CONSTITUTIVA DE TRABALLO POR CONTA ALLEA, PESE A SÚA CUALIFICACIÓN COMO AUTÓNOMO, QUE NON FOI COMUNICADA Á SEGURIDADE SOCIAL A EFECTOS DE ALTA NO RÉXIME XERAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez  
En la Ciudad de A Coruña, dieciocho de junio 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 03/0007658/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “C.M., S.L.”, domiciliado en C/... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don J.F.G., contra Resolución de 01.02.96 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 2.414/93; Expte. nº 14.057/94. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del estado. La cuantía del asunto es determinada en 102.000 ptas.

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 8 de junio 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 del Director General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social desestimatoria de recurso de alzada contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña recaída en el expediente instruido en virtud del acta de inspección núm. 2.414/93, por la que se impone a la recurrente una sanción por importe de 102.000 ptas., en base a no haber comunicado el tiempo y forma el alta en el Régimen General de los trabajadores don J.M.L.L. y don J.B.S.

La citada resolución trae en efecto su origen del acta de referencia levantada a la empresa recurrente, -inspeccionada en fecha 07.10.93 por los Controladores Laborales que en ella se consignan- el 29.11.93 en la que se especifican las circunstancias de trabajo en que se encontraban los seis trabajadores al servicio de la empresa sancionada, entre los que se hallaban don J.M.L.L. y don J.B.S.

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

II.- Alega ciertamente la recurrente en sustancia que, como ya expuso en el escrito de descargas obrante a los folios 4 y 5, don J.M.L.L. y don J.B.S. no son trabajadores por cuenta de la misma, sino que se trata de unos trabajadores autónomos dados de alta en el RETA con fecha 1 de octubre de 1993.

Por otra parte, los informes de los controladores, aún mereciendo la consideración de testimonios cualificados, no tienen el mismo valor que las Actas de la Inspección, por lo que no se dan todos los requisitos que prevé el art. 52.2 de la Ley 8/88.

La tesis argumental de la empresa recurrente no merece, sin embargo, ser aceptada, pues si bien es cierto que don J.M.L.L. y don J.B.S. se dieron de alta en el RETA el día 1 de octubre de 1993, tal solicitud de alta según sello que se estampa en la misma, tiene fecha de entrada en la Tesorería de la Seguridad Social el día 8 de octubre de 1993, esto es al día siguiente de efectuar su visita los Controladores a la empresa, por lo que el hecho de constatar éstos que los citados trabajadores igual que los cinco restantes prestaban servicios para la misma, sin que hubiera diferencia de cometidos, como declararon todos y cada uno de ellos ante los demás y ante el encargado general de la empresa J.C.M.B., de que en el momento de la visita no eran trabajadores autónomos, ha de llevar a la conclusión de que eran trabajadores por cuenta de la empresa, lo que abona incluso el dato de que en la cláusula 2 de los contratos celebrados por don J.M.L. y don J.B. con la empresa recurrente, que obra en el expediente, la empresa se ha responsabilizado del orden de los trabajos, lo que evoca que estos se hacían bajo su dirección por los señores L. y B., deveniendo aplicable al caso la doctrina de nuestro más alto Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la sentencia que se cita de fecha 13 de octubre de 1983 de que la presunción iuris tantum de un contrato de trabajo que establece el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores no se destruye por el hecho de que las partes hayan denominado como autónomo al trabajador sin otro indicio que confirme la realidad de tal denominación y de los contratos de obras que figuran en el expediente administrativo (cláusula 2º) se desprende que tales trabajos se realizaban por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de "C.M., S.L.".

Por otro lado en relación con la presunción de que gozan las actas de Inspección, aunque fueran extendidas por los Controladores, desde el momento en que se verifiquen por los Inspectores gozan de presunción de certeza y siempre que reúnan los requisitos previstos en el art. 52.1 de la

LISOS, presunción que no resulta enervada por la mera alegación -que no acreditación- de que tales requisitos no se han observado.

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

III.- En el presente caso no son de apreciar, sin embargo, 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 "C.M., S.L." contra Resolución de 01.02.96 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 2.414/93; Expte. nº 14.057/94 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2697 RECURSO N°  
03/0007710/1996**

S. CA.

INTERPRETACIÓN DO ART. 73 DA LEI XERAL DE SEGURIDADE SOCIAL DE 1974 A EFECTOS DA DETERMINACIÓN DAS BASES DE COTIZACIÓN E OS CONCEPTOS QUE A INTEGRAN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, dieciocho de junio 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 03/0007710/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.R.C.R., con D.N.I..., domiciliado en C/... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don A.S.A., contra Resolución de 07.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de liquidación nº 514/94; Expte. nº 10.046/95. 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 8 de junio 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 del Director General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social en relación con el expediente número 10.046/95, en la que se desestima el recurso ordinario interpuesto por la empresa recurrente en relación con el levantamiento del acta de liquidación núm. 514/94, por descubierto de cotización en el período consignado en la misma.

La citada resolución trae en efecto su origen del acta de referencia levantada a la empresa recurrente, -inspeccionada por el Inspector señor O., tras su visita a la misma el día 9 de junio de 1992-, en 1994 por la Controladora Laboral E.H. por las diferencias de cotización a la S.S. correspondientes al período enero de 1992 a enero de 1994, al entender –dice la recurrente- que eran cotizables los conceptos que figuraban como mejoras voluntarias algunos meses en las nóminas de los trabajadores.

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

II. Alega ciertamente la recurrente que de esa suerte se ha infringido los apartados a), c) y d) del art. 73 de la LGSS que excluye de la base de cotización las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición de prendas de trabajo, pues según advierte la misma es una cafetería restaurante en la Residencia de Ferrol, que implica desplazamientos, cobros, útiles de ropa adecuada, que se mantiene por el trabajador, etc., y que justifican su abono en tal concepto, motivando sin embargo la pluralidad de conceptos su tratamiento global y la denominación de los mismos como mejora para evitar múltiples denominaciones y porque en realidad no se encontraban previstas en convenios.

Tales percepciones –añade- no se percibían todos los meses, dependiendo por tanto su efectividad de las circunstancias del trabajo, según se deduce de las hojas salariales que acompañan.

La corrección de ello es tan clara que en la Inspección de 1992 así se estimó, pues cuando se le explicó el concepto lo consideró adecuado.

Que en ninguna circunstancia procede el recargo del 20% pues se actuó en todo momento con el convencimiento de que la cotización era improcedente.

La tesis argumental de la empresa recurrente no merece, sin embargo, ser aceptada, pues si bien es cierto que la Ley General de la Seguridad Social de 31 de mayo de 1974 establece en su art. 73 unas excepciones a la regla general de cotización a la SS., tales excepciones constituyen una enumeración exhaustiva y cerrada, consecuencia de lo cual en caso de que se pretenda excluir de la base alguna cantidad por tales conceptos, deberá establecerse de modo expreso en cual de ellos tal cantidad se incluya, sin que sea válida una denominación global y genérica de los mismos, por cuanto que las

excepciones a la regla, por exigencias del principio de igualdad que ha de inspirar su aplicación, han de interpretarse de modo restrictivo.

Es cierto en el caso de autos que la recurrente pretende abonar su pretensión en que procedió siempre con el convencimiento de que tras la Inspección de que fue objeto de 1992 actuaba correctamente; sin embargo no consta en el expediente que existiera una comprobación de nóminas y documentos de cotización, aparte de que la no detección de una irregularidad no supondría aceptación de la misma por la Administración.

Por otro lado aún admitiendo que en base a las excepciones del art. 73 la recurrente no tuviera la obligación de cotizar por tales conceptos –pues así el precepto lo establece-, no basta con alegar la norma, sino que es menester acreditar que se da el presupuesto de hecho, a cuya realización se condiciona la aplicación de la misma, y ese presupuesto de hecho, no obstante precisar en que consiste, ciertamente no lo acredita, por cuanto que, pese alegar que tales retribuciones no se percibían todos los meses, dependiendo por tanto de la efectividad de las circunstancias del trabajo según se deduce de las hojas de salarios que se acompañan, éstas en realidad no se adjuntaron a la demanda y tampoco existen incorporadas al expediente administrativo, renunciando de esta suerte ya en vía administrativa la recurrente a la prueba de tal presupuesto, y al no acreditarse el mismo la excepción a la regla no puede desplegar su eficacia, por lo que no sólo las diferencias de cotización que se reclaman sino también el recargo como consecuencia del incumplimiento que comporta su no ingreso devienen conforme a Derecho.

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

III.- En el presente caso no son de apreciar, sin embargo, 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 J.R.C.R. contra Resolución de 07.02.96 desestimatoria de R. ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de liquidación nº 514/94; Expte. nº 10.046/95

dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

## **2698 RECURSO Nº 1.821/99**

S. S.

NOS CASOS NO QUE O CONTRATO TEMPORAL VENCE ANTES DA DECLARACIÓN XUDICIAL DECLARANDO A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO, ADEMAIS DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN, CORRESPONDE TAMÉN A INDEMNIZACIÓN POLA PERDA DO POSTO DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

A Coruña, a veintitrés 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 1.821/99, interpuesto por el letrado doña M.V.C., en nombre y representación de doña M.V.P.G., contra sentencia del Juzgado de lo Social N° uno de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos N° 776/98 se presentó demanda por doña M.V.P.G, sobre despido, frente a “U.M.O.”, “E.T.T., S.A.” (“U.E.T.T., S.A.”) y a “A.S., S.A.” En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 12 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.-** Que la actora inició su relación laboral con la empresa de Trabajo Temporal el veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho, firmando contratos eventuales sucesivos de acumulación de

tareas al amparo de la Ley 14/94, art. 6.2.b), para prestar servicios en el Supermercado “H.” de Riveira, del que es titular la empresa usuaria “A.S., S.A.”: desde el veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho al tres de mayo de mil novecientos noventa y ocho por acumulación de tareas debido a la apertura del “C.C.H.”, estableciéndose que la jornada sería de 20 horas/semana, de 10 a 14 h. ó de 16 a 20 h. de lunes a sábado, las funciones a realizar serán las de “atención al público y pesado de productos” y el período de prueba será de dos días. Desde el cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho al diez de mayo de mil novecientos noventa y ocho: acumulación de tareas debido a la apertura del “C.C.H.”, jornada de 40 horas semanales, de 10 a 14 h. y de 16 a 20 h. de lunes a viernes, las funciones serán “atención al público y pesado de productos” y el período de prueba tres días. Desde el once de mayo de mil novecientos noventa y ocho al veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y ocho: un nuevo contrato con las mismas características que los anteriores. Desde el veinticinco de junio de mil novecientos noventa y ocho al veintisiete de junio de mil novecientos noventa y ocho: acumulación de tareas por la afluencia de público motivada por la temporada de verano, jornada de 30 horas semanales de 14 a 20 h. de lunes a viernes, las funciones iguales que en los anteriores contratos y el período de prueba de un día. Desde el uno de julio de mil novecientos noventa y ocho al treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho: acumulación de tareas por la afluencia de público motivada por la temporada de verano, jornada de 10 a 15 h. de lunes a sábado, 30 horas semanales, iguales funciones y un período de prueba de 31 días. Desde el siete de septiembre de mil novecientos noventa y ocho al veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y ocho: acumulación de tareas debido al inicio de las vacaciones de varias personas de plantilla, iguales funciones y diez días de período de prueba. Desde el uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho al veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho: acumulación de tareas por refuerzo de vacaciones, 40 horas semanales y 29 días de prueba. **SEGUNDO.-** Que en todos los casos “U.E.T., S.A.” y “A.S., S.A.” suscribieron los correspondientes contratos de puesta de disposición. **TERCERO.-** Que en fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y ocho “A.S., S.A.” comunicó mediante carta a “U.E.T.T., S.A.” que en fecha seis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho consideraba extinguido el contrato de puesta de disposición firmado en fecha dieciseis de septiembre de mil novecientos noventa y ocho por el cual había suscrito la Empresa de Trabajo Temporal contrato de trabajo con la actora, por cesar la causa que motivó dicho contrato.

CUARTO.- Que en fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho la actora sufrió un accidente al cortarse con la máquina de cortar fiambre, siendo asistida en el Centro de Atención primaria de Riveira por herida incisa en el dedo índice, practicándose limpieza, desinfecciones y aproximación de bordes e inyectándosele una dosis de vacuna antitetánica. QUINTO.- Que la encargada del centro de trabajo manifestó a la actora el dos de noviembre de mil novecientos

noventa y ocho que no volviera, presentándose la actora al día siguiente con un testigo, manifestándose por la encargada que estaba despedida porque tenían que reducir personal, siendo dada de baja la actora en la seguridad social el seis de noviembre de mil novecientos noventa y ocho. SEXTO.- Que la actora percibía un salario mensual de setenta y nueve mil trescientas ochenta pesetas (79.380 pts.), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.

SÉPTIMO.- Que el personal de la sección de charcutería de la empresa “A.S., S.A.” en la localidad de Riveira, en la que la actora prestaba servicios, disfrutó de vacaciones en los siguientes períodos:

APELLIDOS Y NOMBRES	Nº DÍAS	PERÍODOS
M.J.S.A.	28	15.06.98 al 29.06.98
M.S.R.R.	26	01.10.98 al 09.10.98
M.O.F.	24	13.05.98 al 27.05.98
RC.Q.	24	16.09.98 al 30.09.98
MT.D.G.	24	01.09.98 al 15.09.98
S.O.F.	26	21.09.98 al 16.10.98
T.P.M.	26	01.06.98 al 15.06.98
M.C.B.P.	26	Pagadas al finalizar el contrato

OCTAVO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese. NOVENO.- Que la actora presentó la correspondiente papeleta de demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, en fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, celebrándose el correspondiente acto en fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, con el resultado de celebrado sin avenencia con respecto a “U.E.T.T., S.A.” y de intentado sin efecto con respecto a “A.S., S.A.”, por incomparecencia de la misma”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña M.V.P.G., contra la empresa Unidad de Mantenimiento Ocupacional “U.E.T.T., S.A.”, debía de declarar y declaraba la improcedencia del despido de la actora, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a que le abone la cantidad de setenta y nueve mil ochocientas setenta pesetas (79.870 pts.), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha de extinción del contrato y desestimando la demanda en cuanto a la mayor antigüedad y salario regulador reclamados, debía de absolver y absolvía a la demandada de los citados pedimentos y desestimando la demanda formulada

contra la empresa “A.S., S.A.”, debía de absolver y absolvía a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma. 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 estima en parte la demanda de la actora y declara la improcedencia de su despido, condenando a la demandada Unidad de Mantenimiento Ocupacional “U.E.T.T., S.A.” a que le abone la cantidad de 79.870.- pts. en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha de extinción del contrato, desestimando la demanda en cuanto a la mayor antigüedad de la actora en la empresa.

Recurre la parte actora, insistiendo en que se condene solidariamente a las codemandadas, esto es, también a la empresa usuaria “A.S., S.A.”, y para que, además del pago de los salarios de tramitación, previa opción del empresario, se le abone la indemnización legal establecida para el caso de improcedencia del despido. A tal efecto denuncia la infracción del art. 6 de la Ley 14/94, de 1º de junio, que regula las empresas de trabajo temporal, argumentando que se exige una situación de incremento de trabajo que justifique mayor aportación de mano de obra, presupuesto que no se

da en el supuesto de autos, por lo que la antigüedad de la actora debe computarse desde el primer contrato suscrito, el 29.04.98; infracción del art. 1 y del 15.3 E.T., art. 3 del R.D. 2.596/94, en relación con el art. 6.4 y 7.2 del C.C., aduciendo que se hizo uso inadecuado del contrato eventual por acumulación de tareas para cubrir vacantes temporales por vacaciones, de modo que los dos últimos contratos, el de 07.09.98 y el de 01.10.98, fueron celebrados en fraude de ley y se convierten en indefinidos; por último, denuncia la aplicación indebida de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias del T.S. de 29 de enero y 28.04.97 y de 14.04.98, para sostener que al declararse la improcedencia del despido, la indemnización no debe limitarse a los salarios de tramitación, sino que debe comprender también la indemnización propiamente dicha por la pérdida del puesto de trabajo.

**SEGUNDO.-** El motivo referente a que se acoja como antigüedad de la actora la del primer contrato, es decir, desde el 29.04.98, no puede prosperar, ya que, como razona con acierto el Magistrado de instancia, existió una interrupción en la contratación entre el 23.05.98 y el siguiente contrato que se celebra el 25.06 del mismo año, lapso temporal superior al plazo de caducidad de 20 días señalado para el ejercicio de las acciones de despido, por lo que estaríamos en uno de los supuestos en que procede examinar solamente los últimos contratos viciados por algún defecto sustancial (en tal sentido, sentencia del T.S. de 29.05.97, Ar. 4.473), sin olvidar tampoco que, como dice la sentencia recurrida y nada opone la parte recurrente, nada cabe objetar a la regularidad de los contratos eventuales suscritos el 25.06 y el 01.07 de dicho año.

Tampoco debe prosperar la segunda denuncia relativa al fraude de ley de los dos últimos contratos celebrados, porque la inadecuación del contrato de acumulación de tareas para cubrir las incidencias de las vacaciones de otro personal ya fue razonada por la sentencia de instancia -con independencia de que se comparta o no tal criterio, al no ser combatido de contrario- y la utilidad de la declaración que se pretende ya está cubierta por el mismo razonamiento judicial que, al final del fundamento jurídico primero, señala que debe fijarse la fecha de antigüedad de 07.09.98.

Triunfa, en cambio, la última denuncia puesto que el juzgador infringe claramente la doctrina legal emanada en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, al acoger la tesis de un voto particular, pues doctrina legal la constituye el criterio mayoritario de la Sala y no el de los Magistrados que discrepan, por más razonable que parezca su postura. Pues bien, a partir de la sentencia dictada en Sala General en 29.01.97 (Ar. 641), y

remitiéndonos a la argumentación “in extenso” allí recogida, en los casos en que el contrato temporal vence antes de la declaración judicial declarando la improcedencia del despido, además de los salarios de tramitación, corresponde también la indemnización por la pérdida de puesto de trabajo, al haber desaparecido la posibilidad de cumplir la obligación alternativa de readmisión establecida en el art. 56 del E.T.-

**TERCERO.-** Por todo ello procede estimar en parte el recurso interpuesto por la actora y señalar la indemnización correspondiente a la pérdida del puesto de trabajo, tomando como fecha de antigüedad para el cómputo de los servicios la de 07.09.98.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación formulado por doña M.V.P.G. contra la sentencia de fecha 12.02.99, dictada por el Juzgado de lo Social N° uno de los de Santiago de Compostela, en autos instados por la recurrente frente a “U.E.T.T., S.A.”, sobre despido, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida para condenar también a la empresa “U.E.T.T., S.A.”, a que, además de los salarios de tramitación señalados, le abone una indemnización que, salvo error u omisión, alcanza el importe de CIENTO CINCUENTA MIL OCHOCIENTAS VEINTIDÓS (150.822.-) PESETAS.

**2699 RECURSO N°  
03/0007557/1996**

S. CA.

**SIMULACIÓN DE CESAMIENTO LABORAL  
POR CONIVENCIA ENTRE A EMPRESA E A  
SÚA SOCIA-TRABALLADORA PARA  
LUCRAR PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco Javier D' Amorín Vieitez

En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de junio 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 03/0007557/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "M.C., S.L.", domiciliado en C/... (A Coruña), representado por don J.M.G.M. y dirigido por el letrado don J.L.C., contra Resolución de 21.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de liquidación nº 302/95; Expte. nº 16.545/95. 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 15 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

#### **Fundamentos de derecho**

I.- Las resoluciones que aquí se impugnan, imputaron a la empresa recurrente la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88 de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones de Orden Social, consistente en la connivencia con el trabajador para la obtención de prestaciones por desempleo.

La recurrente viene a argüir que no existiera simulación de contratación, y que la Inspección partiera de meras suposiciones, y no acreditara, como era exigible, el carácter no laboral de la relación de la trabajadora con la empresa societaria, sin que fuera suficiente para presumir esa falta de

relación laboral la circunstancia de que en aquella persona coincidiese la doble condición de trabajadora y accionista de la sociedad, hecho que carecía de transcendencia al tratarse de una sociedad capitalista, que excluía el trabajo como forma de aportación, y que, en todo caso, incumbía a la Administración acreditar, lo que no hiciera, que la aportación de aquella socia estaba constituida por la prestación de servicios. Añade que el contrato laboral fuera presentado ante el INEM que, lejos de rechazarlo, le diera el visto bueno y procediera a su registro.

II.- Para la adecuada resolución del recurso, ha de partirse de los hechos fijados en el acta, que han de tenerse por probados en atención a la presunción de certeza o veracidad de que gozan las actas de la Inspección, no enervada por contraprueta de la recurrente.

La sociedad limitada recurrente se constituyó en escritura de 19 de enero de 1989, conformándola los dos cónyuges que aparecen identificados en el acta, don M. y doña M.V., suscribiendo participaciones sociales por importe de 3 y 1 millón de pesetas, respectivamente, en pago de los cuales, aportaron los bienes gananciales que se especifican en el acta de infracción.

En fecha 14 de marzo de 1989, la sociedad celebra con doña M.V. un contrato de trabajo por tiempo indefinido, con categoría profesional de auxiliar administrativo.

En fecha 30 de diciembre de 1992, doña M.V. es despedida por la empresa por incumplimientos contractuales, solicitando la misma ante el SMAC la celebración de acto de conciliación.

En fecha 27 de enero de 1993, la empresa, representada por el referido don M. y doña M.V. celebran acto de conciliación, en el que la empresa reconoce la improcedencia del despido y opta por la indemnización.

En esa misma fecha, doña M.V. solicita la prestación por desempleo, que le es reconocida por el período 28.04.94 a 27.03.94, y posteriormente solicita el subsidio por desempleo, que le es también reconocido por el período 28.04.94 a 27.04.96.

Pues bien, con fundamento en tal soporte fáctico, la Controladora Laboral actuante infirió que "no había existido relación jurídica laboral alguna durante el período de 14.03.89 a 30.12.92, por cuanto en la prestación de servicios llevada a cabo por esta última, no se dan las notas de ajeneidad y dependencia que caracterizan el contrato de trabajo, al ser socia de la empresa, junto con su marido, y al

ser los bienes aportados por ambos a la sociedad de gananciales”, por lo que había que concluir que “simularon un contrato de trabajo con la finalidad de que esta última obtuviera, fraudulentamente, una prestación por desempleo que de otro modo no hubiera obtenido al no tener la relación carácter laboral”, estimando que los hechos integraban la infracción tipificada en el art. 29.3.3 de la Ley 8/88.

Por el contrario, el Inspector que autorizó el acta y las propias resoluciones recurridas, subsumieron los hechos en la infracción tipificada en el art. 29.3.2.

III.- De los términos del acta, se desprende que el órgano sancionador operó con la prueba de indicios.

Sobre la prueba de indicios, se tiene dicho que una cosa es que la presunción de certeza o veracidad a que se refiere el art. 52.2 de la Ley 8/88 no pueda extenderse a las simples impresiones, deducciones, juicios de valor o calificaciones jurídicas que pueda hacer el funcionario actuante, y otra muy distinta es la idoneidad, como prueba de cargo, de las presunciones o indicios que permita dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción. Como se dijo ya en otras ocasiones, no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio. Valga como cita dos sentencias del TC 62/94 de 28-II y 133/95 de 25-IX.

En el presente caso, cumple hacer las siguientes consideraciones que resultan del análisis de aquellos indicios:

Por la forma en como la sociedad limitada recurrente se constituyó (los cónyuges como únicos socios, poseyendo ambos el efectivo control de la empresa a través de la titularidad de las participaciones sociales, la vinculación de los bienes gananciales a la sociedad, con cuya aportación se realiza el pago o desembolso de las participaciones suscritas por ambos socios), o la propia circunstancia de que la sociedad recurrente no haya acreditado la tenencia de empleados, permiten concluir que se está en presencia de una sociedad familiar de corte capitalista en lo formal,

que vino a encubrir con dicho ropaje societario una actividad empresarial de carácter autónomo, en el que la sociedad y la persona de los dos socios se confunden, circunstancia que no autoriza a estimar que el trabajo prestado por uno de los socios se realice por cuenta y bajo la dependencia de la empresa societaria, o lo que es lo mismo, que resultaba innecesario recurrir a la figura del contrato de trabajo para confirmar o legitimar dicha actividad, como también es inútil el despido operado, sin que, por cierto, hubiera acreditado la recurrente la cobertura de aquel puesto de trabajo, despido ficticio e inidentificado en su aspecto causal, dada la mera referencia genérica a “incumplimientos contractuales”, sólo explicable por la connivente actuación tendente a propiciar que aquella persona accediese a las prestaciones por desempleo, para lo que la contratación previa, claramente simulada e incursa en fraude de ley, sirvió de presupuesto necesario e ineludible para acceder y cubrir el período de tiempo necesario de carencia que propiciase la posterior percepción de las prestaciones por desempleo.

En definitiva, dichos indicios se estiman como suficientes e idóneos para, a través de un juicio racional y lógico, inferir aquel hecho-consecuencia sobre el que se sustancia la infracción imputada, esto es, que la empresa recurrente y la socio-trabajadora, en connivencia, simularon un cese laboral, vía despido, existente solo en el aspecto formal, como procedimiento idóneo, aunque ilegítimo, para posibilitar el acceso a las prestaciones por desempleo, que de otra forma no hubiera podido alcanzar.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

IV.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

#### Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “M.C., S.L.” contra Resolución de 21.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 302/95; Expte: 16.545/95 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2700 RECURSO N°  
03/0007608/1996**

S. CA.

NON INCLUIR OU INGRESAR EN TEMPO E FORMA AS CANTIDADES PERCIBIDAS MENSUALMENTE POR UNHA TRABALLADORA A EFECTOS DE COTIZACIÓN POR PLUS DE ACTIVIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez  
En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de junio 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 03/0007608/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "S., S.A.", domiciliado en C/... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don M.S.S., contra Resolución de 21.01.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 874/95; Expte. nº 20.052/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 60.000 ptas.

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 15 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

#### **Fundamentos de derecho**

I.- El presente recurso jurisdiccional tiene por objeto la impugnación de la multa que le fue impuesta por importe total de 60.000 ptas. por la vulneración del art. 14.1.15 de la LISOS al no incluir o ingresar en tiempo y forma las cantidades percibidas mensualmente por una trabajadora a efectos de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, en concepto de Plus de Actividad correspondiente al período de enero a diciembre de 1993, estimando la Entidad recurrente y a ello se centra el presente recurso que se debió a un error involuntario o falta de intencionalidad al no hacer el oportuno ingreso por cuanto creía como acredita al consignar en la hoja salarial una fuerte subida salarial a dicho trabajador no estaba obligada a cotizar por dicha cantidad no pretendiendo aludir la cotización por dicho Plus.

II.- Evidentemente de lo actuado no se acredita la existencia del error o falta de intencionalidad pues en otro caso hubiera corregido a su debido tiempo el posible despiste o falta de voluntariedad de ingresar la cantidad que por plus de actividad estaba obligado a cotizar por lo que no cabe otra interpretación distinta a los efectos de una posible cotización al R.G. de la S.S. por dicha trabajadora, en cuantía inferior.

III.- Es por consiguiente después de la visita y acta de infracción cuando el recurrente efectúa el ingreso de las cuotas cuando verifica la legalización de las mismas, por ello hemos de entender que alegar el art. 31.5 del párrafo segundo de la L.G. de la S. Social de 1994 modificada por la Ley sobre Política Económica, medidas fiscales y de Orden Social de 30 de diciembre de 1994 establece que en el caso de que las sanciones procedan por las infracciones se reducirán al 50 por 100 de su cuantía de una forma automática siempre que el infractor manifieste su conformidad y cumpla sus obligaciones en el plazo que se fije, lo cual no es aplicable al caso de autos por cuanto el acta de infracción tuvo lugar el 3 de mayo de 1995 y realizó el ingreso posterior de las diferencias de las bases de cotización por el concepto de plus de

actividad en debida forma el 22 del mismo mes y año, por lo que no puede acogerse a la bonificación cuando notificados, interpone alegaciones y pliego de descargos el 24 de mayo del mismo año no dando su conformidad al acta de infracción por lo que no procede la revocación del acto recurrido y menos cuando la actuación inspectora tuvo en cuenta la graduación de la sanción lo que establece el art. 36 de la LISOS para la infracción grave cometida.

IV. No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "S., S.A." contra Resolución de 22.01.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 874/95; Expte. 20.025/95 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2701 RECURSO Nº  
03/0007627/1996**

S. CA.

DAR EMPREGO A PERCEPTOR DE PRESTACIÓN POR DESEMPEGO SEN TELO DADO DE ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL ANTES DE INICIAR A RELACIÓN LABORAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco Javier D' Amorín Vieitez

En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de junio 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 03/0007627/1996, pende de resolución

ante esta Sala, interpuesto por L.F.F.G., con D.N.I... domiciliado en... (Orense), representado y dirigido por el letrado don J.C.M., contra Resolución de 23.01.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Orense sobre acta de infracción nº 322/95; Expte. nº 16.938/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 ptas.

**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 15 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

**Fundamentos de derecho**

I.- Frente a las resoluciones recurridas que ratificaron la imputación al empresario recurrente la comisión de la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, en su submodalidad comisiva de "dar ocupación a trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral", esto es, el tipo infraccional resultante de la reforma introducida por la Ley 22/93 de 29 de diciembre, se alega por el recurrente, como único motivo del recurso, que el mismo día de la visita de la Inspección al centro de trabajo (8 de febrero de 1995), procediera a dar de alta a la trabajadora en la Seguridad Social, fecha que coincidía con la de inicio de la relación laboral, como así expresaba el

acta de infracción, por lo que no era de apreciar la infracción imputada.

II.- En el tratamiento del motivo aducido, ha de tenerse en cuenta que al tiempo de comisión de la infracción imputada, la configuración de esta quedara afectada por la aludida reforma que dio nueva redacción a las dos modalidades de infracción tipificadas en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, describiéndose la submodalidad comisiva de que aquí se trata como: “dar ocupación a trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral”, reforma que, a su vez, supuso la derogación del art. 16 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1996, cuyo art. 17.2 otorgaba al empresario el plazo de cinco días para proceder a dar de alta en la Seguridad Social al trabajador que iniciara la relación laboral, supresión de plazo que vino a confirmar la O.M. de 17 de enero de 1994 sobre presentación de solicitudes de afiliación y altas de los trabajadores en la Seguridad Social, que establece en su art. 1 que las solicitudes de alta deberán formularse con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios por el trabajador, disposición que entró en vigor el 1 de febrero de 1994, en tiempo anterior, por tanto, a la fecha de comisión de la infracción aquí imputada.

Siendo ello así, ya se comprende que la infracción de referencia se comete por la circunstancia de dar empleo a trabajador titular o perceptor de prestaciones por desempleo cuando no se le haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral, por lo que tal infracción admite tanto la forma dolosa, que se produce cuando el empresario conoce la condición de percepto de prestaciones por desempleo del trabajador que contrata y no le da de alta en la S.S. como la forma culposa, integrada por el doble elemento del incumplimiento de un deber normativo referido a la obligación de dar de alta al trabajador en la Seguridad Social en tiempo anterior al inicio de la relación laboral, y el psicológico o subjetivo, integrado por el poder saber que con tal comportamiento negligente se puede propiciar el riesgo previsible de que un trabajador compatibilice la actividad laboral con el percibo de tales prestaciones, resultado no querido por el Ordenamiento Jurídico.

III.- Pues bien, en el presente caso, en el acta de infracción se hizo constar que girada visita al centro de trabajo a las 12,10 horas del día 8 de febrero de 1995, tanto la trabajadora como el cónyuge del recurrente, reconocieran a la Inspectora actuante

que la primera comenzara a prestar servicios a la empresa ese mismo día a las 10 de la mañana; que con posterioridad a la visita, sobre las 12,45 horas, la Inspectora contactara con la Dirección Provincial del INSS, informándosele que “aún no se había solicitado el alta de la citada trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social por parte de la empresa”, siendo así que la misma era perceptora de prestaciones por desempleo, y que citada la empresa ante la Inspección, se comprobara que el parte de alta figuraba como fecha a tales efectos la de 9 de febrero de 1995.

Siendo ello así, ya se comprende que los referidos datos fácticos, amparados por la presunción de acierto de que gozan las actas de la Inspección, no destruida por prueba en contrario, vienen a poner de relieve la concurrencia de los elementos que configuran la citada infracción, pues con quedar acreditado que el recurrente incumplió la obligación de comunicar el alta de la trabajadora con carácter previo al inicio de la relación laboral, aquellos indicios que recoge el acta, por su variedad o multiplicidad, y su concordancia con los requisitos que deben preceder a la contratación de trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo, permiten deducir que la omisión o incumplimiento de aquel deber de dar de alta a la trabajadora en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral, no tuvo otra finalidad que la de ocultar la situación laboral de la trabajadora, propiciando la compatibilidad del percibo de prestaciones por desempleo con la actividad laboral, circunstancia que se trató de corregir o enmendar una vez que la empresa se vio sorprendida por la visita de la Inspección, y sabido es que no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, como aquí ocurre, suficientemente acreditados.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

IV.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por L.F.F.G. contra

Resolución de 23.01.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Orense sobre acta de infracción nº 322/95; Expte. nº 16.938/95, dictada por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2702 RECURSO N°  
03/0007678/1996**

S. CA.

INCUMPRIMENTO EMPRESARIAL MOI GRAVE DO INGRESO DAS COTAS DE SEGURIDADE SOCIAL QUE LLE CORRESPONDÍAN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez  
En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de junio 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 03/0007678/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "E.C.,S.A." domiciliado en... (Pontevedra), representado por don L.S.G. y dirigido por el letrado don J.L.P.V., contra Resolución de 17.01.96 que declara la inadmisibilidad del recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Pontevedra-Vigo sobre acta de infracción nº 2.819/90; Expte. nº 2.819/90. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 2.000.001 ptas.

**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 15 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

**Fundamentos de derecho**

I.- Como cuestión previa hemos de incidir en la necesidad de analizar si procede o no estimar la causa de inadmisibilidad interpuesta por el Abogado del Estado a tenor del art. 40.a) de la Ley Jurisdiccional en cuanto el recurrente promovió recurso de alzada contra la resolución de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo de 10.01.96 contra otra dictada el 4 de diciembre de 1991 notificada el 29.01.92 interpuso el mismo el 26 de febrero de 1992 dándole un plazo de 15 días hábiles si bien es evidente que transcurrieron más de 9 días para ejercitar su derecho a recurso, sin embargo al entrar a resolver sobre el fondo del asunto por razones de tutela judicial y efectiva hemos de estimar el recurso entrando a analizar el tema sometido a debate judicial.

II.- La cuestión principal se centra en el hecho de que a juicio del recurrente no se cometió la infracción definida como muy grave a que hace referencia el art. 15.2 de la LISOS por cuanto ha de limitarse a aplicar lo dispuesto en el art. 14.1.5 de la misma y calificar los hechos como graves en su grado mínimo e incluso su exoneración dada la situación de crisis y extraordinaria que atravesaba la empresa, sin embargo, hemos de tener en cuenta que para poder calificar como infracción grave es preciso de una parte que se de tal situación extraordinaria de la empresa cuestión no acreditada, y de otra, que se haya efectuado la presentación de los documentos de cotización o solicitado el aplazamiento de las cuotas a que estaba obligado a

satisfacer, por lo que si por razones de crisis pagaba mensualmente a sus trabajadores relegando para después el ingreso de las cuotas que le correspondan, es evidente que la Empresa incumplía las obligaciones ineludibles del Régimen de la Seguridad Social al no efectuar el pago de la cuota empresarial que le correspondía por lo que se incurre en la infracción del precepto señalado en el art. 15.2 de la LISOS al no haber efectuado el ingreso de las cuotas dentro del plazo o efectuar una retención en las nóminas no efectivas.

III.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "E.C., S.A.", contra Resolución de 17.01.96 que declara la inadmisibilidad del recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Pontevedra-Vigo sobre acta de infracción nº 2.819/90; Expte. nº 2.819/90 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2703 RECURSO Nº  
03/0007695/1996**

S. CA.

NON SE PODE PRESUMIR A EXISTENCIA DE CONIVENCIA ENTRE O EMPRESARIO E DESEMPEGADOS PARA TRABALLAR E COBRAR AS PRESTACIÓNS DE XEITO SIMULTÁNEO CANDO O DESEMPEGADO FIGURA DADO DE ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL E INSCRITO NO LIBRO DE MATRÍCULA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez  
En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de junio 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 03/0007695/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.V.S. con D.N.I... domiciliado en... (Vigo), representado y dirigido por el letrado don J.M.R.F., contra Resolución de 17.01.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra-Vigo sobre acta de infracción nº 2.564/93; Expte. nº 19.833/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.000 ptas.

#### 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 15 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- De lo actuado y teniendo en cuenta que el supuesto narrado está perfectamente tipificado en los arts. 25.29.3.2 de la LISOS es evidente que la nueva redacción dada por Ley 22/93 de 29 de diciembre sobre medidas fiscales de reforma de la función pública y protección de desempleo exige que exista connivencia entre el empresario y el trabajador, como trabajador por cuenta ajena cuando de ocupación a un trabajador que está disfrutando de prestaciones por desempleo y se presumirá cuando se comete esta infracción cuando no está inscrito previamente al inicio de la relación

laboral en el Libro de Matrícula o Personal y, con carácter previo sin haberse inscrito en el Régimen General de la Seguridad Social por lo que dado que fue sorprendido el trabajador el día 15 de octubre de 1993 sobre las nueve horas en el Centro de Trabajo puliendo un suelo de un local comercial de la ciudad de Vigo, y acto seguido dentro del plazo de cinco días conforme la anterior redacción de la LISOS y al estar en período de prueba el día 18 del mismo mes y año, es obvio que no se puede calificar como infracción muy grave cuando cumplió con los requisitos formales al darse de alta en el Régimen de la Seguridad Social ese mismo día e inscribirse en el Libro de Matrícula, por lo que no puede presumirse la existencia de connivencia cuando le dio de alta dentro del plazo legal, sin haber entrado en vigor hasta diciembre de 1993, el requisito inexorable del carácter previo de darse de alta a todo trabajador que inició relación laboral sin esperar el repetido plazo de 5 días que antes le era exigido.

II.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.V.S. contra Resolución de 17.01.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra-Vigo sobre acta de infracción nº 2.564/93; Expte. 19.833/95 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; anulando las resoluciones recurridas por ser contrarias a Derecho. Sin imposición de costas.

**2704 RECURSO N°  
03/0007861/1996**

S. CA.

**SIMULACIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO INDEFINIDO PARA MAIORES DE 45 ANOS PARA COBRO DE SUBVENCIÓN E GOZO DE BONIFICACIÓNS.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez  
En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de junio 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 03/0007861/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "C.B., S.L.", con D.N.I... domiciliado en... (Ourense), representado y dirigido por el letrado doña R.M.M.R., contra Resolución de 28.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Orense sobre acta de infracción nº 168/95; Expte. nº 16.244/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 ptas.

#### 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 15 de junio 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 28 de

diciembre de 1995 por la Dirección General de Empleo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y Asuntos Sociales de Ourense de fecha 13 de junio de 1995 confirmando el Acta de infracción de empleo núm. 168/95.

La citada resolución trae su origen en efecto del acta de infracción de referencia en la que se considera responsable a la recurrente “C.B., S.L.”, de la infracción contenida en el art. 28.3 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por haber suscrito contrato para mayores de 45 años con horario de lunes a sábado en jornada completa de 40 horas semanales en virtud de la cual se le concedió una subvención de 500.000 ptas. y una bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la SS. por contingencias comunes durante la vigencia del contrato, incumpliendo lo establecido en materia de empleo en el art. 1.2 de la Ley 22/92 de 30 de julio.

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

II.- En el caso de autos se impugna las precedentes resoluciones sobre la base de que la infracción imputada no es tal, pues por un lado ya le aclaró a la Administración el por qué de los días y horas en que el Controlador visitó la empresa y el trabajador no estaba; la propia especificidad de la empresa impone necesariamente la discrecionalidad de los horarios de llegada y salida de los autocares, pues salvo servicios reguladores, el resto son contrataciones de servicios para un día, caso de un entierro, funeral, etc., servicios sin hora de llegada (excusiones de centros de enseñanza); servicio de microbus o furgoneta con desplazamiento cortos, lo cual no permite un horario rígido en función del cual la jornada de los trabajadores limpiadores, en concreto del Sr. G.V., se efectúe de forma habitual de 10 a 14 y de 16 a 20 horas; es más parte importante de su jornada era nocturna, pues el Sr. G.V. llega al Centro de Trabajo todos los días, donde limpia a fondo los autocares que duermen en la Nave de la Empresa, a las 22,00 pm. y permanece en el mismo hasta las 2,45 am. y el resto de la jornada acondiciona los vehículos que llegan a la Nave para volver a salir a prestar servicio de nuevo, sea discrecional o regular, cumpliendo de sobra la jornada de 40 horas semanales; que en horas de visita del Controlador Laboral, sin embargo, no han llegado ninguno de los autocares, según se desprende de los tacógrafos; que en

relación con la presencia en el centro de dicho trabajador se remite al pliego de cargos y acompaña como documentales los TC-2 y en relación con lo manifestado por la Administradora de que los servicios de limpieza no se realizaban todos los días –como arguye el Ministerio- es falso, pues lo que en realidad ha manifestado consta en escrito firmado por doña M.C.G.C. obrante al folio 26; en relación con la afirmación de que una empresa con sólo tres autocares no necesita un limpiador que ocupe jornada completa, arguye que poco sabe de transporte la Dirección Provincial de Trabajo, pues nada tiene que ver que el número de autocares con los servicios a prestar. Respecto de lo manifestado por el trabajador al Controlador de que su domicilio habitual lo tiene en... y no en Orense y que acude únicamente al trabajo cuando le llaman telefónicamente, reitera lo dicho en el pliego de descargo y escrito de recurso, abundando en que ya el trabajador, según lo obrante al folio 25 y 26 que no tiene su domicilio en..., sino en Orense... y que nunca dijo que sólo iba al trabajo cuando le llamaban telefónicamente, sino que a través del teléfono recibía instrucciones sobre el plan de trabajo del día siguiente; que los excesos de jornada incluso los compensaba con descansos ocasionales retribuidos, declarándolo así solemnemente.

La tesis argumental de la parte recurrente no puede abonar, sin embargo, la estimación del recurso, puesto que como tiene declarando el TS reiteradamente la presunción de veracidad de las actas de la Inspección, se extiende a los hechos y datos comprobados por el actuario bien mediante inspección directa o bien a través de fuentes indirectas de conocimiento, tales como documentos o testimonios, siempre que se reflejen en el acta o en un informe posterior (sentencias de 8 de octubre de 1988, 21 de marzo de 1989, 6 de abril de 1989, 10 de octubre de 1990, etc.).

En este caso el acta refleja la comprobación de la efectiva prestación de servicios laborales por parte del trabajador don M.G.V., quien había suscrito contrato de trabajo indefinido para “mayores de 45 años” con la categoría profesional de limpiador acogido a las medidas de fomento del empleo, Ley 22/92, de 30 de julio (BOE de 4 de agosto), pudiendo constatar que no fue encontrado prestando sus servicios en ninguna de las cinco –nótese el número- visitas de inspección efectuadas, que se relatan en el acta, la cual testimonia consiguiente cita y declaración del propio trabajador, así como declaración de la gerente, que en el curso de su demanda procuran desvirtuar sin éxito, por cuanto que, no obstante declarar el trabajador solemnemente (folio 25 del expediente) que parte de la jornada la realiza después de las 24 horas, no

acredita, sin embargo, la empresa la efectiva prestación de sus servicios diarios, siquiera sean estos en parte diurnos o en parte nocturnos, de manera habitual o no habitual, de suerte que se pueda verificar en cómputo global anual, que efectivamente cumple con la jornada legal o pactada, con un libro de entrada y salida del trabajador del centro de trabajo o mediante otra forma de control con aplicación incluso tecnológica, si le es factible.

Y para finalizar significar que la manifestación del trabajador en relación con la inexistencia de rótulo, aparece corroborada por el dato de que en el propio apartado d) del connumeral cuarto de la demanda, se dice que fue instalado, en efecto, dos semanas después de que el trabajador haya dicho que no existía, tal como se refleja en el Acta de infracción.

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

III.- En el presente caso no son de apreciar, sin embargo, 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 "C.B., S.L.", contra Resolución de 28.12.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Orense sobre acta de infracción nº 168/95; Expte. nº 16.244/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2705 RECURSO N°  
03/0007881/1996**

S. CA.

SEGUIR DANDO OCUPACIÓN A UNHA  
TRABALLADORA FINALIZADO O SEU  
CONTRATO DE TRABALLO EN PRÁCTICAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintás Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de junio 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 03/0007881/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "U.S.O.", domiciliado en... (Lugo), representado por don J.M.G.M. y dirigido por el letrado don J.L.C., contra Resolución de 29.01.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo sobre acta de infracción nº 240/95; Expte. nº 18.029/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 ptas.

### 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 15 de junio 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 29 de enero de 1996 por la Dirección General de Servicios, Subdirección General de Recursos, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto el 11 de agosto de 1995 contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y Asuntos Sociales de Lugo de fecha 14 de julio de 1995.

La citada resolución trae su origen del acta de infracción 240/95 en la que se considera responsable al Sindicato recurrente de la infracción contenida en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por haber seguido dando ocupación a una trabajadora, aún cuando su contrato en prácticas había finalizado el 02.02.96 y le impone una sanción consistente en multa por importe de 500.001 ptas.

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

II.- En el caso de autos se impugna las precedentes resoluciones sobre la base de que la infracción imputada no es tal, pues por un lado el Acta impugnada no hace descripción correcta de los hechos que la motivan; ergo no describe cual es la conducta sancionable, si se tiene en cuenta las tres conductas que contempla el artículo precitado; por otro lado adolece de una serie de defectos, como son el no indicar el horario de la supuesta trabajadora, haber omitido el horario de atención al público; no haber identificado los supuestos compañeros de trabajo; añadir en informe posterior al acta nuevos elementos que no se contemplan en ésta; inexistencia de relación laboral por cuanto que la precitada trabajadora ostenta la consideración de cargo electo dentro del organigrama del Sindicato; no apertura del período de prueba, pese a su solicitud y caducidad del procedimiento, pues si el acta es de 28.04.95, como fecha de terminación de la actuación inspectora, es indudable que habiéndose notificado el 18.05.95 se habría superado con creces el plazo de los 10 días, alegándose en consecuencia infracción del art. 15.1 del Decreto 1.860/75 de 10 de julio, que obliga a notificar las actas de infracción y obstrucción al sujeto responsable o responsables en el plazo de 10 días hábiles, amén de vulnerarse el art. 50 de la Ley 8/88 en relación con el art. 43 de la Ley 30/92.

La tesis argumental de la parte recurrente no puede abonar, sin embargo, la estimación del recurso, puesto que la trabajadora de referencia estuvo dada de alta como trabajadora del Sindicato en virtud de contrato en prácticas desde el 03.02.92 hasta el 02.02.95, pasando a percibir prestaciones por desempleo, si bien en ningún momento dejó de prestar servicios para la "U.S.O." recurrente, ya que en el momento de la primera visita por parte de la Controladora Laboral el día 22.03.95 ésta pudo comprobar como doña A.A.C. se identifica como trabajadora de la empresa a un afiliado que le pregunta acerca de la hora en que se abre la oficina, y en el momento de la segunda visita que gira de nuevo la Controladora Laboral al día siguiente como atiende a tres afiliados que se encontraban en la oficina de la citada entidad Sindical y como a continuación realizaba tareas de fotocopiado de convenios y clasificación y estos hechos no resultan desvirtuados por la documentación que a la demanda se adjunta, pues una cosa es la solicitud de matrícula para cursar rama Administrativa, 2º de FP 2 especialidad Informática de Empresa -como se alega con el propósito de justificar que no tiene horario vespertino- y otra cosa es acreditar tal circunstancia con una certificación de asistencia a clases por las autoridades docentes competentes, en concreto por los respectivos profesores; tampoco resultan desvirtuados por el alegato de un afiliado de que el trabajo que doña A.A.C. realizaba para el Instituto de la Mujer era muy distinto, ya que sobre este extremo no ha interesado el recibimiento a prueba y el mentado afiliado no ha depuesto al respecto en el curso del presente proceso. En relación con la condición de delegado sindical, que pudiera enervar según tesis argumental de la recurrente la existencia de relación laboral entre ella y la trabajadora, del documento relativo al Acta del II Congreso Nacional de U.S.O. en Galicia no se deduce tal condición, pues del resultado de las votaciones leídos por el Presidente de dicho Congreso se deduce que en relación con los 17 Delegados elegidos, distribuidos a razón de 9 por Coruña, 5 por Lugo y 3 por Pontevedra, entre los de Lugo, no figura doña A.A.C.

Abunda igualmente la recurrente en su alegato de que no se le abrió el período probatorio en el curso del procedimiento sancionador, deficiencia que tuvo oportunidad de subsanarla en el presente recurso, donde solicitó el recibimiento del pleito a prueba pero sin concretar los hechos sobre los que la misma debía versar, vulnerando de esta suerte el art. 74.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Y para finalizar que el plazo inobservado de los 10 días que impone el art. 15.1 del Decreto 1.860/75, no se contempla en el art. 51 de la ley 8/88, relativo al procedimiento sancionador, sin que por otro lado

la ausencia de notificación que se denuncia constituya el supuesto que se contempla en el art. 43.4 de la Ley 30/92 ni tampoco constituyan elemento esencial de la infracción que se imputa a la recurrente las condiciones laborales de la trabajadora cuya omisión asimismo denuncia, por cuanto que no son elementos necesarios de su constatación.

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

III.- En el presente caso no son de apreciar, sin embargo, 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.

## **2706 RECURSO Nº 5.113/95**

S. S.

O CÁLCULO DA BASE REGULADORA DAS PENSIÓN S POR XUBILACIÓN COMUNITARIAS DEBE FACERSE COMPUTANDO AS BASES MEDIAS DE COTIZACIÓN PARA O PERÍODO NO QUE O TRABALLADOR ESTIVO NO ESTRANXEIRO.

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

A Coruña, a veinticinco 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

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "U.S.O." contra Resolución de 29.01.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo de 14.07.95 sobre acta de infracción nº 240/95; Expte. nº 18.029/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

En el recurso de Suplicación núm. 5.113/95, interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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 M.G.A. en reclamación de jubilación, siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 532/95 sentencia con fecha 27.09.95, por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La actora, doña M.G.A., nacida el 17 de febrero de 1926, con la categoría profesional de peón, solicitó en fecha 3 de febrero de 1995, pensión de jubilación, que fue reconocida por el INSS, mediante resolución de fecha 4 de febrero de 1995, con una base reguladora de 3.156 pesetas, con un porcentaje por años cotizados del 100%, con un factor pro rata temporis del 28,23%, a cargo de España y fecha de efectos de 04.02.95.- SEGUNDO.- La actora acredita cotizados en España 2.490 días en el Régimen Especial Agrario por cuenta propia, entre 01.11.64 y 31.07.72, y en Alemania como trabajador por cuenta ajena, 6.330 días cotizados entre el 11.10.71 al 28.02.89.-

TERCERO.- La actora acredita haber percibido en Alemania los siguientes salarios, en el período comprendido entre el 31 de enero de 1995 a 31 de enero de 1987(sic).

De 01.01.87 a 31.12.87 .....	29.688DM
De 01.01.88 a 31.12.88 .....	28.984DM
De 01.01.89 a 28.02.89 .....	4.138DM
De 01.03.89 a 30.04.89 .....	4.652DM

CUARTO.- Formula reclamación previa en fecha 26 de abril de 1993, la actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 14 de julio de 1995".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por doña M.G.A. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir una pensión de jubilación con una base reguladora, que se calculará en la forma expuesta en el Fundamento de Derecho número Dos de esta sentencia, con un porcentaje por años cotizados del 100%, con un factor pro rata temporis del 44,10% a cargo de España y una fecha de efectos de 03 de febrero de 1995, más las mejoras e incrementos legales correspondientes, condenando a las Entidades demandadas a que le abonen la misma, pudiendo descontar las cantidades ya abonadas".

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.- El 25 de noviembre de 1998 se dictó por la Sala Auto acordando la suspensión del trámite del recurso en razón a que, versando el litigio sobre la determinación de las bases de cotización aplicables al período en el que el actor estuvo trabajando en el extranjero, sobre la que el Tribunal Supremo en Auto de 17 de marzo de 1997 acodó plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se estimaba procedente que se resolviese dicha prejudicial en tanto afectaría directamente a la presente litis.

#### Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia que estimando en parte la demanda declara el derecho de la actora a percibir una pensión de jubilación con una base reguladora que se calculará tomando las bases máximas establecidas por nuestra legislación para su categoría profesional de peón, con un porcentaje por años cotizados del 100% y un factor prorrata temporis del 44,10% a cargo de España y fecha de efectos de 03 de febrero de 1995, más las mejoras e incrementos legales correspondientes, es recurrida por el INSS para denunciar la infracción por aplicación errónea del artículo 47 del Reglamento Comunitario 1.408/71 de 14 de junio en materia de Seguridad Social, en cuanto al cálculo de la base

reguladora, y los artículos 46 y 47 del mismo Reglamento respecto al factor prorrata, alegando que el cálculo de la base reguladora habrá de determinarse sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social Española, ello siguiendo la normativa derivada de las modificaciones introducidas por el Reglamento 1.248/92 en el Anexo VI del Reglamento 1.408/71, apartado 4, letra D, en el que se concretan normas para la aplicación por parte de España del artículo 47 de este último Reglamento.

También se alega que el cálculo del factor prorrata temporis, debe hacerse tal como se desprende de los artículos 46 y 47 de tal mencionado reglamento Comunitario(modificado por el Reglamento 1.248/92) totalizando todos los períodos de seguro cubiertos en los países miembro, lo que determina que el señalado en su resolución por la Entidad Gestora a cargo de España sea correcto, acreditando 2.490 días en España y 6.330 en el extranjero, resulta:  $2.490:8.820=28,23\%$ .

Para resolver adecuadamente la cuestión planteada, como ha señalado la Sala recientemente, ha estarse a la doctrina que resulta de las sentencias del Alto Tribunal de 9 y 10 de marzo de 1999, dictada una vez que el T.J.C.E. resolvió la cuestión prejudicial planteada.

El criterio seguido por dichas resoluciones es que resulta aplicable la normativa a que alude la Entidad recurrente para el cálculo de la base reguladora de la prestación, es decir, que ha de estarse con carácter general a la forma de cálculo establecida por el Reglamento 1.248/92, que modificó el contenido del artículo 47 del anterior. Siendo ésta la norma general, el T.S. efectúa una salvedad, cual es que si dicha forma de cálculo resulta menos favorable al trabajador que la que resultaría de la aplicación del Convenio hispano-alemán, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo deberían aplicarse en primer lugar y con el referido carácter excepcional las reglas del Convenio (Sentencia Grajera). La propia sentencia del T.S. en aplicación del Convenio Hispano-Alemán, es decir en un supuesto análogo al de autos, llega a la conclusión de que el Reglamento de 1992, resultaría menos favorable para el trabajador que la de dicho Convenio, que en su artículo 25.1.b) determina que "cuando todo o parte del período de cotización elegido por el solicitante para el cálculo de su base reguladora de prestación se hubiese cumplido en la República Federal, el Organismo español determinará dicha

base reguladora sobre las de cotización vigente en España durante dicho período y para trabajadores de la misma categoría profesional, expresiones que conduce a la aplicación de las bases medias, y en otro caso las aplicables serían las mínimas o remotas referidas al momento en que el actor trabajó en España antes de ausentarse al extranjero.

Ahora bien cumple efectuar una importante precisión, que resulta también de la doctrina de las SS. Del T.S. a que nos venimos refiriendo, pues mientras la de 9 de marzo rechaza la aplicación del Convenio Hispano-Alemán, la del día 10 resuelve lo contrario; y la razón no es otra que en el primero de los casos la parte actora recurrente no invocó en ningún momento más que la aplicación del Reglamento Comunitario y no la del Convenio Bilateral, mientras que en el segundo de los casos sí existe tal alegación. Como quiera que en supuesto de autos la actora ha invocado la aplicación del Convenio Hispano-Alemán, ha de resultar de aplicación la doctrina en cuestión y por ello se han de tomar, para el cálculo de la base reguladora, las bases medias y no las máximas como recoge la resolución recurrida.

Por lo que respecta al factor prorrata en el que la Entidad Gestora entiende que ha de estarse a los días de cotización efectivas acreditadas en España, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.2 del Reglamento 1.408/71, la Sala, como ya ha expuesto en su sentencia de 15 de febrero de 1999 (Rec. 171/96), discrepa de la tesis sostenida por la Entidad recurrente, y comparte la solución adoptada por el Magistrado de instancia que, para el cómputo de dicho factor tiene en cuenta las cuotas ficticias. Y todo ello por las razones expuestas en la aludida sentencia de 15 de febrero, que ahora reproducimos:

(a).- Es una afirmación absolutamente voluntarista la de que el art. 46.2 Reglamento 1.408/72 dispone el exclusivo cómputo de *cuotas reales*, siendo así que literalmente dispone que “a) la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador [...] hayan sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación [...] b) a continuación, la institución competente determinará el importe efectivo de la prestación, prorranteando la cuantía teórica señalada en la letra a) entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos [...] de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración total de los períodos de acuerdo con la legislación que ésta aplica”.

seguro y de residencia cumplidos [...] de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados”.

(b).- Es más, el art. 1.r) Reglamento CEE 1.408/71 (14-junio) lleva a sostener inequívocamente la tesis contraria, al admitir la validez -a los indicados efectos- de las referidas cuotas ficticias, cuando afirma que “para los fines de aplicación del presente Reglamento [...] la expresión *períodos de seguro* designa los períodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como *equivalentes a los períodos de seguro*”.

(c).- En manera alguna puede compartirse el argumento utilizado en vía administrativa respecto de que esta tesis -la que en definitiva admite la Sala- equivale a considerar “por partida doble” tales cuotas, siendo así que en su ficción legal de cuota no tienen sino el mismo efecto que las reales -salvo el ya indicado y relativo a la carencia exigible- y como ellas son sucesivamente actuables para determinar la pensión teórica y la real; se computan una sola vez, como si se tratase de una cuota real, pero son tenidas en cuentas en las sucesivas operaciones que han de hacerse con todas las cuotas -sean reales o ficticias- para determinar el concreto importe de la pensión, que es la finalidad que expresamente les reconoce la DT Segunda OM 8-enero-1967 (aplicable al RETM por la remisión que hace la DT Tercera-3 del Decreto 1.867/1970, de 9-julio, a la DT Tercera LASS, de 21-abril-1966), al normar que “b) Al número de días cotizados [...] se sumará, en su caso, el número de años y fracciones de año que correspondan al trabajador, según la edad que tenga cumplida en 1 de enero de 1967, en la escala que a continuación se establece [...] c) El número de días cotizados [...], incrementados, en su caso, con los correspondientes a la fracción de año que resulte de la aplicación de la escala establecida en el apartado precedente [...] se dividirá por 365, a fin de determinar el número de años de cotización, de los que depende el porcentaje de la pensión [...]”.

(d).- El mismo planteamiento e idéntica solución cabe también sostener para la bonificación por edad -reducción de la edad mínima de jubilación en el ámbito del RETM, para trabajadores que realicen actividades profesionales de naturaleza especialmente penosa o peligrosa- establecida por el Decreto 2.309/70 (23-julio), siendo así que el art. 4 OM 17-noviembre-1983 reconoce expresamente esa naturaleza de cuota ficticia a los exclusivos efectos de determinar el importe de la prestación, al

disponer que “El período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador, de conformidad con lo establecido en los artículos anteriores, en relación con los correspondientes del Decreto 2.309/1970, se computarán como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión”. Y

(e).- En último término ha de observarse que la tesis sustentada por el ISM, excluyendo las cuotas ficticias para el cálculo de su responsabilidad prestacional prorrateada frente a un trabajador migrante (en manera opuesta a lo que ocurre con los trabajadores que obtengan pensión a cargo exclusivo de la Seguridad Social española), no hace sino minorar los derechos del trabajador que ha prestado servicios en países miembros de la CE, de manera que -en definitiva- se obstaculiza la libre circulación de los trabajadores y se atenta contra el art. 48 del Tratado de Roma (25-marzo-1957) y los Considerandos 5, 6 y 7 del Reglamento 1.408/71.

En consecuencia,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación formulado por el INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense, de fecha 27 de noviembre de 1995, debemos declarar y declaramos que la base reguladora de la prestación de jubilación reconocida al actor ha de calcularse computando como bases de cotización para el período en que la interesada estuvo trabajando en Alemania, las bases medias de cotización para la categoría de peón vigentes en el propio período en España, confirmándola en cuanto a los restantes pronunciamientos.

## **2707 RECURSO N° 2.313/96**

S. S.

**ACERCA DO RECOÑECIMENTO, A EFECTOS DE ANTIGÜIDADE, DOS SERVICIOS PRESTADOS EN CALQUERA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON ANTERIORIDADE Á ADQUISICIÓN DA CONDICIÓN DE PERSOAL LABORAL DA XUNTA.**

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

A Coruña, a veinticinco 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 2.313/96 interpuesto por doña J.T.F. Y CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN Y ORDENACIÓN UNIVERSITARIA (XUNTA DE GALICIA) contra la sentencia del juzgado de lo social núm. tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 391/95 se presentó demanda por doña J.T.F. en reclamación de reconocimiento Derecho y reclamación cantidad siendo demandado la Consellería de la Presidencia y Administración Pública y Consellería de Educación y Ordenación Universitaria en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 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: “1º.- Que la actora J.T.F., mayor de edad, con D.N.I. nº..., viene prestando servicios para la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia desde el 01.01.74, con la categoría profesional de Subalterna en el Instituto de Bachillerato “A.B.” de Vigo. Su relación con la demandada se instrumentalizó de la siguiente manera: a) Hasta el 31 de diciembre de 1984 en virtud de sucesivos contratos administrativos con sus correspondientes prórrogas siendo la última de 6 de diciembre de 1983, del siguiente tenor literal: “para hacer constar que el contrato suscrito por doña J.T.F. con asimilación al Cuerpo General Subalterno ha quedado prorrogado desde el 1 de enero de 1984 hasta la aprobación de las bases del Régimen Estatutario de los funcionarios, y en caso de que dicha aprobación no tuviera lugar durante el año 1984 hasta el 31 de diciembre de 1984, conservando el mismo número de Registro Personal.”.- b) desde el 31 de diciembre de 1984 ha seguido prestando servicios igualmente en el citado centro docente y desempeñando exactamente las mismas funciones que venía realizando desde el 1 de enero de 1974 pero sin contrato.- 2º.- Que con fecha de 05.12.94, la actora solicita de la “Administración demandada, el reconocimiento de

su condición como trabajador fijo laboral de carácter indefinido con la antigüedad correspondiente, y con fecha de 11.04.95, la demandada resolvió desestimar la reclamación previa dada su condición de contratada administrativa y respecto a la petición de abono en concepto de antigüedad de determinadas cantidades ya disfruta de una gratificación en concepto de premio de permanencia.- 3º.- Que la actora percibió en concepto de premio por permanencias en 1994 la cantidad de 68.749 pesetas.- 4º.- Que el séptimo trienio lo devengaría la actora el 1/195(sic) y le correspondería por tanto por seis trienios la cantidad de 297.024 pesetas y al haber percibido por el concepto de premio de permanencia la cantidad de 68.748 pesetas/año 1994 le correspondería únicamente la cantidad de 228.270 pesetas.- 5º.- Se presentó demanda ante esta jurisdicción social con fecha de 18.05.95.- 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 estimando la demanda interpuesta por J.T.F., contra la CONSELLERÍA DE LA PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN Y ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, debo declarar y declaro la condición de la actora como trabajadora laboral fija, condenando a las demandadas a estar y pasar por este procedimiento en los términos legales y reglamentariamente establecidos, condenando asimismo a las demandadas a abonar a la actora en concepto de antigüedad la cantidad de 228.276 pesetas.- Con fecha 5 de febrero de 1996 se ha dictado Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “S.Sª Ilma. doña P.Y.P.V., Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número TRES de Vigo, ACUERDA: Desestimar el recurso de aclaración interpuesto por la actora, por no encajar en ninguno de los supuestos previstos en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La decisión recurrida fue parcialmente estimatoria de la demanda, al declarar que la accionante era trabajadora laboral fija de la

Consellería y que tenía derecho a que por el concepto de antigüedad -seis trienios- se le abonasen 228.276 pts.

Tal decisión es recurrida por la Administración autonómica, que combate el reconocimiento de fijeza laboral con la denuncia de haberse infringido los arts. 1.3.a) y 8.1 ET, 6.4 y 7 CC, y art. 15 y Disposiciones Adicional Cuarta y Transitoria Sexta de la Ley 30/1984 (2-agosto), modificada por la Ley 23/1988 (28-julio), así como de las Disposiciones Transitorias Décima y Décimo Primera de la Ley 4/1988 (26-mayo), de la Función Pública de Galicia, en la redacción dada por la Ley 4/1991 (8-marzo); y en su recurso frente al abono de cantidad por el concepto de trienios, la Entidad aduce la aplicación indebida del art. 27 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia. E igualmente interpone Suplicación la accionante, acusando a la resolución judicial de haber incurrido en incongruencia y violación del art. 359 LEC.

SEGUNDO.- 1.- Tal como pone de manifiesto con reiteración la Jurisprudencia (por todas, las SSTS 02-febrero-98 Ar. 1.248 y 24-abril-97 Ar. 3.498), y de ello se ha hecho eco en numerosas ocasiones esta misma Sala, la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, ante la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, lo que llevó al legislador laboral -art. 3-a ET- y a la doctrina jurisprudencial a señalar como criterio diferenciador el ámbito normativo regulador, y no la naturaleza del servicio prestado; de esta forma, lo que determina la adscripción al área de la contratación administrativa de determinadas relaciones jurídicas, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio a realizar, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autoriza y su sometimiento a la misma, lo que significa, que en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión de quienes los conciernen, de acuerdo con las Leyes, es capaz de diferenciar uno u otra modalidad contractual; de ello se deduce que para deshacer o desvirtuar la presunción del art. 8.1 ET ha de existir un contrato regido y amparado en normas administrativas, en virtud de cláusulas incorporadas expresamente al mismo. 2.- En el concreto caso de autos, como con todo acierto razona la Magistrada de instancia, si bien la naturaleza de los servicios había sido factiblemente administrativa desde su inicio en 1-enero-74 y hasta la Ley 30/1984 (a partir de ahora LRFP), pues mediaba tal contratación administrativa y remisión a normativa del mismo orden, a partir de la entrada en vigor de la misma y a virtud de lo previsto en su Disposición Adicional Cuarta, que proscribe la contratación por las Administraciones Públicas de personal en régimen de derecho administrativo

(prohibición obviamente extensible a sus prórrogas), por necesidad ha de calificarse como laboral la continuidad de los servicios -sin solución temporal- en las funciones de Subalterna, que precisamente encajan en las “actividades [...] propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos”, que el art. 15.1.c) LRFP (redacción dada por Ley 23/1988, de 28-julio) admite puedan ser desempeñadas por personal laboral, como excepción a la regla general de que los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas sean atendidos por funcionarios públicos. Y ha destacarse que la propia LRFP expresamente establece -art. Uno.3- que las bases del régimen estatutario funcional son de aplicación a todas las Administraciones Públicas, y entre ellas especifica las previsiones contenidas en la citada Disposición Adicional Cuarta. Solución normativa que había sido aceptada *ex ante* por la Disposición Adicional Segunda del Decreto 57/1983 (6-abril), de la Comunidad Autónoma de Galicia, al señalar que serán de aplicación todas las normas de ámbito estatal que la Administración Central adopte respecto del personal -transferido- en régimen de contratación administrativa o laboral. 3.- No solamente ha de ser calificada como laboral, no pudiendo *ex lege* ser ya administrativa, sino que precisamente ha de serlo con la cualificación de indefinida, siendo así que cuando la Administración Pública actúa como empresario -en el marco de una relación de trabajo- se halla sometida a la normativa laboral, por imperativo del principio de legalidad establecido en los arts. 9.1 y 103.1 CE (entre las últimas, las SSTS 27-abril-98 Ar. 3.870 y 2-febrero-98 Ar. 1.248; SSTSJ Galicia 21-noviembre-97 R. 4.037/97, 12-enero-98 R. 4.635/97, 26-junio-98 R. 532/98, 11-septiembre-98 R. 2.670/98...); y la ausencia de todo amparo normativo para la temporalidad en régimen laboral (no medió contrato alguno, ni se trataba de la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales en la Administración, a los que se refiere el RD 1.465/1985, de 17-julio), obliga a apreciar el carácter indefinido que como regla general corresponde al contrato de trabajo (art. 15 ET) y que a mayor abundamiento se deriva de su falta de forma escrita (art. 8.2 ET) y de la naturaleza permanente de los servicios prestados.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anteriormente indicado rechazamos el primer motivo que la Consellería argumenta, siendo así que la innegable situación de “pendencia” que correspondía al personal que había venido prestando servicios de naturaleza administrativa hasta la entrada en vigor de la LRFP, únicamente lo era a los posibles efectos contemplados en la Disposición Transitoria Sexta de la misma - aplicable a las Comunidades Autónomas, conforme a su apartado tercero-, esto es la de su posible

acceso a plazas como funcionarios, pero en manera alguna el mantenimiento de una situación jurídica - la relación administrativa- absolutamente inviable, por prohibición expresa de la propia LRFP (nos remitimos al art. 15 y a la Disposición Adicional Cuarta, arriba citados).

Y es más, cuando la Disposición Adicional Décima de la Ley de la Función Pública de Galicia (Ley 4/1988, de 26-mayo), en redacción añadida por la Ley 4/1991 (8-marzo), preceptúa que el personal interino y contratado administrativo objeto de transferencia podrá acceder a la condición de funcionario mediante concurso oposición y que el que no supere dicha prueba tiene derecho a dos convocatorias más “y a continuar prestando servicios en la Administración Autonómica mientras no se celebren, manteniendo la situación jurídica anterior”, la Sala considera que esta última frase en manera alguna puede ser alusiva a la relación administrativa inicial (ya concluida en 1984, por aplicación de la LRFP), sino a la laboral existente desde que en 31-diciembre-84 faltó la cobertura administrativa para la prestación de los servicios y hasta la fecha en que entró en vigor la Ley 4/1991.

En todo caso hemos de resaltar -frente a lo razonado por el recurso- que en el marco de la “pendencia” que se sostiene para la actora no cabría la extinción indemnizada que se contempla en la Disposición Adicional Primera de la LRFP, pues aparte que la misma se circunscribe al “personal contratado administrativo” (obviamente con contrato en vigor, tras la vigencia de la norma) que “no tenga plaza en las correspondientes plantillas”, es lo cierto que las Disposiciones Décima y Décimo Primera de la Ley de la Función Pública de la Xunta de Galicia (añadidas por la Ley 4/1991) contemplan como únicas soluciones la de su posible acceso a cualidad funcional en tres convocatorias y -caso de no haberse producido tal acceso- la de adquirir la condición de laboral fijo a extinguir. Y en este sentido ciertamente ha de aceptarse que mientras no se hallan producido las tres citadas convocatorias no puede decirse propiamente que la demandante tiene cualidad de “trabajadora fija”, pero tampoco puede negársele ya ahora su condición de trabajadora por tiempo indefinido, pues ello es una consecuencia -no obstada por las precitadas DD TT de la LFPG- de la normativa y situación precedentemente indicadas (apartado tercero del tercero de los fundamentos de Derecho); pero tal precisión resulta más bien semántica e intrascendente, habida cuenta de que por el juego de las precitadas DD TT Décima y Décimo Primera LFP de Galicia no cabe atribuir a la calificación - indefinida- sus normales consecuencias, frente a las de fijo de plantilla (nos remitimos a la doctrina

sentada por la SSTS de 07-octubre-96 Ar. 7.492, 30-diciembre-96 Ar. 9.864 y 24-abril-97 Ar. 3.498).

CUARTO.- De igual forma rechazamos el motivo segundo articulado por la Xunta de Galicia en su recurso, la infracción del art. 27 CC Único, pues si bien el mismo dispone -a los efectos del complemento salarial de antigüedad- que se reconocerán los servicios prestados en cualquier Administración con anterioridad a la adquisición de la condición de personal laboral fijo al servicio de la Xunta de Galicia”, la Sala tiene claro (a) que a los indicados efectos retributivos han de identificarse necesariamente fijeza y carácter indefinido, en tanto que opuestos a la temporalidad o interinidad que constituyen la razón excluyente del complemento de antigüedad; y (b) que la declaración judicial de fijeza o indefinición no es constitutiva, sino que la calidad de laboral indefinida se produjo con la continuidad de servicios tras la LRFP.

Por otro lado, el mismo art. 27.1 del Convenio dispone expresamente que “a efectos de antigüedad y según el procedimiento fijado por la Orden de 12 de diciembre de 1990, de la Consellería de la Presidencia y Administración Pública, se reconocerán los servicios prestados en cualquier Administración pública con anterioridad a la adquisición de la condición de personal laboral fijo al servicio de la Xunta de Galicia”; y si bien la redacción del precepto pudiera suscitar alguna duda interpretativa respecto de la necesidad del reconocimiento previo de los servicios prestados en régimen administrativo, la Sala considera que el citado requisito convencional de reconocimiento previo no es exigible en supuestos -como el de autos- de prestación de servicios sin solución de continuidad, para la misma Administración y con idéntico ejercicio de funciones, pareciéndonos oportuno traer a colación que la doctrina jurisprudencial (SSTCT de 28-enero-87 Ar. 10.862 y 26-octubre-88 Ar. 6.259; SSTS de 06-junio-87, 16-septiembre y 26-octubre-87 Ar. 7.194; SSTSJ Cataluña 6-junio-95 AS 1.098 y Canarias/Santa Cruz de Tenerife 13-noviembre-92 AS 5.661), ha admitido la procedencia de computar -a efectos de antigüedad en régimen laboral- los servicios previamente prestados en régimen administrativo, siempre que se trate de una misma relación jurídica, revelada como tal unidad por su continuidad y por la dedicación a idénticas funciones, ya que la facultad administrativa para alegar la contratación de esta naturaleza o la de carácter laboral no puede llegar -en perjuicio del trabajador- a escindir formalmente una prestación de servicios materialmente unitaria.

En último término, sobre este extremo del reconocimiento de trienios, se ha de rechazar la doctrina de los propios actos que el recurso

argumenta, sobre la base de que la demandante ha venido percibiendo “premio de permanencia”. Con ello se olvida -SSTSJ Galicia 16-julio-96 R. 2.821/96, 14-enero-97 R. 2.532/94, 15-enero-97 R. 3.406/94 y 15-octubre-98 R. 3.793/95, 22-enero-99 R. 4.830/98, 25-enero-99 R. 47/96 y 15-febrero-99 R. 169/96- que la indicada doctrina de los propios actos (reforzada en el derecho de obligaciones por el art. 1.258 CC, y muy singularmente en el contrato de trabajo, conforme a los arts. 5.a), 20.2 y 54.2.d) ET), es desarrollo del apotegma «*proprium factum nemo impugnare potest*», se halla construida sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC (SSTS 10-mayo-89 Ar. 3.752 y 20-febrero-90 Ar. 705; SSTC 67/1984, de 7-junio, 73/1988, de 21-abril, y 198/1988, de 24-octubre), y se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante -sostiene la Jurisprudencia ordinaria- que ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que no sólo han de responder a una plena libertad de criterio y voluntad no coartada, sino que también causen estado -definiendo inalterablemente la situación jurídica- por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS de 16-noviembre-67 Ar. 4.160, 6-febrero-74 Ar. 2.440 y 27-diciembre-76 Ar. 5.649, 16-junio-84 Ar. 3.246, 05-octubre-84 Ar. 4.758, 22-junio-87 Ar. 4.545, 25-septiembre-87 Ar. 6.278, 5-octubre-87 Ar. 6.717, 25-enero-89 Ar. 123, 04-mayo-89 Ar. 3.585, 10-mayo-89 Ar. 3.752 y 20-febrero-90 Ar. 705 y 23-marzo-94 Ar. 2.624). Supuesto que no es precisamente el de autos, pues en manera alguna puede verse una manifestación de voluntad vinculante y excluyente de reclamación de trienios en régimen laboral por el hecho de que la demandante hubiese percibido -hasta ahora- las cantidades que en el marco de una oficial relación administrativa se le hubiesen abonado como premio de permanencia. Pero es que en todo caso, de admitir esa voluntad implícita, se trataría de una tácita renuncia del trabajador a derechos -de carácter necesario- que escapan a su poder de disposición, conforme al art. 3.5 ET, y que por lo tanto sería inválida (SSTS 22-diciembre-95 Ar. 9.492 y 11-maarto-97 Ar. 2.311; SSTSJ Galicia 23-marzo-99 R. 794/99, 27-febrero-98 AS 630, 3-junio-97 R. 1.990/97, 29-marzo-97 AS 1.338 y 14-agosto-96 AS 2.752). La única consecuencia eficaz de haberse percibido el citado premio de permanencia es justamente la adoptada por la

Juzgadora de instancia, la de deducir su importe del que corresponde a los trienios; no otra.

QUINTO.- En último término se impone estimar el recurso formulado por la trabajadora, y en el que se denuncia la infracción del art. 359 LEC. Efectivamente, la decisión recurrida excluyó abonar el importe relativo al séptimo trienio (cumplido en 1-enero-1995), bajo la argumentación de que no había sido reclamado. Pero es que en el escrito de ampliación de la demanda, concretando la cantidad reclamada, se hace inequívoca referencia a ese séptimo devengo y a la reclamación de su importe, por lo que el hecho de que la Magistrada hubiese aceptado las específicas cantidades a que en tal escrito se aludía, excluyendo precisamente el séptimo trienio, ha de ser entendido como un mero error que justifica se aprecie la infracción denuncia. Y si bien en párrafo anterior del propio escrito ampliatorio se alude a “que se le reconozcan los trienios por el concepto de antigüedad por el periodo de un año anterior a la interposición de la reclamación previa”, está claro que con tan lamentable -por errónea- referencia no se llega a invalidar en manera alguna una explícita e inequívoca súplica posterior.

Y aunque se entendiese -que no lo entendemos- que cuando la Juzgadora alude a que el trienio cumplido en 1-enero-95 no había sido reclamado, se refiere con ello a que no lo había sido -porque temporalmente no podía serlo- en la vía administrativa, tampoco planteamiento sería admisible, porque no se trataría de una alteración sustancial respecto de la vía previa prohibida por el art. 72 LPL, tal como reiteradamente tiene declarado la doctrina de Suplicación para supuestos similares (así, SSTSJ Comunidad Valenciana 24-febrero-98 AS 110, Galicia 17-noviembre-97 AS 4.035, Madrid 23-octubre-97 AS 3.749, etc.), pues insiste la Jurisprudencia constitucional en que el privilegio de la reclamación previa, permitiendo el conocimiento anticipado de las pretensiones de beneficiarios de la Seguridad Social o de los trabajadores a su servicio, tiene la doble finalidad de facilitar a la Administración la mejor defensa de los intereses públicos, evitando toda indefensión, y la de posibilitar la evitación del proceso, al permitir que aquélla pueda dar satisfacción a tales pretensiones si la considerase fundadas y evite -así- innecesarios litigios (SSTSC 21/1986, de 14 febrero; 60/1989, de 16-marzo; 217/1991; 70/1992, de 11-mayo; 65/1993, de 1-marzo; 120/1993, de 19-abril), considerando -por el contrario- opuesta a la debida tutela judicial toda interpretación rigorista que aprecie la falta de agotamiento de la vía previa en supuestos en los que la finalidad de la reclamación administrativa había sido materialmente satisfecha (SSTC 120/1993, de 19-abril; 122/1993, de 19-abril; 144/1993, de 26-abril;

191/1993, de 14-junio; 355/1993, de 29-noviembre; 112/1997, de 3-junio; 194/1997, de 11-noviembre), como indudablemente habría de entenderse en autos, siendo así que la ampliación se limitó a incluir el importe de un trienio cumplidos poco después de concluida la vía previa. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN Y ORDENACIÓN UNIVERSITARIA y acogiendo el formulado por doña J.T.F., revocamos en parte la sentencia que con fecha 15-enero-96 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº de Tres los de Vigo, y declaramos que la actora tiene derecho a percibir en concepto de diferencias salariales, por los siete trienios y período reclamados la cantidad de 277.744 pts (doscientas setenta y siete mil setecientas cuarenta y cuatro pesetas), a cuyo pago condenamos a las demandadas CONSELLERÍA DE LA PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN Y ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, manteniendo los restantes pronunciamientos de la decisión recurrida.

**2708 RECURSO N° 3.470/97**

S. S.

A ADMINISTRACIÓN SANITARIA ESTÁ OGRIGADA A REINTEGRAR OS GASTOS SANITARIOS POR INTERNAMENTO NUN CENTRO PSIQUIÁTRICO CONCERTADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Jesús Souto Prieto.

A Coruña, a veinticinco 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 núm. 3.470/97 interpuesto por Instituto Social de la Marina contra

la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

#### Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña D.C.P. en reclamación de reintegro de gastos siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 324/97 sentencia con fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I. La actora figura afiliada a la Seguridad Social con el nº...- II. El 22.02.95 y por prescripción facultativa fue internado el accionante en centro psiquiátrico ajeno a la Seguridad Social, originando gastos por importe de 837.375 ptas entre el 22.02.95 y el 15.03.95.- III. El INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL carece de adecuado centro propio o concertado para el tratamiento de enfermedades mentales en régimen de internamiento en la fecha en la que se produjo el internamiento, cuyo reintegro se demanda”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que por internamiento no quirúrgico desde el 22.02.95 al 15.03.95, declaro el derecho de D.C.P. a percibir 837.375 ptas., a cuyo pago condeno al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, absolviendo al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE”.

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

#### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estima la demanda de la actora y condena al Instituto Social de la Marina a que, por el concepto de reintegro de gastos médicos causados por internamiento psiquiátrico en centro ajeno a la Seguridad Social, le abone la cantidad de 837.375 pts. correspondientes al período 22.02.95 a 15.03.95, absolviendo al codemandado Servicio Galego de Saúde (SERGAS). Dicha sentencia base su pronunciamiento estimatoria en que el ingreso, recomendado por médico de la Seguridad Social, fue comunicado a la Gestora sin que esta ofreciese dar el tratamiento en centro propio. Recurre el I.S.M., que solicita la revisión de hechos probados y denuncia infracción del art. 18 del D 2.766/67, de

16 de noviembre, y la doctrina del T.S., contenido en sentencias de 12.12.91 y 15.01.92, argumentando que el beneficiario no puede acudir directamente a servicios ajenos, so pena de correr con los gastos correspondientes. Asimismo, denuncia violación del art. 2.A.i) del Anexo del R.D. 212/96, de 9 de febrero, por el que se traspasa al Sergas funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria encomendando al I.S.M., por entender que las obligaciones por actuaciones anteriores a la fecha de efectos del traspaso -el 01.03.96-, pero reclamadas con posterioridad a dicha fecha, son de cargo del Sergas.

**SEGUNDO.-** Conviene a la resolución de este pleito, y por lo que luego se dirá, examinar en primer término la cuestión relativa a la legitimación pasiva, esto es, la entidad responsable del pago de los reintegros por gastos médicos a que nos referimos. A estos efectos debe traerse a colación la doctrina unificada del Tribunal Supremo cuando se planteó la misma cuestión por la transferencia de los servicios del INSALUD al SERGAS, doctrina que se resumía así: “la cuestión ha sido resuelta en numerosas sentencias de esta Sala (por ejemplo las de 25.01.96 y 12.11.97) que, siguiendo doctrina unificada del Tribunal Supremo (por todas, baste citar la de 12.12.96), señala que: “a partir del 01.01.91 los compromisos de gasto reconocidos a dicha fecha por los Servicios Centrales del INSALUD serán contraídos con cargo a los créditos de la C.A. de Galicia por considerar que los mismos se encuentran financiados por las desviaciones previstas en el último párrafo del apartado f)”, y por tanto, cuando como en este caso la obligación nace de una sentencia judicial dictada después del 01.01.91, resolviendo demanda que también es posterior a dicha fecha, como lo fue igualmente la reclamación previa, el compromiso de pago corresponde al SERGAS”.

Del mismo modo, producido el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria del Instituto Social de la Marina al SERGAS por R.D. 212/96, de 9 de febrero, con efectos del día 01.03.96, la solución tiene que ser la misma, esto es, la responsabilidad del SERGAS, respecto de las obligaciones reconocidas por sentencias posteriores a dicha fecha, aunque la asistencia sanitaria fuese anterior a la misma, porque en el art. 2 del citado R.D. se dice que “...quedan traspasados... los bienes, derechos y obligaciones, ...así como los créditos presupuestarios determinados según el procedimientos establecido en el propio Acuerdo”, y en el apartado D.i) del ANEXO se dice que “a partir de la fecha de efectos del traspaso, los compromisos de gastos no reconocidos a dicha fecha por el Instituto Social de la Marina serán contraídos con cargo a los créditos de la

Comunidad Autónoma de Galicia, salvo aquellos derivados de sentencias firmes, por actuaciones anteriores a este traspaso, y de conformidad con la Ley de Proceso Autonómico, la Comunidad Autónoma estime que corresponden a la Administración del Estado”, lo cual quiere decir que sólo se excluyen los créditos reconocidos por sentencia firme de reclamaciones anteriores, pero aún así no se niega legitimación pasiva al SERGAS, que debe pechar con la obligación al margen de que la propia Comunidad Autónoma acuerde con la Administración del Estado que no le corresponde afrontar esos gastos.

**TERCERO.-** Para la adecuada resolución del litigio deben tenerse en cuenta las certificaciones emitidas por la Subdirección Provincial y Dirección Provincial del Sergas, respectivamente del 15.06.93 y de 27.08.96, que por notoriedad constan en esta Sala, y de las que resulta lo siguiente:

En la provincia de La Coruña se proporciona asistencia psiquiátrica a los beneficiarios de la Seguridad Social, tanto en régimen ambulatorio como de internamiento, en el Hospital Psiquiátrico de “C.”, integrado en la red sanitaria del Sergas, y ello desde 01.01.93.

En la provincia de Pontevedra:

- Atención del Hospital do “M.” o del Hospital Provincial de Pontevedra desde 1990.

En el Hospital Psiquiátrico del “R.”:

- Antes de 01.09.90, por reintegro de gastos tras sentencia condenatoria.
- Del 03.09.90 al 01.09.92, por reintegro de gastos aprobado en vía administrativa.
- Después del 01.01.92, a través del concierto con el Hospital Provincial de Pontevedra, mediante orden de asistencia P-10, indicando necesidad de ingreso, como cualquier otro proceso de otra especialidad que precisase internamiento.
- Ese concierto se mantuvo durante 1994 y, a partir de 01.01.95, el “R.” ha sido transferido a la red del SERGAS.

Con estas precisiones, y por lo que luego se dirá se hace innecesario añadir un nuevo ordinal para hacer constar que no se solicitó, ni comunicó después, el internamiento psiquiátrico.

**CUARTO.-** Sentado lo anterior, parece claro que, al menos desde enero de 1992, y por lo que se refiere a la provincia de Pontevedra, los beneficiarios podían ingresar en el Hospital Psiquiátrico Provincial del “R.” mediante orden de asistencia P-10, sin otra obligación especial por su parte si allí se decidía la necesidad del internamiento -sin perjuicio, naturalmente, de las relaciones entre dicho centro concertado y el Sergas en orden a tener informado a este último de los ingresos

producidos en tales condiciones-, y con mayor razón desde enero de 1995 en que pasa a integrarse en la red del SERGAS.

Esto quiere decir que la atención dispensada en dicho centro a los beneficiarios de la Seguridad Social no lo era en centro ajeno a la Seguridad Social, sino la que la propia Seguridad Social le debía, por lo que está fuera de lugar pasar a dicho beneficiario la facturación de los gastos producidos, y sólo en caso de hacerlo así y de haber sido pagados esos gastos por el beneficiario -cosa que no siempre consta- procedería el reintegro de los mismos, al margen de la repetición a que en su caso pudiera haber lugar entre ambas entidades.

En el caso ahora examinado consta en la carta de pago el sello “cobrado”, y ninguna de las partes pone en duda el pago de los gastos cuyo reintegro ahora se reclama, de modo que, en virtud de los antes razonado y siendo el período reclamado el que media entre el 22.02.95 y el 15.03.95-, dicho está que la demanda de reintegro debía ser estimada, al margen, repetimos, de las relaciones internas entre ambas entidades, y al haberlo entendido así la Magistrado de instancia estamos en el caso de desestimar el recurso, si bien por los argumentos que se dejan expuestos, y confirmar el fallo que se combate, en lo que se refiere a la procedencia del reintegro, pero debemos estimarlo y revocar la sentencia en cuanto a la legitimación pasiva del SERGAS, que debe ser condenado al pago, absolviendo al I.S.M.

Fallamos

Que estimando en parte -sólo en lo que se refiere a la legitimación pasiva de la gestora obligada al pago- el recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la sentencia de fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa y siete, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, en autos tramitados a instancia de doña D.C.P. frente al Organismo recurrente y el SERGAS sobre Reintegro de Gastos Psiquiátricos, debemos revocarla para condenar al SERGAS al pago del reintegro cuya procedencia se confirma, absolviendo al I.S.M.

**2709 RECURSO N° 1.887/99**

S. S.

O ÓRGANO XUDICIAL ENCARGADO DE DIRIMIR EN PRIMEIRA INSTANCIA OS

**CONFLICTOS COLECTIVOS DO PERSOAL DO SERGAS QUE AFECTEN A MÁIS DUNHA PROVINCIA É O TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA.**

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

A Coruña, a veinticinco 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 núm. 1.887/99 interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Orense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña X.F.V. en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 53/99 sentencia con fecha 5 de febrero de 1999 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.-** Por doña X.F.V. en calidad de presidenta de la Xunta de Personal del Área de Salud “C.P.H.” de Ourense y en base a las facultades concedidas en sesión plenaria de dicha Xunta, celebrada el 05.08.98 se presenta demanda de conflicto colectivo turnada a este juzgado el 18.01.99 en suplica de que se declare: a) El derecho de los afectados por el presente conflicto a disfrutar de descanso al día siguiente a la realización de guardia sin detrimento de sus retribuciones económicas. B) a que la duración media del trabajo por cada período de 7 días no exceda de 48 horas, incluidas guardias. C) A que se establezca de forma expresa y convencional el horario de entrada y de salida y de permanencia o presunción en el puesto de trabajo en atención a las circunstancias que concurren en cada afectado en relación a los dos servicios./ **SEGUNDO.-** En fecha 15.06.98 entró en funcionamiento el Puesto de atención continuada - P.A.C.- de pediatría de Orense, ubicado en el Complexo Hospitalario “C.P.” -hoy Complexo Hospitalario de Ourense- que incluye los municipios de Ourense (capital y Ayuntamientos

periféricos), Carballino, Celanova, Xinzo, Ribadavia, Allariz, Bande, Maceda y Castro Caldelas. El presente conflicto Colectivo afecta a todos los profesionales sanitarios -pediatras adscritos a Atención Primaria, que desempeñan su actividad profesional en los municipios indicados incluidos en el punto de atención continuada -PAC. Pediatrónico- determinado por 19 facultativos./ **TERCERO.-** El horario del puesto de atención continuada de pediatría -PAC- es el siguiente: días laborables: desde las 15 horas hasta las 8 horas del día siguiente. Domingos y festivos: desde las 8 horas hasta las 8 horas del día siguiente./ **CUARTO.-** Desde la creación del Punto de Atención continuada -PAC- de pediatría los profesionales sanitarios, incluidos en su ámbito de cobertura, esto es los 19 médicos pediatras adscritos a los Centros de salud que comprende, realizan turnos de guardia en el de dos en dos, realizando una media de 3 o 4 guardias mensuales de 17 horas y 1 ó 2 al mes de 24 horas. El horario de dichos facultativos adscritos a Atención Primaria, comprende desde las 8 horas hasta las 15 horas los días laborables en los centros que disponen de jornada de tarde esta se desenvuelve desde las 14 horas hasta las 20 horas./ **QUINTO.-** Se celebró sin avenencia la conciliación ante el SMAC”.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña X.F.V. actuando en calidad de Presidenta de la Xunta de Personal del Área de Salud “C.P.” Hospitales de Ourense contra EL SERVICIO GALEGO DE SAÚDE debo declarar y declaro: - El derecho de los afectados por este conflicto a disfrutar de descanso al día siguiente a la realización de guardia, sin detrimento de sus retribuciones económicas. - A que se establece de forma expresa y convencional el horario de entrada y de salida y de permanencia o presencia en el puesto de trabajo, atendiendo a las circunstancias que concurrirían en cada caso concreto. Y en consecuencia condeno al Organismo demandado a estar y pasar por dicha 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.

**QUINTO.-** La Sala, por providencia de 02.06.99, acordó dar audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la competencia funcional del juzgado de instancia para conocer y decidir la cuestión litigiosa, emitiendo informe el Ministerio Fiscal y la demandante aunque no el demandado Servicio Galego de Saúde.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El Servicio Galego de Saúde (Sergas) recurre la sentencia de instancia que, al estimar en parte la demanda de conflicto colectivo presentada por la representante de la xunta de personal del área de salud “C.P.” Hospitales de Orense, declaró “el derecho de los afectados por ese conflicto a disfrutar de descanso al día siguiente a la realización de guardia, sin detrimento de sus retribuciones económicas, y a que se establezca de forma expresa y convencional el horario de entrada y de salida y de permanencia o presencia en el puesto de trabajo, atendiendo a las circunstancias que concurrirían en cada caso concreto”, y solicita con amparo procesal correcto el examen del derecho que contiene aquella resolución, por entender que infringe los artículos 6 del Decreto 200/93 de 29-7 (Establece la ordenación de la atención primaria de la salud en la Comunidad Autónoma de Galicia), 5.3 del Decreto 172/95 de 18-5 (Aprueba el plan de urgencias extrahospitalarias de la Comunidad Autónoma de Galicia), del Real Decreto Ley 3/87 de 11-9 (Régimen retributivo del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, Insalud) en relación con el Decreto 226/96 de 25-4 (Régimen retributivo del personal de las unidades y servicios de atención primaria de la Comunidad Autónoma de Galicia), la Circular 7/84 de 25-9 (Insalud. Ordenación de la libranza de sábados del personal facultativo de los servicios sanitarios y del descanso tras las guardias médicas de presencia física) y la jurisprudencia que cita, pues el personal de atención primaria está legalmente sujeto a una jornada ordinaria y a otro complementaria que se retribuye mediante el complemento de atención continuada y, además, no está obligado de forma incondicionada a otorgarles descanso al día siguiente de la realización de las guardias médicas sino cuando lo permiten las necesidades del servicio, lo que en la actualidad es absolutamente imposible porque quedarían desatendidos los pacientes del centro de salud donde prestan los servicios ordinarios de pediatría, especialidad de la que no existen facultativos en las listas de paro.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa responde a los siguientes datos objetivos: 1) El 15.06.98 entró en funcionamiento el puesto de atención continuada de pediatría de Orense -Pac pediatría Orense-, ubicado en el complejo hospitalario “C.P.” -hoy, complejo hospitalario de Orense-, que incluye los municipios de Orense capital y ayuntamientos periféricos (Allariz, Bande, Carballino, Castro Caldelas, Celanova, Maceda, Ribadavia y Xinzo). 2) El conflicto afecta a todos los profesionales sanitarios -19 pediatras- adscritos a atención primaria, que desempeñan su actividad profesional en los municipios indicados. 3) El horario del Pac

señalado es: días laborables, desde las 15 horas hasta las 8 horas del día siguiente; domingos y festivos: desde las 8 horas hasta las 8 horas del día siguiente. 4) Desde la creación del citado Pac, los 19 pediatras adscritos a los centros de salud comprendidos en aquél realizan turnos de guardia de dos en dos, con una media de 3 ó 4 guardias mensuales de 17 horas y 1 ó 2 al mes de 24 horas. 5) El horario de dichos facultativos en sus respectivos centros de salud es desde las 8 horas hasta las 15 horas los días laborables; en los centros que disponen de jornada de tarde, ésta es desde las 14 horas hasta las 20 horas.

TERCERO.- A) El artículo 9 del D. 172/95 regula una de las cuestiones discutidas, al disponer: “Libranzas.- El Sergas facilitará la adopción de las medidas oportunas para hacer efectiva la libranza del día siguiente tras la realización de una guardia de presencia física, sin que ello implique, en ningún caso, la sustitución del profesional o profesionales”. La norma transcrita es una manifestación de la potestad de gestión de los servicios sanitarios y de coordinación de los recursos sanitarios y asistenciales públicos que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia corresponde legalmente al Sergas, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/89 de 2-1 (Creación del Sergas) y en el Real Decreto 1.679/90 de 28.09 (Traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del Insalud), de ahí que el alcance de dicho precepto legal se proyecte no sólo sobre el territorio de la influencia y responsabilidad del Pac pediatría Orense, que además carece de normativa reguladora específica o propia sobre el particular, sino también sobre cualquier otro punto de atención sanitaria continuada, lo cual revela que los efectos de la sentencia a dictar superan o rebasan, necesariamente, el ámbito jurisdiccional de los Juzgados de lo Social de Orense al que pertenece el Pac señalado; esta conclusión es acorde con el conocimiento en instancia por este Tribunal de la demanda nº 3/99 de conflicto colectivo (Confederación Intersindical Galega/Sergas) que, entre otras pretensiones, solicitó el reconocimiento del derecho que ahora se discute, demanda que motivó el planteamiento por la Sala (auto 14.06.99) de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. B) El otro tema debatido (fijación expresa y convencional del horario de entrada y de salida y de permanencia o presencia en el puesto de trabajo) presenta igual proyección y alcance con la particularidad, según indica el fundamento de derecho segundo de la sentencia, de la falta de cualquier regulación, legal o convencional. C) En definitiva y de acuerdo con los artículos 2.l) y 7.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, procede declarar la incompetencia funcional del Juzgado, afirmar la de este Tribunal Superior para conocer y decidir en instancia la presente demanda previo su planteamiento ante este

órgano jurisdiccional, y desestimarla en el actual trámite sin adoptar pronunciamiento alguno sobre las cuestiones que plantea; el examen de oficio de la excepción procesal apreciada está previsto por el artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por la jurisprudencia (ss. 30.10.92, 20.12.93, 06.10.98).

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos en parte el recurso de suplicación del Servicio Galego de Saúde contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, de cinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve en autos nº 53/99, revocamos dicha resolución, declaramos la incompetencia funcional del Juzgado y afirmamos la de este Tribunal Superior para conocer y decidir en instancia la demanda presentada por doña X.F.V. contra la entidad recurrente, previo su planteamiento ante este órgano jurisdiccional, demanda que en este trámite desestimamos sin adoptar pronunciamiento alguno sobre las cuestiones que plantea con absolución del organismo demandado.

## 2710 RECURSO N° 2.162/99

S. S.

EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO  
POR FALTA DE PAGAMENTO DO SALARIO E

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1”. - (1) don E.F.A., con DNI núm..., (2) don J.M.F.M., con DNI núm..., (3) don G.B.A., con DNI núm..., (4) don R.F.V., con DNI núm..., (5) don C.J.T.V., con DNI núm..., (6) don M.M.D., con DNI núm..., (7) don A.A.B., con DNI núm..., (8) don J.M.C.B., con DNI núm..., (9) don M.M.CH., con DNI núm..., (10) don M.F.V., con DNI núm..., (11) don J.M.P.S., con DNI núm..., (12) don M.M.L., con DNI núm..., (13) don J.M.F.P., con DNI núm..., (14) don J.G.R., con DNI núm..., (15) don M.A.V., con DNI núm..., (16) don R.S.C., con DNI núm..., (17) don J.S.V., con DNI núm..., (18) don F.V.C., con DNI núm..., (19) don L.Q.R., con DNI núm..., (20) don J.S.F., con DNI núm..., (21) don J.V.M., con DNI núm..., (22) don J.M.A.B., con DNI núm..., (23) don M.P.A., con DNI núm..., (24) don M.M.C.S., con DNI núm..., (25) don D.P.B., con DNI núm..., (26) don J.R.C., con DNI núm..., (27) don J.F.C., con DNI núm..., (28) don E.P.V., con DNI núm..., (29) don J.B.R., con DNI núm..., (30) don R.B.N., con DNI núm..., (31) don M.B.T., con DNI núm..., (32) don F.G.M., con DNI núm..., (33) don C.L.L., con DNI núm..., (34) don E.M.G., con DNI núm..., (35) don F.D.O.G., con DNI núm..., (36) don E.P.R. con DNI núm..., (37) doña M.J.R.P., con DNI núm..., (38) don F.R.C., con DNI núm..., (39) don G.R.R.M., con DNI núm..., (40) don B.T.C., con DNI núm... y (41) don J.M.V.A., con DNI núm..., han prestado servicios para la empresa “M.P., S.L.”, reconociéndolas las siguientes (a) antigüedades, (b) categorías profesionales y (c) salarios mensuales, incluido prorrato de pagas extraordinarias, a saber:

(1)	O4.03.63	Oficial 1 <sup>a</sup>	157.060
(2)	02.04.79	Oficial 1 <sup>a</sup>	143.788
(3)	16.07.75	Oficial 1 <sup>a</sup>	146.277
(4)	05.11.65	Oficial 1 <sup>a</sup>	166.238
(5)	09.08.89	Oficial 1 <sup>a</sup>	134.634

## DE OCUPACIÓN EFECTIVA CON RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DO GRUPO DE EMPRESAS RESPONSABLE DA DESCAPITALIZACIÓN DA EMPRESA.

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

A Coruña, a veinticinco 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 2.162/99, interpuesto por la empresa “J.M.C., S.A.”, “T.M.M., S.L.”, “T.C.E., S.L.”, “O.D.I., S.L.” así como la empresa “A.N., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 610/98 se presentó demanda por don E.F.A. y otros en reclamación sobre rescisión de contrato siendo demandada la emprsea “M.P., S.L.” y otras, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 08.02.99 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

(6)	05.08.74	Oficial 1 <sup>a</sup>	147.106
(7)	21.12.66	Oficial 1 <sup>a</sup>	145.447
(8)	09.02.87	Oficial 2 <sup>a</sup>	134.784
(9)	01.03.77	Oficial 1 <sup>a</sup>	145.447
(10)	05.08.85	Oficial 1 <sup>a</sup>	137.982
(11)	17.08.73	Oficial 1 <sup>a</sup>	147.936
(12)	27.05.85	Oficial 1 <sup>a</sup>	151.922
(13)	09.01.89	Oficial 1 <sup>a</sup>	135.400
(14)	26.03.73	Oficial 1 <sup>a</sup>	148.165
(15)	23.09.77	Oficial 1 <sup>a</sup>	144.618
(16)	01.06.78	Oficial 1 <sup>a</sup>	143.788
(17)	17.06.74	Oficial 1 <sup>a</sup>	147.106
(18)	04.06.86	Oficial 1 <sup>a</sup>	137.152
(19)	04.06.74	Oficial 1 <sup>a</sup>	147.106
(20)	19.07.74	Oficial 1 <sup>a</sup>	147.936
(21)	18.03.85	Oficial 1 <sup>a</sup>	138.811
(22)	04.01.85	Oficial 1 <sup>a</sup>	138.811
(23)	05.02.79	Oficial 1 <sup>a</sup>	143.748
(24)	22.03.88	Oficial 1 <sup>a</sup>	136.323
(25)	08.08.75	Oficial 1 <sup>a</sup>	146.277
(26)	30.09.68	Oficial 1 <sup>a</sup>	152.083
(27)	12.06.71	Oficial 2 <sup>a</sup>	146.981
(28)	01.02.85	Oficial 1 <sup>a</sup>	138.811
(29)	14.12.76	Oficial 1 <sup>a</sup>	145.423
(30)	06.08.85	Oficial 1 <sup>a</sup>	137.982
(31)	09.08.89	Oficial 1 <sup>a</sup>	134.666
(32)	22.06.76	Oficial 1 <sup>a</sup>	145.423
(33)	28.05.68	Oficial 1 <sup>a</sup>	152.083
(34)	20.03.74	Oficial 1 <sup>a</sup>	147.936
(35)	10.07.73	Oficial 1 <sup>a</sup> Admtvo.	171.269
(36)	09.02.78	Oficial 1 <sup>a</sup>	144.618
(37)	01.07.97	Oficial Admtvo.	123.361
(38)	03.12.87	Oficial 1 <sup>a</sup>	136.323
(39)	01.10.73	Enc. Xeral	198.682
(40)	02.04.66	Oficial 1 <sup>a</sup>	166.238
(41)	05.04.74	Oficial 1 <sup>a</sup>	147.936

Ostentan la condición de Delegados de Personal (7) el Sr. A.B., (8) el Sr. C.B. y (18) el Sr. V. C.

2º.- Todos los trabajadores de la empresa “M.P., S.L.”, lo fueron antes de Maquinaria de Pontevedra, S.A., en denominación abreviado “M.”, y, hasta 01.08.95, de la empresa “J.M.C., S.A.”, antes Sociedad Limitado. (3) El Sr. B.A., (16) el Sr. S.C., (17) el Sr. S.V. y (39) el Sr. R.M., han figurado de alta en seguros sociales, en períodos anteriores a estarlo en la empresa “J.M.C., S.A.” y, en algún caso, en períodos de paréntesis de alta en esa empresa, siempre sin solución de continuidad en la actividad, en las empresas “H. y P., S.A” y “H.L., S.L.”

3º.- Al fallecimiento, en 1992, de J.M.F., su segunda esposa, doña T.P.M. y la hija común M.M.P., menor de edad, previa adquisición de las demás acciones, quedan como únicas socios de la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”. Se constituye, con la finalidad de segregar de la empresa lo

referente a maquinaria, la Entidad Mercantil “M.P., S.A.”. Desde 20.11.92, fecha de constitución, hasta 27.07.95, la nueva empresa no tiene trabajadores. Con esta fecha, se comunica a los trabajadores ahora demandantes la sucesión de sus contratos, con efectos 01.08.95, a esta nueva empresa, respetándoles la totalidad de sus derechos adquiridos.

4º.- La Sra. T.P.M., en hombre propio y en el de su hijo, como representante de las Entidades Mercantiles “J.M.C., S.A.” y “M.P., S.A.”, alcanzó a 01.09.95 un principio de acuerdo -elevado a 26.09.95 a escritura pública- con don J.S.M., como representante de la Entidad Mercantil “M., S.A.”, sobre la transmisión de las acciones de “M.” y de los activos de “J.M.C., S.A.” (referente a maquinaria)... con el fin de integrar en una única sociedad ambos parques de maquinaria y facilitar con ello la transmisión y continuidad del negocio. Entre sus estipulaciones, son destacadas las siguientes:

**PRIMERA.- CONDICIONES PREVIAS A LA OPERACIÓN DE COMPRA.**

Con el objeto de sanear la situación patrimonial de "M.", según balance cerrado a 31.08.95 e incorporado como anexo 11, la Junta General de dicha sociedad acordará, en fechas próximas, una previa reducción a cero del capital social de la sociedad. Simultáneamente, "J.M.C., S.A.", se compromete a aportar a "M.", en ejecución de un acuerdo de aumento de capital en esta última sociedad, los activos descritos en el anexo 1, constitutivos de rama autónoma de actividad, suscribiendo a cambio la totalidad de los títulos representativos del capital social de dicha entidad.- La aportación se realizará a los valores que constan en la relación incluida en el anexo I.- Como consecuencia de la referida aportación, "M." será titular de los activos descritos en los anexos I y 11. - En cualquier momento previo a la compraventa de acciones, "M." se reserva el derecho de transformar la sociedad en sociedad de responsabilidad limitada, con continuidad de su personalidad jurídica. - Si llegado el día 31.01.96, no se hubieran cumplido las anteriores condiciones, quedarán nulos y sin efecto los derechos y obligaciones asumidos por las partes al amparo del presente documento, sin perjuicio del reintegro del reintegro del precio recibido por

anticipado en los mismos términos previstos en el párrafo primero de la Cláusula Sexta.

**SEGUNDA, - COMPROMISO DE COMPRA VENTA FUTURA.**

En los términos y condiciones previstos en las Cláusulas siguientes, y una vez cumplidas las condiciones previas referidas en la Cláusula anterior, doña T.P., actuando su propio nombre y en nombre y representación de doña M.M.P., se compromete a adoptar las medidas oportunas al objeto de transmitir a "M., S.A.", el 100% de las acciones o participaciones representativas del capital social de "M.". - Por su parte, "M., S.A." declara su firme intención de comprar las referidas acciones o participaciones en los términos seguidamente expuestos.

**TERCERA.- FECHA PREVISTA PARA LA COMPRAVENTA.**

La compraventa de las participaciones sociales de "M." se realizará el día 31.01.96, siempre y cuando "M." haya acreditado el otorgamiento de la escritura de elevación a público del acuerdo de aumento de capital de "M.", mediante la aportación de los activos descritos en el anexo L y su inscripción en el Registro Mercantil de Pontevedra.

**CUARTA, - PRECIO Y CALENDARIO DE PAGOS.**

El precio pactado por la compra de las acciones o participaciones de "M." se fija en la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTAS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTAS SIETE PESETAS (58.295.307), que "M., S.A.", deberá satisfacer a "J.M.C., S.A.", según el siguiente calendario de pagos:

Fecha pago	Importe (ptas.)
01.12.95	5.000.000
01.01.96	5.000.000
01.02.96	5.000.000
01.03.96	5.000.000
01.04.96	5.000.000
01.05.96	5.000.000
01.06.96	5.000.000
01.07.96	5.000.000
01.08.96	5.000.000
01.09.96	5.000.000
01.10.96	5.000.000
01.11.96	3.295.307

- En garantía del pago del precio, "M., S.A.", emite a favor de "J.M.C., S.A.", en este acto, doce (12) pagarés, por los importes y vencimientos expresados.

**OCTAVA. -CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD Y ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LA SOCIEDAD.**

A partir de la firma del presente contrato, "M." se compromete a no realizar ningún acto ni suscribir ningún contrato, excepción hecha de los que sean necesarios para la marcha ordinaria de la

sociedad, que pudiera alterar la situación actual del negocio. - Asimismo tanto "M." como "J.M.C., S.A.", se comprometen a no enajenar activos relacionados en los anexos I y 11, salvo autorización expresa de "M., S.A.". Se entiende que el balance de "M.", a la fecha de transmisión de las acciones o participaciones, debe diferir con respecto al que se acompaña como anexo 111, como consecuencia de la aportación realizada por "J.M.C., S.A" y la contabilización de operaciones derivadas de la gestión ordinaria de la sociedad, sin que ello suponga una variación en el precio fijado para la compra de las acciones o participaciones de "M.". - Hasta la fecha prevista en la Cláusula Tercera para la transmisión de las acciones o participaciones de "M.", D.I.P.M. continuará ostentando la condición de Administrador Único de la sociedad. Ello no obstante, se compromete a ceder la gestión empresarial de la compañía a la persona o personas designadas por "M., S.A.", otorgando, a tal efecto, los poderes de gestión que sean oportunos. - Hasta el 31.08.96, "M." podrá seguir utilizando las oficinas e instalaciones propiedad de "J.M.C., S.A.", sin contraprestación y en los mismos términos y condiciones en que lo viene haciendo hasta la fecha. A partir del 01.09.96, tendrá derecho a prorrogar su utilización, por un período máximo de un año, debiéndose pactar una renta mensual a precios de Mercado.

**NOVENA. - CONTRATO DE SERVICIOS.**

A partir de la firma del presente documento, y durante un período de dos años, "J.M.C., S.A."

garantiza a "M." la contratación de servicios con los siguientes volúmenes mínimas de facturación:

- Durante los seis primeros meses (septiembre de 1995 a agosto de 1996), CUARENTA MILLONES DE PESETAS/MES.
- Durante los seis meses siguientes (marzo de 1996 a agosto de 1996), TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESETAS /MES.
- Durante los seis meses siguientes (setiembre de 1996 a febrero de 1997), TREINTA MILLONES DE PESETAS/IMES.
- Durante los últimos seis meses (marzo de 1997 a agosto de 1997), VEINTICINCO MILLONES DE PESETAS/IMES.

Los servicios prestados por "M.", se valorarán los precios que, en cada momento, acuerde con "J.M.C., S.A.", tomando como referencia los precios de mercado aplicables en operaciones similares entre partes independientes. -El pago por la prestación de los servicios se realizará con periodicidad mensual, a cuyos efectos "M." emitirá facturas, comprensivas de los servicios prestados durante el mes anterior pagaderas a 150 días fecha factura.- "J.M.C., S.A." podrá compensar las cantidades adeudadas a "M." por los servicios previstos en la presente cláusula, con los importes que, a su vez, "M." adeude a "J.M.C., S.A.", por la deuda contraída a que se hace referencia en la Cláusula siguiente. La compensación requerirá, en todo caso, el vencimiento y la exigibilidad, tanto del crédito como de la deuda.

**DÉCIMA.- DEUDA CONTRAIDA POR "M." CON "J.M.C., S.A."**

A la fecha del presente contrato, "M." tiene contraída con "J.M.C., S.A." una deuda neta, a largo plazo, por importe de CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTAS CUARENTA Y SEIS MIL TREINTA PESETAS (158.746.030).- "M., S.A.". reconoce la existencia de la referida deuda y aprueba el siguiente calendario de pagos:

<i>Fecha pago</i>	<i>Importe(ptas.)</i>
01.11.96	5.000.000
01.01.97	5.000.000
01.02.97	5.000.000
01.03.97	5.000.000
01.04.97	5.000.000
01.05.97	5.000.000
01.06.97	5.000.000
01.07.97	5.000.000
01.08.97	5.000.000
01.09.97	5.000.000
01.10.97	5.000.000
01.11.97	5.000.000
01.12.97	5.000.000
01.01.98	5.000.000
01.02.98	5.000.000

01.03.98	5.000.000
01.04.98	5.000.000
01.05.98	5.000.000
01.06.98	5.000.000
01.07.98	5.000.000
01.08.98	5.000.000
01.09.98	5.000.000
01.10.98	5.000.000
01.11.98	5.000.000
01.12.98	5.000.000
01.01.99	5.000.000
01.02.99	5.000.000
01.03.99	5.000.000
01.04.99	5.000.000
01.05.99	5.000.000
01.06.99	5.000.000
01.07.99	2.041.337

*Con carácter simultáneo a la formalización de la compraventa de las acciones de “M.”, “M., S.A.”, se compromete a que esta última sociedad emita a favor de “J.M.C., S.A.”, pagarés, por los importes y vencimientos expresados. - En todo caso, “M., S.A.”, en el presente acto, avala, con carácter solidario, a “M.” frente a “J.M.C., S.A.”, por la deuda contraída a la que se hace referencia en esta Cláusula.*

5º.- En cumplimiento de lo pactado, con fecha 07.11.95, la Junta General Universal de la Entidad Mercantil Maquinaria de Pontevedra S.L. acordó transformar la sociedad en limitada, reducir a cero el capital social -de 10.000.000 ptas.-, y, simultáneamente, incrementarlo en 163.216.000 ptas., mediante la creación de nuevas acciones, totalmente suscritas por la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”, siendo desembolsados mediante la aportación en pago de diversa maquinaria valorado en ese dinero. A 22.12.95 se eleva a público este acuerdo. Sin embargo, numerosos vehículos reseñados aún figuran, en la Jefatura Provincial de Tráfico de Pontevedra, a nombre de la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.” y, por ello, no fue posible su embargo preventivo.

6º.- La Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”, con la autorización de la Entidad Mercantil construcciones “M., S.A.”, vendió a 13.2.1996 a la Entidad Mercantil urbanización “C.G., S.A.”, representada por su administrador único don E.H.C., las participaciones que aquella tenía en la Entidad Mercantil “M.P., S.L.”. El precio de compra se fijó en 58.295.307 ptas., del cual la vendedora confiesa haber recibido la cantidad de 15.000.000 ptas. y el resto según un calendario de pagos, coincidente, desde la fecha, con el de la estipulación cuarta del principio de acuerdo firmado a 01.09.95 por la Sra. T.P.M. y el Sr. J.S.M.

7º.- Con esta misma fecha, la Sra. T.P.M., en representación de la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”, el Sr. E.H.C., en representación de la Entidad Mercantil “M.P., S.L.” y de la Entidad Mercantil Urbanización “C.G., S.A.”, y el Sr. J.S.M., en representación de la Entidad Mercantil construcciones “M., S.A.”, acordaron, bajo la condición expresa de “confidencialidad”, una opción de compra de determinados vehículos, adscribiendo a cada uno un trabajador, en un total de 13, con un plazo de 2 años, sobre un valor de adquisición -coincidente con el obrante en el negocio jurídico detallado en el Hecho Probado Quinto- y unos porcentajes anuales de amortización -de hasta el 30% en alguno de los vehículos-. Se acuerda, asimismo, modificar la estipulación novena del principio de acuerdo firmado a 01.09.95 por la Sra. T.P.M. y el Sr. J.S.M., introduciendo el siguiente párrafo a intercalado.

*En el supuesto de que el precio de las obras efectivamente realizadas por “M.”, con carácter mensual, sea inferior a los pagos realizados por “J.M.C., S.A.”, en el mismo período, según el calendario y cantidades antes mencionadas, la diferencia será considerada como un pago anticipado, a cuenta de servicios de obra que “M.” se obliga a prestar a “J.M.C., S.A.”, con las siguientes particularidades:*

*- Las cantidades anticipadas correspondientes a un mes, se entenderán a cuenta del pago por obras realizadas en un mes posterior, que excedan de la facturación mínima acordada para dicho mes.*

*En el supuesto de que, a 31.08.97, “M.” no hubiera realizado obra por un valor equivalente al importe mínimo de facturación previsto en esta cláusula, las cantidades anticipadas, se entenderán a cuenta del pago por obras que, con posterioridad a dicha*

fecha y hasta dicho anticipo, "M." se obliga a prestar a "M."

8º.- A 14.05.97, don S.S.C., en representación de la Entidad Mercantil "J.M.C., S.A.", con poder inscrito a 20.03.97 en el Registro Mercantil de Pontevedra, y don E.H.C., en representación de la Entidad Mercantil "M.P., S.L.", firmaron el siguiente contrato:

**EXPONEN**

1. - Con fecha 13.02.96 "J.M.C., S.A." vende a don E.H.C. la Sociedad "M." estableciendo un precio de venta de 210 millones de ptas., pagaderos a razón de 5 millones mensuales durante 42 meses. 2.- Una vez vendida la Sociedad, "M." se compromete con "M." a una producción mínima y durante dos años según se especifica en el contrato inicial. Que por diversas razones nunca se ha llegado a alcanzar dicho mínimo exigido, justificable en períodos invernales pero no así en las temporadas de Primavera y Verano. 4.- Que "J.M.C., S.A." ha venido abasteciendo de gasoil a todo el parque de maquinaria de "M.". 5.- Que "J.M.C., S.A." ha venido asistiendo en sus talleres el mantenimiento y reparación de la maquinaria de "M.". 6.- Que "J.M.C., S.A." ha venido satisfaciendo cantidades a cuenta que superan a los trabajos realizados por "M.". 7.- Que a 30.12.96 se ha efectuado una liquidación de los trabajos y prestaciones realizados hasta la fecha que son, por parte de "M." todos los trabajos realizados sobre el perfil y por la Administración en las diversas obras contratadas, - y por parte de "J.M.C., S.A." los costes de los suministros de gasoil y mantenimiento y reparación mencionadas, así como las mensualidades de 5 millones pactadas como consecuencia de la venta de la empresa, arrojando un saldo a favor de "J.M.C., S.A." de 268.879.346 ptas.

**ACUERDAN:** 1.- A partir del 01.01.97 liquidar mensualmente los saldos que se vayan generando reservándose "J.M.C., S.A." 50% de ellos para amortizar la deuda existente. Este 50% no será inferior a 5 Millones ni superior a 10 millones. Pasados 3 meses desde la firma de este acuerdo las partes podrán reconsiderar los números pudiendo éstos ser aumentados o disminuidos según la situación de la empresa en dicho momento. 2.- Del 50% restante, "M." autoriza expresamente a "J.M.C., S.A." a pagar en su nombre prioritariamente la nómina de "M." o alternativamente los proveedores que se designen. 3.- don E.H.C. mantendrá una reunión semanal, que tendrá lugar los Viernes durante la mañana, con el Director de Obra Civil de "J.M.C., S.A." don J.H. para establecer en nº mínimo de medios humanos y materiales necesarios para llevar a buen término la producción planificada por

"J.M.C., S.A." 4. Dadas las incidencias existentes con proveedores y siendo en este momento "J.M.C., S.A." la máxima acreedora de "M.", don E.H.C. autoriza una intervención Contable y Financiera de "M." con el objeto de analizar los ingresos y gastos habidos desde su compra para asegurar su equilibrio patrimonial.

9º.- Justamente, a partir de agosto/97, la Entidad Mercantil "M.P., S.L" comenzó a retrasar el pago de los salarios a sus trabajadores, retrasos constantes que, a fecha de presentación de la demanda judicial, ascendían a las mensualidades de junio y de julio/98 y la paga extraordinaria de verano. Durante esos meses, ha disminuido considerablemente la ocupación efectiva de los trabajadores, pasando por períodos sin ninguna ocupación y otros en que la ocupación es sólo de algunos trabajadores.

10º.- La Inspección de Trabajo, con fecha 21.11.97, giró visita a la empresa y realizó un informe, que, en lo que aquí interesa, señala lo siguiente: *El día 21.11.97 a las 12 horas efectuó visita inspectora al recinto de la empresa "J.M.C., S.A." a fin de comprobar si existía una oficina y estaban trabajando gente de "M.P., S.L." ya que efectuada visita inspectora el 13.11.97 a "J.M.C., S.A.", se me comunicó por parte de la empresa, que no había dentro, por que no les dejaban pasar por haber terminado su contrato con "M.P., S.L." ningún trabajador de esta empresa. Efectivamente en el recinto de la empresa "J.M.C., S.A.", está una oficina donde trabajan para "M." los siguientes trabajadores: - doña M. J.R.P., administrativa que lleva las facturas de la empresa. - don F.O.G., administrativo que normalmente llevaba la contabilidad y que declara que desde el mes de julio lleva la gestión de seguros, I.T.V., multas de tráfico, solicitudes de tarjetas, etc. - G.R.M., jefe de maquinaria que es el que ordena el trabajo al personal. Hasta el mes de Julio estaba como delegado pero en esta fecha le revocaron el poder, aunque actúa como encargado general, por lo tanto tiene alguna conexión con el jefe de la empresa para entregarle letras de pago. Declara que las letras de pago las lleva a la oficina de "J.M.C., S.A." (en el mismo recinto) y que unas dos veces al mes viene Javier Soler que es el representante de "M." a recoger las letras de "J.M.C., S.A.". Tienen en la oficina línea telefónica interna con "J.M.C., S.A.". Declaran que el 7 de noviembre les entregan desde "J.M.C., S.A.", un fax que remite "C." con teléfono 22.94.88 y fax 22.97.12 que es una empresa de la que también es accionista don E.H.C., que es a su vez accionista de "M.". En este fax se les indica que deben de ir a trabajar a la dirección de... (Pontevedra), desde ese día que se personaron en esa dirección los días 10, 11 y 12 y que no hay nadie, ni tienen llave correcta. La*

*oficina de correos les comunica que la correspondencia que se dirigía a “M.P., S.L.” tanto a la dirección de...(sede de “J.M.C., S.A.”) como a... tenían orden de enviarlas a la dirección de... en Vigo, que resulta ser la sede de la empresa “C.”. Me enseñaron también un anuncio insertado en el Faro de Vigo derecha 22 de septiembre de la empresa “M.P., S.L.” y aparece como dirección de la misma la C/...Vigo. Me comunican también que en el recinto de “J.M.C., S.A.” hay (+ -) 18 máquinas de “M.P., S.L.” que están con averías sin reparar. Me comunican que la mayoría de la documentación de los camiones de la empresa aún está a nombre de “J.M.C., S.A.”. Me comunican también que algunos camiones están efectivamente sin seguro y sin pasar I.T.V. Los trabajadores me comunican que además de las máquinas con personal de “M.”, hay unos 5 camiones “M.” que los conducen chóferes de otra empresa (“E., S.L.”) que 2 camiones Barreiros están con chóferes de “J.M.C., S.A.” en Lugo y que un camión cisterna está en Badajoz conducido por un chófer de la empresa “A., S.L.” del grupo “J.M.C., S.A.”.*

11º.- No se ha producido, aún hoy día, el traslado de domicilio de la Entidad Mercantil “M.P., S.L.”. Su sede se encuentra, desde siempre, en el recinto titularidad de la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”. Allí se encuentra también la sede la Entidad Mercantil “T.C.E., S.L.” Hasta hace poco, también la de la Entidad Mercantil “O.D.I., S.L.” Todas estas empresas se disgregaron de la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.” En el recinto no hay distribución diferenciada de electricidad, agua o teléfono. La Entidad Mercantil “O.D.I., S.L.”, inscrita a 17.11.90, esta administrada actualmente, siendo administradora única, por doña T.P.M. Igual ocurre con la Entidad Mercantil “A.N., S.L.”, cuyos únicos socios son, además, doña T.P.M. y la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”. Unico socio de la Entidad Mercantil “T.M.M., S.L.” es la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”, siendo administradora única doña T.P.M. Cuando en una misma obra coincidían trabajadores de una o varios de estas empresas, quedaban bajo las órdenes del encargado de obra designado por la empresa “J.M.C., S.A.”.

12º.- La Entidad Mercantil “M.P., S.L.” ha realizado, desde agosto/98, algunos trabajos ocasionales para la Entidad Mercantil “E., S.L.”. Su responsable es don C.F.V. Dicha empresa es acreedora de la Entidad Mercantil “J.M.C., S.L.”

13º.- De acuerdo con el poder exhibido por su abogado en el acto de juicio oral, don C.F.V. es el representante actual de la Entidad Mercantil “M.P., S.L.”. Sin embargo, no consta inscrita la escritura notarial de la que se deriva esa representación en el Registro Mercantil de Pontevedra.

14º.- Se intentó sin avencencia la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Estimando la demanda interpuesta por (1) don E.F.A., (2) don J.M.F.M., (3) don G.B.A., (4) don R.F.V., (5) don C.J.T.V., (6) don M.M.D., (7) don A.A.B., (8) don J.M.C.B., (9) don M.M.CH., (10) don M.F.V., (11) don J.M.P.S., (12) don M.M.L., (13) don J.M.F.P., (14) don J.G.R., (15) don M.A.V., (16) don R.S.C., (17) don J.S.V., (18) don F.V.C., (19) don L.Q.R., (20) don J.S.F., (21) don J.V.M., (22) don J.M.A.B., (23) don M.P.A., (24) don M.M.C.S., (25) don D.P.B., (26) don J.R.C., (27) don J.F.C., (28) don E.P.V., (29) don J.B.R., (30) don R.B.N., (31) don M.B.T., (32) don F.G.M., (33) don C.L.L., (34) don E.M.G., (35) don F.D.O.G., (36) don E.P.R. (37) doña M.J.R.P., (38) don F.R.C., (39) don G.R.R.M., (40) don B.T.C., y (41) don J.M.V., contra la Entidad Mercantil “M.P., S.L.”, la Entidad Mercantil “J.M.C., S.A.”, la Entidad Mercantil “O.D.I., S.L.”, la Entidad Mercantil “A.N., S.L.”, la Entidad Mercantil “M.N., S.L.”, la Entidad Mercantil “T.M.M., S.L.”, y la Entidad Mercantil “T.C.E., S.L.” declaro extinguido el contrato de trabajo existente entre las partes, y, en consecuencia, condeno a las Entidades Mercantiles demandadas a abonar, de modo solidario, a los demandantes las cantidades, en concepto de indemnización, (1) de 6.596.520; (2) de 4.280.089; (3) 5.168.454, (4) de 6.981.996; (5) de 1.916.291. (6) de 5.408.597; (7) de 4.828.840; (8) de 2.417.216, (9) de 4.785.206; (10) de 2.796.435; (11) 5.651.155; (12) 4.258.880; (13) 2.044.540; (14) de 5.729.047; (15) de 4.637.417; (16) de 4.462.221; (17) de 5.438.018; (18) de 2.605.888; (19) de 5.442.922. (20) de 5.384.870; (21) de 2.891.896; (22) de 2.933.539; (23) de 4.312.440; (24) de 2.222.065; (25) de 5.153.826; (26) de 6.387.486; (27) 6.094.812; (28) de 2.915.031; (29) de 4.828.043; (30) de 2.902.221; (31) de 1.916.746; (32) de 4.823.196; (33) de 6.387.486. (34) de 5.522.944; (35) de 6.571.021; (36) de 4.550.646; (37) de 312.515; (38) de 2.285.682; (39) de 7.556.539; (40) de 6.981.996 y (41) de 5.448.976.

CUARTO.- Con fecha 15 de febrero del presente año por el Juzgado de referencia se dictó Auto, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: “**RESUELVO:** Aclarar la Sentencia número 58, de fecha 08.02.99, dictada en los presentes autos, en el sentido de variar la cantidad fijada como indemnización, quedando de la forma siguiente: (2) 4.234.458 pesetas, (3) 5.110.878 pesetas, (5) 1.902.766 pesetas, (6) 5.345.993 pesetas, (8) 2.403.402 pesetas, (9) 4.732.208 pesetas, (10) 2.768.902 pesetas, (11) 5.587.725 pesetas, (12)

3.091.092 pesetas, (13) 2.030.444 pesetas, (14) 5.682.229 pesetas, (15) 4.585.183 pesetas, (16) 4.412.322 pesetas, (17) 5.375.011 pesetas, (18) 2.583.718 pesetas, (19) 5.382.871 pesetas, (21) 2.863.690 pesetas, (22) 2.905.904 pesetas, (23) 4.266.953 pesetas, (24) 2.205.071 pesetas, (25) 5.097.653 pesetas, (27) 6.025.818 pesetas, (28) 2.890.501 pesetas, (29) 4.777.444 pesetas, (30) 2.768.335 pesetas, (31) 1.903.218 pesetas, (32) 4.862.277 pesetas, (34) 5.458.230 pesetas, (35) 6.495.084 pesetas, (36) 4.504.355 pesetas, (37) 302.657 pesetas, (38) 2.266.136 pesetas, (39) 7.468.538 pesetas./ Asimismo la antigüedad del (7) Sr. A.B. es la de 21.12.76, y no 21.12.66, como constaba. Quedan inalterados el resto de los pronunciamientos de la misma.”

**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

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, estimando la demanda deducida por 41 trabajadores, declaró extinguidos los contratos de trabajo por impago de salarios y falta de ocupación efectiva, condenando al abono de la correspondiente indemnización, con carácter solidario a las empresas “M.P., S.L.”, “M., S.A.”, “J.M.C., S.A.”, “O.D.I., S.L.”, “A.N., S.L.”, “M.N., S.L.”, “T.M.M., S.L.” y “T.C.E., S.L.” y frente a ella recurren: A) “J.M.C., S.A.”, “T.M.M., S.L.”, “T.C.E., S.L.” y “O.D.I., S.L.”, a través de una inicial revisión fáctica, atinente a los ordinarios 1º, 3º, 4º, 8º y 11º del relato histórico y la adición de uno nuevo (15º), para denunciar, en sede jurídica, infracción, por aplicación indebida y violación, de los arts. 6.4, 7.2 y 1.253 del Código Civil, 169 y 260 de la Ley de Sociedades Anónimas, 91.2 de la L.P.L. y doctrina judicial que al respecto se invoca y, finalmente, del art. 49.1, e) del Estatuto de los Trabajadores y B) “A.N., S.L.”, proponiendo, igualmente, revisión de los hechos declarados probados 1º y 11º, y en denuncia de infracción de los arts. 91.2 de la L.P.L., 50.1.a) y c), 4.2, 50.2 y 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

**SEGUNDO.-** El análisis de los motivos fácticos requiere una previa exposición del punto de partida: El error imputado al juez “a quo” derivado de prueba documental (o pericial) ha de ser claro, patente y directamente emanado de tales medios de prueba con radical exclusión de todos los demás, sin caer en pura conjeta o intención de sustituir la versión judicial de los hechos -objetiva, desinteresada e imparcial- por la de la parte recurrente (o subjetiva, interesada y parcial); consecuencia de ello es que la prueba ha de ser

expresamente señalada, sin que sea válido fundar el motivo, sin más, en ausencia de prueba que respalte la versión judicial, y además el concreto documento (o pericia) no puede estar contradicho por otras pruebas, ni son admisibles cuestiones fácticas de planteamiento novedoso.

La responsabilidad solidaria del grupo empresarial se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir, y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías (SS. T.S. de 03.03.87, 08.10.87 y 30.06.93). Teniendo presente lo indicado: No puede sustituirse la conclusión a que llega el juez “a quo” respecto a que “M.P., S.A.” se constituyó con el fin de segregar de “J.M.C., S.A.” lo referente a maquinaria, por otro hecho que, en su lugar, transcriba el objeto social de la entidad, sin perjuicio de poder interesarse su adición, como hace el segundo recurrente, y de igual modo ha de tratarse la modificación del hecho declarado probado 11 en lo atinente al domicilio real de “M.P., S.L.” Las revisiones de los ordinarios tercero y octavo no se basan en documentos de los que directamente se evidencie el error imputado, sino en conjetas que tratan de desconocer la valoración de la prueba en su conjunto.

No mejor suerte merecen las adiciones propuestas al 1º y al 11º de los probados, pues en modo alguno puede calificarse su contenido de “hechos conformes”. No hay inconveniente en adicionar lo interesado al 4º, si bien lo realmente destacable es lo que transcribe el juzgador de instancia. Finalmente, han de rechazarse las revisiones al hecho probado 11 que interesa el segundo de los recurrentes, al resultar del todo inadecuado sustituir un hecho por su contrario negativo basado en que “no constan” determinados extremos.

**TERCERO.-** Al fallecimiento, en 1992, de don J.M.F., su segunda esposa (doña T.P.M.) y la hija común (M.M.P.) quedan como únicas accionistas de “J.M.C., S.A.” (antes S.L.), para quien prestan servicios los trabajadores demandante. Con el fin de segregar de la empresa lo referente a maquinaria, se constituye “M.P., S.A.” (“M.”, luego convertida en “S.L.”) y a ella se incorporan los trabajadores de “J.M.C., S.A.” (01.08.95) con respecto de la totalidad de derechos adquiridos. A través de una serie de acuerdos financieros fruto de la segregación, se trasladan a “M.” (transformada en “S.L.” en virtud de pacto fechado el 07.11.95), además de los trabajadores demandantes, una descapitalización de 210.000.000 ptas. cifra a que asciende el valor de la maquinaria entregada a

través de una entidad instrumental (Urbanización “C.G.”), accordándose, el 30.12.96, que la liquidación mensual de saldos a favor de “J.M.C., S.A.” y a cargo de “M.” (210.000.000 pts.) se hará, a partir del 01.01.97 reservándose “J.M.C., S.A.” el 50% de ellos para amortizar la deuda y con el otro 50% pagará, en nombre de “M.”, prioritariamente la nómina de la plantilla, el director de la obra civil de “J.M.C., S.A.” tendrá capacidad de decisión en la planificación, medios humanos y materiales de “M.”, y “J.M.C., S.A.” intervendrá contable y financieramente a “M.”, empresa a la que “J.M.C., S.A.” venía abasteciendo de gasoil y asistiendo en la reparación y mantenimiento de maquinaria. “M.P., S.L.” tiene su sede física, al igual que “A.N., S.L.”, “O.D.I., S.L.”, “T.C.E., S.L.” en el recinto titularidad de “J.M.C., S.A.”, compartiendo electricidad, agua y teléfono. Todas estas empresas se “segregaron” de “J.M.C., S.A.”, siendo esta empresa y la viuda de “J.M.C., S.A.” las únicas socias de “A.N., S.L.” De la empresa “T.M.M., S.L.” el único socio es “J.M.C., S.A.” y su administradora la Sra. T. Cuando en la misma obra coinciden trabajadores de una o varias de las indicadas empresas, quedan todos bajo las órdenes del encargado designados por “J.M.C., S.A.”.

Con tales datos, no incurre el juzgador de instancia en las infracciones que se le imputan. En efecto, el conglomerado empresarial sirve a un sistema de gobierno unitario en el marco de una relación de dominación, dirigido a integrar los diversos conceptos de la actividad de la empresa matriz (construcción) a través de una vinculación económica y personal, donde los trabajadores pasan de una a otra empresa, compartiendo sede física (h.p. 10º) y dirección de obra y dependiendo sus retribuciones de la empresa matriz, hasta el punto de que precisamente tras los acuerdos sobre liquidación de saldos e intervención económica y contable, se inicia (agosto de 1997) el retraso en el abono de salarios que se prolonga hasta la presentación de la demanda (momento en el cual aún se deben tres mensualidades) y la falta de ocupación efectiva, con períodos de ocupación parcial de la plantilla y otros de ninguna ocupación. El propio informe de la Inspección de Trabajo (21.11.97) transcrita en el ordinal 10º del relato fáctico, afirma que trabajadores de Maquinaria de Pontevedra trabajan en las oficinas de “J.M.C., S.A.” empresa que tienen a su nombre la mayoría de la documentación de los camiones de la anterior, y que algunos de esos vehículos son conducidos por trabajadores de “J.M.C., S.A.”, a lo que ha de añadirse que las dos únicas socias (madre e hija) de esta empresa dominan el accionariado y la administración de las restantes.

No se escapa a la Sala la inadecuada utilización de la “ficta confessio” en el fundamento de derecho

cuarto y que los recurrentes denunciando con invocación del art. 91.2 de la L.P.L., pero el propio juzgador de instancia, prescindiendo de ella, razona adecuadamente en el mismo fundamento jurídico sobre las vinculaciones del grupo empresarial.

Por último, ha de rechazarse la argumentación dirigida a excluir del fallo estimatorio a un trabajador que, durante el procedimiento, fue declarado en situación de incapacidad permanente total, pues, como ya se avanzó, ni tal hecho es “conforme”, ni se invoca documento o dato que lo avale ni, en fin, la Invalidez Permanente Total es, por sí sola, causa de extinción de contrato de trabajo (art. 48.2 del E.T.), estando por lo demás, perfectamente justificada la acción rescisoria entablada por los demandantes al amparo del art. 50.1, b) y c) del Estatuto de los Trabajadores en presencia de un retraso continuado en el abono de salarios, que se viene arrastrando desde agosto de 1997, y de falta de ocupación efectiva en los términos que se describen en el fundamento de derecho segundo de la resolución de instancia.

Por lo expuesto

Fallamos

Que desestimando los recurso de Suplicación interpuestos por (1) “J.M.C., S.A.”, “T.M.M., S.L.”, “T.C.E., S.L.” y “O.D.I., S.L.” y (2) “A.N., S.L.”, contra la sentencia de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Pontevedra, en proceso seguido a instancia de don E.F.A. y otros, sobre rescisión de contrato; debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución de instancia, condenando a las recurrentes a abonar, cada una de ellas, 50.000 pts. (CINCUENTA MIL PESETAS) en concepto de honorarios del Letrado impugnante de ambos recursos. Dese a los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir el destino legal.

**2711 RECURSO N° 2.492/99**

S. S.

A CONTRATACIÓN TEMPORAL EN FRAUDE DE LEI NAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS TEN COMO CONSEQUENCIA A NOVACIÓN DO CONTRATO TEMPORAL NOUTRO POR TEMPO INDEFINIDO SOMETIDO A CONDIÇÃO RESOLUTORIA.

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

A Coruña, a veinticinco 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 núm. 2.492/99 interpuesto por doña F.B.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO** .- Que según consta en autos se presentó demanda por doña F.B.T. en reclamación de despido siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y doña A.B.S.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 11/99 sentencia con fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve 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 F.B.T. ha venido prestando servicios con la categoría de auxiliar de clínica de forma ininterrumpida sin solución de continuidad desde el 01.06.90 en el Centro de trabajo del Hospital “S.M.N.” de esta ciudad, suscribiendo desde la indicada fecha los siguientes contratos: a) El 01.06.90 suscribe contrato eventual por necesidades del servicio con la Excma. Diputación Provincial con una duración de 1 mes hasta el 30.06.90./ b) El 04.07.90 suscribe contrato de interinidad con la Excma. Diputación Provincial con una Duración de 1 mes, desde el 01.07.90 al 31.07.90./ c) El 03.08.90 suscribe nuevo contrato de interinidad con la Excma. Diputación Provincial con una duración de 1 mes desde el 01.08.90 al 31.08.90./ d) El 01.09.90 suscribe nuevo contrato de interinidad con la Excma. Diputación Provincial con una duración de 1 mes hasta el 30.09.90./ e) El 01.10.90 suscribe un nuevo contrato de interinidad con la Excma. Diputación Provincial con una duración de 1 mes hasta el 30.11.90./ f) El 02.11.90 suscribe contrato eventual por necesidades del servicio con la Excma. Diputación Provincial con una duración de 1 mes hasta el 30.11.90./ g) El 01.12.90 suscribe nuevo contrato eventual por necesidades del servicio con la Excma. Diputación Provincial con una duración de un mes hasta el 31.12.90./ h) El 02.01.91 suscribe contrato de trabajo como medida de fomento de empleo con la

Excma. Diputación Provincial con una duración de 6 meses hasta el 30.06.91./ i) El 01.07.91 suscribe contrato de interinidad con la Excma. Diputación Provincial con una duración hasta el 31.07.91./ j) El 01.08.91 suscribe nuevo contrato de interinidad con la Excma. Diputación Provincial con una duración hasta el 31.08.91./ k) El 01.09.91 suscribe nuevo contrato de interinidad con la Excma. Diputación Provincial con una duración hasta el 30.09.91./ l) El 01.10.91 suscribe contrato eventual por necesidades del servicio con la Excma. Diputación Provincial con una duración de un mes hasta el 31.10.91./ m) El 04.11.91 suscribe contrato eventual por necesidades del servicio con la Excma. Diputación Provincial con una duración de un mes desde el 01.11.91 al 30.11.91./ n) El 02.12.91 suscribe contrato eventual por necesidades del servicio con la Excma. Diputación Provincial con una duración de un mes hasta el 31.12.91./ o) El 02.01.92 suscribe contrato eventual por necesidades del servicio con el Hospital Provincial con una duración hasta el 29.02.92./ p) El 02.03.92 suscribe contrato como medida de fomento de empleo con la Excma. Diputación Provincial con una duración pactada de 6 meses el cual fue sucesivamente prorrogado hasta el 28.02.95./ q) El 01.03.95 suscribe contrato de interinidad con el Hospital Provincial “S.M.N.” con una duración según la cláusula sexta hasta que se cubra reglamentaria la plaza o se amortice./ Dichos contratos figuran incorporados a autos, teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido./ El Salario percibido por la actora asciende a 114.523 pesetas mensuales sin inclusión del prorrato de las pagas extraordinarias./ **SEGUNDO**.- Por Decreto 22/93 de 28 de enero (DOG 12.02.93) se transfiere a la Comunidad Autónoma de Galicia el Hospital Provincial “S.M.N.” dependiente de la Dirección Provincial de Ourense, junto con la Escuela de Enfermería, ubicada en el indicado centro, transfiriendo el personal adscrito a dichos centros, entre ellos la actora, personal contratado eventual del Hospital “S.M.M.”. Por Orden de 28.04.95, (DOG de 15.05.95), se crea el Complejo Hospitalario “S.M.N.” y Hospital “Dr. C.G.”/ **TERCERO**.- Por Resolución de 8 de abril de 1996 la Dirección General de Recursos Humanos convoca concurso oposición para ingreso en las categorías incluidas en la Oferta pública de empleo para el año 1995 del Personal Laboral del Complejo Hospitalario “S.M.N.”- “Dr. C.G.” de Ourense. Por Resolución de la Dirección de Recursos Humanos del SERGAS de 14 y 26 de mayo de 1998, se da por terminado el proceso selectivo convocado por la Resolución citada de 08.04.96./ **CUARTO**.- En fecha 21 de octubre el SERGAS, dirige comunicación escrita a la actora del siguiente tenor literal: “Comunicásele que, unha vez resolto con carácter definitivo o concurso oposición para o persoal laboral do Complexo

Hospitalario “S.M.Nai- Dr. C.G.”, próximamente se producirá a incorporación dos adxudicataros dos postos de traballo incluidos na devandita oferta publica de emprego. a posible incorporación dese persoal adxudicatario no posto de traballo que vostede viña ocupando pode conllevar, previsiblemente, o cese na súa perstación de servicios no centro. A efectividade do cese terá lugar, no seu caso, en datas próximas que lle serán notificadas debidamente./ **QUINTO.**- En fecha 16.11.98, la actora recibe comunicación escrita del siguiente tenor literal: “A la atención de don/dña. F.B.T.- Auxiliar enfermería.- Habiendo tomado posesión de la plaza don/doña A.B.S.C. por resolución de 29.10.98 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 16.11.98 lo que comunico a los efectos oportunos”./ **SEXTO.**- En fecha 21.10.98, por la Dirección General de la División de Recursos Humanos del SERGAS se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo objeto de la oferta pública de empleo del personal laboral del C.H. “S.M.N.-Dr. C.G.”, considerando aplicables el contenido de las instrucciones de 31.07.97. dichas instrucciones figuran incorporadas a autos teniendo aquí su contenido por reproducido./ **SÉPTIMO.**- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior, la condición de representante legal o sindical./ **OCTAVO.**- Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 20.01.99”.

**TERCERO.**- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña F.B.T. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y doña A.B.S.C. debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y en consecuencia absuelvo a los demandados de las prestaciones en su contra esgrimidas”.

**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 de despido interpuesta por la actora absolviendo libremente de la misma a los demandados. Y contra este pronunciamiento recurre la referida actora articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la revisión de los apartados b), c), d), e), i) y j) del hecho probado primero para que se sustituyan sus respectivas redacciones por las

siguientes: \* La del apartado b) haciendo constar que: “el 04.07.90 suscribe contrato eventual, al amparo del art. 3º del R. D. 2.104/84 con la Excma Diputación Provincial, de 1 mes de duración, hasta el 31.07.90”. \* La del apartado c), en el sentido de señalar que: “el 03.08.90 suscribe contrato eventual, al amparo del art. 3º del R. D. 2.104/84 con la Excma Diputación Provincial, de 1 mes de duración, hasta el 31.08.90”. \* La del apartado d) haciendo constar que: “el 01.09.90 suscribe contrato eventual, al amparo del art. 3º del R. D. 2.104/84 con la Excma Diputación Provincial, de 1 mes de duración, hasta el 30.09.90”. \* La del apartado e) haciendo constar que: “el 01.10.90 suscribe contrato eventual, al amparo del art. 3º del R. D. 2.104/84 con la Excma Diputación Provincial, de 1 mes de duración, hasta el 31.10.90”. \* La del apartado i), en el sentido de señalar que: “el 01.07.91 suscribe contrato eventual, al amparo del art. 3º del R. D. 2.104/84 con la Excma Diputación Provincial, de 1 mes de duración, hasta el 31.07.91”. \* La del apartado j), haciendo constar que: “el 01.08.91 suscribe contrato eventual, al amparo del art. 3º del R. D. 2.104/84 con la Excma Diputación Provincial, de 1 mes de duración, hasta el 31.08.91”.

Las modificaciones que se pretenden no pueden prosperar, por cuanto lo consignado por la Juzgadora a quo en el relato fáctico responde exactamente a lo consignado en los contratos suscritos por la demandante, sin que quepa, a través del relato fáctico, introducir una calificación distinta de dichos contratos que comporta, en realidad, una valoración jurídica.

**SEGUNDO.**- Con el mismo amparo procesal formula la demandante un segundo motivo de suplicación en el que interesa la sustitución del numeral sexto del relato fáctico por la siguiente redacción: “En fecha 21.10.98, por la Dirección General de la División de Recursos Humanos del Sergas se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo objeto de la oferta pública de empleo del personal laboral del C.H. “S.M.N.-Dr. C.G.”, considerando aplicables el contenido de las instrucciones de 31.07.97. Dichas instrucciones figuran incorporadas a autos teniendo aquí su contenido por reproducido. No consta expresamente que los criterios de cese que figuran en dichas instrucciones hayan sido comunicados a la actora con carácter previo al cese por parte del Sergas, como era preceptivo, a tenor del contenido de dicha Resolución.”. El motivo no puede prosperar, pues, por un lado, el hecho probado sexto de la resolución recurrida resulta de la comunicación remitida a la actora en 21.10.98 en el sentido que se recoge en tal hecho, que, por tanto, debe ser mantenido. Por otro lado, no cabe

adicionar al mencionado hecho que el Sergas dictó instrucciones en 31.07.97 para llevar a cabo los ceses..., puesto que ello consta suficientemente reflejado en el numeral 6º del relato fáctico que, incluso, da por reproducida la instrucción de fecha 31.07.97. Cabe, a lo sumo, adicionar al HP, pues así aparece documentado en el proceso (en concreto, folios 118 y 119) que el Director General de la División de Recursos Humanos del Sergas dictó instrucción en 21.10.98 en el sentido de aplicar las instrucciones de 31.07.97 a los ceses derivados de los adjudicatarios de las plazas en el C.H. "S.M.N.-Dr. C.G.".

Finalmente, no procede adicionar al hecho sexto el último párrafo relativo a que "no consta que los criterios de cese...", por cuanto se trata de un hecho negativo sin constancia documental en las actuaciones que, en realidad, implica un juicio de valor y que en todo caso puede y debe ser abordado como tal en su lugar oportuno.

**TERCERO.**- Con idéntica cita procesal articula la demandante un tercer motivo de suplicación en el que interesa la sustitución del numeral octavo del relato fáctico por la siguiente redacción: "Interpuesta reclamación previa, la demandada Sergas no ha contestado en el plazo legal, según el apartado 2 del art. 69 de la LPL". La revisión resulta inviable desde el momento en que en el hecho probado impugnado se declara correctamente la interposición de la reclamación previa y la fecha de desestimación de aquella. Lo que propone la parte recurrente en su redacción alternativa es realmente una valoración de la trascendencia jurídica que ha de tener el hecho de que el Sergas desestimase la reclamación previa en la fecha en que consta lo hizo.

**CUARTO.**- Al amparo del art. 191.c) de la LPL formula la recurrente un primer motivo de censura jurídica en el que denuncia infracción del art. 3 R.D. 2.104/84, de cierta jurisprudencia sobre contrataciones temporales sucesivas, y del art. 15 E.T. así como del art. 6.4 C. Civil, todo ello en base a sostener que desde el primer contrato se aprecia fraude de ley y, por ello, siguiendo el criterio jurisprudencial consolidado, la actora en tales circunstancias ya había adquirido sin duda la condición de trabajador fijo.

El motivo no puede prosperar, pues la cuestión que ahora se plantea ha sido ya reiteradamente resuelta por esta Sala en supuestos idénticos como el que ahora se enjuicia. Al respecto, la Sentencia de 18.06.99 (Recurso nº 2.197/99) señala lo siguiente: "La sentencia recurrida razona adecuadamente sobre el particular al dejar sentado el criterio jurisprudencial reciente en supuestos como el enjuiciado en función del cual no cabe equiparar a

la demandante a trabajadora fija de plantilla "condición fijada 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"; concluyendo correctamente a partir de ello que a pesar de las "graves irregularidades cometidas por la Administración al concatenar sucesivos contratos temporales en fraude de Ley... la doctrina antes señalada de nuestro T.S., impide que se le pueda atribuir por dicho motivo el carácter de trabajadora fija de plantilla y por ello la cobertura reglamentaria de la plaza por otra trabajadora que tiene su misma categoría profesional -Auxiliar de clínica- y que aprobó el proceso de selección convocado... determina que su cese no pueda ser calificado como un despido...".

"Efectivamente, las irregularidades en los contratos suscritos con la actora en ningún caso propician que su relación con el Sergas pasase a otorgarle la condición legal de fija de plantilla ni impiden el cese por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba; consecuentemente, esto último comprende el proceso integral oportuno, incluyendo los criterios generales fijados para los ceses del personal no fijo de plantilla cuando existan más plazas vacantes cubiertas interinamente que personas aprobadas en el proceso de selección. El T.S. en sentencias de 20/1 y 21/1, 27/3, 20/4 y 22.09.98 ha dejado establecido que las irregularidades de contratación no determinan la condición de trabajador fijo de plantilla, sino tan solo la de novar el contrato temporal por otro por tiempo indefinido, pero sujeto a la condición de extinción cuando la plaza ocupada se cubra en forma reglamentaria, ya que en otro supuesto se produciría un ingreso en plantilla sin respetar los principios de igualdad de oportunidades, a través de la oferta pública de empleo". De acuerdo con ello el motivo ha de ser desestimado, pues la actora en ningún momento ostentó la condición de trabajadora fija de plantilla, habiéndose producido su cese por cobertura reglamentaria de la plaza.

**QUINTO.**- Con idéntica cobertura procesal se denuncia por la demandante infracción del art. 8.5 del E.T, en relación con la Directiva Comunitaria 91/533, de 14 de octubre, en la que se contempla el deber de información al trabajador de los elementos esenciales de su relación de trabajo, cuyo contenido -entiende la recurrente- ha sido omitido a lo largo de toda la vida laboral por la Administración demandada, no solo por las irregularidades habidas, sino porque no "se le ha dado la posibilidad de tener conocimiento de lo que firmaba, habiéndole sido entregada copia de los contratos suscritos, una vez que fue despedida, teniendo en ese momento conciencia de la realidad, firmando, sin saberlo,

contratos de fomento de empleo y sin haber sido indemnizada a la finalización de su duración, firmando igualmente contratos de interinidad”.

La argumentación no puede admitirse, por cuanto resulta esencialmente contradictoria con la firma de los diversos contratos que la actora llevó a cabo, de tal modo que no puede deducirse o concluirse que desconociera sus contenidos, lo que en todo caso a ella sería imputable. Tampoco aparece que hubiera reclamado o se le denegara información alguna durante la relación de servicios, resultando inaceptable, además, la invocación de la prueba testifical cuya valoración es privativa de la Magistrada de instancia.

**SEXTO.-** El tercero de los motivos de derecho sustantivo denuncia también infracción de la Resolución de la Dirección Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia de 31.07.97, en relación con el art. 54.1 del ET. y 7 de la LOPJ; infracción que se considera producida a la vista del contenido de la carta de precese y de la de cese, pues en la primera sólo se hace una referencia a que la incorporación de los adjudicatarios del concurso-oposición del personal laboral puede dar lugar al cese en los servicios que venían prestando, y en la carta de cese nada se añade a la referida comunicación, ya que tan solo se indica que por haber tomado posesión un trabajador nombrado en propiedad se extingue el contrato de trabajo de la actora. Entiende la recurrente, en esencia, que al no existir información respecto a los motivos del cese y a los criterios en que éste se funda, de acuerdo con las instrucciones contenidas en la resolución referida, la recurrente desconoce el criterio de antigüedad que aplica la Entidad demandada para extinguir los contratos, y desconoce asimismo el contenido de las listas, para poder analizar si dicho criterio se aplicó correctamente...”.

El motivo deviene inaceptable, pues como señala la ya cita Sentencia de esta Sala de 18.06.99 (Recurso 2.197), “la causa del cese de la actora está oportunamente precisada en las comunicaciones habidas, primero con la carta de precese y luego con la de cese (HDP 4º y 5º); y también en las bases previas del concurso de provisión de plazas y en las instrucciones que con carácter general y por derivación del mismo estableció el Sergas, previo acuerdo con las organizaciones sindicales, para determinar el orden en el que habían de producirse los ceses en función de la cobertura de plazas como resultado de concurso-oposición. Se sabe, en suma, que a consecuencia del concurso de provisión de plazas... y al resultar adjudicadas dichas plazas, los afectados habían de cesar conforme a determinados criterios; así se lo indicó suficientemente a la actora la carta de precese; y ésta conoce o puede conocer las listas de cese, pues consta fueron publicadas en

los respectivos tablones de anuncios y en modo alguno es obligado su remisión individual a cada uno de los trabajadores afectados; y cuando se comunica el cese a la actora, se le participa que se debe a cobertura definitiva de su plaza con indicación del trabajador que pasa a ocuparla y que la obtuvo en el procedimiento convocado... (H.P. 5º). De este modo, queda posibilitada debidamente la impugnación de la decisión de cese con las comunicaciones habidas, sin que subyazca en ello la vulneración de las normas que se pretende en el motivo...”, ni, por tanto, la invocada indefensión.

**SÉPTIMO.-** Finalmente, alega la recurrente en el último de los motivos de censura jurídica, violación de los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, tutela judicial efectiva y presencia de discriminación, argumentando que ni en la carta de precese, ni la de cese se informó adecuadamente a la actora de los motivos por los que fue cesada y, además, por no haberse aportado la lista del personal interino eventual del Hospital Provincial, terminando por afirmar que la discriminación se produce “por el solo hecho de no figurar en las listas de ceses todas las personas que han venido desempeñando funciones distintas de las que figuran en los contratos”.

El motivo deviene también inatendible pues, por un lado, la sentencia recurrida razona correctamente que con la cobertura de la plaza el Sergas no vulneró ningún derecho fundamental de la demandante ni la discriminó, ya que como señala la STS de 13.10.97 (Ar. 7.300), el criterio de cesar por cobertura reglamentaria de plaza interina a quien más tiempo lleva ocupando una vacante temporal es perfectamente legítimo, y ello porque cuando el empleo es un bien escaso, el criterio de rotación en el desempeño de puestos de trabajo temporalmente vacantes es también criterio sociológicamente válido y legalmente asumido por el ordenamiento laboral español; y por otro, argumenta de manera acertada que el Sergas no vulneró el criterio de antigüedad en los ceses lo que se refleja en la documental que se cita en la fundamentación jurídica (folios 102 y 103).

Por ello, conforme se desprende del mencionado hecho probado y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, el cese de la actora, debe estimarse ajustado a derecho en función de las siguientes consideraciones: A) En primer término, porque con independencia de las irregularidades habidas en sus contratos -si bien la actora en ningún momento ejercitó la acción para declarar su relación laboral como indefinida-, nunca tuvo la condición legal de “fija de plantilla”, debiendo de cesar cuando la plaza ocupada se cubriese reglamentariamente, siéndole por ello también de

aplicación al efecto los criterios generales de cese según mayor antigüedad, acumulada o computada en términos reales y no puramente formales. B) En segundo término, la apelación a una posible discriminación por la normativa interna aplicada en Galicia y en cuanto pueda resultar diferente de la que se aplica en otras Comunidades tampoco es admisible. El establecimiento de un determinado criterio de cese supone la existencia de una norma objetiva que elimina la posible arbitrariedad, y no cabe considerar discriminación por la posibilidad de que serían aplicables criterios distintos en orden al cese caso de ser prestados los servicios en otra Comunidad Autónoma con normas distintas. Ha de estarse a las normas de aplicación correspondientes a cada supuesto; en el caso de la actora, las ya comentadas. C) Finalmente, los documentos que se dicen aportados con el recurso (fotocopia de un acta de juicio) no pueden tomarse en consideración, pues su incorporación en trámite de suplicación solo puede hacerse directamente ante la Sala siguiendo el cauce del art. 231 de la LPL, por lo que no pueden surtir efecto en este trámite procesal, ello aparte de que se refieren a una prueba testifical que no podría ser valorada por este Tribunal al no perder su condición de tal por el hecho de estar documentada en un acta de juicio. En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora doña F.B.T., contra la sentencia de fecha 10.02.99 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia de la recurrente frente al demandado Servicio Galego de

Saúde (Sergas) y la también demandada doña A.B.S.C., debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

## **2712 RECURSO N° 2.435/99**

S. S.

**NA TERCEIRÍA DE MELLOR DEREITO DEBE PRESENTARSE COA DEMANDA O TÍTULO NO QUE ESTA SE FUNDE.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veintiocho 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 núm. 2.435/99, interpuesto por don G.R.R. y otros, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo. Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don G.R.R., don J.C.V., don A.L.G., don M.A.C.P., don J.A.L.P., don T.L.G., don A.L.R. y don L.D.V. en reclamación de tercera, siendo demandado don F.C.M. industrial de “M.L.F., S.A.”, don L.A.C. y M.P.M., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 469/93 –Ej. 79/95 sentencia con fecha 5 de junio de 1998, por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Los demandantes en la tercera cesaron en la empresa INDUSTRIAL DE “M.L.F., S.A.” el día 10.04.97, a modo de sentencia firme de la misma fecha, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, según consta en los autos 121/97, con motivo de los incumplimientos contractuales de la empresa (falta de pago), siendo condenada a abonarles a cada uno las siguientes cantidades en concepto de indemnización:

A G.R.R.	2.504.233 ptas.
A J.C.V.	4.821.393 ptas.
A A.L.G.	4.785.776 ptas.
A M.A.C.P.	5.181.590 ptas.
A J.A.L.P.	4.544.505 ptas.
A T.L.G.	4.867.554 ptas.
A A.L.R.	4.529.790 ptas.
A L.D.V.	5.224.775 ptas.

**SEGUNDO.-** También los actores, como consecuencia de la falta de pago interpusieron demandas ante el Juzgado de lo Social de Lugo por las siguientes cantidades derivadas de sueldos, pagas extraordinarias y atrasos:

Demanda de fecha 20.02.96:

A G.R.R.	481.043 ptas.
A J.C.V.	506.841 ptas.
A A.L.G.	430.062 ptas.
A M.A.C.P.	517.042 ptas.
A J.A.L.P.	487.101 ptas.
A T.L.G.	515.722 ptas.
A A.L.R.	498.972 ptas.
A L.D.V.	507.995 ptas.

Demanda de fecha 08.07.97:

A G.R.R.	451.481 ptas.
A J.C.V.	480.009 ptas.
A A.L.G.	491.302 ptas.
A M.A.C.P.	580.954 ptas.
A J.A.L.P.	461.545 ptas.
A T.L.G.	491.302 ptas.
A A.L.R.	471.599 ptas.
A L.D.V.	480.828 ptas.

TERCERO.- Los terceristas solicitan se declare su mejor derecho a ser resarcidos en sus créditos con preferencia al ejecutante, don F.C.M., con respecto a los importes dimanantes de la vía de apremio seguida en la ejecución 79/95 del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la tercería de mejor derecho interpuesta por don G.R.R., don J.C.V., don A.L.G., don M.A.C.P., don J.A.L.P., don T.L.G., don A.L.R. y don L.D.V. contra don F.C.M., se declara el mejor derecho de los terceristas a ser resarcidos de sus créditos con preferencia al ejecutante en la vía de apremio seguida en la ejecución 79/95, únicamente en cuanto a las indemnizaciones fijadas en sentencia recaída en los autos 121/97 del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, por extinción de contrato, y excluyendo en todo caso la cantidad de 431.000 ptas. pagadas al demandado en la tercería con fecha 15.07.97".

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia -que declaró el mejor derecho de los terceristas a ser resarcidos de sus créditos, con preferencia al ejecutante en la vía de apremio, en cuanto a las indemnizaciones, fijadas en la sentencia, dictada en los autos 121/1997 del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, por extinción de contrato, con exclusión de la

cantidad de 431.000 pesetas, pagadas al demandado, en fecha 15.07.97; y desestimó la petición del escrito inicial de que se declare el mejor derecho de dichos terceristas a ser resarcidos, con preferencia al ejecutante, en las cantidades, derivadas de sueldos, pagos extras y atrasos, reclamadas en las demandas por ellos presentadas, en fechas 20.02.96 y 08.07.97-, formulan recurso de suplicación los mencionados terceristas, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, por una parte, se añada un inciso final al hecho probado tercero de aquéllas, que afirme que "los terceristas solicitan se declare su mejor derecho a ser resarcidos en sus créditos, con preferencia al ejecutante don F.C.M., con respecto a los importes dimanantes de la vía de apremio, seguida en la ejecución 79/95 de este Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, a causa del accidente laboral sufrido por el ejecutante y del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad impuesto por tal motivo"; por otra, se adicione el hecho probado segundo de la citada sentencia de instancia, un segundo párrafo, que diga que "la demanda de 20.02.97 dio pie a los autos de número 120/97, resueltos a medio de la sentencia de 21.10.97; y la demanda de 08.07.97, por su parte, dio lugar a los autos de número 449/97, resueltos por medio de sentencia de 23.02.98. En ambos supuestos fue condenada la empresa Industrial "M.L.F., S.A." a abonar a los terceristas las cantidades, en concepto de salarios que en ellas constan"; y, por otra, se incorpore a ella, un nuevo hecho probado, el cuarto, que señale que "la empresa ejecutada, Industrial de "M.L.F., S.A.", fue declarada en suspensión de pagos, por la providencia de 25.02.97 del Juzgado de 1º Instancia nº 5 de Lugo"; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción del artículo 273 del TRLPL, en relación con los

artículos 1.532 y 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SEGUNDO.-** Aunque con los nulos efectos prácticos que se verán, es procedente efectuar, en la relación fáctica de la sentencia de instancia, las adiciones, que se pretenden con el primer motivo del recurso, ya que la certeza de los datos en ellas contenidos -que, si bien no aportan nada nuevo, sirven para precisar adecuadamente lo que se discute-, aparece del contenido de la prueba documental, que, en cada caso, citan los terceristas de mejor derecho en su apoyo.

**TERCERO.-** Si bien el recurso de suplicación va dirigido, con carácter general, tal como se desprende del suplico del correspondiente escrito, a que se revoque la sentencia de instancia, con estimación íntegra de la preferencia interesada en la demanda de tercería de mejor derecho ejercitada - con lo que parece que los recurrentes no están de acuerdo, con el extremo de la resolución impugnada referente a que debe excluirse de la tercería la cantidad de 431.000 pesetas, pagadas al demandado don F.C.M., en fecha anterior a la presentación de dicha demanda, aunque no discutan el contundente argumento, que utiliza el Sr. Juez "a quo", con acierto, para acordar dicha exclusión, de que el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la tercería de mejor derecho no se admitirá después de realizado el pago al acreedor ejecutante-; sin embargo, el mismo lo reducen, en el segundo motivo del mismo, a discutir la decisión de aquél, de desestimar la tercería de mejor derecho planteada, en cuanto se pretende incluir en ella las cantidades, referentes a sueldos, pagas extraordinarias y atrasos, que reclamaron los terceristas, mediante las demandas, que presentaron en los Juzgados de lo Social de Lugo, en fechas 20.02.96 y 08.07.97.

**CUARTO.-** Estimando la Sala, con relación a la cuestión discutida, que es correcta la decisión del Juzgador de instancia, de que no puede darse preferencia en la ejecución, a las cantidades anteriormente señaladas, porque, cuando se presentó la demanda de tercería -08.10.97-, los procedimientos, seguidos por la presentación de las demandas de 20.02.96 y 07.07.97, aún no habían sido resueltos por sentencias firmes -cosa ésta que, por otra parte, no tuvo lugar hasta el 21.10.97 y el 23.02.98, respectivamente- y, por lo tanto, los terceristas no tenían un título preferente, con relación a dichas cantidades, sino una mera expectativa, que no bastaba al efecto, porque, según determina el artículo 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso; y que no son razones suficientes para rebatirla, las esgrimidas

por los recurrentes, en el sentido de que no existe ningún precepto del ordenamiento jurídico que exija que la preferencia salarial interesada se acredite mediante la existencia de una ejecutoria, pues sólo se requiere que exista un crédito vencido, líquido, exigible y preferente; de que el título, en este caso, estaba constituido por la sentencia dictada con anterioridad en el proceso de extinción de la relación laboral; y de que este título quedó completado con los documentos, aportados como prueba documental en el acto de la comparecencia; porque, si bien es cierto que, como regla general, no es necesario que la preferencia salarial, en casos de tercería de mejor derecho, tenga que fundarse en una ejecutoria; sin embargo, también lo es que, existen algunos casos, como el presente, en que las mencionadas ejecutorias son precisas, para poder determinar la presencia de créditos vencidos, líquidos y exigibles, porque, evidentemente, no basta con que la relación laboral hubiere quedado extinguida, y con que se deriven créditos para los trabajadores como consecuencia de ello, para entender -si es que existe discusión al efecto-, sin resolver ésta en el correspondiente procedimiento, con todas las garantías, incluidas las de audiencia y práctica de prueba, que las cantidades que reclaman, tienen, sin más, la condición de créditos vencidos, líquidos y exigibles; procede desestimar el recurso y confirmar el fallo de la resolución impugnada.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don G.R.R. y otros, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de Lugo, en fecha 05.06.98; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma".

**2713 RECURSO Nº 4.147/95**

S. S.

**NO CASO DE PENSIÓN DE XUBILACIÓN COMUNITARIA, O CÁLCULO DA BASE REGULADORA FICTICIA DEBE FACERSE TOMANDO EN CONTA AS BASES MEDIAS DE COTIZACIÓN, SEN QUE INFLÚA NO CÁLCULO QUE A ESCALA REGALA ANOS DA ORDE DO 67.**

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

A Coruña, a treinta 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 núm. 4.147/95 interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y don E.A.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO** .- Que según consta en autos se presentó demanda por don E.A.P. en reclamación de jubilación reintegro de gastos C.E.E. siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 304/95 sentencia con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

**SEGUNDO** .- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “<sup>1º</sup>.- El actor E.A.P., D.N.I..., nacido el 28.04.34, vecino de Tui, se halla afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº..., por su profesión de peón, habiendo sido dado de alta el 20.01.53 y baja el 09.03.56 y alta el 01.08.57 y baja el 24.10.63; en Alemania trabajó desde 01.11.63 al 30.04.94 un total de 358 meses.- <sup>2º</sup>.- El actor con fecha 10.01.94 solicitó del demandado Instituto Nacional de Seg. Social pensión de jubilación con efectos de 01.05.94 que le fue reconocida por resolución de 16.01.95 con fundamento en 3.421 días cotizados en España y 9.354 días cotizados en Alemania total 12.775 días; base reguladora 3.081 Pts. porcentaje aplicable 60% porcentaje a cargo de España el 26,78% habiéndose tomado por el cálculo de la base reguladora las cotizaciones del período 10-55 al 9-63 último cotizado en España.- <sup>3º</sup>.- Contra la anterior resolución el 13.02.95 formuló reclamación previa que fue desestimada por nueva resolución el 03.03.95 en base a iguales razones que la anterior resolución.- <sup>4º</sup>.- Se presentó demanda el 11.04.95 pretendiendo una base reguladora de 150.714 Pts mes, porcentaje 60% y a cargo de España el 50,30 % y efectos de 01.05.94.- <sup>5º</sup>.- La Gestora para el cálculo de la base reguladora tomó como

cotizaciones 2.500 Pts mes desde octubre 55 a abril 56; y 3.333 Pts mes desde mayo 56 hasta junio 63 y 2.100 Pts julio, agosto, septiembre 63, habiendo actualizado dichas bases de octubre 55 a septiembre 61.- <sup>6º</sup>.- El actor tiene reconocida pensión de jubilación en Alemania por 1.452 marcos mensuales”.

**TERCERO**.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando en parte la demanda formulada por E.A.P. contra el I.N.S.S. y T.G.S.S. debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir una pensión de jubilación a cargo del demandado, a quien condeno a que se le haga efectiva desde 01.05.94 en la cuantía teórica del 100% de una base reguladora mensual de 3.081 Pts con las mejoras y complementos correspondientes y desestimando en el resto la demanda formulada absuelvo de la misma a dichos codemandados”.

**CUARTO**.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante E.A.P. y por la demandada I.N.S.S. no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

**Fundamentos de derecho**

**PRIMERO**.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda interpuesta por el actor, declara su derecho a percibir pensión de jubilación, y condena a los demandados INSS y TGSS a hacerle efectiva la misma desde el 01.05.94 en la cuantía teórica del 100% de la base reguladora mensual de 3.081 ptas., y a cargo de España el 50,30% con una pensión real inicial de 1.550 ptas., desestimando la demanda en el resto de lo pedido.

Y contra este pronunciamiento recurren el INSS y el actor, articulando este último un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en el que denuncia infracción del art. 97.2 de dicha Ley Procesal Laboral, así como infracción de los arts. 120.3 y 24 de la CE, todo ello sobre la base de que la sentencia recurrida carece de la debida motivación y quebranta su derecho a la no indefensión, en cuanto que sin mayores elementos de razonamiento da por probada la base reguladora señalada por el INSS, pese a haber sido cuestionada en el procedimiento, siendo uno de los contenidos del suplico de la demanda rectora.

El motivo no puede prosperar, pues la parte recurrente pretende, en cuanto al fondo del asunto, que la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social se lleve a cabo teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas -durante el período

01.05.86 a 31.04.94- en la República Federal de Alemania, país donde trabajó en dichos años (y con mucha anterioridad al 01.01.86), si bien aceptando los topes máximos fijados en la época por la Seguridad Social española; pretensión ésta que el Juzgador a quo rechaza fundamentalmente cumpliendo con lo dispuesto en los arts. 120.3, 24 de la CE y 97.2 de la LPL, por lo que con independencia de que sus razonamientos se compartan o no, es lo cierto que no concurre ningún motivo de nulidad por infracción de las normas reguladoras de la sentencia ni tampoco se ha generado indefensión al actor, máxime cuando la base reguladora aceptada por la sentencia de instancia es la fijada por la Entidad Gestora en el expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Con cita procesal del art. 191.b) de la LPL, formula el recurrente un segundo motivo de suplicación en el que interesa la adición de un nuevo hecho probado (el séptimo), con la redacción que propone; motivo que ha de ser aceptado únicamente en el sentido de añadir al numeral cuarto del relato fáctico -en el que ya se expresa la base reguladora que pretende de 150.714 ptas. mensuales- que: "Dicha base resulta del cálculo efectuado por el demandante en el hecho segundo de la demanda que aquí se tiene por reproducido, y relativo al período comprendido entre el 01.05.86 a 31.04.94, para un trabajador con la categoría de peón". Por el contrario, debe rechazarse el lo restante la revisión propuesta por contener, en realidad, una valoración jurídica que no debe figurar en el relato de hechos probados.

**TERCERO.-** Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL articula el demandante los dos últimos motivos de su recurso -que han de ser examinados conjuntamente-, en los que denuncia infracción del art. 14 de la CE, en relación con el art. 3 de la Ley 26/85, así como infracción por inaplicación de los arts. 48 a 51 del Tratado Constitutivo de la CEE, en relación con las arts. 46.2 a), 47.1.b) del Reglamento 1.408/71 y de la doctrina que cita del TSJCEE, todo ello por entender que el cálculo de la base reguladora de su pensión ha de realizarse teniendo en cuenta las bases máximas de cotización del actor, vigentes en España, por haber percibido aquél, durante el período elegido, salarios reales superiores a dichas bases máximas. En todo caso, y de forma subsidiaria, sostiene que ha de efectuarse el cálculo en la forma que se estime correcta, si bien rechazando expresamente el sistema de cálculo seguido por la Entidad Gestora -y que acepta la sentencia recurrida- de tomar las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, incrementándose la cuantía de la pensión con

arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculadas para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza (Anexo VI letra D), apartado 4). El recurso del actor ha de ser parcialmente acogido en función de las siguientes consideraciones:

1.- Reiterada doctrina jurisprudencial, sentada en numerosos recursos de casación para la unificación de doctrina (STS de 25.10.93, 3 y 18.05.94 -con cita en estas dos últimas de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 07.02.91, dictada en el asunto Ronfeldt-, 3 de marzo y 10.11.95, 12.02.97), ha venido señalando que el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida en aplicación de la normativa comunitaria, como es el caso de la litigiosa -en que el actor cotizó en Alemania y en España-, debe llevarse a cabo respecto a los períodos cotizados en el país germano, con arreglo a las bases medias de cotización españolas correspondientes a la categoría del trabajador en España, por imperio de lo normado en el art. 47.1.e) del Reglamento Comunitario 1.408/71, en relación con los arts. 37.1, 50 y 54 del propio Reglamento, partiendo de que en la legislación española la base reguladora se determina teniendo en cuenta la base de cotización media, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de 31.07.85, ajustada a la remuneración total, en aplicación de lo preceptuado en el art. 73 de la LGSS de 1974 (vigente en el momento del hecho causante), y con actualización de las bases cotizadas en determinados períodos, aplicando el incremento del I.P.C; doctrina que seguida por esta Sala, entre otras muchas, en sentencias de 27.02.95 y 18.07.96.

2.- A lo anterior debe añadirse que el citado Tribunal Supremo en Auto de fecha 17.03.97 (Recurso nº 2.062/1996)-que determinó que esta Sala dictara a su vez auto de fecha 30.09.98, acordando suspender la tramitación del presente recurso- planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por estimar que la sentencia de este último Tribunal de 12.10.96 -asunto L.N.- planteaba dudas en cuanto a la actualización de la pensión y, concretamente, si esta se debía operar sobre el importe de la pensión calculada en base a los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, aplicando las revalorizaciones establecidas para los años posteriores hasta el anterior al hecho causante -tal y como establece el Anexo VI-D 4b) en la redacción del Reglamento CEE 1.248/92-, o si se trataba de una actualización de las bases de cotización, como si el trabajador hubiese permanecido en activo en España, tal y como señala

la doctrina sobre bases medias. Dicha cuestión prejudicial fue resuelta por el mencionado Tribunal Europeo, en sentencia de 17.12.98, y a la vista de la nueva situación creada, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10.03.99, declaró que la base reguladora de la pensión debe calcularse atendiendo a las bases medias de cotización vigentes en España para un trabajador de la misma categoría del actor, pues en el presente caso el demandante ejerció su actividad profesional en Alemania antes de la entrada en vigor en España del Reglamento CE 1.408/1971, y en su demanda invoca expresamente el Convenio Hispano Alemán de Seguridad Social (art. 25), así como, de forma subsidiaria, que se efectúe el cálculo en la forma que se estime correcta. Por ello, La Sala estima que procede estimar en parte su recurso y revocar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de establecer que la pensión de jubilación que le ha sido reconocida debe ser calculada con arreglo a las bases medias de cotización vigentes en España, en el período comprendido entre el 01.05.86 a 31.04.94, para un trabajador de la misma categoría del actor.

**CUARTO.-** Respecto al recurso interpuesto por la Entidad Gestora, denuncia ésta en el primer motivo de suplicación, infracción por aplicación indebida del art. 46.2.a), en relación con el art. 45 del Reglamento 1.408/71, de la Decisión de la Comisión Administrativa nº 45, de la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la Orden 18.01.67 y del art. 3.1 del C.C., argumentando que la escala de cotización ficticia establecida por la mencionada disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la expresada Orden 18.01.67 sólo puede aplicarse a efectos de calcular el porcentaje de pensión correspondiente por años cotizados, pero no para incrementar hasta un 50,30% el porcentaje a prorrata del que deba hacerse cargo la Seguridad Social española, al tratarse de una disposición de ámbito interno.

El motivo debe prosperar, pues la cuestión así planteada ha sido resuelta por esta Sala en S. 23.01.98 (R. 1.452/1995; AS 5.163), en el sentido de que la letra b) del número 2 del art. 46 del mismo Reglamento 1.408/1971 se refiere al importe efectivo de la prestación poniendo a cargo de la institución competente -en este caso, la Seguridad Social española- la parte de la cuantía teórica proporcional a las cotizaciones verificadas en dicho país antes del hecho causante en relación con los períodos de seguro que acredeite en los otros Estados miembros. Y si se tiene en cuenta que la escala contenida en la disposición transitoria segunda de la Orden 18.01.67 -que manda añadir a las cotizaciones reales acreditadas al 01.01.67 las ficticias que con arreglo a dicha escala correspondan teniendo en cuenta la edad del

beneficiario en esa fecha- se aplica, según reiterada Jurisprudencia, únicamente para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora por razón de los años de cotización, es visto que tales cotizaciones ficticias sólo pueden tenerse en cuenta para el cálculo de la cuantía teórica de la prestación -letra a) del punto 2 del art. 46- pero no para determinar la cuantía efectiva prorrataed -letra b) del mismo artículo- porque ello implicaría tomar dos veces esas cotizaciones ficticias y suplicar el efecto en perjuicio del Estado al que pertenece la institución competente. En otras palabras, el período de cotización ficticio ha de serle reconocido para aumentar en su caso el porcentaje por cotización, y por tanto el importe de la pensión teórica, pero la Sala entiende que no puede ser nuevamente computado -como ha hecho en este caso el Juzgador de instancia- para el prorrataeo de dicha pensión teórica y la consecuente determinación efectiva de la pensión a cargo de la Seguridad Social española, ni ese efecto se desprende de la Sentencia del TJCE en el Asunto D.P., C-5/1991 (TJCE 1.92/29)... Por ello, debe entenderse que la prorrata a cargo de la Seguridad Social española es la del 26,78% que inicialmente fue reconocida al actor en el expediente administrativo, en vez del 50,30% que le reconoció la sentencia recurrida.

**QUINTO.-** El segundo motivo de recurso formulado por el INSS, denuncia infracción por aplicación indebida de la disposición transitoria novena de la Orden de 18.01.67, por entender que a la base reguladora de 3.081 ptas. ha de aplicársele el coeficiente reductor del 0,60, ya que en la fecha del hecho causante de la pensión el actor tenía 60 años de edad al haber nacido el 24.04.34.

El motivo también prospera parcialmente (se rechaza en cuanto a la base reguladora de 3.081 ptas. por lo ya razonado), por cuanto constando que efectivamente el actor, en la fecha del hecho causante (01.05.94) tenía 60 años de edad, y que la sentencia recurrida condena a que se le haga efectiva la pensión en la cuantía teórica del 100% de una base reguladora mensual de 3.081 ptas., debe estimarse -tal como se pide en la propia demanda- que a la base reguladora de su pensión ha de aplicársele la reducción del 40% por jubilación anticipada, de conformidad con la citada disposición transitoria novena de la Orden de 18.01.67. Procede, por tanto, estimar en parte ambos recursos y revocar la sentencia impugnada en el sentido que se expresa en la parte dispositiva de esta resolución.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el actor don E.A.P. y en parte también el interpuesto por el demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 24.05.95, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, y, con estimación parcial de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos su derecho a percibir pensión de jubilación, condenando a los demandados Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, a que se la abonen dicha pensión en la cuantía resultante de aplicar a la base reguladora de la misma, calculada con arreglo a las bases medias de cotización vigentes en España en el período comprendido entre el 01.05.86 a 31.04.94, para un trabajador de su misma categoría, la reducción del 40% por jubilación a la edad de 60 años, y de la cantidad resultante, se le abone un porcentaje a cargo de las demandadas del 26,78%, con efectos del 01.05.94, y con las mejoras y atrasos que legal y reglamentariamente le correspondan. Y desestimamos la demanda en lo restante pedido.

**2714 RECURSO Nº  
03/0007626/1996**

S. CA.

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

Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco Javier D' Amorín Vieitez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de junio 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 03/0007626/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por R.P.C., con D.N.I.

domiciliado en...(A Coruña), representado y dirigido por el letrado don J.L.P.S., contra Resolución de 10.07.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 130/94; Expte. nº 3.740/95. 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 22 de junio de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- A efectos de la adecuada resolución del recurso, debe tenerse en cuenta que la imputación de la infracción tipificada en el art. 30.3.3 de la Ley 8/88 (connivencia empresario y trabajador para la obtención indebida de prestaciones por desempleo), vino fundamentada en la apreciación de una serie de indicios que se explicitan en el acta de infracción.

Estos indicios son:

El recurrente, que ostentaba la titularidad de una empresa de su mismo nombre dedicada a la industria de la piedra, causó baja en el RETA en fecha 31.07.93 por cese de actividad, cediendo la

titularidad de la empresa a su yerno, que hasta entonces prestara servicios como trabajador, cesión que se hizo por 5 años y por el precio de 1 peseta.

Con fecha 10.08.93, el nuevo titular contrata al recurrente bajo la modalidad de contrato de fomento de empleo hasta el 09.08.94.

Con fecha 12.08.94, el recurrente solicitó la prestación por desempleo en nivel contributivo por finalización del contrato de trabajo, que le fue reconocida.

En la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 1993 no se consignaron rendimientos de trabajo, y sí por actividades empresariales.

Al margen de esos indicios, el yerno del recurrente reconoció ante el Controlador Laboral actuante que la contratación de su suegro no tuviera otra finalidad que la posibilidad de cobrar la prestación por desempleo así como el posterior subsidio de mayores de 55 años hasta alcanzar la pensión de jubilación.

El recurrente reconoció ante el Controlador que causara baja en el RETA por problemas familiares y físicos que le impedían continuar la actividad.

Antes de analizar la fuerza probatoria de dichos indicios, ha de recordarse que doctrina jurisprudencial muy consolidada viene interpretando la presunción de certeza o veracidad reconocida a las actas de la Inspección de Trabajo por el art. 52 de la Ley 8/88, en el sentido de que dicha presunción se extiende a los datos fácticos que permitan sustanciar la infracción imputada, siempre que sean susceptibles, por su realidad objetiva y visible, de ser apreciados personal y directamente por el Inspector o Controlador de Empleo en el acta de la visita al centro de trabajo, o que resulten acreditados bien documentalmente o por testimonios entonces recogidos o, en su caso, mediante la instrucción del oportuno expediente; de ello se desprende que aquella presunción no puede extenderse a meras apreciaciones, valoraciones, conjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas.

Como corolario de lo dicho, se desprende que la Inspección vendrá obligada, en orden a la eficacia de aquella presunción, a realizar una exacta

determinación de las circunstancias de hecho que rodeen al caso considerado, y a profundizar en la actividad investigadora cuando el resultado fáctico que sirve de soporte a la actividad sancionadora resulte del simple testimonio de personas que ostenten la calidad de interesados, denunciantes o terceros, evitando en todo caso que dichos testimonios se recojan por vía de reducción o traducción a términos jurídicos predeterminantes del resultado final en que consiste todo acto liquidatorio o sancionador; es por ello, que aquella doctrina jurisprudencial viene exigiendo que, en la medida de lo posible, se recojan los testimonios ofrecidos o requeridos por la Inspección.

Por otra parte, también debe reseñarse que una cosa es la presunción de certeza o veracidad a que se refiere el art. 52.2 de la Ley 8/88 no pueda extenderse a las simples, impresiones, deducciones, juicios de valor o calificaciones jurídicos que pueda hacer el funcionario actuante, y otra muy distinta es la idoneidad, como prueba de cargo, de las presunciones o índices que permita dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción. Como se dijo ya en otras ocasiones, no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio.

III.- Pues bien, los indicios que recoge el acta, por reunir aquellas notas a que hacíamos referencia, se estiman como suficientes e idóneos para, a través de un juicio racional y lógico, inferir aquel hecho-consecuencia sobre el que se sustancia la infracción imputada, esto es, que trabajador y empresario, en connivencia, simularon, en primer término, una cesión o transmisión de empresa, para acto seguido, concertar una contratación temporal, sólo existente en el ámbito formal, que posibilitaba, dada la naturaleza de la contratación, acceder a las prestaciones por desempleo, que de otra forma no hubiera sido posible.

En efecto, dejando al margen toda consideración sobre la importancia que pueda tener aquí, que sí la tiene, la relación de parentesco existente entre trabajador y empresario, no resulta lógico ni

fácilmente explicable que una persona que admite como causa de cese en el ejercicio de la actividad autónoma problemas familiares y físicos, acceda a la actividad laboral como trabajador por cuenta ajena a una clase de trabajo que exige el esfuerzo físico, y por el que, indiciariamente, no percibió la correlativa retribución salarial, y si a ello se añade que la transmisión de empresa de la que era titular el recurrente se hizo con aquella nota de temporalidad y por precio también fingido, asimismo ilógica e inexplicable, fácil es concluir con la apreciación de fraude de ley, esto es, que los protagonistas de tal proceder, en clara connivencia, crearon la apariencia de legalidad formal discordante con la verdad material, como vehículo que propiciase el alcance de un resultado no querido, es más, proscrito por el ordenamiento jurídico.

En apoyo de su tesis exculpatoria, cita el recurrente dos sentencias de esta Sala, afirmando una identidad fáctica con el supuesto de autos, añadiendo que el comportamiento de la Administración, reconociendo en un primer momento la prestación por desempleo y su abono, y después, intentar su recuperación a través de la vía sancionadora, contrariaba los principios de buena fe y la doctrina de los actos propios.

Con relación a la primera de las alegaciones, debe compartirse lo que se expresa en el escrito de contestación de la demanda, en el sentido de que aquellas sentencias no apreciaron fraude de ley, pues se partía de lo resuelto por sendas sentencias del orden social que declararan que la actuación de la empresa y el trabajador se ajustaran a derecho, lo que no es el caso. Por otra parte, el reconocimiento de las prestaciones por desempleo por parte del INEM no enerva la posibilidad de que la Administración actúe las facultades de comprobación, y si de su resultado aparece acreditada la comisión de una infracción, desplegar la actividad sancionadora, que como es sabido resulta irrenunciable.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

IV. No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por R.P.C. contra

Resolución de 10.07.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 130/94; Expte. nº 3.740/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.